

ARBEITEN AUS DEM IURISTISCHEN SEMINAR
DER UNIVERSITÄT FREIBURG SCHWEIZ

Begründet von Max Gutzwiller · Fortgesetzt von Felix Wubbe

34

DR. PETER GAUCH

SYSTEM DER BEENDIGUNG
VON DAUERVERTRÄGEN

UNIVERSITÄTSVERLAG FREIBURG SCHWEIZ
1968

**Veröffentlicht mit der Unterstützung des Hochschulrates
der Universität Freiburg (Schweiz)**

Paulusdruckerei Freiburg (Schweiz)

MEINEN LIEBEN ELTERN

Diese Arbeit ist als Dissertation entstanden und hat als solche der juristischen Fakultät der Universität Freiburg (Schweiz) vorgelegen. Anlässlich ihrer Veröffentlichung möchte ich meinen Lehrern für alles danken, was mir durch ihre Tätigkeit vermittelt wurde. Der besondere Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. PETER JÄGGI, der mich bei der Abfassung der Arbeit stets unterstützt und gefördert hat. Zu Dank verpflichtet bin ich auch dem Herausgeber, Herrn Prof. Dr. FELIX WUBBE, der meine Arbeit in die vorliegende Schriftenreihe aufnahm; ferner dem Hochschulrat der Universität Freiburg, welcher einen namhaften Druckkostenbeitrag leistet. Herzlichen Dank schulde ich schließlich jenen, die mir bei Schreibaarbeiten und Korrekturen behilflich waren, vor allem meiner Schwägerin, Frau Maria Gauch-Schildknecht.

PETER GAUCH

EINLEITUNG

Unsere Arbeit befaßt sich mit der Beendigung solcher Dauerverträge – im Sinne von dauernden Schuld-Vertragsverhältnissen –, die im OR geregelt sind. Dabei verstehen wir das Wort «Vertrags-Beendigung» sowohl in seiner Bedeutung als Beendigungsvorgang als auch im Sinne von Vertragsende. Mit Vertragsende aber meinen wir – sofern sich aus dem Zusammenhang nichts anderes ergibt – das Ende des Dauervertrages mindestens in seiner charakteristischen Eigenschaft als *dauerndes* Vertragsverhältnis.

Das OR enthält mit Bezug auf die Beendigung der Dauerverträge keine allgemeine, in sich abgeschlossene Regelung, sondern – im allgemeinen wie im speziellen Teil – eine Vielzahl einzelner Bestimmungen. Aufgabe der vorliegenden Arbeit ist es, diese gesetzlichen Beendigungsbestimmungen sinnvoll geordnet darzulegen:

Soweit die Aufgabe es erfordert, sprechen wir im 1. Kapitel vom Dauervertrag im allgemeinen. Im 2. und 3. Kapitel sodann stellen wir die im OR geregelten Beendigungsgründe der Dauerverträge systematisch dar, und im 4. Kapitel die Rechtslage bei beendetem Dauervertrag.

Wichtige Punkte unserer Ausführungen werden wir im 5. Kapitel nochmals aufgreifen, um sie neu zu ordnen und so das gewonnene Bild von der Beendigung der Dauerverträge abzurunden. Bei dieser Gesamtbetrachtung wird sich einerseits zeigen, daß die entsprechenden speziellen Beendigungsbestimmungen in mancher Beziehung eine gewisse Systematik der (im Ergebnis vorliegenden) Beendigungsordnung aufweisen, oder wenigstens den Ansatz einer solchen Systematik. Dies, obwohl sie

nicht planmäßig geschaffen wurden, sondern mit den einzelnen Dauervertragsarten organisch gewachsen sind. Andererseits werden wir feststellen, daß die genannten (allgemeinen und speziellen) Beendigungsvorschriften verschiedene Mängel haben: Mängel, von denen die meisten ohne weiteres entfielen, wenn der Gesetzgeber (was er unterlassen hat) die Beendigungsbestimmungen des OR (soweit sie Dauerverträge betreffen) in ein bewußt geschaffenes System einfügen und sowohl inhaltlich wie redaktionell aufeinander abstimmen würde.

INHALTSANGABE

(Gesetzesregister auf S. 241)

Einleitung	IX
Literaturverzeichnis	XX
Verzeichnis der Abkürzungen	XXIV

1. Kapitel

Begriff, Arten, Dauer und Ende des Dauervertrages	1
I. Vom Begriff des Dauervertrages	1
1. Vom Vertragsbegriff	1
2. Der Dauervertrag – ein obligatorisches Vertragsverhältnis ..	2
3. Der Dauervertrag – ein <i>dauerndes</i> obligatorisches Vertragsver-	
hältnis	4
4. Zusammenfassung	8
II. Die im <i>OR</i> geregelten Dauerverträge	9
1. Die erste Gruppe von Dauerverträgen: Miete, Pacht, Ge-	
brauchsleihe und Darlehen (Verträge auf Gebrauchsüber-	
lassung)	10
2. Die zweite Gruppe von Dauerverträgen: Dienst-, Agentur-	
und Hinterlegungsvertrag (Arbeitsverträge)	11
3. Die dritte Gruppe von Dauerverträgen: Leibrenten- und Ver-	
pfründungsvertrag	14
4. Einfache Gesellschaft	15
III. Dauer, Ende und Beendigung des Dauervertrages	16
1. Von den Begriffen Dauer, Ende und Beendigung	16
2. Von der Festlegung der Vertragsdauer (in der Hauptbedeu-	
tung)	18
A. Die Festlegung der Vertragsdauer durch Parteiabrede ...	19
1. Die Frage nach den denkbaren Arten vertraglicher	
Dauerbestimmung	19
2. Die Frage nach der Vertragsauslegung oder: von der	
Bedeutung der vereinbarten Vertragsdauer	22

3. Die Frage nach dem zwingenden Gesetzesinhalt oder: von der Zulässigkeit der Dauerabrede	24
B. Die Festlegung der Vertragsdauer durch Gesetz	24
3. Die Beendigungsgründe im allgemeinen	25
A. Begriff und Arten der Beendigungsgründe	25
B. Die Rechtsfolgen der Beendigungsgründe im einzelnen ..	27
1. Das Beendigungsrecht als unmittelbare Rechtsfolge eines Beendigungsgrundes	28
2. Das Vertragsende als unmittelbare Rechtsfolge eines Beendigungsgrundes	30
3. Die besondere Rechtslage bei der einfachen Gesellschaft	30
C. Beendigungsgründe und Vertragsdauer – gegenseitiges Ver- hältnis	32
4. Dauerverträge mit oder ohne abschließende Dauerabrede; Dauerverträge auf unbestimmte und bestimmte vereinbarte Dauer	33

2. Kapitel

Die Beendigung der im OR geregelten Dauerverträge infolge ordentlicher Beendigungsgründe 35

I. Von der gesetzlichen ordentlichen Kündigung	36
1. Ordentliche Kündigung: ihre Bezeichnung in den einzelnen Kündigungsbestimmungen	37
2. Sachlicher Anwendungsbereich der ordentlichen Kündigung: kündbare und unkündbare Dauerverträge	38
A. Die Regel	39
B. Die Ausnahmen	45
3. Kündigungsfristen und -termine	50
A. Dauerverträge mit befristeter, meistens terminierter Kün- digung	50
1. Von den Kündigungsfristen	51
2. Von den Kündigungsterminen	55
B. Dauerverträge mit unbefristeter und nicht terminierter Kündigung	59
II. Von den vereinbarten ordentlichen Beendigungsgründen	61

3. Kapitel

Die Beendigung der im OR geregelten Dauerverträge infolge außerordentlicher Beendigungsgründe	63
I. Veränderte Umstände als «besonders umschriebene» außerordentliche Beendigungsgründe des OR	64
1. Änderungen in der Person eines Vertragspartners als «besonders umschriebene» außerordentliche Beendigungsgründe des OR	66
A. Tod	66
1. Vom Grund für die außerordentliche Beendigungswirkung des Todes im allgemeinen. Insbesondere: Die Bedeutung der Person einer Vertragspartei für den Vertragsabschluß	67
2. Vom außerordentlichen gesetzlichen Beendigungsgrund «Tod» im einzelnen	69
a) Vom Tod des (typischen) Hauptleistungsgläubigers	70
α) Vom Tod des (typischen) Hauptleistungsgläubigers bei den Verträgen auf Gebrauchsüberlassung	70
β) Vom Tod des (typischen) Hauptleistungsgläubigers bei den dauernden Arbeitsverträgen	72
γ) Vom Tod des (typischen) Hauptleistungsgläubigers beim Leibrenten- und Verpfändungsvertrag	74
b) Vom Tod des (typischen) Hauptleistungsschuldners	75
α) Vom Tod des (typischen) Hauptleistungsschuldners bei den dauernden Arbeitsverträgen	76
β) Vom Tod des (typischen) Hauptleistungsschuldners beim Leibrenten- und Verpfändungsvertrag	79
γ) Vom Tod des (typischen) Hauptleistungsschuldners bei den Verträgen auf Gebrauchsüberlassung	81
c) Vom Tod des einfachen Gesellschafters	82
3. Zusammenfassung	82
B. Handlungsunfähigkeit	84
1. Der Eintritt der Handlungsunfähigkeit des Agenten: unmittelbarer gesetzlicher Beendigungsgrund des Agenturvertrages (Art. 418s Abs. 1 OR)	84

2. «Bevormundung» des einfachen Gesellschafters: unmittelbarer gesetzlicher Beendigungsgrund der Gesellschaft (Art. 545 Abs. 1 Ziff. 3 OR)	88
a) «Bevormundung»: Wortbedeutung in Art. 545 Abs. 1 Ziff. 3 OR	88
b) Zweck des Beendigungsgrundes – Folgerungen	89
c) Die nachträgliche Urteilsunfähigkeit des einfachen Gesellschafters	90
3. Nachträglich eintretende Handlungsunfähigkeit anderer Vertragsparteien	91
4. Zusammenfassung	93
C. Zahlungsunfähigkeit	93
1. Art. 83 Abs. 2 OR: allgemeine Besprechung	94
2. Die Anwendung von Art. 83 Abs. 2 OR auf Dauerverträge	96
a) Eigenarten bei der Anwendung des Art. 83 Abs. 2 OR auf Dauerverträge	96
b) Beschränkung der Beendigungsmöglichkeit nach Art. 83 Abs. 2 OR bei Dauerverträgen	97
3. Nachträgliche Zahlungsunfähigkeit: Beendigungsgrund kraft spezieller Bestimmungen des OR (Art. 266, 316 Abs. 1, 354 OR)	98
a) Nachträgliche Zahlungsunfähigkeit des Dienstherrn (Art. 354 OR)	98
b) Nachträgliche Zahlungsunfähigkeit des Borgers (Art. 316 Abs. 1 OR)	100
α) Art. 316 Abs. 1 OR setzt weniger voraus als Art. 83 Abs. 2 OR	100
β) Art. 316 Abs. 1 OR setzt mehr voraus als Art. 83 Abs. 2 OR	102
γ) Der Anwendungsbereich des Art. 83 Abs. 2 OR bei nachträglicher Zahlungsunfähigkeit des Borgers	104
c) Nachträgliche Zahlungsunfähigkeit des Mieters (Art. 266 OR)	105
α) Ist Art. 266 OR neben Art. 83 Abs. 2 OR notwendig?	106
β) Der Anwendungsbereich des Art. 83 Abs. 2 OR bei nachträglicher Zahlungsunfähigkeit des Mieters	107

D. Konkurs und Pfändung	108
1. Konkurs eines Vertragspartners: außerordentlicher Beendigungsgrund von Dauerverträgen in analoger Anwendung des Art. 250 Abs. 2 OR	109
2. Konkurs und Pfändung eines Vertragspartners: außerordentlicher Beendigungsgrund kraft ausdrücklicher Gesetzesbestimmung	110
a) Konkurs des Pächters (Art. 295 OR)	111
b) Konkurs des Auftraggebers im Agenturvertrag (Art. 418s Abs. 1 OR)	112
c) Konkurs des Leibrentenschuldners (Art. 518 Abs. 3 OR)	113
d) Konkurs und Pfändung des Pfrundgebers (Art. 529 Abs. 2 und 3 OR)	114
e) Konkurs und Pfändung eines einfachen Gesellschafters (Art. 545 Abs. 1 Ziff. 3 OR)	115
3. Zusammenfassung	116
2. Sonstige Verhältnisänderungen als «besonders umschriebene» außerordentliche Beendigungsgründe des OR	117
A. Der Eintritt eines vertragswidrigen Zustandes der Miet- oder der Pachtsache	117
B. Die «nachträgliche Unmöglichkeit»	118
1. Von der nachträglichen (Leistungs-) Unmöglichkeit bei den Dauerverträgen des OR (unter Ausschluß der einfachen Gesellschaft)	118
a) Der Begriff der (Leistungs-)Unmöglichkeit	119
b) Von der rechtlichen Wirkung der nachträglichen (Leistungs-)Unmöglichkeit bei Dauerverträgen gemäß Art. 97 und 119 OR: Allgemeines	120
c) Nachträgliche (Leistungs-)Unmöglichkeit als Beendigungsgrund der Dauerverträge gemäß Art. 97 und 119 OR	122
2. Nachträgliche Unmöglichkeit bei der einfachen Gesellschaft	126
a) Nachträgliche Unmöglichkeit der Zweckerreichung	126
b) Nachträgliche Unmöglichkeit einer Gesellschafterleistung	127

3. Anhang: Teilweise und zeitweise nachträgliche Unmöglichkeit	128
a) Die teilweise und die zeitweise nachträgliche (Leistungs-)Unmöglichkeit bei Dauerverträgen (unter Ausschluß der einfachen Gesellschaft)	128
b) Die teilweise und die zeitweise nachträgliche Unmöglichkeit bei der einfachen Gesellschaft	130
II. Das störende Verhalten einer Partei als «besonders umschriebener» außerordentlicher Beendigungsgrund des OR	131
A. Vertragsverletzung	131
1. Vertragsverletzung und Beendigung der Dauerverträge: Übersicht	131
2. Vertragsverletzung «als solche»: Beendigungsgrund von Dauerverträgen (Art. 261 Abs. 2, 294 und 309 Abs. 2 OR)	132
a) Die ratio legis der Art. 261 Abs. 2, 294 und 309 Abs. 2 OR	134
b) Vergleich der Art. 261 Abs. 2, 294 und 309 Abs. 2 OR	135
B. Schuldnerverzug	141
1. Schuldnerverzug (Art. 102–109 OR): Begriff, Voraussetzungen, Folgen (insbesondere bei synallagmatischen Verträgen)	142
2. Schuldnerverzug: denkbarer Beendigungsgrund von Dauerverträgen	145
3. Die Anwendbarkeit der Art. 107–109 OR auf Dauerverträge	146
a) Die Verzugsvoraussetzung der Leistungsmöglichkeit bei Dauerleistungen	147
b) Die Rechtsbehelfe bei Schuldnerverzug mit der synallagmatischen Leistung eines Dauervertrages ..	149
α) Verzicht auf die verzögerte Leistung, verbunden mit Rücktritt	149
β) Verzicht auf die verzögerte Leistung, verbunden mit Vertragsumwandlung	151
4. Spezielle Bestimmungen über den Schuldnerverzug bei Dauerverträgen	157
a) Die Miet- oder Pachtsache befindet sich in vertragswidrigem Zustand (Art. 254, 255, 277 OR)	157
α) Regeln die Art. 254/255 OR einen Verzugs- oder einen Gewährleistungstatbestand?	158
β) Das «Rücktrittsrecht» des Mieters nach Art. 254/255 OR	159

b) Rückstand des Mieters bzw. Pächters mit der Bezahlung des Zinses (Art. 265/293 OR)	161
α) Inhaltlicher Vergleich der Art. 265 und 293 mit Art. 107–109 OR	161
β) Vom Anwendungsbereich der Art. 265 und 293 im Verhältnis zu jenem der Art. 107–109 OR. Ineingangegreifen der Anwendungsbereiche	163
5. Überblick über die Beendigungswirkung des Schuldnerverzugs bei Dauerverträgen	166
C. Gläubigerverzug (Art. 91–96 OR)	169
1. Können sich die Parteien eines Dauervertrages in Anwendung der Art. 92, 93 und 95 OR von ihren Leistungspflichten befreien?	170
2. Gläubigerverzug als Beendigungsgrund der Dauerverträge nach Art. 91–96 OR	172
III. Der «wichtige Grund»: generell umschriebener außerordentlicher Beendigungsgrund des OR	173
1. Der «wichtige Grund»: allgemeine Umschreibung	174
2. «Wichtiger Grund»: spezieller Beendigungsgrund im OR geregelter Dauerverträge	177
A. Die Umschreibung des Tatbestandes «wichtiger Grund» in den speziellen Artikeln des OR	177
B. Das Beendigungsrecht: die Rechtsfolge des «wichtigen Grundes»	180
1. Die Ausübung des Beendigungsrechts	181
2. Die Wirkung des ausgeübten Beendigungsrechts auf den Vertragsbestand	183
C. Der Anwendungsbereich des Beendigungsgrundes «wichtiger Grund»	186
1. Die durch «wichtigen Grund» auflösbaren Dauerverträge	186
a) «Wichtiger Grund»: ausdrücklicher gesetzlicher Beendigungsgrund bestimmter, nicht aller Dauerverträge	187
b) Kritik der gesetzlichen Ordnung	188
c) «Wichtiger Grund»: beschränkter Anwendungsbereich des Beendigungsgrundes im Hinblick auf die Dauerverträge	192
2. Die Abgrenzung gegenüber dem Anwendungsbereich der «besonders umschriebenen» außerordentlichen Beendigungsgründe	195

3. Die Abgrenzung im Hinblick auf die Bestimmungen über die Mängel in der Entstehung des Vertrages	196
3. Ergebnis	199
 4. Kapitel 	
Vom beendeten Dauervertrag	200
I. Der beendete Dauervertrag: Bedeutung	200
II. Vom Vertragsende als Folge der Beendigungsgründe	201
1. Vertragsende im weiten Sinne – untergehende und fort- dauernde Pflichten	202
A. Abwicklungspflichten	203
B. Vertragliche Restanzpflichten	203
C. Nachvertragliche Pflichten	204
2. Vertragsende im abgeschwächt engen Sinne – Liquidation des Dauervertrages	205
3. Vertragsende im engen Sinne	205
III. Von den Abwicklungspflichten	206
1. Pflicht zur Rückgabe der Vertragsleistungen: Rückleistungs- pflicht	206
A. Rückleistungspflicht und Rücktritt im allgemeinen	207
B. Rückleistungspflicht und Rücktritt bei den Dauerver- trägen des OR	209
2. Pflichten zur Rückgabe anderer Sachen und Werte, insbeson- dere des Vertragsgegenstandes: ordentliche Rückgabepflich- ten	212
A. Vom Gegenstand der ordentlichen Rückgabepflichten im allgemeinen	213
B. Von der Rückgabe des Vertragsgegenstandes im besondern	213
1. Rückgabepflicht: eine Spezies- oder eine Gattungs- schuld	214
2. Die Rückgabepflicht: Korrelat zur zeitlichen Beschrän- kung der typischen dauernden Hauptleistungspflicht ..	216
3. Die Pflicht zur Vergütung von Aufwand	218

4. Surrogatsleistungen bei vorzeitiger Vertragsbeendigung	220
5. Fortdauernde Schadenersatzpflichten	222
A. Die Schadenersatzpflichten infolge vorzeitiger Vertrags- beendigung	222
1. Vom Schaden infolge vorzeitiger Vertragsbeendigung .	222
2. Von der Haftung	224
a) Verschuldenshaftung: die Regel	224
b) Ausnahmen von der Verschuldenshaftung	228
B. Schadenersatzpflichten, die nicht infolge vorzeitiger Ver- tragsbeendigung entstehen (und dennoch Abwicklungs- pflichten sind)	232
6. Abwicklungspflichten der einfachen Gesellschafter	233

5. Kapitel

Gesamtbetrachtung der Rechtslage mit Bezug auf die Beendigung von Dauerverträgen des OR	234
Gesetzesregister	241

LITERATURVERZEICHNIS

Die im Literaturverzeichnis angeführten Werke und Abhandlungen werden in der ganzen Arbeit mit dem Namen des Verfassers, allein oder mit weitem Angaben, zitiert.

- BARTH HANS RUDOLF, Schadenersatz bei nachträglicher Unmöglichkeit der Erfüllung (Diss. Zürich 1957).
- BECKER H., Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Bd. VI, Obligationenrecht, 1. und 2. Abt. (Bern 1941 und 1934).
- BEITZKE GÜNTHER, Nichtigkeit, Auflösung und Umgestaltung von Dauerrechtsverhältnissen, in: Recht und Zeit (Schloß Bleckede a. d. Elbe 1948).
- BESSON CHARLES, La force obligatoire du contrat et les changements dans les circonstances (Diss. Lausanne 1955).
- BRUNNER MAX, Das Mietrecht, 2. Aufl. (Rorschach 1938).
- BUCHER EUGEN, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis (Tübingen 1965).
- V. BÜREN BRUNO, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil (Zürich 1964).
- BÜRGI WOLFHART, Ursprung und Bedeutung der Begriffe «Treu und Glauben» und «Billigkeit» im schweiz. Zivilrecht (Bern 1939).
- BURCKHARDT WALTHER, Der Vertrag im Privatrecht und im öffentlichen Recht, in Festgabe zur Feier des fünfzigjährigen Bestehens des Schweiz. Bundesgerichtes (Bern 1924).
- CHARMATZ HANS, Zur Geschichte und Konstruktion der Vertragstypen im Schuldrecht, Rechts- und Staatswissenschaftliche Abhandlungen der Universität Prag, 11. Heft (1937).
- DESCHENAUX HENRI, La révision des contrats par le juge, ZSR 61 (1942), S. 509a ff.
- EGGER AUGUST, Rechtsnatur und Beendigung von Preisschutzverträgen (1935), Ausgewählte Schriften und Abhandlungen II (Zürich 1957), S. 125 ff.
- Richterliche Abänderung oder Aufhebung eines Werkvertrages (1945), Ausgewählte Schriften und Abhandlungen II (Zürich 1957), S. 169 ff.
- FEHR KONRAD, Das neue Bundesgesetz über den Agenturvertrag, ZSR 69 (1950), S. 1 ff.
- FICK FRITZ, Das schweiz. Obligationenrecht mit leicht faßlichen Erläuterungen, zwei Bände (Zürich 1915).

- FLUME WERNER, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, I, Karlsruhe 1960, S. 135 ff.
- FRAEFEL JOSEPH, Die Auflösung der Gesellschaft aus wichtigem Grund (Diss. Zürich 1930).
- FRITZSCHE HANS, Schuldbetreibung, Konkurs und Sanierung, zwei Bände, (Zürich 1954 und 1955).
- GAUTSCHI GEORG, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Bd. IV, Obligationenrecht, 2. Abt., 4., 5. und 6. Teilband (Bern 1960, 1964, 1962).
- v. GIERKE OTTO, Deutsches Privatrecht, 3. Bd., Schuldrecht (München/Leipzig 1917).
- Dauernde Schuldverhältnisse, Jherings Jahrb. 64 (1914), S. 355 ff.
- GRÄSSLI MAX, Die außerordentliche Kündigung des Dienstvertrages nach schweizerischem Recht (Diss. Bern 1929).
- GRAU WALTER, Rechtssprechung oder Gesetzgebung zur Anpassung des Privatrechts an die veränderten Verhältnisse, AcP 122 (1924), S. 318 ff.
- GSCHNITZER FRANZ, Die Kündigung nach deutschem und österreichischem Recht, Jherings Jahrbuch für Dogmatik, 76 (1926), S. 317 ff.
- Schuldrecht, zwei Bände (Wien/New York 1963 und 1965).
- GUHL THEO, Das Schweizerische Obligationenrecht, 5. Aufl. (Zürich 1956).
- GULDENER MAX, Schweizerisches Zivilprozeßrecht, 2. Aufl. (Zürich 1958).
- HAFNER H., Das Schweizerische Obligationenrecht mit Anmerkungen und Sachregister, 2. Aufl. (Zürich 1905).
- HERHOLZ FELIX, Das Schuldverhältnis als konstante Rahmenbeziehung, AcP 130 (1929), S. 257 ff.
- HERSCHSOHN HEINRICH, Die Kündigung im schweizerischen Obligationenrecht (Diss. Zürich 1925).
- HOMBERGER ARTHUR, Die Verpfändungsverträge im schweizerischen Recht (Diss. Bern 1918).
- HUG WALTHER, Das Kündigungsrecht (Diss. Zürich 1926).
- Die Revision des Dienstvertragsrechts, in «Stillstand und Fortentwicklung im schweizerischen Recht», St. Galler Festgabe zum schweizerischen Juristentag 1965 (Bern 1965), S. 187 ff.
- HUSSERL GERHART, Recht und Zeit (Frankfurt 1955).
- JAEGER C., Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Aufl., zwei Bände (Zürich 1911).
- JÄGGI PETER, Grundfragen der Privatrechts-Entwicklung, in Festschrift zur Schweizerischen Landesausstellung Lausanne 1964, «Das schweizerische Recht» (Basel 1964), S. 153 ff.
- Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Bd. I, Einleitungsband (Bern 1962), S. 381 ff.
- Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V, Das Obligationenrecht, Teil 7 (Zürich 1959).
- Positives und natürliches Privatrecht, in Festgabe für Max Gutzwiller, «Ius et Lex» (Basel 1959), S. 639 ff.

- Privatrecht und Staat (Freiburg 1946).
- Vertrauensprinzip und Gesetz, in Festgabe zum 70. Geburtstag von August Simonius, «Aequitas und bona fides» (Basel 1955), S. 145 ff.
- Von der Gesellschaft auf Lebenszeit, in Mélanges Roger Secrétan (Montreux 1964), S. 113 ff.
- JANGGEN ARNOLD, Darstellung und Kritik der Bestimmungen des Schweizerischen Obligationenrechtes über die Sachmiete (Basel 1889).
- KELLER MAX, Das negative Interesse im Verhältnis zum positiven Interesse (Diss. Zürich 1949).
- KRÜCKMANN, Einige Bemerkungen zu den ... dauernden Schuldverhältnissen, Jherings Jahrb. 66 (1916), S. 1 ff.
- LANZ HANS, Der Rücktritt vom Mietvertrag wegen Mängel der Mietsache und die Kündigung aus wichtigen Gründen (Diss. Bern 1937).
- LARENZ KARL, Lehrbuch des Schuldrechts, 2 Bände, (München und Berlin), 1. Bd. 8. Aufl. 1967, 2. Bd. 7. Aufl. 1965.
- LAUTNER JULIUS GEORG, Die Instandstellungsvereinbarung und die Rechtsnatur der Instandstellungsentschädigung des Mieters (Zürich 1953).
- LEMP PAUL, Schadenersatz wegen Nichterfüllung als Folge des Schuldnerverzuges (Diss. Bern 1939).
- LIVER PETER, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Bd. I, Einleitungsband (Bern 1962), S. 7 ff. und 443 ff.
- MARFURT HEINRICH, Die Auflösung der Kollektivgesellschaft beim Tode eines Gesellschafters (Diss. Freiburg 1928).
- MEIER-HAYOZ ARTHUR, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Bd. I, Einleitungsband (Bern 1962), S. 78 ff. und 421 ff.
- MERZ HANS, Die Revision der Verträge durch den Richter, ZSR 61 (1942), S. 393a ff.
- Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Bd. I, Einleitungsband, (Bern 1962), S. 213 ff.
- OFTINGER KARL, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 2. Aufl., zwei Bände (Zürich 1958, 1960, 1962).
- OSER/SCHÖNENBERGER, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V, Das Obligationenrecht, Teil 1-3 (Zürich 1929, 1936, 1945).
- PETER ROLF, Zweiseitige Verträge im Konkurs (Diss. Zürich 1955).
- PLANCK/SIBER, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Bd., Das Recht der Schuldverhältnisse (Berlin und Leipzig 1914 und 1918).
- POZZY CUNO, Begriff und Anwendung des «wichtigen Grundes» im schweiz. Zivilgesetzbuch (Diss. Zürich 1917).
- REICHEL HANS, Vertragsrücktritt wegen veränderter Umstände (Berlin 1933).
- ROGGWILLER HANS, Der «wichtige Grund» und seine Anwendung in ZGB und OR (Diss. Zürich 1957).
- SAXER ANDREAS, Die Auflösung der einfachen Gesellschaft aus wichtigem Grund (Diss. Basel 1961).
- SCHMID CHRISTIAN, Die Bedeutung des allgemeinen Schuldnerverzugsrechtes für die Verzugsregelung bei Miete und Pacht (Diss. Bern 1956).

- SCHMIDLIN THEODOR, Untersuchungen über ausgewählte Auflösungsgründe der einfachen Gesellschaft (Diss. Bern 1943).
- SCHNYDER BERNHARD, Vertragsfreiheit als Privatrechtsbegriff (Diss. Freiburg 1960).
- SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V, Das Obligationenrecht, Teil 1 (Zürich 1961 ff.).
- SIEGWART ALFRED, Der Einfluß veränderter Verhältnisse auf laufende Verträge nach der Praxis der schweizerischen Gerichte seit dem Kriege, Festgabe Freiburg 1924, S. 77 ff.
- Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V, Das Obligationenrecht, Teil 4 (Zürich 1938).
- SIMONIUS AUGUST, Über Bedeutung, Herkunft und Wandlung der Grundsätze des Privatrechts, ZSR 71 (1952), S. 237 ff.
- STAMMLER RUDOLF, Änderung laufender Verträge, ZBJV 58 (1922), S. 1 ff., 49 ff.
- Die Lehre vom richtigen Recht, 2. Aufl. (Halle 1926).
- STAUDINGER, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 11. Aufl., II. Bd., Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1 a (Berlin 1967), Einl. vor § 241, O 1-70.
- TITZE HEINRICH, Das kaufmännische Hilfspersonal, in Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, 2. Bd. (Leipzig 1918), S. 545 ff.
- v. TUHR ANDREAS, Streifzüge im revidierten Obligationenrecht, SJZ 18 (1921-1922), S. 365 ff., S. 383 ff.
- v. TUHR/SIEGWART, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 2. Aufl., zwei Bände (Zürich 1942 und 1944).
- TUOR/SCHNYDER, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 8. Aufl. (Zürich 1968).
- WEBER HANS, Das richterliche Änderungsrecht bei Dauerverträgen (Diss. Zürich 1924).
- WIEMKEN HELMUT, Rücktritt und Schadenersatz als Folgen der Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen (Diss. Basel 1931).
- WIESE GÜNTHER, Beendigung und Erfüllung von Dauerschuldverhältnissen in Festschrift zum 70. Geburtstag von Carl Hans Nipperdey, 1. Bd. (München und Berlin 1965), S. 837 ff.
- WOLF ELIAS, Rechtliche Bindungen auf «ewige Zeiten» bei der AG, in Die Schweizerische Aktiengesellschaft, 9. Jahrg. (1936/37), S. 64 und 98.
- WOLF ERNST, Rücktritt, Vertretenmüssen und Verschulden, AcP 153 (1954), S. 97 ff.
- Zum Begriff des Schuldverhältnisses, in Festgabe für Heinrich Herrfahrdt (Marburg 1961), S. 197 ff.

VERZEICHNIS DER ABKÜRZUNGEN

A. A. (a. A.)	=	anderer Ansicht
a. E.	=	am Ende
AcP	=	Archiv für die civilistische Praxis
BB1	=	Bundesblatt
BGE	=	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (amtliche Sammlung)
BGHZ	=	Entscheidungen des deutschen Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BJM	=	Basler Juristische Mitteilungen
Jherings Jahrb.	=	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JK	=	Schweizerische Juristische Kartothek
Max	=	Entscheidungen des Obergerichts des Kantons Luzern
OR	=	Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 30. März 1911/18. Dezember 1936 (und seitherige Änderungen)
aOR	=	Bundesgesetz vom 14. Juni 1881 über das Obligationen- recht
RGZ	=	Entscheidungen des (deutschen) Reichsgerichts (in Zivilsachen)
SJZ	=	Schweizerische Juristenzeitung
ZBJV	=	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZGB	=	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907
ZR	=	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
ZSR	=	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

ERSTES KAPITEL

BEGRIFF, ARTEN, DAUER UND ENDE DES DAUERVERTRAGES

I. VOM BEGRIFF DES DAUERVERTRAGES

Der Dauervertrag ist eine Art der Gattung Vertrag.

Um seinen Begriff – wie er in der vorliegenden Arbeit verwendet wird – zu bestimmen, sprechen wir zunächst vom Begriff des Vertrages überhaupt, sodann vom obligatorischen Vertragsverhältnis. Darauf behandeln wir das *dauernde* obligatorische Vertragsverhältnis. Abschließend fassen wir das Ergebnis der Untersuchungen zusammen.

1. Vom Vertragsbegriff

Obwohl der Vertrag die markanteste Erscheinung der Rechtsgeschäfte ist, gibt es mehrere Vertragsbegriffe¹:

So wird das Wort Vertrag in seinen *Hauptbedeutungen* bald als «Lebenstatbestand», bald als «gültiger Vertrag», bald als «Vertragsverhältnis» verstanden.

1. Als «Lebenstatbestand» besagt Vertrag «Austausch übereinstimmender Willenserklärungen»². In diesem Sinne gebraucht, bezeichnet das Wort ein Ereignis menschlichen Zusammenlebens, einen Vorgang: den Vertragsschluß.

¹ Vgl. dazu BERNHARD SCHNYDER, S. 23 ff.

² «Der Tatbestand Willenserklärung umfaßt ein körperliches und ein geistiges Element, den sinnlich wahrnehmbaren Erklärungsvorgang und den erklärten, aber gleichwohl inneren Willen»: PETER JÄGGI, Vertrauensprinzip und Gesetz, S. 145 f.

2. Im Sinne eines «gültigen Vertrages» dagegen umfaßt der Begriff sowohl den Lebenstatbestand Vertrag als auch die dem erklärten Willen entsprechende Rechtsfolge (z. B. eine Verpflichtung), was u. a. die Zulässigkeit des Vertragsinhaltes, eventuell auch die Einhaltung der Gültigkeitsform voraussetzt. Der «gültige Vertrag» also ist der Tatbestand Vertrag, insoweit er Rechtsfolgen hat ¹.

3. Als «Vertragsverhältnis» schließlich besagt Vertrag die Rechtsfolge (ohne Tatbestand), die aus dem Vertrag als Lebenstatbestand hervorgeht und als Rechtslage fortbesteht.

Von den besprochenen Hauptbedeutungen abgesehen, hat das Wort Vertrag auch den *Nebensinn* von «Vertragsurkunde», welche die ausgetauschten Willenserklärungen festhält. Besonders im täglichen Verkehr wird es in dieser Nebenbedeutung gebraucht. Man spricht dann z. B. von der Übersendung des Kauf-, Miet- oder Dienstvertrages und meint damit den schriftlich fixierten Vertragstext ².

Welcher Sinn dem Wort Vertrag *in unserer Arbeit* zukommt, ergibt sich ohne weiteres aus dem jeweiligen Zusammenhang. Als Bestandteil des Begriffes Dauervertrag bedeutet Vertrag stets «Vertragsverhältnis». Mit diesem befassen wir uns nachstehend im einzelnen.

2. Der Dauervertrag – ein obligatorisches Vertragsverhältnis

Wie dargetan, verstehen wir das Wort Vertrag im Zusammenhang mit dem Begriff Dauervertrag als Vertragsverhältnis, und zwar als obligatorisches Vertragsverhältnis, wobei die Abgrenzung zwischen obligatorischen und nicht obligatorischen Vertragsverhältnissen dahingestellt bleiben kann.

¹ Nach FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY ist das die «richtige Auffassung vom Vertrag». Er definiert ihn als «die Vereinigung Mehrerer zu einer übereinstimmenden Willenserklärung, wodurch ihre Rechtsverhältnisse bestimmt werden» (System des heutigen Römischen Rechts, 3. Bd., Berlin 1840, S. 309). Die gleiche Meinung vertritt WALTHER BURCKHARDT (Methode und System des Rechts, Zürich 1936, S. 30, 47 f., 95). Ebenso BRUNO VON BÜREN. Nach ihm ist der Vertrag «die mit Zwangswirkung ausgestattete Vereinbarung», womit «der Vertrag die Billigung des Staates voraussetzt, mit dessen Hilfe erst die Erzwingung möglich ist» (S. 109).

² Was Vertrag als Normtatbestand bedeutet, ist durch Interpretation der entsprechenden Gesetzesbestimmungen zu ermitteln.

Das obligatorische Vertragsverhältnis ist ein *Schuldverhältnis*, das auf einem bestimmten kreativen Akt der Beteiligten, nämlich auf einem Schuldvertrag¹, beruht. Andere Entstehungsgründe für Schuld- (nicht aber Vertrags-)verhältnisse sind unerlaubte Handlung (Art. 41 ff. OR), ungerechtfertigte Bereicherung (Art. 62 ff. OR) und Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 419 ff. OR).

Wie alle Schuldverhältnisse stellt auch das obligatorische Vertragsverhältnis eine rechtliche Sonderverbindung zwischen den Beteiligten dar, deren Kern² in mindestens einer Forderung besteht. Von der Literatur wird die genannte Sonderverbindung als «Organismus»³, auch als «Gefüge»⁴, «Prozeß»⁴, «Ursprungsverhältnis»⁵, «konstante Rahmenbeziehung»⁶ etc. bezeichnet. Diese Umschreibungen stimmen in einem Punkte überein: Sie bringen zum Ausdruck, daß Forderung und Vertrags- bzw. Schuldverhältnis nicht identisch, sondern klar voneinander abzugrenzen sind:

Die *Forderung* bildet das Korrelat zur Schuld⁷. Schuld bedeutet rechtliche Verpflichtung des Schuldners, eine Leistung zu erbringen. Ihr ent-

¹ Die Willenserklärungen des Schuld- oder obligatorischen Vertrages beziehen sich auf Forderungen, weshalb der Schuldvertrag zu den obligationenrechtlichen Verträgen gehört. Während sich die andern obligationenrechtlichen Verträge (als Lebenstatbestand verstanden) auf die Änderung, Übertragung oder den Untergang von Forderungen richten, hat der Schuldvertrag die *Entstehung einer oder mehrerer Forderungen* zum Gegenstand (vgl. VON TUHR/SIEGWART, S. 137 ff.). Er besteht in der Abgabe und Annahme mindestens eines Versprechens. Dessen angemessene Folge ist die Pflicht des Versprechenden zum versprechensgemäßen Verhalten (JÄGGI N. 83 zu Art. 965 OR), somit eine Verbindlichkeit resp. Forderung.

² Der Ausdruck stammt von OTTO VON GIERKE, Deutsches Privatrecht, 3. Bd., S. 103. Damit soll gesagt sein, daß ein Schuldverhältnis wegen Forderungen begründet wird, die gleichzeitig oder später – allenfalls durch Hinzutritt weiterer Tatsachen (VON THUR/SIEGWART, S. 9) – entstehen.

³ PLANCK/SIBER, S. 3 ff.

⁴ KARL LARENZ, 1. Bd., S. 19.

⁵ ERNST WOLF, Rücktritt, Vertretenmüssen und Verschulden, S. 115, Anm. 82.

⁶ FELIX HERHOLZ, S. 267.

⁷ Schuld und Forderung bezeichnen wechselseitig eine Schuldner und Gläubiger umfassende Leistungsbeziehung. Diese wird zuweilen «Schuldverhältnis» genannt (vgl. z. B. OTTO VON GIERKE, Deutsches Privatrecht; THEO GUHL; Art. 176 Abs. 1 OR; §§ 241, 243 Abs. 2, 362 Abs. 2 BGB). Gemeint ist damit ein Schuldverhältnis im engeren Sinne. Wir vermeiden diesen Ausdruck und nennen die erwähnte Leistungsbeziehung entweder Obligation oder auch nur Schuld, Verbindlichkeit, Leistungspflicht, Forderung. Schuld, Verbindlichkeit und Leistungspflicht besagen stets dasselbe. Auch sind Forderung und Schuld insofern Synonyma, als sie das gleiche Leistungsverhältnis je von einer andern Seite her bezeichnen (vgl. PLANCK/SIBER, S. 3).

spricht das persönliche Recht des Gläubigers, die geschuldete Leistung zu verlangen. Dieses Recht heißt Forderung, wenn es weder persönlich-, noch familien-, erb-, sachen- oder immaterialgüterrechtlich ist ¹.

Das (obligatorische) *Vertragsverhältnis* kann sich in der Forderung erschöpfen. In den weitaus meisten Fällen umfaßt es indessen auch andersgeartete Rechte, wie Verhaltensrechte (z. B. Retentionsrecht) und Gestaltungsrechte (z. B. Kündigungsrecht), oder bloße Rechtslagen (z. B. Zuständigkeit zum Empfang der Kündigungserklärungen) ². Zusammen mit einer oder mit mehreren Forderungen bilden diese eine rechtliche Einheit, ein Ganzes von Rechtsfolgen ³: das Vertragsverhältnis ⁴.

3. Der Dauervertrag – ein dauerndes obligatorisches Vertragsverhältnis

Der Dauervertrag ist, wie einleitend festgestellt, eine Art der Gattung Vertrag. In welchem Sinne wir das Wort Vertrag als Bestandteil des Artbegriffes Dauervertrag verstehen (nämlich als obligatorisches Vertragsverhältnis), haben wir ausgeführt. Die angestrebte Begriffsbestimmung des Dauervertrages erfordert somit nur noch, daß die besondern Merkmale der Art *Dauervertrag* herausgestellt werden. Zu diesem Zwecke unterscheiden wir das dauernde vom nicht dauernden Vertragsverhältnis; das letztere bezeichnen wir hier als «einfaches» Vertragsverhältnis ⁵, wobei der Begriff des einfachen Vertragsverhältnisses lediglich eine Bedeutung hat als Gegensatz zum Sonderfall des Dauervertragsverhältnisses.

¹ Vgl. OTTO VON GIERKE, Deutsches Privatrecht, 3. Bd., S. 54. Eine positive Abgrenzung zwischen Forderung und andern persönlichen Rechten, eine geschuldete Leistung zu verlangen, ist nicht möglich.

² Vgl. KARL LARENZ, 1. Bd., S. 20; OTTO VON GIERKE, Deutsches Privatrecht, 3. Bd., S. 63 und 111 ff.

³ KARL LARENZ, 1. Bd., S. 20.

⁴ A. M. z. B.: BRUNO VON BÜREN, S. 1; PLANCK/SIBER, S. 4; ERNST WOLF, zum Begriff des Schuldverhältnisses, S. 197 ff. Zum Inhalt des Schuldverhältnisses gehören nach Ansicht dieser Autoren nur die Eignung, bestimmte einzelne Forderungsrechte und Leistungspflichten zu begründen, nicht aber die entstehenden Leistungspflichten selbst.

⁵ Diesen Ausdruck gebrauchen auch JOSEF ESSER, Schuldrecht, 2. Aufl. (Karlsruhe 1960), S. 62, sowie KARL LARENZ, 1. Bd., S. 24. OTTO VON GIERKE, Dauernde Schuldverhältnisse, S. 356 ff., spricht dagegen von «vorübergehenden Schuldverhältnissen», während FRANZ GSCHNITZER, Schuldrecht, 1. Bd., S. 15, das Wort «Zielschuldverhältnis» verwendet.

Bei der Gewinnung des begrifflichen Gegensatzes zwischen dauerndem und einfachem Vertragsverhältnis¹ stellen wir ab auf die typische Hauptleistungspflicht.

Die *typische Hauptleistungspflicht* ist jene Verbindlichkeit, welche dem Vertragsverhältnis das besondere Gepräge gibt, durch das es sich von andern Vertragsverhältnissen unterscheidet: z. B. das Mietverhältnis unterscheidet sich durch die Pflicht des Vermieters zur Gebrauchsunterlassung vom Dienstverhältnis, das seinerseits durch die Pflicht des Dienstnehmers zur Dienstleistung gekennzeichnet wird. Die Pflicht des Vermieters ist somit die typische Hauptleistungspflicht des Mietvertrages, während die Mietzinspflicht des Mieters nicht typisch ist.

Wenn sich nun die genannte typische Verbindlichkeit als *Dauerschuld* qualifiziert, ist das ganze Vertragsverhältnis dauernd. Ist dagegen die typische Hauptleistungspflicht einfacher Art, ist es auch das Vertragsverhältnis. Die Unterscheidung dauernder und einfacher Vertragsverhältnisse setzt somit jene zwischen dauernden und einfachen Verbindlichkeiten voraus. Diese aber gründet *im verschiedenartigen Verhältnis der Verbindlichkeit zur Zeit*:

Sowohl dauernde wie einfache Verbindlichkeiten haben einen Rechtsanfang und ein Rechtsende, somit ein Dasein zwischen zwei Polen der Zeit: eine zeitlich begrenzte Dauer. Die Dauer an sich liefert daher kein Unterscheidungsmerkmal der beiden Arten von Verbindlichkeiten. Verschieden aber ist ihre innere, ihre wesenseigene Zeitstruktur: der Sinn nämlich, welcher ihrem Dasein zwischen Anfangs- und Endzeitpunkt zukommt:

Einfache Verbindlichkeiten bestehen – in Anwendung einer Ausdrucksweise von Gerhart Husserl² – «auf ein Ende hin». Ihr Dasein ist zwar ein solches in der Zeit; ihr Wesen aber drängt und bewegt sie dem Ende ihres Daseins entgegen. Dies aus folgendem Grund:

Wie die Schulden überhaupt, stellen auch die einfachen Verbindlichkeiten bloße Mittel zum Zwecke dar. Als solche erfüllen sie ihren Sinn in der Erreichung ihres Zweckes (was allen Obligationen gemeinsam ist).

¹ Vgl. dazu OTTO VON GIERKE, Dauernde Schuldverhältnisse, S. 355–411.

² GERHART HUSSERL, S. 32. Unsere Ausführungen über die Zeitstruktur der einfachen und dauernden Verbindlichkeiten orientieren sich an den Erörterungen des genannten Autors, weichen jedoch von diesen in einzelnen, z. T. wesentlichen Punkten ab.

Dieser Zweck besteht in der Befriedigung von Gläubigerinteressen oder – da die Interessen der Gläubiger durch Leistung befriedigt werden – im Leistungserfolg. Mit Eintritt des Leistungserfolges aber erlöschen die einfachen (und nur die einfachen!) Verbindlichkeiten¹. Denn sie haben einzelne oder gezahlte Leistungen zum Gegenstand, mit deren Erbringung sich der Schuldner von seiner Leistungspflicht befreit².

Da sich die einfachen Verbindlichkeiten auf den Leistungserfolg als ihren Zweck richten, zugleich aber in der Leistung untergehen, sind sie – wie gesagt – auf das Ende ihres Daseins konzipiert³. Zwischen ihrem Daseinsende und ihrem Zwecksinn besteht ein Wesenszusammenhang der Art, daß sie in der Erfüllung ihres Sinnes untergehen. Ihr Dasein in der Zeit, bzw. ihre Dauer ist lediglich durch den Umstand begründet, daß Leistungsversprechen und versprochener Leistungserfolg zeitlich auseinanderliegen. Je kürzer dieses Dasein währt, desto besser steht es grundsätzlich für den Gläubiger⁴.

Anders verhält es sich mit *dauernden* Verbindlichkeiten. Sie sind nicht «auf ein Ende», sondern auf «die Dauer hin» angelegt⁵: auf ihr sinnvolles Dasein in der Zeit.

Zwar besteht auch ihr Zweck in der Erfüllung von Gläubigerinteressen bzw. in der (richtigen) Leistung des Geschuldeten (vgl. oben). Doch erweist sich hier die Bewirkung der geschuldeten Leistung nicht als rechtsaufhebende Tatsache, welche die Leistungspflicht zerstört⁶. *Die Dauer der Verbindlichkeit richtet sich nicht nach der Leistung; vielmehr richtet sich die Leistung nach der Dauer der Verbindlichkeit*, indem der Schuldner mit ihr so lange fortzufahren hat, als die Leistungspflicht

¹ Vgl. Art. 114 Abs. 1 OR.

² Vgl. statt vieler: JULIUS GEORG LAUTNER, S. 18 ff.

³ Sie zielen, wie FRANZ GSCHNITZER (Schuldrecht, 1. Bd., S. 15) sagt, darauf ab, «durch Erbringung der zugesagten Leistungen zu enden».

⁴ Vgl. FRANZ GSCHNITZER, Schuldrecht, 1. Bd., S. 15.

⁵ Das heißt nicht, daß sie auf «ewige» Dauer angelegt sind, wie KARL LARENZ (Allgem. Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, München 1967, S. 214) den Ausdruck zu verstehen scheint. Im Gegenteil: die Dauer «dauernder» Leistungspflichten ist unter Umständen kürzer als die Dauer «einfacher» Verbindlichkeiten. So kann sich die «einfache» Pflicht des Verkäufers über Jahre hinziehen, während sich die dauernde Mietschuld möglicherweise innert Stunden oder einem Bruchteil von Stunden erledigt.

⁶ Der Konditionalsatz des Art. 114 Abs. 1 OR «Geht eine Forderung infolge ihrer Erfüllung ... unter» bezieht sich somit nur auf einfache Verbindlichkeiten.

besteht¹. Diese Dauer-Pflicht erfüllt daher, einmal fällig geworden, ihre Zweckbestimmung, indem sie und so lange sie besteht. Ihr Dasein ist alsdann ein solches laufender Sinnerfüllung²; ihr Ende aber bedeutet bloßes Aufhören ihrer Existenz: einen Abbruch, der mit dem Zwecksinn der Verbindlichkeit in keinem Wesenszusammenhang steht.

Der Gegenstand dauernder Verbindlichkeiten kann in einem Unterlassen, in einem fortgesetzten positiven Verhalten oder in periodisch wiederkehrenden Leistungen bestehen. Entscheidend ist, daß sich das Leisten nicht auf einen einmaligen Akt oder auf mehrmalige, aber gezählte Akte beschränkt, sondern eine ganze Zeit hindurch fortzusetzen ist³; daß also der Gesamtumfang der Leistung gleichsam mit dem Fortgang der Zeit wächst⁴. Hier gilt für den Gläubiger mit Rücksicht auf die Dauer der Verbindlichkeit: je länger, desto lieber⁵.

Das dauernde Vertragsverhältnis zeichnet sich somit gegenüber dem einfachen dadurch aus, daß sich seine typische Hauptleistungspflicht nicht «auf das Ende hin», sondern «auf sinnvolles Dasein in der Zeit» richtet. Mit dieser je verschiedenen *Zeitstruktur* der charakteristischen Verbindlichkeit hängt auch die *unterschiedliche Funktion* des einfachen und des dauernden Vertragsverhältnisses zusammen:

Während sich das einfache Vertragsverhältnis regelmäßig auf den Ausgleich widersprechender Interessen beschränkt, ist das dauernde Verhältnis außerdem dazu bestimmt, eine relativ objektive Ordnung unter den Parteien herzustellen⁶. Ihm «wohnt die Kraft inne, ständige Machtverhältnisse zu schaffen und zu gewährleisten»⁷. Darum vermag es auch Brücken vom Schuldrecht zum Personenrecht, und zwar zum Verbandsrecht, zu schlagen⁷.

¹ Vgl. bereits Ehrenzweig, zitiert bei FRANZ GSCHNITZER, Die Kündigung nach deutschem und österreichischem Recht, S. 324.

² Außer die geschuldete Leistung werde nicht erbracht. Dann haben wir es mit einer «Zweckvereitelung» zu tun.

³ Keine Dauerschuld «liegt also dort vor, wo eine zum vorneherein bestimmte Gesamtmenge (z. B. von Kohlen oder Lebensmitteln) ratenweise ... geliefert, oder eine bestimmte Geldsumme in Teilbeträgen gezahlt werden soll»: KARL LARENZ, 1. Bd., S. 23.

⁴ KARL LARENZ, 1. Bd., S. 23.

⁵ Vgl. FRANZ GSCHNITZER, Schuldrecht, 1. Bd., S. 15.

⁶ Vgl. WALTHER BURCKHARDT, ZBJV 71 (1935), S. 434 ff.

⁷ Vgl. OTTO VON GIERKE, Deutsches Privatrecht, 3. Bd., S. 95.

Am stärksten ausgeprägt finden sich die personenrechtlichen Elemente bei der einfachen Gesellschaft, am schwächsten beim Darlehen. Ihre Intensität variiert aber nicht bloß je nach der Art, sondern auch innerhalb ein und desselben Dauervertragsverhältnisses. So entsteht ein personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis beim Dienstvertrag erst mit Aufnahme der Arbeit. Jetzt treten die Parteien in engsten Kontakt, während sie mit dem bloßen Abschluß des Vertrages nur schuldrechtliche Beziehungen begründeten¹.

4. Zusammenfassung

In der vorliegenden Untersuchung bedeutet das Wort Dauervertrag «*dauerndes obligatorisches Vertragsverhältnis*».

Das *obligatorische Vertragsverhältnis* ist ein Schuldverhältnis, hervorgegangen aus dem Lebenstatbestand Schuldvertrag. Wir verstehen es als das Ganze der Rechtsfolgen, welche sich an den Vertragsschluß knüpfen. Ihren Kern bildet mindestens eine Forderung.

Als *dauernd* bezeichnen wir das obligatorische Vertragsverhältnis, wenn seine typische Hauptleistungspflicht, das Korrelat der typischen Forderung, dauernd ist. Hier hängt der Umfang der charakteristischen Hauptleistung von der Dauer der typischen Verbindlichkeit ab. Diese ist daher – anders als eine «einfache» Schuld, welche durch richtige Leistung erlischt – nicht auf das Ende (durch Erfüllung) hin konzipiert, sondern auf sinnvolles Dasein in der Zeit: auf ihre Dauer. Damit hängt die besondere Eignung des dauernden Vertragsverhältnisses zur Begründung einer relativ objektiven Ordnung unter den Parteien zusammen, wodurch es Brücken vom Schuldrecht zum Personen-, und zwar zum Verbandsrecht, zu schlagen vermag.

¹ Über die personenrechtlichen Elemente der Dauerschuldverhältnisse siehe bei GÜNTHER BEITZKE, S. 9 ff.

II. DIE IM OR GEREGLTEN DAUERVERTRÄGE

Wie bei den Verträgen überhaupt, gibt es auch bei den Dauerverträgen Vertragsverhältnisse, welche gesetzlich geregelt¹, und solche, die gesetzlich nicht geregelt² sind³.

Unsere Untersuchung über die Beendigung der Dauerverträge beschränkt sich auf gesetzlich geregelte Verträge, und zwar auf solche, deren Ordnung sich im OR, nicht in einem andern Teil der Gesetzgebung, findet. Dessen besonderer Teil enthält, unter der Überschrift «Die einzelnen Vertragsverhältnisse»⁴, eine Aufstellung verschiedener Vertragsarten (Art. 184–551 OR). Einige von ihnen sind Dauerverträge⁵. Diese lassen sich, nach gemeinsamen Merkmalen geordnet, in drei Gruppen zusammenfassen. Ihnen schließt sich die Gesellschaft als «besonderer» Dauervertrag an.

¹ Gesetzlich geregelt sind jene Verträge, bei denen das Gesetz sämtliche Rechtsfolgen des Vertragsschlusses in ihrer spezifischen Zusammensetzung ordnet (vgl. ARTHUR MEIER-HAYOZ, JK 1134, S. 1). Sie haben keine ausschließliche Bedeutung (vgl. VON TUHR/SIEGWART, S. 234), weshalb die Parteien frei sind, auch gesetzlich nicht geregelte Verträge einzugehen. Diese Freiheit ist die mit «Typenfreiheit» bezeichnete Ausprägung der Vertragsfreiheit.

² Gesetzlich nicht geregelt sind Verträge, bei denen das Gesetz einzelne oder sämtliche Rechtsfolgen des Vertragsschlusses oder deren besondere Zusammensetzung nicht ordnet (vgl. ARTHUR MEIER-HAYOZ, JK 1134, S. 1). Beispiele derartiger Dauerverträge bilden etwa: Der Alleinvertretungsvertrag, der Krediteröffnungs-, Unterrichts-, Pensions- und Hauswartzvertrag. Eine vollständige Aufzählung erweist sich zum vorneherein als ausgeschlossen. «Denn gerade auf dem Gebiet des Schuldrechts bringen die wirtschaftlichen Bedürfnisse immer neue Formen hervor, die jeder Kasuistik spotten» (HANS CHARMATZ, S. 356).

³ Verbinden sich gesetzlich geregelte oder (und) gesetzlich nicht geregelte Verträge derart, daß sie sich zueinander ähnlich verhalten wie die Leistungspflichten vollkommen zweiseitiger Vertragsverhältnisse (vgl. THEO GUHL, S. 256), spricht man von *zusammengesetzten Verträgen*. Auf diese Vertragskoppelungen finden die für synallagmatische Verträge geltenden Regeln analoge Anwendung, wobei die Eigenart der verkoppelten Verträge selber durch die Verbindung nicht berührt wird. So bewahren die Verträge ihre dauernde oder einfache Natur, weshalb sich ein Dauervertrag sowohl mit einem einfachen (z. B. bei der Gewährung eines verzinslichen Darlehens «gegen» Abschluß eines Kaufvertrages), wie mit einem dauernden (z. B. bei der Gewährung eines verzinslichen Darlehens «gegen» Abschluß eines Mietvertrages) Vertrag verbinden kann.

⁴ Die Überschrift ist mit Rücksicht auf die nicht ausschließliche Bedeutung der im OR geregelten Verträge (vgl. Anm. 1) falsch. Besser wäre: «Einzelne Vertragsverhältnisse».

⁵ Gemeint sind hier «Dauerverträge» nicht als konkrete Rechtsfolgen konkreter Lebensstatbestände, sondern als abstrakt begriffliche Rechtssatzelemente.

**1. Die erste Gruppe von Dauerverträgen:
Miete, Pacht, Gebrauchsleihe und Darlehen
(Verträge auf Gebrauchsüberlassung)**

Bei dieser Gruppe richtet sich die typische Hauptleistungspflicht auf Überlassung eines Vertragsgegenstandes mindestens zum Gebrauch. Danach hat der typische Hauptleistungsschuldner¹ (Vermieter, Verpächter, Verleiher, Darleiher) den Vertragsgegenstand dem Berechtigten sowohl zu übergeben (oder wenigstens zugänglich zu machen) als auch zum Gebrauche zu belassen. Die Verbindlichkeit «zu belassen» ist dauernd, da mit ihrer Erfüllung so lange fortzufahren ist, als sie besteht. Sie umfaßt die Pflicht, den vertragsgemäßen Gebrauch zu dulden sowie dessen Störung zu unterlassen.

Die dauernde Belassungspflicht macht – als wesentliches Element der typischen Verbindlichkeit – die genannten Verträge zu Dauerverträgen. Wir nennen sie «Verträge auf Gebrauchsüberlassung». Jeder von ihnen weist Besonderheiten auf, durch die er sich von den andern unterscheidet:

So wird die auf negatives Verhalten (dulden und unterlassen) gerichtete Belassungspflicht bei der stets entgeltlichen *Miete* (Art. 253–274 OR) durch eine dauernde Pflicht² zur Entfaltung positiver Tätigkeit ergänzt: der Vermieter hat die (nutzbare oder nicht nutzbare) Mietsache bis zum Ende der Mietzeit in vertragsgemäßem Zustand zu erhalten.

Die typische dauernde Hauptleistungspflicht der ebenfalls entgeltlichen *Pacht* (Art. 275–304 OR) umfaßt wie jene der Miete sowohl eine dauernde Belassungs- als auch eine dauernde Erhaltungspflicht³. Doch muß hier der Hauptleistungsschuldner, der Verpächter, den Vertragsgegenstand nicht nur zum Gebrauche, sondern überdies zur Nutzung belassen, weshalb dieser bloß in nutzbaren Sachen (oder Rechten) bestehen kann (Art. 275 Abs. 1 OR).

¹ Unter «Hauptleistungsschuldner» verstehen wir in unserer Arbeit den Schuldner der typischen dauernden Hauptleistung (im Unterschied zum Schuldner der Gegenleistung).

² Vgl. Max VIII Nr. 479.

³ Zwar hebt das Gesetz die Pflicht zur Erhaltung des Pachtgegenstandes nicht ausdrücklich hervor. Doch ergibt sich diese Pflicht aus Art. 278, 284 und 285 OR (vgl. OSER/SCHÖNENBERGER N. 1 zu Art. 277 OR).

Im Unterschied zur begriffsnotwendig entgeltlichen Miete und Pacht ist die *Gebrauchsleihe*¹ (Art. 305–311 OR) ein unentgeltliches Vertragsverhältnis. Ihre typische Hauptleistungspflicht beschränkt sich auf dauernde Überlassung zum Gebrauch. Den Hauptleistungsschuldner, den Verleiher, trifft also weder die Pflicht, den Vertragsgegenstand zur Nutzung zu belassen, noch trifft ihn eine Erhaltungspflicht².

Durch dauernde Gebrauchüberlassung gekennzeichnet ist schließlich auch das (entgeltliche wie unentgeltliche) *Darlehen*¹ (Art. 312–318 OR). Nur ist Gegenstand des Gebrauches nicht, wie bei der *Gebrauchsleihe* (und gewöhnlich bei der Miete und Pacht), eine Sache, sondern ein Wertquantum³. Der Borger erhält das von Geld und andern vertretbaren Sachen verkörperte Kapital zum Gebrauch, die Sachen selber zu Eigentum (Art. 312 OR). Vertragsgegenstand bildet daher, genau betrachtet, ein Kapitalwert. Über ihn kann der Borger als Hauptleistungsgläubiger⁴ bis zum Erlöschen der typischen Leistungspflicht verfügen.

2. Die zweite Gruppe von Dauerverträgen: Dienst-, Agentur- und Hinterlegungsvertrag (Arbeitsverträge)

Die zweite Gruppe wird von drei Arbeitsverträgen gebildet: vom Dienst-, vom Agentur- und vom Hinterlegungsvertrag⁵. Diesen Verträgen ist gemeinsam, daß der Gegenstand ihrer typischen Hauptleistungspflicht in fortgesetztem Leisten von Arbeit besteht: Der typische Hauptleistungsschuldner (Dienstpflchtiger, Agent, Verwahrer) hat bis zum Er-

¹ *Gebrauchsleihe* und *Darlehen* sind zwei Erscheinungsformen der *Leihe* (vgl. Überschrift des neunten Titels des Obligationenrechts).

² Vgl. OSER/SCHÖNENBERGER N. 1 zu Art. 305 OR.

³ Vgl. OTTO VON GIERKE, *Dauernde Schuldverhältnisse*, S. 399.

⁴ Unter «Hauptleistungsgläubiger» verstehen wir in unserer Arbeit den Gläubiger der typischen dauernden Hauptleistung (im Unterschied zum Gläubiger der Gegenleistung).

⁵ Zu den Arbeitsverträgen gehören ferner der Werk- und Verlagsvertrag sowie der Auftrag mit seinen Abarten. Diese Verträge sind indessen nicht dauernd:

So richtet sich die typische Leistungspflicht des *Werkvertrages* (Art. 363–379 OR) auf «un certain résultat matériel ou immatériel, mais objectivement constatable» (BGE 83 II 529); nach anderer Ansicht: auf ein Arbeitsergebnis an (bloß) körperlichen Sachen (GAUTSCHI N. 63a zu Art. 394 OR). Geschuldet wird jedenfalls ein Resultat (Art. 363 OR), ein einmaliger Erfolg und nicht ein «Wirken» (OTTO VON GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, 3. Bd., S. 592). Mit Eintritt des Erfolges erlischt die charakteristische Verbindlichkeit. Diese ist daher nicht auf fortwährende Erfüllung, sondern auf ihr Ende durch Erfüllung angelegt. Sie qualifiziert sich als ein-

löschen der charakteristischen Verbindlichkeit fortwährend im Interesse des Hauptleistungsgläubigers (Dienstherr, Auftraggeber, Hinterleger) tätig zu sein. Die typische Leistungsschuld ist demnach dauernd, weshalb auch die genannten Arbeitsverträge dauernd sind.

Von allen übrigen, auch den nicht dauernden, Arbeitsverträgen unterscheidet sich der stets entgeltliche *Dienstvertrag* (Art. 319–362 OR) dadurch, daß die dauernde typische Tätigkeit in Unterordnung unter den Hauptleistungsgläubiger zu erbringen ist¹. Der typische Hauptleistungsschuldner tritt mit andern Worten in ein Subordinationsverhältnis zum Dienstherrn: Er wird dem Haushalt, Betrieb oder Unternehmen des Dienstherrn eingegliedert und hat seine Arbeit nach dessen Weisungen, also unselbständig, zu erbringen². Dadurch gerät er in wirtschaftliche Abhängigkeit vom Arbeitgeber, der regelmäßig alle Arbeitsmittel stellen (Art. 338 OR) und überdies gewisse Schutzpflichten erfüllen muß (Art. 339 OR).

fache Schuld, weshalb auch der Werkvertrag ein einfaches Vertragsverhältnis darstellt: ein einfaches Vertragsverhältnis allerdings, das gewisse Gestaltungen aufweist, die OTTO VON GIERKE, Dauernde Schuldverhältnisse, S. 396, als «vorbereitendes», in den Werkvertrag «eingebautes, dauerndes Schuldverhältnis» bezeichnet.

Auch der *Verlagsvertrag* (Art. 380–393 OR) gehört zu jenen Arbeitsverträgen, deren typische Leistungspflicht die Erzielung eines Arbeitserfolges bezweckt (vgl. BECKER N. 1 zu Art. 380 OR). Der Arbeitserfolg besteht im Verlag (Vervielfältigung und Herausgabe) eines Werkes der Kunst oder Literatur. Mit seiner Verwirklichung erlischt die charakteristische Verbindlichkeit, weshalb der Verlagsvertrag ein einfaches Vertragsverhältnis ist. Und zwar ungeachtet des Umstandes, daß dieses auch nicht typische Pflichten dauernder Art umfassen kann: etwa die Pflicht des Verlagsgebers zur Belassung des Verlagsrechtes oder zur Unterlassung von Beeinträchtigungen des Verlegers. Solche Leistungspflichten haben lediglich die typische Hauptleistung zu ermöglichen: den Verlag des Werkes. Da dieser Verlag von beiden Parteien angestrebt wird, liegt es nahe, den Verlagsvertrag als qualifizierten Werkvertrag mit gesellschaftsrechtlichem Einschlag aufzufassen (GAUTSCHI N. 66 d zu Art. 394 OR).

Was schließlich den *einfachen Auftrag* (Art. 394–411 OR) betrifft, richtet sich zwar dessen typische Leistungspflicht (im Unterschied zu jener des Werkvertrages) nicht auf ein bestimmtes Arbeitsergebnis, sondern auf die Entfaltung einer bestimmten Tätigkeit unter Anwendung bestimmter Sorgfalt (BGE 83 II 529: *une certaine activité avec une certaine diligence*). Nach anderer Meinung hat der Beauftragte ein (immaterielles) Arbeitsergebnis zu erbringen (vgl. GAUTSCHI N. 63 ff. zu Art. 394 OR). So oder so endet aber der Auftrag «par l'accomplissement de la tâche, qu'assume le mandataire» (BGE 83 II 529). Er erweist sich daher nicht als Dauervertragsverhältnis (vgl. OSER/SCHÖNENBERGER N. 36 zu Art. 319 OR):

¹ Vgl. GAUTSCHI N. 62 b zu Art. 394 OR.

² Vgl. OTTO VON GIERKE, Deutsches Privatrecht, 3. Bd., S. 609.

Während die geschuldete Tätigkeit des Dienstpflichtigen in irgendeiner Arbeit bestehen kann¹, ist der typische Hauptleistungsschuldner im *Agenturvertrag* (Art. 418a–418v OR) gegen Entgelt zur Vermittlung oder zum Abschluß von Geschäften für den Auftraggeber verpflichtet (Art. 418a OR).

Vom Dienstvertrag unterscheidet sich der Agenturvertrag außerdem durch die Stellung des Hauptleistungsschuldners. Der Dienstpflichtige arbeitet in einem Subordinationsverhältnis, der Agent dagegen in weitgehender Selbständigkeit.

Vom Auftrag², spezieller vom auftragsähnlichen Mäklervertrag, hebt sich der Agenturvertrag durch die dauernde Natur der zu erbringenden typischen Hauptleistung ab. Diese ist nicht auf die Vermittlung oder den Abschluß einzelner, gezählter, Geschäfte angelegt. Vielmehr hat der Agent – anders als der Beauftragte, insbesondere der Mäkler – mit seiner Tätigkeit so lange fortzufahren, als die charakteristische Verbindlichkeit andauert, ohne daß die Verbindlichkeit durch Erfüllung erlischt.

Beim *Hinterlegungsvertrag* (Art. 472–491 OR) schließlich besteht die geschuldete Dienstleistung in der (entgeltlichen oder unentgeltlichen) Gewährung von Obhut für die hinterlegten Sachen. «Obhut ist sichernde, schützende Tätigkeit»³. Zusammen mit der Gewährung von Schutz-Raum bildet diese die charakteristische Verbindlichkeit des Vertrages⁴.

¹ Im Rahmen der Vertragsfreiheit (Art. 19 f. OR).

² Vgl. S. 11 Anm. 5 a. E.

³ KARL LARENZ, 2. Bd. S. 278. – Wird (gegen Entgelt) nur Raum zur Verfügung gestellt, liegt Miete vor.

⁴ Vgl. BGE 91 II 451.

Als *wesentliche Leistungspflicht des Hinterlegungsvertrages* wurde im ältern Deutschen Recht die unversehrte Rückgabe der hinterlegten Sachen angesehen (OTTO VON GIERKE, Deutsches Privatrecht, S. 730). Diese Ansicht findet sich auch heute noch vertreten (vgl. GAUTSCHI N. 1e der Vorbem. zu Art. 472 ff. OR; BGE 58 II 351). Auf ihr gründet wohl die Tatsache, daß der Hinterlegungsvertrag nicht durchwegs zu den Arbeitsverträgen gezählt wird. THEO GUHL z. B. macht ihn zusammen mit den Sicherungsverträgen namhaft, und zwar unter dem Titel «Verwahrungs- und Sicherungsverträge» (S. 399).

Zu den Sicherungsverträgen gehört die *Bürgschaft* (Art. 492–512 OR). Sie ist kein Dauervertrag (STAUDINGER, Einl. vor § 241, O 4); trifft doch den Bürgen (typischer Hauptleistungsschuldner) eine bedingte Pflicht zu einer bloß einfachen Leistung. Allerdings erfordert die Bedingung eine ständige Leistungsbereitschaft. Doch «ständige Leistungsbereitschaft macht die Bürgschaft ebensowenig zu einer Dauerschuld wie die einem Kaufvertrag beigefügte Bedingung, welche ebenfalls eine langfristige Leistungsbereitschaft erfordert» (GÜNTHER BEITZKE, S. 52).

Mit deren Erfüllung hat der Aufbewahrer so lange fortzufahren, als sie besteht. Sie ist demnach dauernd.

Wird die dauernde Aufbewahrungspflicht gewerbsmäßig übernommen, indem sich der Verwahrer hiezu öffentlich empfiehlt (Art. 482 Abs. 1 OR), kommt ein Lagergeschäft (Art. 482–486 OR) zustande. Ob Lagergeschäft oder nicht: der Aufbewahrer hat nach Erlöschen der typischen Leistungspflicht regelmäßig (*depositum regulare*) dieselben Sachen zurückzugeben, die ihm anvertraut wurden.

Nur ausnahmsweise, beim unregelmäßigen Hinterlegungsvertrag (*depositum irregulare*: Art. 481 OR), gehen die hinterlegten Sachen ins Eigentum des Aufbewahrers über. Ob dessen Pflicht, dem Hinterleger jederzeit Gegenstände der betreffenden Art in gleicher Menge und Güte zur Verfügung zu halten (Art. 481 OR in Verbindung mit Art. 475 OR), eine Pflicht zu dauernder Tätigkeit im Interesse des Hauptleistungsgläubigers darstellt, ist mindestens fraglich (vgl. S. 13 Anm. 4 Abs. 3). Jedenfalls läßt sich nicht verkennen, daß die unregelmäßige Hinterlegung dem Darlehen bedeutend näher steht als den Arbeitsverträgen, wobei die Leistungspflicht des Verwahrers der (einfachen) Rückleistungspflicht des Borgers entspricht.

3. Die dritte Gruppe von Dauerverträgen: Leibrenten- und Verpfändungsvertrag

Der Leibrenten- und der Verpfändungsvertrag werden auf die Lebensdauer eines Menschen abgeschlossen. Sie sind dauernd; hat doch der typische Hauptleistungsschuldner (Leibrentenschuldner und Pfandgeber) mit der Erfüllung der typischen Verbindlichkeit eine ganze Zeit hindurch, bis zum Vertragsende, fortzufahren.

Die charakteristische Verbindlichkeit des (nicht begriffsnotwendig entgeltlichen) *Leibrentenvertrages* (Art. 516–520 OR) richtet sich auf fortwährende Erbringung zeitlich wiederkehrender Geld- oder anderer vertretbarer Sachleistungen. Diese dauernde Gesamtleistungspflicht bringt «stoßweise»¹ Einzelleistungspflichten hervor: Verpflichtungen zur Erbringung der einzelnen «in sich abgeschlossenen»² Leistungen. Ihnen

¹ OTTO VON GIERKE, Dauernde Schuldverhältnisse, S. 360.

² OTTO VON GIERKE, Dauernde Schuldverhältnisse, S. 374.

eignet ein von der Dauerleistungspflicht unabhängiges Dasein¹. Im Unterschied zu dieser sind sie einfacher Art und erlöschen somit durch Erfüllung: vor oder nach dem Untergang der dauernden Gesamleistungspflicht, welcher sie entsprungen sind.

Typisch für den (stets entgeltlichen) *Verpfändungsvertrag* (Art. 521–529 OR) ist die Pflicht zur Gewährung von Unterhalt und Pflege, wozu der Pfrundnehmer in Hausgemeinschaft mit dem Pfrundgeber tritt (Art. 521 Abs. 1, Art. 524 Abs. 1 und 2 OR). Den Unterhalt und die Pflege des Pfrundnehmers hat der Pfrundgeber bis zu dessen Tode fortzusetzen; sofern der Pfrundvertrag nicht vorzeitig endet.

4. Einfache Gesellschaft

Schließlich erweist sich auch die einfache Gesellschaft (Art. 530–551 OR) als dauerndes Vertragsverhältnis; und zwar gleichgültig, ob sie sich auf eine Zweckerreichung richtet, die einmalig ist (z. B. Errichtung eines Gebäudes) oder dauernd (z. B. Führung eines Advokaturbüros). Hier wie dort ist jede Partei verpflichtet, so lange kontinuierlich zur Erreichung des allen Gesellschaftern gemeinsamen Vertragszweckes mitzuwirken, als die Pflicht hiezu besteht. Die für die Gesellschaft typische Mitwirkungspflicht qualifiziert sich daher als dauernde Verbindlichkeit:²

Dauernd ist jedenfalls die Treuepflicht, welche einen Teil der Mitwirkungspflicht ausmacht. Danach hat jeder Gesellschafter bis zum Ende des Vertrages alles zu unterlassen, was den gemeinsamen Interessen zuwiderläuft (vgl. Art. 536 OR). Dauernder Art ist vielfach aber auch der andere Teil der Mitwirkungspflicht, die Beitragspflicht (Art. 531 OR): z. B. dann, wenn sich diese auf Gebrauchsüberlassung (vgl. Art. 531 Abs. 3 OR) oder auf die Leistung von Diensten richtet.

Ihre Mitwirkung schulden die Parteien nicht nur der Gesamtheit der Beteiligten, sondern jedem einzelnen von ihnen. Insofern sind die Leistungen der Gesellschafter *wechselseitig*: Der Vertragswille eines jeden geht dahin, «daß er sich zur Mithilfe der Erreichung des Zweckes verpflichtet unter der Voraussetzung, daß die Mitgesellschafter ihm gegen-

¹ S. 14 Anm. 2

² Das Typische der Pflicht besteht im gemeinsamen Zweck, den es zu erreichen gilt. Typisch ist daher die Verbindlichkeit jedes Gesellschafters; dies im Unterschied zu den übrigen Dauerverträgen, für welche die Leistungspflicht nur einer Partei typisch ist.

über die gleiche Verpflichtung auf sich nehmen»¹. Die wechselseitigen Leistungspflichten gehen indessen nicht auf den Austausch der Leistungen². Vielmehr werden die Leistungen aller vereinigt, um den gemeinsamen Zweck zu erreichen³. Dieser bildet den einheitlichen richtenden Gesichtspunkt des ganzen Vertragsverhältnisses⁴, der das «Wirken» der einzelnen zu einem «Zusammenwirken aller» werden läßt (Der Zweck ist mit gemeinsamen Mitteln und Kräften zu erreichen: Art. 530 Abs. 1 OR).

Zweckstrebiges Zusammenwirken mehrerer setzt Ordnung und damit ein Mindestmaß an *Organisation* voraus. Diese findet sich im Gesetze vorgezeichnet (Art. 534 OR über die Gesellschaftsbeschlüsse; Art. 535, 539–541 OR über Geschäftsführung und Kontrollrecht der Gesellschafter). Mit ihr löst sich die einfache Gesellschaft vom Boden des Obligationenrechts⁵, um auch eine «sozialrechtlich verbundene Personengemeinschaft» zu werden⁶, was sich unter anderem im Gesamthandprinzip, aber auch in der (meistens periodisch vorzunehmenden) Verteilung allfälligen Gewinnes offenbart.

III. DAUER, ENDE UND BEENDIGUNG DES DAUERVERTRAGES

1. Von den Begriffen Dauer, Ende und Beendigung

Die Begriffe Dauer, Ende und Beendigung des Dauervertrages stehen in engem gegenseitigen Verhältnis, wobei sich der Begriff Beendigung in einer seiner Bedeutungen mit dem Begriffe Ende sogar deckt (vgl. S. 18).

Was zunächst die **Dauer** des Dauervertrages betrifft, so bezeichnet sie nur in einer *Nebenbedeutung* den ganzen Zeitraum, während dem der Dauervertrag als Rechtsverhältnis besteht, während dem es also obligatorische Rechtsfolgen des Vertragsschlusses gibt⁷. In der *Haupt-*

¹ ANDREAS SAXER, S. 34.

² Weshalb zwar *jeder* Gesellschafter (Wechselseitigkeit der Verbindlichkeiten) die Erbringung des Geschuldeten verlangen kann, aber bloß an *alle* Beteiligten.

³ Vgl. KARL LARENZ, 2. Bd., S. 286.

⁴ WALTHER BURCKHARDT, ZBJV 71 (1935), S. 435.

⁵ Vgl. OTTO VON GIERKE, Dauernde Schuldverhältnisse, S. 410.

⁶ KARL LARENZ, 2. Bd., S. 288.

⁷ Ob den ganzen Zeitraum oder bloß einen Teil davon, entscheidet sich nach der konkreten Sachlage.

Insbesondere ist mit der Dauer des Vertrages in der Hauptbedeutung vielfach

bedeutung hingegen bezeichnet sie die Zeitspanne, in der die typische Hauptleistungspflicht des Vertrages (vgl. S. 5) eine Dauerschuld (vgl. S. 6) ist, mag auch nachher ein Vertragsverhältnis ohne die typische Dauerschuld weiterbestehen. Die Vertragsdauer in der Hauptbedeutung ist – im konkreten Fall – meistens kürzer als jene in der Nebenbedeutung; möglicherweise fällt sie mit dieser zusammen; nie aber ist sie länger.

In unserer Arbeit wird die Vertragsdauer, soweit sich aus dem Kontext nichts anderes ergibt, in der Hauptbedeutung verstanden. Danach «dauert» z. B. der Mietvertrag nur so lange, als der Vermieter zu dauernder Gebrauchsüberlassung verpflichtet ist; und nicht etwa so lange, als Vermieter und Mieter infolge des Vertragsschlusses durch irgendwelche andere Obligationen (z. B. durch die Pflicht des Mieters zur Leistung einzelner rückständiger Mietzinsraten) verbunden bleiben.

Die Vertragsdauer, gleich welcher Bedeutung, läßt sich zeitlich beschränkt oder unbeschränkt denken. Während die unbeschränkte Dauer lediglich einen Anfangszeitpunkt hat (sie besteht «von ...»), weist die beschränkte Dauer sowohl einen Anfangs- als auch einen Endzeitpunkt auf (sie besteht «von – bis»). Ist sie nicht bloß Mindestdauer (der Vertrag soll mindestens bis zu ihrem Ablauf bestehen) ¹, bedeutet ihr Endzeitpunkt «Vertragsende».

Das **Ende** des Dauervertrages folgt somit unmittelbar auf die beschränkte Vertragsdauer. Ihr entsprechend hat es eine mehrfache Bedeutung (vgl. dazu ausführlich S. 200 ff.):

Im *engen Sinne* besagt «Ende des Dauervertrages», daß sämtliche (obligatorischen) Rechtsfolgen des Vertragsschlusses erloschen sind ². Der Dauervertrag hat als Vertragsverhältnis aufgehört zu bestehen. Die Vertragsdauer in der Nebenbedeutung ist abgelaufen.

Im *weiten Sinne* hingegen ist der Dauervertrag schon dann beendet, wenn die typische dauernde Hauptleistungspflicht (vgl. S. 5) untergegangen ist oder ihre Eigenschaft als Dauerschuld verloren hat. Der Vertrag hat aufgehört, ein Dauervertrag zu sein (vgl. S. 8), sofern er nicht

lediglich der Erfüllungszeitraum gemeint: der Zeitraum, während dem der typische Hauptleistungsschuldner die charakteristische (fällige) Verbindlichkeit zu erfüllen hat.

¹ Vgl. S. 23.

² Dem ursprünglichen Vertragsabschluß gleichzusetzen sind spätere Vereinbarungen, welche den Inhalt des Vertragsverhältnisses ergänzen: z. B. die nachträgliche Abrede eines Konkurrenzverbotes im Dienstvertrag.

ausnahmsweise in Form eines andern Dauervertrages fortdauert (vgl. S. 184 ff.). Abgelaufen ist die Vertragsdauer in der Hauptbedeutung, nicht aber notwendig die Vertragsdauer überhaupt. Meistens besteht das Vertragsverhältnis weiter, vorzüglich als Abwicklungs- (Liquidations-) Verhältnis (vgl. S. 203 und 206 ff.)¹.

In der vorliegenden Arbeit ist mit Worten wie «Ende», «Untergang», «Schluß» des Dauervertrages (und mit den entsprechenden Verben) stets das Ende mindestens im weiten Sinne gemeint. Dies gilt mit Bezug auf alle Dauerverträge; also auch für die *einfache Gesellschaft*, welche das OR – ist sie nur im weiten Sinne beendet – als «aufgelöste» Gesellschaft bezeichnet².

Das Vertragsende (im weiten und engen Sinne) bildet das Ergebnis eines Beendigungsvorganges: es schließt das «zu Ende gehen» des Vertrages ab und ist, wenn das «passive zu Ende gehen» auf aktiver (Beendigungs-) Tätigkeit der Parteien (z. B. Kündigung) beruht, Ziel auch dieser Tätigkeit.

Beides, der Beendigungsvorgang wie das Ergebnis des Vorganges, wird begrifflich vom Ausdruck **Beendigung** erfaßt. «Beendigung» bedeutet demnach sowohl «zu Ende gehen» als auch «Vertragsende». Mit ihr werden wir uns einerseits unter dem Gesichtspunkt der Beendigungsgründe befassen (2. und 3. Kapitel). Andererseits werden wir (im 4. Kapitel) das Resultat der Vertragsbeendigung als eines Vorganges, den beendeten Dauervertrag, behandeln. Vorbereitend jedoch sprechen wir zunächst von der Festlegung der Vertragsdauer, darauf von den Beendigungsgründen im allgemeinen und schließlich von der Einteilung der Dauerverträge mit Rücksicht auf die Dauerabreden der Parteien (Dauerverträge mit oder ohne abschließende Dauerabrede; Dauerverträge auf unbestimmte und bestimmte vereinbarte Dauer).

2. Von der Festlegung der Vertragsdauer (in der Hauptbedeutung)

Der Dauervertrag zeichnet sich, wie wir gesehen haben, gegenüber dem einfachen Vertragsverhältnis dadurch aus, daß seine typische Hauptleistungspflicht nicht auf ihr Ende durch Erfüllung angelegt ist. Im

¹ Zwischen dem Vertragsende im weiten und engen Sinne liegt das Vertragsende im abgeschwächt engen Sinne. Vgl. S. 200.

² Dazu und zur Terminologie des Gesetzes bei den übrigen Dauervertragsarten vgl. S. 201 Anm. 2.

Gegenteil: sie wird fortwährend erfüllt und dauert doch fort¹. Aus diesem Grund trägt der Dauervertrag das Ausmaß seiner Bestandesdauer regelmäßig² nicht in sich. Vielmehr muß seine Dauer besonders festgelegt werden: sei es durch *Parteiabrede* oder durch *Gesetz*.

A. DIE FESTLEGUNG DER VERTRAGSDAUER DURCH PARTEIABREDE

Die Festlegung der Vertragsdauer durch Parteiabrede wirft hauptsächlich drei Fragen auf, nämlich: die Frage 1. nach den denkbaren Arten vertraglicher Dauerbestimmung, 2. nach der Vertragsauslegung und 3. nach dem zwingenden Gesetzesinhalt.

1. Die Frage nach den denkbaren Arten vertraglicher Dauerbestimmung

Die am Dauervertrag beteiligten Parteien können die gewünschte (beschränkte oder unbeschränkte) Vertragsdauer zum vorneherein (zugleich mit Vertragsschluß) oder nachträglich (durch besondere Abrede), ausdrücklich oder stillschweigend³ vereinbaren. In allen Fällen wird das gewünschte Ausmaß der Vertragsdauer entweder *unmittelbar* oder *mittelbar* bestimmt, und zwar gleichgültig, ob eine beschränkte oder unbeschränkte Dauer gewollt ist.

a) Die *unmittelbare* (maßliche) Festlegung einer *beschränkten Vertragsdauer* («von – bis») erfolgt mit Hilfe der anerkannten Kalendereinheiten wie Tage, Wochen, Monate, Jahre:

Haben sich die Parteien auf einen Bruchteil (z. B. $\frac{1}{2}$ Jahr) oder (und) eine Zahl dieser Einheiten (z. B. 1 Jahr, 2 $\frac{1}{2}$ Monate) geeinigt, steht die Dauer abstrakt (d. h. abstrahiert von unserer Zeitrechnung auf Grund des Kalenders) fest. Bekannt ist ihr (Aus-)Maß (z. B. 37 Jahre), unbekannt sind die Zeitpunkte, an denen sie beginnt (z. B. 30. November

¹ Vgl. FRANZ GSCHNITZER, Die Kündigung nach deutschem und österreichischem Recht, S. 323.

² Eine Ausnahme von der Regel bildet in dieser Hinsicht die einfache Gesellschaft, sofern sie sich auf einmalige (nicht auf dauernde) Zweckerfüllung richtet. Vgl. S. 36.

³ Die Möglichkeit stillschweigender Dauerabrede wird vom OR lediglich für die Miete ausdrücklich vorgesehen (Art. 267 Abs. 1 OR). Sie ist indessen (auch für andere Dauerverträge) so selbstverständlich wie die Möglichkeit stillschweigender Vereinbarungen überhaupt.

1930, 20 Uhr) und endet (z. B. 30. November 1967, 20 Uhr). Erst mit der Fixierung ihres Anfangspunktes tritt die Vertragsdauer in Zusammenhang mit unserer Zeitrechnung und wird dadurch konkret. Dieser Anfangspunkt kann mit dem Abschluß des Vertrages zusammenfallen; häufig aber deckt sich der Beginn sowohl der ursprünglich wie der nachträglich vereinbarten Dauer nicht mit dem Beginn des Vertragsverhältnisses¹.

b) Bei der *mittelbaren* Festlegung einer *beschränkten Vertragsdauer* einigen sich die Parteien nicht direkt über deren Ausmaß, sondern über deren Anfangs- und Endzeitpunkt. Dadurch wird das Maß der (konkreten) Dauer indirekt festgelegt, indem es sich mit Hilfe der vereinbarten Zeitpole bestimmen läßt.

Was insbesondere den *Endzeitpunkt* betrifft, so ist dieser, sofern er sicher eintritt (*dies certus an*), ein Termin. Als solcher kann er derart beschaffen sein, daß im voraus feststeht, wann er sich verwirklicht (*dies certus quando*)², oder so, daß in dieser Beziehung Unsicherheit herrscht (*dies incertus quando*)³. Während im ersten Fall die zeitliche Grenze kalendermäßig bestimmt oder bestimmbar ist, wird sie im zweiten Fall durch ein äußeres Ereignis gebildet, von dem gewiß ist, *daß*, ungewiß jedoch, *wann* es eintritt. Fehlt es außerdem an der Sicherheit, *ob* das betreffende Ereignis sich verwirklicht⁴, hängt die Vertragsdauer von einer Resolutivbedingung ab (vgl. Art. 154 OR)⁵. «Da fast nur das physische Ableben sicher, alles andere hingegen unsicher ist, sind die Umschreibungen anhand zukünftiger Ereignisse regelmäßig Bedingungen»⁶.

Ein erstes *Beispiel mittelbarer Dauerbestimmung mit Hilfe einer Bedingung* bildet – bei bekanntem Anfangspunkt – die Vereinbarung eines

¹ Meistens fällt der Beginn der vereinbarten Dauer mit der Fälligkeit der typischen Hauptleistungspflicht (z. B. der Dienstleistungspflicht) zusammen, oft auch mit dem Zeitpunkt der nachträglichen Dauerabrede. Entscheidend ist der Vertragswille der Parteien.

² Z. B. ein bestimmter Kalendertag.

³ Z. B. der Tod einer Vertragspartei.

⁴ Z. B. Kriegsausbruch, Ausbruch einer Epidemie, Wegzug einer Partei aus der Stadt.

⁵ Zu den Begriffen Termin und Bedingung vgl. statt vieler VON TUHR/SIEGWART, S. 483 f.; MAX KASER, Römisches Privatrecht, 2. Aufl. (München und Berlin 1962), S. 48 f.; ferner BGE 11 399.

⁶ BRUNO VON BÜREN, S. 192.

Gestaltungsrechts, wonach der Vertrag durch einseitige empfangsbedürftige *Willenserklärung* (Kündigung, ev. Rücktritt) beendet werden kann. Die Ausübung dieses Beendigungsrechts ist ein zukünftiges ungewisses Ereignis, an dessen Eintritt sich die Vertragsauflösung (ev. -aufhebung) knüpft. Sie qualifiziert sich somit als Resolutivbedingung, genauer: als resolutiv gestaltete Willensbedingung (*conditio si voluero*)¹.

Als weiteres Beispiel derartiger Dauerbestimmung erweist sich die Begrenzung der Dauer durch den *Leistungszweck*, d. h. durch den Zweck, den eine Partei mit der Leistung der Gegenpartei erstrebt. Dauerbestimmende Wirkung kommt dem genannten Zweck allerdings nicht schon deshalb zu, weil ihn beide Parteien kennen. Vielmehr müssen die Kontrahenten (mindestens stillschweigend) übereingekommen sein, der Vertrag habe so lange fortzudauern, bis der Leistungszweck erreicht sei. Alsdann fixiert die Zweckerreichung den Endzeitpunkt der Vertragsdauer.

Dabei kann auf den Zweck der einen oder der andern Vertragsleistung abgestellt werden. Am häufigsten jedoch geschieht die Dauerbestimmung durch den Zweck, den der Gläubiger der typischen Hauptleistung mit dieser verfolgt. Vorgesehen wird das vom Obligationenrecht für die Gebrauchsleihe (Art. 310 OR), den Dienst- (Art. 345, 347 Abs. 1 OR) und den Agenturvertrag (Art. 418p Abs. 1 und 418q Abs. 1 OR)². Aber auch bei andern Vertragsverhältnissen ist dies durchaus möglich. Man denke etwa an die Miete eines Rollbahngleises für einen Kanalbau³, die Pacht eines Restaurationsbetriebes für die Führung einer Festwirtschaft oder die Aufnahme eines verzinslichen Darlehens zur Überbrückung momentaner Geldknappheit⁴. Hier wie in den gesetzlich geordneten Fällen schöpft der Zweck seine dauerbestimmende Wirkung aus der Parteiabrede. Da seine Erreichung ein zukünftiges, ungewisses Ereignis dar-

¹ Vgl. BRUNO VON BÜREN, S. 192; vgl. auch VON TUHR/SIEGWART, S. 700.

² Dabei stellt das OR die «mit Hilfe des Leistungszwecks bestimmte Vertragsdauer» der «vereinbarten Dauer» gegenüber (vgl. die Ausdrücke: «weder noch» in Art. 310; «oder» in Art. 345 und 418p Abs. 1; «auch nicht» in Art. 347 Abs. 1 und 418q Abs. 1). Dies zu Unrecht; ist doch die Begrenzung der Dauer mit Hilfe des Leistungszwecks nichts anderes als ein Anwendungsfall der Dauerbestimmung durch Parteiabrede.

³ BECKER N. 1 zu Art. 267 OR.

⁴ Vgl. BECKER N. 1 zu Art. 318 OR: Ein Darlehen, das dem Borger aus der durch Ausbleiben einer Einnahme geschaffenen Verlegenheit helfen soll, wird mit dem Eingang des betreffenden Guthabens ohne weiteres zur Rückzahlung fällig.

stellt, bedeutet die Vereinbarung der Dauer mit Hilfe des Leistungszwecks nichts anderes als eine vertragliche Dauerbestimmung durch Resolutivbedingung.

Vom Leistungszweck zu unterscheiden ist der *Vertragszweck*: das allen Parteien gemeinsame Ziel, auf welches sich der Inhalt ihrer übereinstimmenden Willenserklärungen richtet.

Ein derartiges Ziel gibt es lediglich beim synallagmatischen Vertrag sowie bei der einfachen Gesellschaft. Beim synallagmatischen Vertrag besteht es im Austausch der typischen Haupt- und der Gegenleistung, bei der einfachen Gesellschaft im Zweck, den die Parteien mit gemeinsamen Mitteln und Kräften erreichen wollen (Art. 530 Abs. 1 OR).

Während der Zweck des synallagmatischen Vertrages nicht zur Bestimmung der Vertragsdauer taugt, wird die Dauer der einfachen Gesellschaft allenfalls durch die Erreichung ihres Zweckes begrenzt (Art. 545 Abs. 1 Ziff. 1 OR). Dies in den Fällen, wo die Gesellschaft auf einmalige (also nicht dauernde) Zweckerreichung (z. B. Errichtung eines Gebäudes) angelegt ist. Daß hier die Gesellschaft mit der Erreichung ihres Zweckes endet (vgl. S. 36), ergibt sich aus ihrem Wesen und ihrer Funktion. Zweckerreichung ist hier also nicht eine bloß von außen gesetzte Resolutivbedingung; dies so wenig, wie die Erfüllung Resolutivbedingung für die einfachen Vertragsverhältnisse ist.

c) Im Unterschied zur beschränkten Vertragsdauer, die notwendig zwischen Anfangs- und Endzeitpunkt besteht, weist schließlich die *unbeschränkte Dauer* («von ...») lediglich einen Anfangspunkt auf. Ihr Ausmaß ist – in die Zukunft gesehen – unbegrenzt.

Unmittelbar wird dieses unbegrenzte Maß festgelegt, indem die Parteien (positiv) bestimmen, der Vertrag solle immer («ewig») dauern; *mittelbar*, indem die Parteien (negativ) den Eintritt eines Endzeitpunktes vertraglich ausschließen.

2. Die Frage nach der Vertragsauslegung oder: von der Bedeutung der vereinbarten Vertragsdauer

Während die vereinbarte unbeschränkte Vertragsdauer stets nur «eindeutig» ist (der Dauervertrag soll zeitlich unbeschränkt fortbestehen), kann die beschränkte Vertragsdauer je nach dem Willen der Parteien mehreres bedeuten: entweder Mindest- und Höchstdauer zugleich oder

bloß dieses oder jenes¹. Welchen Sinn eine vereinbarte Dauer in concreto hat, ist durch Auslegung des betreffenden Vertrages zu ermitteln.

Ist eine beschränkte Dauer als *Mindest- und Höchstdauer zugleich* gewollt (Fall 1), soll der Vertrag weder vor noch nach, sondern mit ihrem Ablauf untergehen. Als *bloße Höchstdauer* dagegen (Fall 2) hat sie den Sinn, daß der Vertrag nicht länger als bis zu ihrem Ablauf bestehen soll, jedoch schon vorher aus einem andern Grunde enden könne. In der Bedeutung einer *Mindestdauer* endlich (Fall 3) läßt sie nach dem Willen der Parteien den Vertrag trotz ihres Ablaufes weiterbestehen, verhindert aber, daß er schon vorher zu Ende geht.

Möglicherweise verabreden die Parteien *neben der Höchstdauer auch eine Mindestdauer* (oder umgekehrt), somit zwei voneinander unabhängige Zeiträume (Fall 4, nicht identisch mit Fall 1). Alsdann soll der Vertrag nicht vor Ablauf der Mindestdauer, spätestens aber mit Ablauf der Höchstdauer untergehen. In solchen Fällen läuft die Mindestdauer regelmäßig vor der Höchstdauer ab. Denkbar ist aber auch, daß das Ende der Höchstdauer dem Ende der Mindestdauer zuvorkommt. Dies insbesondere dann, wenn das Ende wenigstens der einen Dauer durch ein zukünftiges ungewisses Ereignis bestimmt ist². Bei der Lösung des dadurch entstehenden Konflikts zwischen Höchst- und Mindestdauer ist auf den Parteiwillen abzustellen: Liegt das «Schwergewicht» des übereinstimmenden Parteiwillens auf der Mindestdauer, bleibt der Vertrag trotz Ablaufs der Höchstdauer bis zum Ende der Mindestdauer bestehen. Liegt das «Schwergewicht» dagegen auf der Höchstdauer, endet der Vertrag schon vor dem Ende der Mindestdauer mit Ablauf der Höchstdauer. Hat schließlich eine Partei das «Schwergewicht» auf die Höchst-, die andere auf die Mindestdauer gelegt, besteht mit Bezug auf die Vertragsdauer ein Dissens. Zu entscheiden ist dann nach den für Dissens-Fälle geltenden Regeln, allenfalls nach dem Vertrauensprinzip³.

¹ Zu dieser Einteilung vgl.: OSER/SCHÖNENBERGER N. 8–12 zu Art. 345 OR; WALTHER HUG, Das Kündigungsrecht, II, S. 23 ff.; HEINRICH TITZE, S. 690 ff.

² Z. B. Überlassung einer Darlehenssumme «mindestens» bis der Borger einen andern Geldgeber findet, «höchstens» bis der Darleiher selber des Geldes bedarf.

³ Das Vertrauensprinzip (wonach Willenserklärungen so gelten, wie sie ihr Empfänger in guten Treuen verstehen mußte und durfte) beinhaltet sowohl eine Auslegeregeln (für mängelfreie Willenserklärungen) als auch eine Entscheidregeln (für Dissens-Fälle). Vgl. SCHÖNENBERGER/JÄGGI N. 193 ff. zu Art. 1; ferner PETER JÄGGI, Vertrauensprinzip und Gesetz, S. 145 ff.

3. Die Frage nach dem zwingenden Gesetzesinhalt oder:
von der Zulässigkeit der Dauerabrede

Die Arten der vertraglichen Dauerbestimmung sowie die Bedeutung der getroffenen Dauerabreden haben wir besprochen, ohne uns nach der Zulässigkeit der genannten Vereinbarungen zu fragen. Diese richtet sich nach den Grenzen der Vertragsfreiheit (Art. 19 f. OR). Dabei sind im besondern drei Schranken, gewissermaßen eine allgemeine und zwei spezielle, zu beachten:

Erstens können nach herrschender Meinung¹ Verträge «auf unbeschränkte Dauer» («ewige» Verträge; S. 22, S. 42) nicht gültig vereinbart werden (allgemeine Schranke). Dies, weil die Abrede eines zeitlich unbeschränkten Vertrages der Natur obligatorischer Verpflichtungen widerspreche und außerdem eine übermäßige Bindung im Sinne des Art. 27 ZGB begründe.

Zweitens haben sich die Parteien bei der Abrede einer Vertragsdauer in gewissem Umfang an das Erfordernis der Parität zu halten (1. spezielle Schranke). Was darunter zu verstehen ist, besprechen wir im Zusammenhang mit der gesetzlichen ordentlichen Kündigung (vgl. S. 52 Anm. 1).

Drittens sind die Dauerabreden der Parteien lediglich soweit wirksam, als sie nicht zwingenden gesetzlichen Einzel-Vorschriften über die Dauer des vereinbarten Vertrages widersprechen (2. spezielle Schranke).

B. DIE FESTLEGUNG DER VERTRAGSDAUER DURCH GESETZ

Haben die Parteien die Vertragsdauer überhaupt nicht, nicht abschließend oder nicht gültig festgelegt, kommen die gesetzlichen Bestimmungen über die Dauer der Verträge zur Anwendung. Soweit diese Vorschriften zwingenden Charakter haben, sind sie trotz abweichender Dauerabrede der Parteien anwendbar (vgl. oben).

Die Beendigungsvorschriften des OR kennen für sämtliche Dauerverträge *lediglich eine beschränkte* Vertragsdauer. Deren Ausmaß wird stets mittelbar festgelegt, indem die gesetzlichen Vorschriften den End-

¹ Vgl. BGE 93 II 300; 56 II 191; 25 II 455 ff.; FICK N. 12 zu Art. 253 OR; HAFNER N. 4 zu Art. 275 aOR und N. 2 zu Art. 289 aOR; MERZ N. 246 zu Art. 2 ZGB; OSER/SCHÖNENBERGER Vorbem. zu Art. 1 bis 67 OR, N. 20; von TUHR/SIEGWART, S. 610 Anm. 51.

zeitpunkt der Dauer durch Statuierung von Beendigungsgründen bestimmen. Was Beendigungsgründe sind, ergibt sich (nebst anderem) aus den folgenden Erörterungen, welche sich auf die Beendigungsgründe im allgemeinen (deren Begriff, Arten, Rechtsfolgen usw.) beziehen. Doch ist vorweg zu bemerken, daß Beendigungsgründe nicht nur durch Gesetz, sondern auch durch Vertrag statuiert werden.

3. Die Beendigungsgründe im allgemeinen

Wie dargelegt, schließt sich an den Ablauf der vereinbarten oder gesetzlichen (beschränkten) Vertragsdauer ¹ (die nicht bloße Mindestdauer ist) das Ende des Dauervertrages ¹. Durch dessen Eintritt werden die rechtlichen Sonderbeziehungen unter den Parteien verändert. Diese Änderung setzt, wie alle rechtlichen Veränderungen, einen genügenden Grund voraus: eine Tatsache, welche die Änderung und damit das Vertragsende rechtfertigt. Solche Tatsachen nennen wir Beendigungsgründe.

A. BEGRIFF UND ARTEN DER BEENDIGUNGSGRÜNDE

Beendigungsgründe sind also *Tatsachen, welche den Eintritt des Vertragsendes* rechtfertigen. Es sind rechtserhebliche Tatsachen, an deren Verwirklichung sich eine Rechtsfolge knüpft. Die Rechtsfolge besteht entweder im Eintritt des Vertragsendes oder im Recht einer Person, den Vertrag zu beenden. Dadurch heben sich die Beendigungsgründe von den Mängeln in der Entstehung des Vertrages ² ab. Diese lassen das Vertragsverhältnis überhaupt nicht (vgl. Art. 1; 11 Abs. 2; 16; 20 Abs. 1 OR), nur unter der Bedingung nachfolgender Genehmigung (vgl. Art. 21; 31; 38 f. OR) oder mit anderem Inhalt als gewollt (vgl. Art. 20 Abs. 2 und 25 Abs. 2 OR) zustande kommen (vgl. S. 196 ff.), während jene auf das Ende eines vollwirksam bestehenden Vertragsverhältnisses abzielen.

¹ Pro memoria: Unter Vertragsdauer verstehen wir die Dauer in ihrer Hauptbedeutung, unter Vertragsende das Ende im weiten Sinne. Vgl. S. 17 und 18.

² Z. B. fehlerhafter Konsens (Art. 1 OR), Handlungsunfähigkeit (Art. 17 ff., 280, 410 ZGB), Unmöglich-, Widerrechtlich- und Sittenwidrigkeit (Art. 19 f. OR), Formfehler (Art. 11 ff. OR), wesentlicher Irrtum (Art. 23 ff. OR), absichtliche Täuschung (Art. 28 OR), gegründete Furcht (Art. 29 f. OR), Übervorteilung (Art. 21 OR), Nichterfüllung einer Suspensivbedingung (Art. 151 f. OR) und vollmachtlose Stellvertretung (Art. 38 f. OR).

Die so verstandenen *Beendigungsgründe können nach zahlreichen Merkmalen voneinander unterschieden werden*. Wir beschränken uns auf fünf Merkmale, welche für unsere Arbeit von Bedeutung sind:

1. Das erste Unterscheidungsmerkmal gewinnen wir aus dem *Tatbestand* der Beendigungsgründe. Je nachdem, ob dieser in einem Rechtsgeschäft (z. B. Aufhebungsvertrag oder einseitige Gestaltungserklärung) besteht oder nicht (z. B. Zeitablauf, nachträgliche Unmöglichkeit), sprechen wir von *willkürlichen* oder *nicht willkürlichen* Beendigungsgründen.

2. Zwei weitere Unterscheidungsmerkmale ergeben sich aus den *Rechtsfolgen* der Beendigungsgründe:

a) Zunächst kann darauf abgestellt werden, ob die Beendigungsgründe unmittelbar das Vertragsende bewirken oder bloß das Recht einer Partei begründen, den Vertrag zu beenden. Hier handelt es sich um *mittelbare*, dort um *unmittelbare* Beendigungsgründe.

Die unmittelbaren Beendigungsgründe führen ohne weiteres Zutun der Parteien zum Vertragsende. Die mittelbaren dagegen setzen hierzu die Ausübung des durch sie begründeten Beendigungsrechts durch einseitige Willenserklärung voraus. Die (gültige) Beendigungserklärung ist ihrerseits unmittelbarer (willkürlicher) Beendigungsgrund.

b) Sodann sind die Beendigungsgründe danach zu unterscheiden, ob sie als Beendigungsgründe «*einzelner Obligationen*» (z. B. der Schuld-erlaß) oder «*ganzer Vertragsverhältnisse*» (z. B. die Kündigung) wirken.

Die Beendigungsgründe «*ganzer Vertragsverhältnisse*» setzen (mittelbar oder unmittelbar) allen Dauerleistungspflichten eines bestimmten Vertrages ein Ende. Dadurch erlischt auch dessen typische Hauptleistungspflicht – und zwar mindestens in ihrer Eigenschaft als Dauerschuld –, womit der Dauervertrag (im weiten Sinne) zu Ende geht (vgl. S. 17 f.).

Beendigungsgründe «*einzelner Obligationen*» hingegen zeichnen sich dadurch aus, daß sie lediglich eine bestimmte einzelne Leistungspflicht beenden. Beendigungsgründe von Dauerverträgen sind sie (nur) dann, wenn die betroffene Obligation im Einzelfall die typische Hauptleistungspflicht eines dauernden Vertragsverhältnisses darstellt (vgl. S. 17 f.).

3. Das vierte Kriterium zur Unterscheidung der Beendigungsgründe

stellt ab auf deren *Herkunft*. Danach hält man *gesetzliche* und *vereinbarte* (oder vertragliche) Beendigungsgründe auseinander.

Die gesetzlichen Beendigungsgründe sind im Gesetz umschrieben. Sie sind entweder zwingend, wenn sie trotz abweichender Parteiabrede gelten; oder dispositiv, wenn sie gelten, sofern die Parteien nichts anderes vereinbart haben¹.

Im Unterschied zu den gesetzlichen sind die vereinbarten Beendigungsgründe nicht im Gesetz, sondern im Vertrag umschrieben.

4. Schließlich unterscheiden wir – mit Rücksicht auf den *Verlauf des Vertrages* – ordentliche und außerordentliche Beendigungsgründe.

Die *ordentlichen* Beendigungsgründe führen das Vertragsende so herbei, wie es von den Parteien oder vom Gesetz für den störungsfreien Vertragsablauf vorgesehen ist.

Die *außerordentlichen* Beendigungsgründe dagegen führen zum vorzeitigen Vertragsende, d. h. zum Ende des Vertrages vor der einem störungsfreien Ablauf entsprechenden Dauer. Außerordentlich ist bei ihnen sowohl der Zeitpunkt des bewirkten Vertragsendes (nämlich vorzeitig) als auch ihr Tatbestand. Dieser besteht in einer Vertragsstörung.

Weder zu den ordentlichen noch zu den außerordentlichen Beendigungsgründen gehören die Beendigung des «ganzen Vertragsverhältnisses» durch gegenseitige *Übereinkunft* (vgl. Art. 545 Abs. 1 Ziff. 4) sowie der Erlaß der typischen Hauptleistungspflicht; und zwar sowohl der nackte Erlaß (Art. 115 OR) als auch die Novation (Art. 116 OR: Erlaß, verbunden mit der Vereinbarung einer neuen Schuld). In ihnen manifestiert sich einfach die allgemeine Vertragsfreiheit als Aufhebungs- bzw. Auflösungsfreiheit. Sie werden hier pro memoria aufgeführt, ohne daß wir bei der Behandlung der einzelnen Beendigungsgründe auf sie zurückkommen.

B. DIE RECHTSFOLGEN DER BEENDIGUNGSGRÜNDE IM EINZELNEN

Je nachdem, ob die Beendigungsgründe unmittelbarer oder mittelbarer Art sind, bestehen ihre unmittelbaren Rechtsfolgen im Vertragsende oder im Recht einer Partei, den Vertrag zu beenden (vgl. S. 26). Das

¹ Die gesetzlichen Beendigungsgründe des OR zerfallen überdies in allgemeine und spezielle, je nachdem sich ihre Umschreibung im allgemeinen oder speziellen Teil des OR findet.

Recht, den Vertrag zu beenden, nennen wir «Beendigungsrecht». Mit ihm befassen wir uns im Folgenden zuerst; nachher erörtern wir die Rechtsfolge «Vertragsende» und die besondere Rechtslage bei der einfachen Gesellschaft.

*1. Das Beendigungsrecht
als unmittelbare Rechtsfolge eines Beendigungsgrundes*

Das infolge eines mittelbaren Beendigungsgrundes entstehende Beendigungsrecht ist ein Gestaltungs-, ausnahmsweise ein Gestaltungs-klagerecht. Weder hier noch dort bedarf der Berechtigte zur Herbeiführung der Gestaltung (Vertragsende) der Mitwirkung des betroffenen Vertragspartners¹.

a) Ist das Beendigungsrecht ein *Gestaltungsklagerecht*, kann es lediglich auf dem Prozeßweg, durch Klage, ausgeübt werden². Seine Ausübung qualifiziert sich also durch die Notwendigkeit gerichtlicher Durchsetzung: Eine Eigenart, die den Sinn hat, das Beendigungsrecht erst nach gerichtlicher «Titulierung» sich auswirken zu lassen.

Das OR kennt ein einziges derartiges Beendigungsrecht: das Recht des einfachen Gesellschafters, den Vertrag aus «wichtigem Grunde» zu beenden (Art. 545 Abs. 1 Ziff. 7 und Art. 545 Abs. 2 OR). Hier knüpft sich das Ende der Gesellschaft bloß mittelbar an die private Willenserklärung, unmittelbar an das richterliche (Gestaltungs-) Urteil. Das Gesetz sagt ausdrücklich, die Gesellschaft werde «durch Urteil des Richters» aufgelöst (Art. 545 Abs. 1 Ziff. 7 OR). Der Richter hat also das Vertragsende (im weiten Sinne; vgl. S. 17 f.) nicht bloß festzustellen; er hat es herbeizuführen.

b) Anders verhält es sich, wenn das Beendigungsrecht ein *Gestaltungsrecht* ist. Alsdann kann es durch außergerichtliche (empfangsbedürftige) Willenserklärung ausgeübt werden. Dem Richter obliegt es im Streitfall, den Eintritt des Vertragsendes festzustellen, nicht aber, das Vertragsende herbeizuführen.

¹ Vgl. EDUARD BÖTTICHER, *Besinnung auf das Gestaltungsrecht und das Gestaltungs-klagerecht*, Festschrift für HANS DÖLLE, 1. Bd. (Tübingen 1963), S. 54 und S. 55 ff.

² Vgl. MAX GULDENER, S. 257 f.

Steht dieses Beendigungsrecht, wie wir hier voraussetzen, der Partei eines Dauervertrages zu, so ist es entweder ein Kündigungs- oder ein Rücktrittsrecht¹. Diese beiden Beendigungsrechte unterscheiden sich durch die Wirkung ihrer Ausübung. Zwar bewirkt sowohl die Kündigung² (Ausübung des Kündigungsrechts) als auch der Rücktritt (Ausübung des Rücktrittsrechts) das Vertragsende (mindestens im weiten Sinne; vgl. S. 17f.). Anders als die Kündigung läßt jedoch der Rücktritt außerdem die Pflicht der Parteien zur Rückleistung des in Erfüllung des Vertrages bereits Erhaltenen entstehen³. Dieses Ergebnis (Vertragsende plus Rückleistungspflichten) nennen wir «*Wirkung ex tunc*»⁴, während der Eintritt des bloßen Vertragsendes (ohne Entstehung von Rückleistungspflichten) «*Wirkung ex nunc*» heißt.

Was den *Rücktritt* (Beendigungserklärung mit Wirkung ex tunc) betrifft, werden wir uns mit ihm und dem ihm zugrunde liegenden *Rücktrittsrecht* mehrfach, insbesondere aber im 4. Kapitel, auseinandersetzen⁵. Hier sei das Ergebnis dieser Untersuchungen vorweggenommen und wie folgt für die ganze Arbeit festgehalten:

¹ Dritte haben das Recht, den Verpfändungsvertrag durch Anfechtung gemäß Art. 525 OR zu beenden.

² Von dieser sogenannten «*Beendigungskündigung*» unterscheidet die Doktrin (vgl. BRUNO VON BÜREN, S. 41; MAX GRÄSSLI, S. 19f.; VON TUHR/SIEGWART, S. 486 und 609) eine «*Fälligkeitkündigung*». Die «*Fälligkeitkündigung*» führe die Fälligkeit einer Verpflichtung (z. B. der Pflicht des Verkäufers: so BRUNO VON BÜREN, S. 41), insbesondere einer Rückleistungspflicht herbei, während die «*Beendigungskündigung*» das Ende des Schuldverhältnisses bewirke. Vgl. auch MAX VI Nr. 540.

Handelt es sich aber um die Fälligkeit einer Rückleistungspflicht bei Dauerverträgen, so ist die genannte Unterscheidung sinnlos. Hier resultiert, wie später, S. 216f. gezeigt wird, die Fälligkeit aus dem Vertragsende. Dieses, und nicht die Fälligkeit der Rückleistungspflicht, bildet die unmittelbare Folge der Kündigung. Da also die «*Fälligkeitkündigung*» notwendig und primär «*Beendigungskündigung*» ist, bleibt für die Unterscheidung in eine «*Fälligkeits-*» und eine «*Beendigungskündigung*» kein Platz (vgl. FRANZ GSCHNITZER, Die Kündigung nach deutschem und österreichischem Recht, S. 335–337).

³ Die Rückleistungspflicht trifft beide Parteien: nicht nur den Vertragsgegner des Zurücktretenden, wie dies der Wortlaut des Art. 109 Abs. 1 OR besagt. Vgl. VON TUHR/SIEGWART, S. 597 f.

⁴ Vgl. VON TUHR/SIEGWART, S. 597. – Pro memoria: Wenn wir in unserer Arbeit von «*Rückwirkung*» des Rücktritts sprechen, meinen wir damit, daß der Rücktritt die Herbeiführung des status quo ante durch Erfüllung der Rückleistungspflichten bezweckt, nicht aber, daß er das Schuldverhältnis mit rückwirkender Kraft auflöst, wie wenn es nie bestanden hätte (vgl. S. 208 Anm. 2).

⁵ Vgl. S. 97, 99, 149f., 159, 209 ff.

Abgesehen vom Leibrentenvertrag können Rückleistungspflichten bei Dauerverträgen des OR nicht mehr entstehen, sobald mit der Erfüllung ihrer typischen dauernden Hauptleistung (vgl. S. 5) begonnen wurde. Aus diesem Grunde wird nach Erfüllungsbeginn der genannten Verbindlichkeit jeder «Rücktritt» zur Kündigung und das «Rücktrittsrecht» zum Kündigungsrecht.

2. Das Vertragsende als unmittelbare Rechtsfolge eines Beendigungsgrundes

Kündigung, Rücktritt und Gestaltungsurteil bilden zusammen mit andern Sachverhalten (wie z. B. Unmöglichkeit, S. 118 ff.) die unmittelbaren Beendigungsgründe. Sie bewirken – ohne Zutun der Parteien – das Vertragsende: entweder sofort oder nach Ablauf einer Frist.

Umfaßt der beendete Vertrag keine Rückleistungspflichten (Beendigung ex nunc), wird er als «aufgelöster» Vertrag bezeichnet. Umfaßt dagegen das (nur im weiten Sinne) beendete Vertragsverhältnis (vgl. S. 17 f.) derartige Rückleistungspflichten (Beendigung ex tunc), spricht man von «aufgehobenem Vertrag».

Der einzige gesetzliche Beendigungsgrund, welcher die Aufhebung des Vertrages zur Folge hat, ist der Rücktritt. Wann der Rücktritt (und damit auch die Vertragsaufhebung) ausgeschlossen ist, haben wir eben erwähnt und werden wir im 4. Kapitel eingehend erläutern (vgl. S. 209 ff.).

3. Die besondere Rechtslage bei der einfachen Gesellschaft

Wie oben (S. 16) festgestellt wurde, löst sich mit der einfachen Gesellschaft der Dauervertrag vom Boden des Obligationenrechts, um auch eine «sozialrechtlich verbundene Personengemeinschaft zu werden». Daraus resultiert eine Besonderheit für jene Beendigungsgründe, welche nicht die Gesellschaft an sich treffen¹, sondern ausschließlich die Person eines einzelnen Gesellschafters: Sie führen nur dann zum Vertragsende (vgl. S. 18), wenn ihr Tatbestand in concreto nicht das Ausscheiden dieses

¹ Wie z. B. die Erreichung des Vertragszweckes oder der Ablauf der vereinbarten Vertragsdauer

Gesellschafters oder dessen Austrittsrecht zur Folge hat¹. Die Rechtsfolge «Ausscheiden» bzw. «Austrittsrecht» greift in jenen Fällen Platz, in denen eine der drei Voraussetzungen vorliegt, welche Siegwart in seinem Kommentar zu den Personengesellschaften (N. 38 ff. zu Art. 545/547 OR) umschreibt. Die Voraussetzungen sind – kurz zusammengefaßt – folgende:

1. Der Gesellschaftsvertrag sieht zum vorneherein das Ausscheiden (bzw. das Recht zum Austritt) an Stelle des Vertragsendes (bzw. des Beendigungsrechtes) vor.

2. Der Vertrag sieht vor, daß die vom Beendigungsgrund nicht betroffenen Gesellschafter das Ausscheiden des Betroffenen beschließen können. Ist der Beendigungsgrund ein mittelbarer (vgl. S. 26), setzt der Ausschluß des Gesellschafters voraus, daß der Gesellschafter vom «Beendigungsrecht» Gebrauch macht.

3. Der Vertrag sieht nichts vor. Das Ausscheiden wird jedoch durch einen Beschluß verfügt, an dem der vom Beendigungsgrund Betroffene bzw. sein Vertreter oder Rechtsnachfolger auch mitwirkt. Dadurch erfährt die vorerst «aufgelöste» Gesellschaft eine Reaktivierung und besteht ohne Verlust ihrer Kontinuität weiter. Auch hier ist Bedingung für den Ausschluß des betroffenen Gesellschafters, daß dieser bei mittelbarem Beendigungsgrund sein «Beendigungsrecht» ausübt.

Während somit bei Vorliegen der erstgenannten Voraussetzung zum vorneherein feststeht, daß der «Beendigungsgrund» mittelbar oder unmittelbar das Ausscheiden des betroffenen Gesellschafters bewirkt, kann dies bei den übrigen Voraussetzungen erst ex post gesagt werden.

In unserer Arbeit über die Beendigung der Dauerverträge gehen wir davon aus, daß sich keine der genannten Voraussetzungen verwirklicht; daß also der eintretende unmittelbare Beendigungsgrund und die Ausübung des infolge mittelbaren Beendigungsgrundes entstandenen Beendigungsrechtes definitiv zum Ende des Gesellschaftsvertrages führen, und zwar mindestens zum Ende im weiten Sinne (vgl. S. 17 f.).

¹ Mit dem Ausscheiden aller Gesellschafter bis auf einen endet die Gesellschaft allerdings auch.

C. BEENDIGUNGSGRÜNDE UND VERTRAGSDAUER –
GEGENSEITIGES VERHÄLTNISS

Das Verhältnis zwischen Vertragsdauer und Vertragsende ist das einer Wechselbeziehung.

Eine gleiche Wechselbeziehung besteht auch zwischen den Beendigungsgründen (den Tatsachen, die das Vertragsende rechtfertigen) und der Vertragsdauer: Nicht nur bestimmt das OR den Endzeitpunkt jeder von ihm (mittelbar) festgelegten Dauer durch Statuierung gesetzlicher Beendigungsgründe (wie Kündigung, Tod, Unmöglichkeit etc.; vgl. S. 24 f.). Vielmehr enthält auch, wie wir nachstehend zeigen, jede Vereinbarung einer Vertragsdauer eine Abrede über die Beendigungsgründe und umgekehrt:

So soll die unmittelbare Vereinbarung einer *unbeschränkten Vertragsdauer* alle Beendigungsgründe ausschließen (vgl. S. 22), während anderseits durch den vertraglichen Ausschluß aller Beendigungsgründe eine unbeschränkte Vertragsdauer mittelbar vereinbart wird (vgl. S. 22). Gleich verhält es sich bei der Verabredung einer *Mindestdauer* (vgl. S. 23). Nur daß hier der Zeitraum, während dem die Beendigungsgründe ausgeschlossen werden, zeitlich beschränkt, dort indessen endlos ist.

Bei der Abrede einer *Höchstdauer* (vgl. S. 23) hingegen schließen die Parteien die Beendigungsgründe nicht aus, sondern setzen sie im Gegenteil gerade (vertraglich) fest. Und zwar direkt oder indirekt, je nachdem sie die Dauer mittelbar oder unmittelbar bestimmen. – Bestimmen sie die Dauer mittelbar (vgl. S. 20 ff.), bestehen die vertraglichen Beendigungsgründe in irgendwelchen Sachverhalten, die (mit oder ohne Zutun der Parteien) vertragsauflösende Wirkung haben. Durch sie wird der Endzeitpunkt der Dauer und damit die Dauer selbst fixiert. – Bestimmen die Parteien die Höchstdauer dagegen unmittelbar (vgl. S. 19 f.), ist der vertragliche Beendigungsgrund stets Zeitablauf: indem die Kontrahenten die gewünschte Dauer (z. B. drei Monate) festlegen, verabreden sie indirekt, daß der Vertrag mit Ablauf dieses Zeitraumes enden soll.

Ist die vereinbarte Dauer *bloße Höchstdauer* (vgl. S. 23), können nach dem Willen der Parteien neben den vertraglichen Beendigungsgründen auch andere, nicht vereinbarte, wirksam sein. Bildet indessen die *Höchstzugleich Mindestdauer* (vgl. S. 23), haben die vereinbarten Beendigungsgründe eine alle andern Beendigungsgründe ausschließende Bedeutung. Nur sie sollen den Eintritt des Vertragsendes bewirken.

4. Dauerverträge mit oder ohne abschließende Dauerabrede; Dauerverträge auf unbestimmte und bestimmte vereinbarte Dauer

Mit Rücksicht auf die (möglichen, nicht notwendig gültigen) Parteiabreden über die Dauer bzw. die Beendigungsgründe der Dauerverträge lassen sich die dauernden Vertragsverhältnisse wissenschaftlich in zweifacher Weise einteilen¹:

1. Einen ersten Einteilungsgrund liefert die Unterscheidung zwischen vollständigen und unvollständigen Dauerverträgen.

Unvollständig sind solche Dauerverträge, über deren Beendigungsgründe sich die Parteien überhaupt nicht oder nicht in jeder Hinsicht geeinigt haben. Fehlt es an jeder Abrede, sind die Verträge im eigentlichen Sinne unvollständig. Im abgeschwächten Sinne sind sie es, wenn die Kontrahenten entweder Beendigungsgründe vereinbart, ihnen aber keine ausschließliche Bedeutung beigemessen (z. B. Abrede einer bloßen Höchstdauer, S. 23) oder wenn sie Beendigungsgründe nur für eine beschränkte Zeit ausgeschlossen haben (Vereinbarung einer Mindestdauer, S. 23).

Vollständig nennen wir hingegen solche Dauerverträge, über deren Beendigungsgründe (oder Dauer) sich die Parteien abschließend geeinigt haben: sei es, daß eine unbeschränkte Dauer verabredet wurde (Ausschluß aller Beendigungsgründe auf «ewige» Zeit, vgl. S. 22) oder eine beschränkte Dauer, die Höchst- und zugleich Mindestdauer ist. Ist die Höchst- zugleich Mindestdauer (S. 23), läßt sie nach dem Parteiwillen keinen andern Beendigungsgründen Platz als den vertraglichen, weshalb der Vertrag vollständig ist.

Für dieses Gegensatzpaar (vollständige – unvollständige Dauerverträge) verwenden wir die Ausdrücke «*Verträge mit bzw. ohne abschließende Dauerabrede*»². «Verträge mit abschließender Dauerabrede» sind danach vollständige, «Verträge ohne abschließende Dauerabrede» unvollständige Verträge.

2. Eine zweite Einteilung (welche sich nur auf Verträge mit beschränkter Dauer bezieht) stellt darauf ab, ob der Zeitpunkt, an welchem der

¹ Vgl. dazu PETER JÄGGI, Von der Gesellschaft auf Lebenszeit, S. 117 ff.; zur gesetzlichen Einteilung siehe S. 39 ff.

² Vgl. PETER JÄGGI, Von der Gesellschaft auf Lebenszeit, S. 119.

(vollständige oder abgeschwächt unvollständige) Dauervertrag enden soll, bei seiner Verabredung *gewiß* oder *ungewiß* ist.

Gewiß ist der Endzeitpunkt, wenn bei seiner Abrede feststeht, daß (dies certus an) und wann (dies certus quando) er eintritt: sei es, daß er oder der Anfangspunkt einer unmittelbar vereinbarten Dauer kalendermäßig bestimmt oder bestimmbar ist.

Ungewiß hingegen ist der Endzeitpunkt des Dauervertrages, wenn sich bei seiner Verabredung das eine (daß er eintritt) oder das andere (wann er eintritt) oder beides nicht sagen läßt.

Dauerverträge mit ungewissem Endzeitpunkt bezeichnen wir als «Verträge auf *unbestimmte vereinbarte Dauer*»; Dauerverträge mit gewissem Endzeitpunkt dagegen nennen wir «Verträge auf *bestimmte vereinbarte Dauer*»¹.

Die für die beiden genannten Gegensatzpaare verwendeten sachgemäßen Termini («Verträge mit bzw. ohne abschließende Dauerabrede» und «Verträge auf bestimmte bzw. unbestimmte vereinbarte Dauer») erscheinen *im Gesetze* (OR) nicht. Dieses spricht von (Dauer-) «Verträgen auf bestimmte» bzw. «unbestimmte Dauer» (oder «Zeit»). Was es damit meint, ist durch Auslegung der einzelnen Bestimmungen zu ermitteln (vgl. S. 39 ff.).

¹ Vgl. PETER JÄGGI, Von der Gesellschaft auf Lebenszeit, S. 119.

ZWEITES KAPITEL

DIE BEENDIGUNG DER IM OR GEREGLTEN DAUERVERTRÄGE INFOLGE ORDENTLICHER BEENDIGUNGSGRÜNDE

Der Ausdruck «Beendigung der Dauerverträge» bezeichnet sowohl den Vorgang der Vertragsbeendigung, das «zu Ende gehen» der Dauerverträge, als auch das Ergebnis dieses Vorganges, das Vertragsende (vgl. S. 18). Dabei ist mit Vertragsende das Ende (mindestens) im weiten Sinne gemeint: der Zustand, wonach die typische dauernde Hauptleistungspflicht aufgehört hat, eine dauernde Verbindlichkeit zu sein (vgl. S. 17 f.).

Die Beendigung der Dauerverträge, als Vorgang wie als Ergebnis des Vorganges verstanden, ist die Folge eines *Beendigungsgrundes* (vgl. S. 25). Als mittelbare oder unmittelbare (vgl. S. 26) causa des Vertragsendes steht dieser am Anfang des Beendigungsvorganges. Er leitet das «zu Ende gehen» ein, welches, vom Dauervertrag passiv erlitten, im Vertragsende ausmündet. Je nach dem Verhältnis, in dem das bewirkte Vertragsende zum Vertragsablauf steht, unterscheiden wir zwischen ordentlichen und außerordentlichen Beendigungsgründen (vgl. S. 27).

Die ordentlichen Beendigungsgründe führen zu einem Vertragsende, wie es von den Parteien oder vom Gesetz für den störungsfreien Vertragsablauf vorgesehen ist. Hätte man es mit einem einfachen Vertragsverhältnis zu tun, so bestände der ordentliche Beendigungsgrund in der Erfüllung des Vertrages. Dauerverträge jedoch erlöschen durch Erfüllung gerade nicht¹. Vielmehr werden sie fortwährend erfüllt und dauern doch

¹ Im Ergebnis gleich: GÜNTHER WIESE. Auf S. 851 hält er zusammenfassend fest, «daß bei Dauerschuldverhältnissen Beendigung und Erfüllung zu unterscheiden sind. Die Beendigung bezieht sich auf den Erfüllungszeitraum als ein Stadium, das

fort¹, weshalb ihnen das ordentliche Ende regelmäßig von außen gesetzt werden muß.

Nur die einfache Gesellschaft, die sich auf einmalige Zweckerreichung (z. B. auf Erstellung eines Gebäudes) richtet, trägt ihr ordentliches Ende gewissermaßen «in sich». Sie ist auf Erlöschen durch Erreichung des Vertragszweckes angelegt: auf ein Erlöschen, das sich aus dem Wesen ihrer Erscheinung selbst ergibt. Auf sie trifft Art. 545 Abs. 1 Ziff. 1 OR zu, wonach die Gesellschaft aufgelöst wird, «wenn der Zweck, zu welchem sie abgeschlossen wurde, erreicht ... ist». Zweckerreichung ist hier – je nach dem Willen der Parteien – der *einzig*e oder *ein* ordentlicher Beendigungsgrund neben andern ordentlichen Beendigungsgründen.

Abgesehen hievon sind die ordentlichen Beendigungsgründe solche, welche den Vertrag «von außen» beenden. Sie finden sich sowohl bei der einfachen Gesellschaft als auch bei den übrigen Dauerverträgen. Zu ihnen gehört die gesetzliche ordentliche Kündigung. Außerdem zählen zu ihnen ordentliche Beendigungsgründe, welche auf Vereinbarung beruhen. Diese letztern sind entweder an Stelle oder neben der gesetzlichen ordentlichen Kündigung wirksam, und zwar je nachdem, ob die gesetzliche ordentliche Kündigung durch die vertragliche Beendigungsordnung (gültig) ausgeschlossen wird oder nicht.

Im Folgenden befassen wir uns zunächst mit der gesetzlichen ordentlichen Kündigung; anschließend sprechen wir von den vereinbarten ordentlichen Beendigungsgründen.

I. VON DER GESETZLICHEN ORDENTLICHEN KÜNDIGUNG

Kündigung nennen wir die Ausübung eines Kündigungsrechts (vgl. dazu S. 29) durch einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung. Sie ist ein Rechtsgeschäft, dessen Rechtsfolge im Vertragsende ex nunc besteht (vgl. S. 29).

jedes Dauerschuldverhältnis durchläuft. Sie tritt ohne Rücksicht darauf ein, ob die Verpflichtung zur Dauerleistung erfüllt worden ist. Das Erlöschen der Dauerschuld setzt dagegen deren Erfüllung voraus». Dabei ist mit «Erlöschen der Dauerschuld» offensichtlich ihr vollständiges Erlöschen und nicht bloß der Untergang ihres dauernden Charakters gemeint.

¹ Vgl. FRANZ GSCHNITZER, Die Kündigung nach deutschem und österreichischem Recht, S. 323.

Die Kündigung kommt vor sowohl als ordentlicher wie als außerordentlicher Beendigungsgrund. Während bei der außerordentlichen Kündigung das (ausgeübte) Kündigungsrecht stets die Rechtsfolge eines mittelbaren Beendigungsgrundes (z. B. eines «wichtigen Grundes») ist, besteht das Kündigungsrecht bei der ordentlichen Kündigung (in dieser Hinsicht) voraussetzungslos. Und zwar besteht es kraft Vereinbarung (vgl. Art. 545 Abs. 1 Ziff. 6 OR) oder kraft Gesetzes. Je nachdem ist die ordentliche Kündigung vereinbarter oder gesetzlicher Beendigungsgrund (vgl. S. 26 f.).

In diesem Abschnitt beschäftigen wir uns lediglich mit der gesetzlichen ordentlichen Kündigung der im OR geordneten Dauerverträge. Ihre Regelung findet sich grundsätzlich bei den speziellen Bestimmungen des Obligationenrechts über einzelne Vertragsarten¹. Somit kennt das Gesetz (OR) *keine allgemeine, für alle Dauerverträge gültige Kündigungsordnung*.

Die Kündigungsregeln, die für die einzelnen Vertragsarten gelten, werden nachstehend miteinander verglichen, und zwar unter den folgenden Gesichtspunkten: 1. Wie wird die ordentliche Kündigung in den einzelnen Vorschriften bezeichnet? 2. Welches ist ihr Anwendungsbereich? 3. Was für Kündigungsfristen und -termine bestehen?

1. Ordentliche Kündigung: ihre Bezeichnung in den einzelnen Kündigungsbestimmungen

In den meisten Bestimmungen, welche sich auf die ordentliche Kündigung beziehen, wird diese vom OR ausdrücklich als *Kündigung* bezeichnet: nämlich in den Artikeln 267 (Miete), 290 (Pacht), 347 (Dienstvertrag), 418q (Agenturvertrag) sowie in den Artikeln 545 Abs. 1 Ziff. 6 und 546 (einfache Gesellschaft).

Bei der Ordnung des Darlehens dagegen spricht das OR von der «*Aufforderung*» des Darleihers zur Rückzahlung (Art. 318 OR); bei der Ordnung der Gebrauchsleihe und Hinterlegung spricht es davon, daß der Verleiher (Art. 310 OR) bzw. der Hinterleger (Art. 475 Abs. 1 OR) die Vertragssache «*zurückfordern*» kann; und vom Aufbewahrer schließlich sagt das OR, er könne die Sache «*zurückgeben*» (Art. 476 Abs. 2; 486 Abs. 1 OR).

¹ Vgl. aber S. 38 Anm. 5 Abs. 2.

Die «Aufforderung» des Darleihers wie die «Rückforderung» des Verleihers und Hinterlegers qualifizieren sich als einseitige Willenserklärungen. Ihre direkte Wirkung ist das Vertragsende¹. Indirekt bewirken sie die Fälligkeit der Rückleistungspflichten. Obwohl das Gesetz nur diese Fälligkeit im Auge hat (*venia fit verbo!*), erweisen sich die Willenserklärungen doch als wirkliche, teilweise unbefristete (Art. 310; 475 Abs. 1 OR), Kündigungen².

Dasselbe gilt für das Recht des Aufbewahrers zur «Rückgabe» der hinterlegten Sache (Art. 476 Abs. 2 OR; Art. 486 Abs. 1 OR). Dieses (Erfüllungs-)Recht schließt ein Kündigungsrecht ein³. Ausgeübt wird es durch Übergabe der hinterlegten Sache an den Hinterleger oder durch die Aufforderung zur Rücknahme. Im ersten Fall ist die Beendigungserklärung in der Tathandlung «Rückgabe» enthalten. Im zweiten Fall wird der Kündigungswille durch Aufforderung zur Rücknahme ausgedrückt. Er dürfte der häufigere sein; qualifiziert sich doch die Rückgabepflicht regelmäßig nicht als Bring-, sondern als Holschuld⁴.

2. Sachlicher Anwendungsbereich der ordentlichen Kündigung: kündbare und unkündbare Dauerverträge

Abgesehen vom Leibrenten- und Verpfändungsvertrag (vgl. S. 45), hat das OR für alle Dauervertragsarten die Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung vorgesehen⁵. Das will allerdings nicht heißen, daß sämtliche

¹ OTTO VON GIERKE, Deutsches Privatrecht, 3. Bd., S. 92; HEINRICH HERSCHEIN, S. 60.

² Vgl. dazu: BGE 78 II 257; 91 II 451; OTTO VON GIERKE, Dauernde Schuldverhältnisse, S. 385 und Deutsches Privatrecht, 3. Bd., S. 92; FICK N. 3 zu Art. 310 OR; BECKER N. 1 zu Art. 475 OR; OSER/SCHÖNENBERGER N. 4 zu Art. 318 OR.

³ Vgl. BGE 78 II 257; GAUTSCHI N. 1a–b zu Art. 476 OR.

⁴ OSER/SCHÖNENBERGER N. 1 zu Art. 477 OR; FICK N. 9 zu Art. 476 OR.

⁵ Eine *Besonderheit* gilt für die *Gebrauchsleihe und das Darlehen*, insofern bei diesen Vertragsarten nur das ordentliche Kündigungsrecht des typischen Hauptleistungsschuldners (des Verleihers und Darleihers) speziell geordnet ist: Gemäß Art. 310 OR kann der Verleiher die Gebrauchsleihe (jederzeit) ordentlich kündigen (vgl. S. 37 f.), wenn er «die Sache zu einem weder der Dauer noch dem Zwecke nach bestimmten Gebrauche überlassen hat». Und dem Darleiher steht nach Art. 318 OR ein ordentliches Kündigungsrecht zu, wenn für die Rückzahlung der Darlehenssumme «ein bestimmter Termin» nicht vereinbart ist. Hier wie dort knüpft sich also das ordentliche Kündigungsrecht des typischen Hauptleistungsschuldners an die Voraussetzung, daß es von den Parteien nicht durch eine gültige Dauerabrede aus-

Verträge einer bestimmten Vertragsart ordentlich kündbar seien. Vielmehr legen die einzelnen Kündigungsbestimmungen fest, unter welchen Voraussetzungen Verträge einer bestimmten Art der gesetzlichen ordentlichen Kündigung unterliegen. Ihr Vergleich läßt in dieser Hinsicht eine Regel erkennen, die aber nicht ohne Ausnahmen gilt.

A. DIE REGEL

In der Regel ist die (gesetzliche) ordentliche Kündigung bei derartigen Dauerverträgen möglich, die – nach der Ausdrucksweise des OR – «auf unbestimmte Dauer» (oder «Zeit») vereinbart (so nach Art. 304; 545 Abs. 1 Ziff. 6; 546 Abs. 1 OR), bzw. nicht «auf bestimmte Dauer» geschlossen sind (so nach Art. 267; 347 Abs. 1; 418q; 476 Abs. 2 OR)¹. *Als ordentlich kündbar erweisen sich somit Dauerverträge «auf unbestimmte Dauer», als unkündbar (durch gesetzliche ordentliche Kündigung) solche «auf*

geschlossen wurde (zur Dauerabrede durch Zweckabrede, vgl. S. 21 f.; zur Frage der Mindestdauer vgl. S. 41 Anm. 2).

Über das ordentliche Beendigungsrecht des Entlehners und Borgers schweigt zwar der spezielle Teil des OR. Doch kann für den typischen Hauptleistungsgläubiger sowohl der Gebrauchsleihe als auch des unentgeltlichen (!) Darlehens auf Art. 81 OR zurückgegriffen werden. Danach sind Borger und Entlehner berechtigt, ihre Rückgabepflicht vor deren Fälligkeit zu erfüllen, wenn sich nicht aus dem Inhalt oder der Natur des Vertrages oder aus den Umständen eine andere Willensmeinung der Parteien ergibt. Aus der Natur des Vertrages ergibt sich eine «andere» Willensmeinung der Parteien jedenfalls nicht, da ein Aufschub der Rückzahlung mit Rücksicht auf die Unentgeltlichkeit des Vertrages allein im Interesse des Entlehners und Borgers, nicht aber des Darleihers und Verleihers liegt. Aus diesem Grunde können die typischen Hauptleistungsgläubiger der Gebrauchsleihe sowie des unentgeltlichen Darlehens ihre Rückgabeschuld regelmäßig jederzeit erfüllen. Mit der Rückleistung aber geht der Vertrag zu Ende, sofern der Rückleistungspflichtige (was in aller Regel zutrifft) keinen andern Willen zu erkennen gibt. Das Rückleistungsrecht umschließt somit ein Beendigungsrecht, das wir als ordentliches Kündigungsrecht bezeichnen dürfen. Es besteht indessen nur, wenn die Parteien im Einzelfall nichts anderes vereinbart haben (Art. 81 OR).

Anders verhält es sich mit Bezug auf das Beendigungsrecht des Borgers im entgeltlichen (!) Darlehensvertrag. Ein derartiges Recht wird vom OR weder vorgesehen (insbesondere nicht in den Art. 81 und 318) noch (stillschweigend oder ausdrücklich) ausgeschlossen. Das Gesetz läßt somit die Frage, ob hier dem Borger ein ordentliches Beendigungsrecht zusteht, unbeantwortet. Mit andern Worten enthält es in dieser Beziehung eine Lücke; diese ist unseres Erachtens in der Weise auszufüllen, daß dem Borger im entgeltlichen Darlehensvertrag ein ordentliches Kündigungsrecht eingeräumt wird; außer die Parteien hätten in dieser Hinsicht eine andere Vereinbarung getroffen (zur Frage der Kündigungsfrist: vgl. S. 50 Anm. 3).

¹ Vgl. auch – in anderer Formulierung – Art. 290 OR; dazu S. 45 Anm. 1.

bestimmte Dauer»¹. Dabei stellt sich die Frage, was unter Verträgen «auf bestimmte» bzw. «unbestimmte Dauer» (oder «Zeit») verstanden wird.

1. Bei der Beantwortung der aufgeworfenen Frage ist davon auszugehen, daß die hier behandelten Kündigungsbestimmungen einzig der Vertragsergänzung dienen, also dispositiven Charakter haben. Folglich beschränkt sich ihr Anwendungsbereich notwendig auf solche Dauerverträge, welche einer Ergänzung durch gesetzliche ordentliche Kündigung bedürfen, während umgekehrt Verträge, für die sich eine derartige Ergänzung erübrigt, der gesetzlichen ordentlichen Kündigung nicht unterliegen. Als ergänzungsbedürftig erweisen sich grundsätzlich die unvollständigen Dauerverträge (vgl. S. 33), weil die Parteien über deren Dauer keine oder keine abschließende Abrede getroffen haben (vgl. S. 33). Nicht ergänzungsbedürftig sind in der Regel die vollständigen Verträge (vgl. S. 33), da für sie eine abschließende Dauerabrede besteht (vgl. S. 33). Die vollständigen (und daher nicht ordentlich kündbaren) Dauerverträge heißen wissenschaftlich «Verträge mit abschließender Dauerabrede» (vgl. S. 33), die unvollständigen (und daher ordentlich kündbaren) Dauerverträge «Verträge ohne abschließende Dauerabrede» (vgl. S. 33). Da aber kündbare Verträge im Sinne der ordentlichen Kündigungsbestimmungen «Verträge auf unbestimmte Dauer» sind, ordentlich unkündbare Verträge hingegen «Verträge auf bestimmte Dauer» (vgl. oben, S. 39 f.), ergibt sich der folgende *Grundsatz*: Die in den ordentlichen Kündigungsbestimmungen des OR enthaltene Einteilung in Verträge «auf bestimmte» und «auf unbestimmte Dauer» deckt sich mit der wissenschaftlichen Einteilung in Verträge «mit» und «ohne abschließende Dauerabrede», sodaß «Verträge auf bestimmte Dauer» «Verträge mit abschließender Dauerabrede» sind², «Verträge auf unbestimmte Dauer» «Verträge ohne abschließende Dauerabrede». Dieser Grundsatz bedarf in dessen einer *Verfeinerung* in doppelter Hinsicht:

Erstens genügt für das Vorliegen eines Vertrages «auf bestimmte Dauer», daß die Parteien eine abschließende Dauerabrede mit Bezug auf

¹ Vgl. S. 38 Anm. 5

² Dabei ist möglich, daß die Dauer mit Hilfe des Leistungszweckes bestimmt wurde (der Vertrag soll so lange dauern, bis der Zweck einer Vertragsleistung erreicht ist; vgl. S. 21). Diese Dauerbestimmung «durch Zweckabrede» wird in gewissen Artikeln des OR nicht nur besonders hervorgehoben, sondern – fälschlicherweise – den vertraglichen Dauerbestimmungen gegenübergestellt (vgl. S. 21 Anm. 2).

die *ordentliche* Dauer bzw. Beendigung des Vertrages getroffen haben; umgekehrt liegt ein Vertrag «auf unbestimmte Dauer» nur dann vor, wenn die Dauerabrede mit Bezug auf die ordentliche Beendigung unvollständig ist. Denn die ordentlichen Kündigungsbestimmungen haben einzig die Abreden über die ordentliche Vertragsbeendigung zu ergänzen, nicht auch die Abreden über die außerordentliche Beendigung des Vertrages.

Zweitens gilt die aufgezeigte Übereinstimmung der gesetzlichen mit den wissenschaftlichen Termini nicht durchwegs. In zwei Fällen wird sie durchbrochen. Der erste Fall beschlägt einen Sachverhalt, in dem sich eine Ergänzung durch ordentliche Kündigungsbestimmungen erübrigt, obwohl der Vertrag keine abschließende Vereinbarung über die ordentliche Beendigung aufweist. Im zweiten Fall liegt umgekehrt ein Sachverhalt vor, in dem trotz abschließender Dauerabrede eine Ergänzung notwendig ist.

Der erste Fall betrifft die Dauerverträge mit vereinbarter bloßer *Mindestdauer* (vgl. S. 23) ¹. Für den Zeitraum, während dem die Dauerabrede gelten soll, haben hier die Parteien eine Beendigungsordnung vereinbart, welche die gesetzliche ordentliche Kündigung ausschließt. Für so lange liegt ein Vertrag «auf bestimmte Dauer» vor, wobei es wiederum genügt, wenn sich die Mindestdauer auf die ordentliche Beendigung bezieht ².

Der zweite Fall betrifft solche Dauerverträge, deren abschließende Dauerabrede – soweit sie die ordentliche Kündigung ausschließen soll – schon *an sich ungültig*, d. h. aus Gründen unwirksam ist, die außerhalb dieser Kündigungsbestimmung liegen. Die Ungültigkeit bewirkt die Ergänzungsbedürftigkeit des betreffenden Vertrages, sodaß die gesetzliche ordentliche Kündigung zur Anwendung kommt: ein Vertrag «mit

¹ Die Mindestdauer kann auch nachträglich, d. h. nach Vertragsabschluß vereinbart werden.

² Als zu eng erweist sich in dieser Hinsicht die Fassung des Art. 318 OR, wonach der Darleiher das Darlehen ordentlich kündigen kann, sofern für die Rückzahlung kein «*bestimmter Termin*» vereinbart wurde (S. 38 Anm. 5). Nicht berücksichtigt wird dabei der Fall, daß die Parteien das Beendigungsrecht des Darleihers lediglich während einer gewissen Mindestdauer ausgeschlossen haben, ohne indessen einen Rückzahlungstermin zu vereinbaren.

abschließender Dauerabrede» erweist sich somit als Vertrag «auf unbestimmte Dauer»¹.

Das wichtigste Beispiel einer an sich ungültigen Dauerabrede bildet die Vereinbarung einer unbeschränkten Vertragsdauer. Dauerverträge, die nach dem Willen der Parteien unbeschränkt bestehen sollen, heißen «ewige» Verträge. Sie unterliegen der gesetzlichen ordentlichen Kündigung; nicht weil die genannte Kündigung zwingender Beendigungsgrund ist, sondern weil die Abrede einer «ewigen» Vertragsdauer, wie wir gesehen haben, zum vorneherein keine Gültigkeit hat (vgl. S. 24).

2. Die erwähnten ordentlichen Kündigungsbestimmungen (vgl. S. 39) verstehen also unter Verträgen «auf bestimmte Dauer» Dauerverträge mit an sich gültiger abschließender Vereinbarung über die ordentliche Vertragsbeendigung; daneben auch solche Dauerverträge, für die eine an sich gültige Mindestdauer (im genannten Sinne) noch wirkt. *Fraglich* ist, ob der gesetzliche Ausdruck «auf bestimmte Dauer» außerdem übereinstimmt mit dem wissenschaftlichen Terminus «auf bestimmte vereinbarte Dauer» (vgl. S. 34). Trifft dies zu, so sind Dauerverträge nur dann Verträge «auf bestimmte Dauer», wenn ihr vereinbarter Vertrags-Endzeitpunkt gewiß ist. Gewiß ist der Endzeitpunkt, sofern bei seiner Abrede feststeht, daß (dies certus an) und wann (dies certus quando) er eintritt; ungewiß, sofern sich das eine oder das andere oder beides nicht sagen läßt (vgl. S. 33 f.).

Die Frage ist zu verneinen: Für die Dauerverträge mit noch wirksamer Mindestdauer schon deshalb, weil hier gar kein Vertrags-Endzeitpunkt vereinbart (vgl. S. 33) und doch ein Vertrag «auf bestimmte Dauer» gegeben ist (vgl. S. 41). Was aber die übrigen Dauerverträge betrifft, so können auch Verträge mit ungewissem Endzeitpunkt (z. B. Tod eines Vertragspartners) eine vollständige Vereinbarung über die ordentliche Beendigung aufweisen. Umfaßt ein Dauervertrag eine in diesem Sinne abschließende Dauerabrede (vgl. oben), so bleibt für die ordentliche gesetzliche Kündigung, wie dargetan, kein Platz; außer die Dauerabrede sei, vielleicht gerade wegen der Ungewißheit des Endzeitpunktes, an sich ungültig. Das letztere entscheidet sich indessen nach Gründen, die außer-

¹ Was für Dauerverträge mit an sich ungültiger abschließender Dauerabrede gilt, das gilt analog auch für Verträge mit an sich ungültig vereinbarter Mindestdauer.

halb der ordentlichen Kündigungsbestimmungen liegen, und zwar vorwiegend nach Art. 27 ZGB. Fehlen derartige Ungültigkeitsgründe, so sind vollständige Dauerverträge auch mit ungewissem Endzeitpunkt Verträge «auf bestimmte Dauer», wobei allerdings eine Besonderheit für die resolutiv-bedingten Dauerverträge zu beachten ist:

Die durch vertragliche *Resolutivbedingung* (Art. 154 OR; vgl. S. 20) gültig begrenzten Dauerverträge (z. B. Mietvertrag bis zur Rückkehr des Onkels aus Amerika) sind zwar Verträge «auf bestimmte Dauer», aber lediglich während ihrer Schwebzeit¹. Dauern sie nach Abschluß der Schwebzeit fort, was nur bei Ausfall der Bedingung (z. B. beim Tod des Onkels) möglich ist, werden sie zu Verträgen «auf unbestimmte Dauer». Alsdann beginnen sie als unbedingt wirksame Dauerverträge der gesetzlichen ordentlichen Kündigung zu unterliegen; und zwar gleichgültig, ob die Parteien mit der Vereinbarung der Resolutivbedingung eine Dauerabrede bloß für die Schwebzeit treffen (Fall 1) oder damit sämtliche andern Beendigungsgründe auf immer ausschließen wollten (Fall 2). Denn:

Trifft der erste Fall zu, so wurde über die Dauer des Vertrages für die Zeit nach Ablauf der Schwebzeit nichts vereinbart. Diese erweist sich daher als «unbestimmt», gleich wie die Vertragszeit eines Vertrages mit abgelaufener Mindestdauer.

Im zweiten Fall dagegen ist für die Vertragsdauer nach Ablauf der Schwebzeit vertraglich bestimmt, daß sie unbeschränkt resp. «ewig» sein soll. Eine derartige Abrede aber hat – wie dargetan – keine Gültigkeit, weshalb die Dauer des Vertragsverhältnisses nach Ausfall der Bedingung wiederum «unbestimmt» im Sinne der ordentlichen Kündigungsbestimmungen ist.

Eine *andere Ansicht mit Bezug auf resolutiv-bedingte Dauerverträge* ergibt sich aus BGE 56 II 190 f. Danach ist eine Miete, die bei Eintritt eines vertraglich bestimmten Ereignisses zu Ende gehen soll, nur dann ein Vertrag «auf bestimmte Dauer» (i. S. der ordentlichen Kündigungs-

¹ Andere Fragen sind, ob hinter der Bedingung ausgesprochen oder unausgesprochen eine Befristung steht (BRUNO VON BÜREN, S. 191) und ob der Richter die Schwebzeit nach Treu und Glauben begrenzen kann (BGE 72 II 32 ff., allerdings mit Rücksicht auf eine Suspensivbedingung). Diese Fragen lassen sich nicht generell, sondern nur von Fall zu Fall unter Berücksichtigung der konkreten Umstände beantworten.

bestimmungen), wenn das Ereignis mit Sicherheit zu erwarten, also keine Bedingung ist¹. Stimmt das, so sind resolutiv-bedingte Dauerverträge überhaupt, also bereits während ihrer Schwebezeit, Verträge «auf unbestimmte Dauer».

Die Unrichtigkeit dieser Auffassung zeigt sich schon darin, daß das OR selbst gewisse resolutiv-bedingte Dauerverträge ausdrücklich zu den Verträgen «auf bestimmte Dauer» zählt. So erklärt es den Dienst- und Agenturvertrag als ordentlich unkündbar, wenn «eine bestimmte Zeitdauer» aus dem «angegebenen Zweck der Dienste» (Art. 347 Abs. 1 OR) resp. «aus dem Zweck des Agenturvertrages» (Art. 418q Abs. 1 OR) hervorgeht. Die Erreichung des Leistungszweckes bildet hier, wie früher dargetan², ein ungewisses zukünftiges Ereignis, mit dessen Eintritt der Vertrag vereinbarungsgemäß zu Ende geht.

Außerdem sind Dauerverträge mit abschließender vertraglicher Kündigungsordnung unbestrittenerweise Verträge «auf bestimmte Dauer» im Sinne der ordentlichen Kündigungsbestimmungen. Die Dauer auch dieser Vertragsverhältnisse ist aber nach unsern frühern Darlegungen³ durch Resolutivbedingung begrenzt, was wiederum die Unrichtigkeit der erwähnten Auffassung⁴ zeigt⁵.

3. Abschließend halten wir fest: Die ordentlichen Kündigungsbestimmungen verstehen unter «*bestimmter Dauer*» eine an sich gültig (vgl. S. 41f.) vereinbarte Vertragsdauer, durch welche die ordentliche gesetzliche Kündigung überhaupt oder zeitweise ausgeschlossen wird. Im ersten Fall ist sie eine Höchst- und zugleich Mindestdauer (vgl. S. 23), im zweiten Fall eine Mindestdauer (vgl. S. 23). In keinem Fall kann die «bestimmte

¹ In diesem Sinne auch: OSER/SCHÖNENBERGER N. 2 zu Art. 267; ferner SÖRCEL/SIEBERT (BGB II Stuttgart 1962), Bem. 5 zu § 564 BGB.

² Vgl. S. 21 f.

³ Vgl. S. 20 f.

⁴ Vgl. ihr gegenüber auch BGE 76 II 145, wonach kein unbefristetes Darlehen gemäß Art. 318 OR vorliegt, wenn eine Rückgabe «sobald nach Geschäftsergebnis möglich» vereinbart ist.

⁵ Gehören also die resolutiv-bedingten Dauerverträge während ihrer Schwebezeit richtigerweise zu den Verträgen «auf bestimmte Dauer» (i. S. des Gesetzes), so muß dasselbe umso mehr für jene Dauerverträge gelten, deren vereinbarter Endtermin zwar sicher, aber «erst in völlig unabsehbarer Zeit» eintreten wird (a. A.: BGE 56 II 190; OSER/SCHÖNENBERGER N. 2 zu Art. 267 OR); vgl. aber S. 42 unten / S. 43 oben.

Dauer» eine bloße Höchstdauer (unvollständiger Dauervertrag: Vertrag ohne abschließende Dauerabrede, vgl. S. 33) sein oder eine «ewige» Dauer (vgl. S. 42). Für die Qualifikation einer Vertragsdauer als «bestimmte» spielt es keine Rolle, ob der vertragliche Endzeitpunkt ein gewisser oder ein ungewisser ist, und ob er – wenn er ungewiß ist – eine Bedingung oder einen Termin darstellt (vgl. S. 42 ff.).

Der *Leibrenten-* und *Verpfändungsvertrag* werden begriffsnotwendig «auf bestimmte Dauer» (maximal und minimal auf die Lebensdauer eines Menschen) geschlossen (vgl. S. 61; Art. 516 Abs. 1; 521 Abs. 1 OR), weshalb das Gesetz zum vorneherein keine ordentliche Kündigungsmöglichkeit vorgesehen hat.

B. DIE AUSNAHMEN

Von der Regel, wonach die gesetzliche ordentliche Kündigung auf Verträge mit «unbestimmter», nicht aber auf solche mit «bestimmter Dauer» Anwendung findet, gibt es zwei, nach herrschender Ansicht drei Ausnahmen¹. Danach sind gewisse Dauerverträge der gesetzlichen ordentlichen Kündigung selbst dann unterworfen, wenn sie eine «bestimmte Dauer» im umschriebenen Sinne aufweisen. Die Vorschriften, welche diese Kündbarkeit anordnen, sind notwendigerweise zwingend².

1. Die *erste Ausnahme* findet sich in *Art. 351 OR*. Sie besteht darin, daß der Dienstpflichtige den «auf Lebenszeit oder länger als zehn Jahre» geschlossenen Vertrag nach Ablauf von zehn Jahren ordentlich kündigen kann³. Ein Vertrag, der «auf Lebenszeit oder länger als zehn Jahre»

¹ Eine Besonderheit gilt außerdem für den Pachtvertrag. Er ist nach Art. 290 Abs. 1 OR ordentlich kündbar, «sofern nicht über die Pachtzeit durch Vereinbarung oder durch Ortsgebrauch etwas anderes bestimmt ist». Hier kommt somit als «bestimmte Vertragsdauer» nicht bloß eine vereinbarte Dauer, sondern überdies eine durch Ortsgebrauch (der nicht Vertragsinhalt zu sein braucht) festgelegte Dauer in Frage.

² Keinen Ausnahmecharakter (im hier behandelten Sinne) hat das Recht des Entlehners (Gebrauchsleihe) resp. des Borgers im unentgeltlichen Darlehensvertrag, den Dauervertrag gemäß Art. 81 OR jederzeit durch Erfüllung der Rückgabepflicht zu beenden (vgl. S. 38 Anm. 5 Abs. 2). Dieses Recht steht nämlich den genannten Parteien nur dann zu, wenn nichts anderes vereinbart wurde (vgl. S. 38 Anm. 5 Abs. 2). Würde aber «nichts anderes» vereinbart, liegt kein Vertrag «auf bestimmte Zeit» im Sinne der gesetzlichen Terminologie vor.

³ Und zwar unter Einhaltung einer halbjährigen Kündigungsfrist.

geschlossen wurde, ist ein «Vertrag auf bestimmte Dauer». Also liegt eine Ausnahme vor.

Die Vorschrift des Art. 351 OR basiert auf dem Grundgedanken des Art. 27 ZGB: auf der Überlegung nämlich, daß sich ein über zehn Jahre geschlossenes Dienstverhältnis für den Arbeitnehmer vielfach als übermäßige Einschränkung der persönlichen Freiheit erweist. Dies mit Rücksicht auf den Umstand, daß der Dienstvertrag für den Dienstpflichtigen «eine Beschränkung der freien Lebenstätigkeit» begründet, «deren Tragweite und Auswirkung bei Vertragsschluß nicht auf alle Zeiten hinaus voraussehbar» ist ¹.

Nach Ansicht des Bundesrates gilt Art. 351 OR offenbar nicht bloß für den Dienst-, sondern auch für den Agenturvertrag ². Diese Meinung teilen wir nicht:

Zunächst nämlich enthält die gesetzliche Ordnung des Agenturvertrages keine Norm, welche auf Art. 351 OR verweisen oder gar die von diesem aufgestellte Regel wiederholen würde (vgl. insbes. Art. 418q OR). Somit gilt die Regel des Art. 351 OR jedenfalls nicht *kraft Gesetzes* für den Agenturvertrag.

Sodann ist auch eine *analoge* Anwendung des Art. 351 OR auf die Tatbestände des Agenturvertrages ausgeschlossen, da sich die wirtschaftlich-persönliche Stellung des Dienstpflichtigen, insofern sie die Ausnahme des Art. 351 OR rechtfertigt, wesentlich von der Stellung des Agenten unterscheidet. Im Unterschied zu jenem ist dieser «ein selbständiger Kaufmann, der über seine Arbeitszeit und Arbeitskraft verfügen» und «seinen Betrieb nach eigenen Bedürfnissen organisieren kann» ³. Während der Dienstpflichtige durch ein wirtschaftlich-persönliches Abhängigkeitsverhältnis (Subordinationsverhältnis) in seiner freien Lebensbetätigung beschränkt wird, ermöglicht der Agenturvertrag gerade die freie Lebensbetätigung des mit dem Unternehmer weitgehend «gleichberechtigten» Agenten. Dies wenigstens im Normalfall, an dem sich die generell gestellte Frage der Analogie entscheidet.

¹ BGE 56 II 192.

² Botschaft und Entwurf des Bundesrates vom 27. Nov. 1947 zu einem Bundesgesetz über den Agenturvertrag, BBL 1947 III, S. 682; gleicher Auffassung auch GAUTSCHI N. 4d zu Art. 418p OR.

³ KONRAD FEHR, S. 3.

2. Die *zweite Ausnahme* enthält *Art. 475 Abs. 1 OR* (vgl. auch *Art. 486 Abs. 1 OR*). Danach ist der Hinterleger berechtigt, den Hinterlegungsvertrag jederzeit aufzulösen, selbst wenn für die Verwahrung eine «bestimmte Zeit» vereinbart wurde.

Den Grund für diese (zwingende) Regelung erblickt GEORG GAUTSCHI «im Vertrauenscharakter des Hinterlegungsvertrages»¹: Der Hinterleger vertraue sein Eigentum einem Aufbewahrer seines Vertrauens (und nur diesem) an. Er dürfe nicht gezwungen sein, die Obhut seines Vermögens einer Person weiterhin zu überlassen, die sein Vertrauen verloren habe.

Wäre diese Meinung richtig, hätte der Gesetzgeber ein jederzeitiges Kündigungsrecht auch für den Vermieter, Verpächter, Darleiher und Verleiher vorgesehen, die ihr Vermögen ebenfalls einem Vertragspartner «anvertrauen» (vgl. *Art. 933 ZGB*). Da dies indessen nicht geschehen ist, muß das besondere Kündigungsrecht des Hinterlegers offensichtlich auf einem andern Grund beruhen:

Dieser Grund besteht darin, daß der Hinterlegungsvertrag in qualifizierter Weise vom Interesse des Hinterlegers beherrscht wird. Und zwar deshalb, weil sich der Verwahrer nicht bloß «im Interesse» seines Vertragspartners (wie z. B. der Dienstpflichtige), sondern geradezu im Interessenkreis des Hinterlegers, also für ihn und an dessen Stelle, betätigt. Der Hinterleger muß daher, als Herr der wahrgenommenen Interessen, begriffsnotwendig jederzeit auf eine weitere Tätigkeit des Verwahrers (der kein eigenes Interesse an der Aufbewahrung als solcher hat)² verzichten können³. Damit ihm dieses «Verzichtsrecht» ungeschmälert zusteht, ist es in *Art. 475 Abs. 1 OR* als Kündigungsrecht (vgl. S. 37f.) ausgestaltet, mit dessen Ausübung auch die Pflicht des Hinterlegers zur weitem Entrichtung eines allenfalls vereinbarten Entgelts erlischt⁴.

3. Eine *dritte Ausnahme* von der Regel, wonach die gesetzliche ordentliche Kündigung keine Anwendung auf Dauerverträge «mit bestimmter

¹ GAUTSCHI N. 8d zu *Art. 475 OR*.

² Anders ist z. B. der Mieter am Gebrauch der Mietsache interessiert.

³ Was sich ebenfalls in der jederzeitigen Widerrufbarkeit der Stellvertretungsvollmacht (*Art. 34 Abs. 1 OR*) und des Auftrages (*Art. 404 Abs. 1 OR*) manifestiert. Stellvertreter und Beauftragter sind wie der Verwahrer im Interessenkreis eines andern tätig. Der Hinterlegungsvertrag kann denn auch als Unterart des Auftrages verstanden werden.

⁴ Nicht aber die Pflicht, dem Aufbewahrer den Aufwand zu ersetzen, den dieser mit Rücksicht auf die vereinbarte Zeit gemacht hat (*Art. 475 Abs. 2 OR*).

Dauer» findet (vgl. S. 39 f.), statuiert nach herrschender Ansicht¹ Art. 546 Abs. 1 OR, insofern er die Kündigung für die einfache Gesellschaft auf Lebenszeit festhält; und zwar besteht die Ausnahme darin, daß Art. 546 Abs. 1 OR (der sich inhaltlich mit Art. 545 Abs. 1 Ziff. 6 deckt) nach vorwiegender Meinung¹ unter «Lebenszeit» auch eine «bestimmte Vertragsdauer» versteht, mit deren Vereinbarung die Parteien die ordentliche gesetzliche Kündigung ausschließen wollten (vgl. S. 44 f.). Trifft dies aber zu, so ist die einfache Gesellschaft auf Lebenszeit selbst dann ordentlich kündbar, wenn sie «auf bestimmte Zeit» geschlossen wurde. Diese Auffassung teilen wir nicht. Vielmehr sind wir der Ansicht, Art. 546 Abs. 1 verstehe unter «Lebenszeit» einzig eine «unbestimmte Vertragszeit», mit deren Abrede die Parteien lediglich die Höchstdauer festgelegt, nicht aber die gesetzliche ordentliche Kündigung ausgeschlossen haben (vgl. S. 23; 45). Dies aus nachstehender Überlegung²:

Weder aus dem Wortlaut des Art. 546 Abs. 1 OR, noch aus dem Sachzusammenhang ergibt sich, ob mit «Lebenszeit» eine «bestimmte» oder «unbestimmte Dauer» (im Sinne der ordentlichen Kündigungsbestimmungen) gemeint ist. Da sich auch der Gesetzgeber mit der Gesellschaft auf Lebenszeit und ihrer jederzeitigen Kündbarkeit nie in den Materialien befaßt hat, unterliegt Art. 546 Abs. 1 OR teleologischer Interpretation. Zweckmäßigkeitsgründe aber sprechen dafür, die Gesellschaft auf Lebenszeit als eine Gesellschaft «auf unbestimmte Dauer» zu verstehen:

Eine Regel nämlich, welche für die Gesellschaft auf «bestimmte (Lebens-) Zeit» (also für die vollständig vereinbarte Gesellschaft; vgl. S. 33) die jederzeitige ordentliche Kündbarkeit (zwingend) vorschriebe, wäre (erstens) ein Fremdkörper innerhalb des Gesellschaftsrechts. Hat doch das Gesetz keine zwingende Höchstdauer für Gesellschaften festgelegt. Während daher eine auf 50, 100 oder mehr Jahre «bestimmt» vereinbarte Gesellschaft von Gesetzes wegen ordentlich unkündbar ist,

¹ Vgl. BGE 56 II 191; BECKER N. 2 zu Art. 546 OR; FICK N. 7 zu Art. 545 OR; SIEGWART N. 21 zu Art. 545/47 OR.

² ... die wir größtenteils dem Aufsatz «Von der Gesellschaft auf Lebenszeit» entnommen haben. Dessen Autor, PETER JÄGGI, hält als Ergebnis fest: «Art. 546 Abs. 1 ist eine dispositive Regel. Die Gesellschaft auf Lebenszeit ist nur dann jederzeit kündbar, wenn nichts anderes vereinbart wurde». – Etwas anderes aber haben die Parteien immer dann vereinbart, wenn die Lebenszeit als «bestimmte Vertragszeit» zu verstehen ist (vgl. S. 44 f.). Deshalb erachten wir es als ebenso richtig, zu sagen, Art. 546 Abs. 1 OR meine mit Lebenszeit einzig eine «unbestimmte Vertragszeit».

unterläge die Gesellschaft auf Lebenszeit der gesetzlichen ordentlichen Kündigung. Dies, obwohl ihre («bestimmte») Dauer möglicherweise um ein Vielfaches weniger beträgt¹.

Als Fremdkörper aber wäre (zweitens) die Vorschrift nur dann hinzunehmen, wenn sie sich sachlich rechtfertigen ließe. Als mögliche sachliche Rechtfertigung kommt einzig «übermäßige Bindung» in Frage. Indessen richtet sich die Intensität der Bindung vor allem nach dem Inhalt der Vertragspflichten. Diese reichen bei der einfachen Gesellschaft – die stets dauernde Treuepflicht ausgenommen – vom Einsatz der vollen Arbeitskraft bis hinunter zur Erbringung einer einmaligen Einlage. «Für Bindungen von so verschiedener Stärke ginge die Annahme, sie seien zum voraus ... einzig wegen ihrer Lebenslänglichkeit samt und sonders übermäßig, viel zu weit»². Selbst wenn aber eine übermäßige Bindung vorläge, würde die jederzeitige Kündbarkeit einen zu starken Eingriff in die Vertragsfreiheit bedeuten³. Es genügte vollständig, die Kündbarkeit erst nach einer längeren Vertragsdauer eintreten zu lassen: etwa wie beim Dienstvertrag auf Lebenszeit (Art. 351 OR).

Kann somit Art. 546 Abs. 1 OR unter Gesellschaft auf Lebenszeit keine Gesellschaft «mit bestimmter Dauer» verstehen, enthält er auch *keine Ausnahme* von der einleitend erwähnten Regel. Vielmehr bestätigt er die Regel, wonach nur Verträge «auf unbestimmte Dauer» von Gesetzes wegen ordentlich kündbar sind. Daß er dabei die Gesellschaft auf Lebenszeit, verstanden als Nebentatbestand der Gesellschaft «auf unbestimmte Dauer», besonders hervorhebt, ist überflüssig und außerdem – wie die herrschende Meinung manifestiert – mißverständlich. Zum Mißverständnis trägt nicht zuletzt auch die Formulierung des Art. 546 Abs. 1 OR bei, welche die Gesellschaft auf Lebenszeit nicht – wie es dem Inhalt der

¹ Dieses Argument wird im Schrifttum mit der Behauptung zu entkräften versucht, Art. 546 Abs. 1 OR gelte – ausdehnend ausgelegt – auch für Verträge auf kalendermäßig bestimmte Zeit von längerer Dauer (vgl. SIEGWART N. 21 zu Art. 545/547 OR). Dagegen wendet PETER JÄGGI, a. a. O., S. 124, mit Recht ein, eine solche Auslegung sei unhaltbar, weil sie jeden längeren, auf bestimmte Zeit abgeschlossenen Vertrag mit der Ungewißheit belaste, ob er, weil praktisch vielleicht lebenslänglich, jederzeit kündbar sei. Zudem gehe es nicht an, auf dem Umweg über eine Sonderbestimmung, deren Wortlaut einzig einen Nebentatbestand betreffe, für den wichtigen und dem Gesetze wohl bekannten Vertrag auf bestimmte Zeit eine so einschneidende Regel abzuleiten.

² PETER JÄGGI, zit. S. 48 Anm. 2.

³ So schon WOLF ELIAS, S. 64 und 98.

Bestimmung entspräche – als Anwendungsfall der Gesellschaft «auf unbestimmte Dauer» anführt, sondern dieser gerade gegenüberstellt: ein redaktioneller Mangel, wie er (gleich oder ähnlich) in manchen Bestimmungen des OR anzutreffen ist (vgl. z. B. S. 137 und S. 21 Anm. 2).

3. Kündigungsfristen und -termine

Dauerverträge «auf unbestimmte», ausnahmsweise auch solche «auf bestimmte Dauer», unterliegen nach dem Gesagten der gesetzlichen ordentlichen Kündigung. Die Rechtsfolge der Kündigung besteht im Vertragsende ex nunc. Dieses kann entweder sofort (d. h. mit Eintreffen der Kündigungserklärung beim Empfänger) oder erst nach Ablauf einer Frist (Kündigungsfrist), an jedem beliebigen Zeitpunkt oder nur an bestimmten Terminen (Kündigungstermine) eintreten. Die einzelnen Kündigungsbestimmungen enthalten über die Kündigungsfristen und -termine Vorschriften verschiedenen Inhalts. Mit Rücksicht darauf lassen sich zwei Gruppen von Dauerverträgen unterscheiden:

A. DAUERVERTRÄGE MIT BEFRISTETER, MEISTENS TERMINIERTER KÜNDIGUNG

Die gesetzliche ordentliche Kündigung einer ersten Gruppe von Dauerverträgen (nämlich der Miete, der Pacht¹, des Darlehens-, Dienst- und Agenturvertrages sowie der einfachen Gesellschaft) wirkt erst nach Ablauf einer Frist seit ihrem Eintreffen beim Vertragspartner. Sie ist – wie wir sagen – befristet². Dabei macht es regelmäßig keinen Unterschied, von welcher Seite die Auflösung erfolgt; einzig beim unentgeltlichen Darlehen beschränkt sich die gesetzliche Befristung auf die Kündigung durch den Darlehensgeber³.

¹ Vgl. aber Art. 304 OR (Viehpacht).

² Wo wir von befristeter Kündigung sprechen, meinen wir somit nicht, die Kündigung habe innerhalb einer bestimmten Frist zu erfolgen.

³ Der Borger eines unentgeltlichen Darlehens kann also den Darlehensvertrag (zu Recht, vgl. hinten, S. 59 f.) durch fristlose Kündigung ordentlich beenden (vgl. S. 38 Anm. 5 Abs. 2).

Anders der zu Zinsleistung verpflichtete Borger: Dessen ordentliches Kündigungsrecht wird im OR nicht geregelt, sondern durch Lückenausfüllung gewonnen (vgl. S. 38 Anm. 5 Abs. 3). Dabei rechtfertigt es sich, die Gesetzeslücke so auszufüllen, daß

Die Kündigung der genannten Dauerverträge ist in den meisten Fällen nicht nur befristet, sondern außerdem terminiert: d. h. bloß auf die vom Gesetz als zulässig erklärten Zeitpunkte (sogenannte Kündigungstermine) wirksam¹.

Im Folgenden befassen wir uns vorab mit den Kündigungsfristen, anschließend mit den Kündigungsterminen.

1. Von den Kündigungsfristen

Die Kündigungsfristen, welche das OR für die ordentliche Kündigung der Dauerverträge vorschreibt, sollen diese Verträge einerseits wenigstens für eine gewisse Mindestzeit im Bestande sichern. Andererseits dienen sie «zur schmerzlosen Auflösung der durch das Dauerrechtsverhältnis geschaffenen innigen Verbindung»². Eine vorsichtige und daher befristete Vertragsauflösung kann aus dreifachem Grunde notwendig sein³:

Erstens, damit die Parteien (z. B. der Vermieter, Verpächter, Arbeitnehmer, Agent) ihre freiwerdenden Kräfte unmittelbar auf das Vertragsende wieder binden können. «Denn freibleibende Kräfte sind tote Kräfte».

Zweitens, damit es den Kontrahenten (z. B. dem Mieter, Pächter, Arbeitgeber, Auftraggeber) möglich ist, sich auf das Vertragsende die Leistungen anderer Personen zu sichern.

dem Borger ein *befristetes* Kündigungsrecht zugestanden wird. Dies, damit der Darleiher Zeit gewinnt, um sein Kapital bei Vertragsende anderweitig gewinnbringend anzulegen (vgl. dazu S. 51). Dabei erachten wir es als zweckmäßig, die in Art. 318 OR für die Kündigung des Darleihers vorgesehenen Kündigungsfristen auf die Kündigung des Borgers analog anzuwenden. Dagegen kann insbesondere nicht (mit OSER/SCHÖNENBERGER N. 5 zu Art. 318 OR) eingewendet werden, Art. 318 OR schreibe Kündigungsfristen nur zu Lasten des Darleihers vor, weshalb die Kündigung des Borgers unbefristet sein müsse. Denn Art. 318 OR sieht mit Rücksicht auf den Borger nicht nur keine Kündigungsfristen vor, sondern überhaupt keine ordentliche Kündigung. Wollte man aus diesem Artikel einen Umkehrschluß ziehen, müßte man folgerichtig das ordentliche Kündigungsrecht des Borgers überhaupt verneinen, nicht nur die Befristung dieses Kündigungsrechts.

¹ Eine «terminierte» Kündigung ist also (so wie wir den Ausdruck verwenden) eine Kündigung, die nicht *an* bestimmten Terminen, sondern *auf* bestimmte Termine zu erklären ist.

² FRANZ GSCHNITZER, Die Kündigung nach deutschem und österreichischem Recht, S. 348.

³ Zum ersten und dritten Grund vgl. FRANZ GSCHNITZER, Die Kündigung nach deutschem und österreichischem Recht, S. 347 f.

Und drittens, damit die Parteien (z. B. der Mieter, Pächter, Darlehensnehmer) Zeit gewinnen, um die Erfüllung der bei Vertragsende fällig werdenen Leistungspflichten vorzubereiten.

Die gesetzlichen Fristen, welche den genannten Zwecken dienen, sind von ganz verschiedener *Länge*¹.

Und zwar variiert ihre Länge einerseits von Vertragsart zu Vertragsart. So beträgt die Kündigungsfrist für die einfache Gesellschaft (Art. 546 Abs. 1 OR) und die Pacht (Art. 290 Abs. 1 OR) sechs Monate, für die Immobiliarmiete regelmäßig drei Monate (Art. 267 Abs. 2 Ziff. 1 OR), für den überjährigen Dienst- (Art. 348 Abs. 1 OR) und Agenturvertrag (Art. 418q Abs. 2 OR) zwei Monate und für das Darlehen sechs Wochen (Art. 318 OR).

Beim Miet-, Dienst- und Agenturverhältnis sind die Fristen überdies innerhalb ein und derselben Vertragsart abgestuft (vgl. unten).

¹ Durch Parteiabrede können sie abgeändert oder ausgeschlossen werden; allerdings nur im Rahmen der Vertragsfreiheit, die z. B. durch die Artikel 347 Abs. 3, 348 Abs. 2, 349, 418q Abs. 2 und 418q Abs. 3 OR beschränkt wird.

Die Art. 347 Abs. 3 und 418q Abs. 3 OR statuieren das sogenannte *Paritäts-erfordernis* der Kündigungsfristen: Nach Art. 347 Abs. 3 OR dürfen «für den Dienstherrn und den Dienstpflichtigen ... keine verschiedenen Kündigungsfristen vereinbart werden». Analoges gilt gemäß Art. 418q Abs. 3 OR für den Agenturvertrag.

Art. 347 Abs. 3 OR wird von der Lehre und Rechtsprechung (BGE 92 II 180 ff. und dort Zitierte) einschränkend ausgelegt. Parität muß danach nicht absolut, sondern bloß in dem Sinne bestehen, daß der Dienstherr nicht auf kürzere Fristen kündigen kann als der Dienstpflichtige. Werden in Verletzung dieses Grundsatzes ungleiche Kündigungsfristen vereinbart, so ist für beide Parteien die längere der beiden Fristen anwendbar (BGE 92 II 180 ff.; vgl. de lege ferenda den Vorentwurf der Expertenkommission für die Revision des Dienstvertragsrechtes im Obligationenrecht vom 30. Sept. 1963, Art. 36).

Diese Auslegung stützt sich auf den Zweck des Art. 347 Abs. 3 OR. Die Vorschrift diene, wie das Bundesgericht (92 II 181) ausführt, dem Schutz des Arbeitnehmers und sei im Hinblick auf dessen wirtschaftliche Abhängigkeit vom Arbeitgeber geschaffen worden. Tatsächlich wurde sie bei ihrer Entstehung vom Gedanken des Schutzes des Arbeitnehmers getragen. Inzwischen hat sich die Beschäftigungslage aber derart verändert, daß sich in dieser Beziehung eine völlige Gleichstellung der Vertragsparteien aufdrängt, weil auch der Arbeitgeber den Schutz seiner berechtigten Interessen verlangen kann (WALTHER HUG, Die Revision des Dienstvertragsrechtes, S. 232). Aus diesem Grunde sollte geprüft werden, ob die eingetretene Entwicklung nicht ein Abgehen vom entstehungszeitlichen Sinn des Art. 347 Abs. 3 OR verlangt. Die Anpassung der Gesetzesauslegung an die veränderten Umstände (vgl. MEIER-HAYOZ N. 154 ff. zu Art. 1 ZGB) würde zur Anerkennung der absoluten Parität führen, wie sie dem Wortlaut des Artikels entspricht, und wie sie auch von Art. 418q Abs. 3 OR für den Agenturvertrag gefordert ist.

Diese *mannigfache Differenzierung der Kündigungsfristen* wurde nicht planmäßig geschaffen. Vielmehr hat sie sich mit der Entwicklung der einzelnen Dauervertragsarten organisch herausgebildet. Dennoch ist aber eine gewisse einheitliche Tendenz des Gesetzes festzustellen, umso längere Kündigungsfristen vorzusehen, je stabiler das aufzulösende Verhältnis entweder tatsächlich ist oder seinem Wesen nach sein soll. Deutlich tritt diese Tendenz in der Abstufung der Fristen innerhalb ein und derselben Vertragsart zu Tage:

1. Zunächst sieht Art. 267 Abs. 2 OR für die ihrem Wesen nach dauerhaftere Immobiliarmiete regelmäßig eine Frist von drei Monaten vor (Ziff. 1), während die Kündigungsfrist der meistens bloß vorübergehend gedachten Mobiliarmiete lediglich drei Tage beträgt (Ziff. 3). Eine besondere zweiwöchige Kündigungsfrist gilt für die «Miete möblierter Wohnungen oder einzelner Zimmer» (Ziff. 2), die um vieles weniger auf Stabilität ausgerichtet ist als die Miete unbeweglicher Sachen im allgemeinen¹. Der gleichen zweiwöchigen Kündigungsfrist (Ziff. 2) unterliegt auch die Miete von Wohnungsmobiliar, welche sich dem Zwecke ihrer typischen Hauptleistung nach als dauerhafter erweist als die Miete beweglicher Sachen überhaupt².

¹ Denn möblierte Wohnungen werden meistens von einzelstehenden Personen gemietet oder von Leuten, die sich nur vorübergehend an einem Ort aufhalten (BECKER N. 6 zu Art. 267 OR).

² Diese Abstufung (drei Monate – zwei Wochen – drei Tage) erachten wir als richtig. Zu kritisieren ist indessen die Art und Weise, wie sie in Art. 267 Abs. 2 OR vorgenommen wird:

Statt in Ziff. 1 zu sagen «Unbewegliche Sachen, ausgenommen möblierte Wohnungen oder einzelne Zimmer», zählt das OR eine Reihe von Immobilien auf, nämlich: unmöblierte Wohnungen, Geschäftslokale, Werkstätten, Verkaufsläden, Magazine, Keller, Scheunen, Stallungen und ähnliche Räumlichkeiten. Weshalb, ist umso weniger erfindlich, als dabei das «gemietete Grundstück» (z. B. der Spiel- und Werkplatz) vergessen wurde, das nun unter die «ähnlichen Räumlichkeiten» gezwängt werden muß (teilweise wörtlich schon bei ARNOLD JANGGEN, S. 151).

Überdies erweist sich nach der Formulierung des Gesetzes die dreitägige Kündigungsfrist der Mobiliarmiete als Ausnahme (Ziff. 3), obwohl sie in Wirklichkeit die Regel bildet, da eine längere Frist nur für die Miete von Wohnungsmobiliar vorgesehen ist (Ziff. 2).

Schließlich kritisieren wir die in Art. 267 Abs. 2 OR verwendete Terminologie, insofern hier das Gesetz davon spricht, daß «Wohnungen», «Zimmer», «Sachen» etc. gekündigt werden. Gekündigt wird nicht das Mietobjekt, sondern der Mietvertrag.

2. Beim *Dienstvertrag* sodann, der sich in aller Regel mit zunehmender Beschäftigungsdauer des Arbeitnehmers fortwährend stabilisiert¹, sind die Kündigungsfristen nach der Dauer des Vertragsverhältnisses abgestuft (vgl. Art. 347 Abs. 2 mit Art. 348 OR)². Allerdings verwirklicht das geltende Recht diese Staffelung der Kündigungsfristen erst in geringem Umfange, indem es lediglich zwischen überjährigen und unterjährigen Dienstverträgen unterscheidet³. Dabei beträgt die Frist für den überjährigen Vertrag zwei Monate (Art. 348 OR)⁴.

Beim unterjährigen Dienstvertrag (Art. 347 Abs. 2 OR) differenziert das OR die Kündigungsfristen außerdem nach verschiedenen Kategorien von Arbeitnehmern. So kann bei «Arbeitern» auf das Ende der auf die Kündigung folgenden Woche (= einwöchige Kündigungsfrist), bei «Angestellten» auf das Ende des auf sie folgenden Monats (= einmonatige Kündigungsfrist) und bei den «andern Dienstverhältnissen» auf das Ende der zweiten darauf folgenden Woche (= zweiwöchige Kündigungsfrist) gekündigt werden. Diese Staffelung (ein Monat – zwei Wochen – eine Woche) beruht auf dem Gedanken, daß ein Wechsel der Arbeitsstelle für den Angestellten am schwierigsten, für den Arbeiter am leichtesten sei⁵. Da heute die Grenzen zwischen Angestellten und andern Arbeitnehmern

¹ Mit steigender Beschäftigungsdauer verwächst der Dienstpflichtige immer enger mit dem Betrieb, faßt immer stärkere Wurzeln in seinem Arbeitsverband (WALTHER HUG, Das Kündigungsrecht, II, S. 113) und wird für den Arbeitgeber regelmäßig immer unentbehrlicher.

² Besondere Fristen sind vorgesehen für landwirtschaftliche Dienstverhältnisse mit Hausgemeinschaft (Art. 349 OR), für Arbeitsverhältnisse während der Probezeit (Art. 350 OR) und für Dienstverträge auf Lebenszeit oder länger als zehn Jahre (Art. 351 OR).

³ Der Vorentwurf der Expertenkommission für die Revision des Dienstvertragsrechtes im Obligationenrecht vom 30. September 1963 (zit. VE 1963) enthält eine weitere Abstufung, je nachdem das Dienstverhältnis im ersten Dienstjahr, im zweiten bis (und mit) neunten Dienstjahr oder später gekündigt wird (VE 1963, Art. 37 f.)

⁴ Die zweimonatige Frist für das überjährige Vertragsverhältnis ist nach feststehender Praxis auf das Fabrikarbeitsverhältnis nicht anwendbar, weil dessen Kündigungsfristen endgültig und abschließend im Fabrikgesetz geregelt seien (WALTHER HUG, Das Kündigungsrecht, II, S. 114). Heute wendet sich die Lehre überwiegend gegen diesen Ausschluß der Anwendbarkeit (vgl. WALTHER HUG, Die Revision des Dienstvertragsrechtes, S. 209, Anm. 98 und dort Zitierte).

⁵ Und zwar nicht nur deshalb, weil die Verwendungsmöglichkeit für den Angestellten am geringsten sei, sondern auch darum, weil sich der Stellenwechsel für ihn zumeist mit größeren Nachteilen verknüpfe, welche sich aus seiner sozialen Stellung und der daraus folgenden Art der Lebenshaltung ergäben (vgl. BECKER N. 18 zu Art. 347 OR; WALTHER HUG, Das Kündigungsrecht, II, S. 115 f.).

auf fast allen Gebieten fließend geworden sind, stellt sich die Frage, ob sich die Differenzierung der Kündigungsfristen nach Maßgabe der Arbeitnehmer nicht überholt hat¹.

3. Die für den Dienstvertrag getroffene Abstufung der Kündigungsfristen nach der Dauer des Vertragsverhältnisses hat das Gesetz schließlich auch für den *Agenturvertrag* übernommen (Art. 418q OR). Im ersten Jahr seines Bestandes ist dieser auf das Ende des der Kündigung folgenden Monats auflösbar (einmonatige Kündigungsfrist), in den folgenden Jahren (wenn das Verhältnis also dauerhaft geworden ist) unter Einhaltung einer zweimonatigen Kündigungsfrist.

2. Von den Kündigungsterminen

Für die ordentliche Kündigung gewisser Dauerverträge schreibt das OR nicht nur Kündigungsfristen, sondern auch bestimmte Kündigungsstermine vor². Hier führt die ordentliche Kündigung bloß dann zum Vertragsende, wenn sie unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist auf einen der genannten Termine erfolgt.

Terminiert ist die Kündigung der Miete (mit Ausnahme der Mobiliarmiete nach Ziff. 3 des Art. 267 Abs. 2 OR), der landwirtschaftlichen Pacht, des Dienst- und des Agenturvertrages sowie der einfachen Gesellschaft mit jährlichen Rechnungsabschlüssen. Dabei gelten ganz *verschiedene Kündigungsstermine*:

1. Den gesetzlichen Kündigungstermin für die Immobiliarmiete bildet regelmäßig das ortsübliche Ziel oder (in Ermangelung eines Ortsgebrauches) das Ende einer halbjährigen Mietsdauer (Art. 267 Abs. 2 Ziff. 1 OR). Die Miete möblierter Wohnungen oder einzelner Zimmer oder von Wohnungsmobilien kann nur auf das Ende einer monatlichen Mietsdauer gekündigt werden (Art. 267 Abs. 2 Ziff. 2 OR).

2. Als Kündigungstermin der landwirtschaftlichen Pacht dient entweder ein Herbst- oder ein Frühjahrstermin. Welcher Termin (Herbst-

¹ Vgl. WALTHER HUG, Die Revision des Dienstvertragsrechts, S. 208 f. Der Vorwurf (VE 1963, zit. S. 54 Anm. 3, Art. 37/38) differenziert die Fristen lediglich noch nach «Angestellten» und «andern Arbeitnehmern».

² Im Rahmen der Vertragsfreiheit können die Parteien andere Termine vereinbaren oder die Kündigung auf jeden Zeitpunkt als zulässig erklären.

oder Frühjahrstermin) und welches Datum gilt, hängt vom Ortsgebrauch ab (Art. 290 Abs. 2 OR).

3. Beim Dienstvertrag ist der Kündigungstermin das Ende eines Kalendermonats (Art. 347 Abs. 2; Art. 348 Abs. 1 OR) oder – beim unterjährigen Dienstverhältnis, das kein Angestelltenverhältnis darstellt – das Ende einer Kalenderwoche (Art. 347 Abs. 2 OR).

4. Der Kündigungstermin des Agenturvertrages fällt auf das Ende des der Kündigung folgenden Kalendermonats (Art. 418q Abs. 1 OR) oder – wenn das Vertragsverhältnis ein Jahr gedauert hat – auf das Ende eines Kalendervierteljahres (Art. 418q Abs. 2 OR).

5. Die einfache Gesellschaft schließlich darf, wenn jährliche Rechnungsabschlüsse vorgesehen sind, nur auf das Ende des Geschäftsjahres gekündigt werden. Im übrigen ist die Gesellschaft auf jeden Termin kündbar; doch soll die Kündigung in guten Treuen und nicht zur Unzeit erfolgen (Art. 546 Abs. 2 OR).

Der mögliche *Zweck, dem die gesetzlichen Kündigungstermine dienen*, ist ein dreifacher:

1. Einmal gibt es Kündigungstermine, die (zusätzlich zu den Kündigungsfristen) den Vertragsbestand für eine gewisse Zeit zu sichern haben. So verhält es sich insbesondere bei der Miete, der landwirtschaftlichen Pacht, dem überjährigen Agenturvertrag und bei der einfachen Gesellschaft mit jährlichen Rechnungsabschlüssen.

Der Grund für die zusätzliche Bestandessicherung liegt bei der landwirtschaftlichen Pacht und bei der einfachen Gesellschaft mit jährlichen Rechnungsabschlüssen im Umstand, daß das Pacht- resp. Geschäftsjahr eine wirtschaftliche Einheit bildet, deren Unterbrechung für die Parteien von Nachteil ist. Beim Mietvertrag erweist sich die getroffene Sicherung des Vertragsbestandes für den zweckmäßigen Gebrauch der Vertragsache als notwendig; beim überjährigen Agenturvertrag aber für eine fruchtbare Geschäftstätigkeit beider Parteien: denn sowohl der Agent wie sein Auftraggeber sind nur dann zu größeren Investitionen an Arbeit und Kapital bereit, wenn das Vertragsverhältnis für eine minimale Zeitspanne fest ist.

2. Des weitern gibt es Kündigungstermine, die (gleich wie Kündigungsfristen) den Parteien es ermöglichen sollen, unmittelbar auf das Vertragsende ihre Kräfte neu zu binden oder umgekehrt sich anderweitig (an

Leistungen) einzudecken. So verhält es sich bei der Immobiliarmiete, bei der landwirtschaftlichen Pacht, beim Dienst- und beim Agenturvertrag:

Was zunächst die beiden erstgenannten Verträge betrifft, so hätten es deren Parteien unverhältnismäßig schwieriger, mit dem Vollzug neuer Vertragsverhältnisse außerhalb der ortsüblichen Auf- und Abzugstermine zu beginnen. Die Kündigungstermine des Agenturvertrages sodann tragen dem Umstand Rechnung, daß hier mit der Vertragserfüllung regelmäßig am Ersten eines Monats begonnen wird (vgl. Art. 418q Abs. 1 OR). Die Termine des Dienstvertrages schließlich beruhen auf der Annahme, die Neubesetzung von Arbeitsstellen geschehe üblicherweise nicht unter der Woche, bei Angestellten nicht während des Monats. Ob die Festlegung verschiedener Termine für Angestellte und andere Arbeitnehmer (im unterjährigen Dienstvertrag) nicht überholt ist, erweist sich mindestens als fraglich. Haben sich doch – wie früher erwähnt – die Grenzen zwischen den verschiedenen Kategorien von Dienstpflichtigen fast überall verwischt.

3. Endlich gibt es Kündigungstermine, die im Hinblick auf die Liquidation des Vertragsverhältnisses bestehen: nämlich bei der landwirtschaftlichen Pacht und bei der Gesellschaft mit jährlichen Rechnungsabschlüssen.

Hier legen die gesetzlichen Termine die Zeitpunkte fest, an denen die Auseinandersetzung zwischen den Parteien am vorteilhaftesten geschieht: bei der einfachen Gesellschaft mit Rechnungsabschlüssen am Ende des Geschäftsjahres (auf das der Gewinn und Verlust ermittelt wird), bei der landwirtschaftlichen Pacht auf einen Frühjahrs- oder Herbsttermin. Der Frühjahrstermin ist der günstigere für den Pächter (die leere Scheune verringert die Umzugskosten); günstiger für den Verpächter ist der Herbsttermin (der Pächter kann das Retentionsrecht bei vollen Scheunen ausüben).

Aus dem Gesagten ist ersichtlich, daß ein und derselbe Kündigungstermin einem oder mehreren Zwecken dienen kann.

Wo die Erreichung *keiner der genannten Zwecke* besondere Kündigungstermine erfordert, hat das OR auf die Statuierung gesetzlicher Termine verzichtet: so bei der Mobiliarmiete nach Art. 267 Abs. 2 Ziff. 3 OR, bei der nicht landwirtschaftlichen Pacht, beim Darlehen und bei der einfachen Gesellschaft ohne jährliche Rechnungsabschlüsse. Diese Vertragsverhältnisse sind durch die gesetzlichen Kündigungsfristen genügend

stabilisiert: regelmäßig können sie auch zu jeder Zeit in gleicher Weise liquidiert und mit andern Vertragspartnern fortgesetzt werden.

Eine Besonderheit ist für die einfache Gesellschaft (ohne jährliche Rechnungsabschlüsse) zu verzeichnen. Hier gibt es möglicherweise Zeitpunkte, an denen der Eintritt des Vertragsendes außerordentliche Nachteile für die Parteien mit sich bringt. Die Kündigung auf solche Termine nennt das Gesetz «*unzeitig*» und schließt sie in Art. 546 Abs. 2 OR¹ aus. Dadurch wird das Prinzip der jederzeitigen Kündbarkeit eingeschränkt, und zwar zu Recht; gilt es doch zu vermeiden, daß die Interessen der (nicht kündigenden) Parteien infolge ordentlicher Vertragsbeendigung über Gebühr beeinträchtigt werden: ein Zweck, dem auch die Kündigungstermine dienen können (vgl. S. 56 f., Ziff. 2 und 3). Nur daß diese die Zeitpunkte, auf welche eine Vertragsbeendigung «erlaubt» ist, positiv und speziell festlegen, während es die Regel über die «Unzeit» dabei bewenden läßt, negativ und generell zu bestimmen, auf wann eine ordentliche Vertragsbeendigung ausgeschlossen ist.

Art. 546 Abs. 2 OR schließt nicht nur die «unzeitige», sondern auch die *rechtsmißbräuchliche* Kündigung aus². Das Erfordernis, die Kündigung habe «in guten Treuen» zu erfolgen, gilt indessen nicht bloß für die einfache Gesellschaft (ohne jährliche Rechnungsabschlüsse), sondern für jeden Dauervertrag; und zwar – wo spezielle Bestimmungen fehlen – gemäß Art. 2 ZGB. Danach findet der offenbare Mißbrauch eines Rechts (des Kündigungsrechts) keinen Rechtsschutz. Die offenbar rechtsmißbräuchliche Kündigung erweist sich also als unwirksam³: gleichgültig, ob sie befristet oder unbefristet, terminiert oder nicht terminiert ist.

¹ Vgl. außer Art. 546 Abs. 2 OR auch Art. 304 Abs. 2 OR und – *de lege ferenda* – Art. 41 des VE 1963 (zit. S. 54 Anm. 3), wonach die Kündigung zur Unzeit für den Dienstvertrag unwirksam ist.

² Die Kündigung zur Unzeit kann, muß aber nicht, rechtsmißbräuchlich sein.

³ Beim Dienstvertrag allerdings läßt sich mit Rücksicht auf die Besonderheit des Verhältnisses (zwangsweise Weiterführung brächte die Parteien in eine schwierige Lage) mit guten Gründen die Ansicht vertreten, die rechtsmißbräuchliche Kündigung habe zwar eine Schadenersatzpflicht zur Folge, sei aber wirksam (vgl. MERZ N. 317 zu Art. 2 ZGB, der das Problem unter dem Gesichtspunkt der unerlaubten Handlung behandelt; vgl. auch ROBERT GOLDSCHMIDT, Unsoziale Kündigung im Arbeitsrecht, SJZ 36 (1939/40), S. 165 ff.; WALTHER HUG, Die Revision des Dienstvertragsrechts, S. 234, Anm. 184). Der VE 1963 (zit. S. 54 Anm. 3) schlägt in seinem Art. 42 eine ausgewogene Lösung vor.

B. DAUERVERTRÄGE MIT UNBEFRISTETER
UND NICHT TERMINIERTER KÜNDIGUNG

Weder befristet¹ noch terminiert ist die gesetzliche ordentliche Kündigung bei einer zweiten Gruppe von Dauerverträgen: nämlich bei der Hinterlegung und bei der Gebrauchsleihe; auch beim unentgeltlichen Darlehen, sofern die Vertragsauflösung durch den Borger erfolgt². Hier können die Parteien das ordentliche Vertragsende sofort (Kündigung «auf sofort»)-und jederzeit herbeiführen³.

Gegen diese Befugnis ist nichts einzuwenden, soweit sie dem Verleiher (Art. 310 OR), Entlehner, unentgeltlich berechtigten Borger und Hinterleger (Art. 475 Abs. 1 OR) zusteht:

1. Das Recht sowohl des Verleihers wie des Entlehners zur jederzeitigen, sofort wirksamen Kündigung beruht auf der Unentgeltlichkeit der Gebrauchsleihe. Sie rechtfertigt es einerseits, die Bindung des Verleihers auf ein Minimum zu beschränken. Andererseits bildet sie den Grund dafür, daß eine rasche Vertragserledigung für den Verleiher nur von Vorteil ist. Dieses führt zum unbefristeten, nicht terminierten Kündigungsrecht des Entlehners⁴, jenes zum selben Recht des Verleihers.

2. Auf der Unentgeltlichkeit des Vertrages beruht sodann auch das Recht des nicht zinsleistungspflichtigen Borgers, den Darlehensvertrag jederzeit auf sofort zu beenden⁴. Es gilt hier dasselbe, was mit Bezug

¹ Unbefristete Kündigungen sind nach Ansicht von FRANZ GSCHNITZER (Die Kündigung nach deutschem und österreichischem Recht, S. 331 ff.) per definitionem ausgeschlossen. Nach OTTO VON GIERKE (Deutsches Privatrecht, S. 92; Dauernde Schuldverhältnisse, S. 380 ff.) stellen sie «uneigentliche» Kündigungen dar. Unseres Erachtens bildet die Kündigungsfrist zwar ein häufiges, nicht aber typisches oder gar wesentliches Merkmal der Kündigung.

² Pro memoria: die Kündigung des Borgers im entgeltlichen Vertrag ist befristet. Vgl. S. 50 Anm. 3.

³ Sofern sie nicht an vereinbarte Kündigungsfristen oder -termine gebunden sind. Derartige Vereinbarungen sind lediglich im Rahmen der Vertragsfreiheit gültig. Eine Schranke der Vertragsfreiheit bildet z. B. Art. 475 Abs. 1 OR («Der Hinterleger kann die hinterlegte Sache nebst allfälligem Zuwachs jederzeit zurückfordern ...»). Art. 475 Abs. 1 ist zwingend, weshalb für die Kündigung des Verwahrungsvertrages durch den Hinterleger weder Fristen noch Termine gültig verabredet werden können.

⁴ Das nach Ansicht des Gesetzgebers offenbar so selbstverständlich ist, daß es vom Gesetz nicht speziell geordnet wird. Vielmehr ist es aus Art. 81 OR abzuleiten

auf das Kündigungsrecht des Entlehners gesagt wurde. Die Kündigung des Darleihers hingegen ist selbst dann nicht mit sofortiger Wirkung ausgestattet, wenn das Darlehen unverzinslich ist; vgl. S. 50. Zwar befindet sich der Darleiher grundsätzlich in der selben Lage wie der Verleiher. Doch wäre eine unbefristete Kündigung für den Borger von derart großem Nachteil, daß der Gesetzgeber die Kündigung auch des unentgeltlich verpflichteten Darleihers mit Recht befristet hat; Art. 318 OR. Anders als der Entlehner *verbraucht* nämlich der Borger die übertragenen Sachen, um deren Wert zu gebrauchen, weshalb er die bei Vertragsende fällige Rückleistungspflicht in den meisten Fällen überhaupt nicht oder nur unter unverhältnismäßig hohen Opfern sofort erfüllen könnte.

3. Der Hinterleger schließlich hat gemäß Art. 475 Abs. 1 OR das Recht, den Verwahrungsvertrag auch dann durch ordentliche Kündigung zu beenden, wenn der Vertrag «auf bestimmte Dauer» (im Sinne des Gesetzes, vgl. vorne, S. 44 f.) geschlossen wurde. Der gleiche Grund, welcher diese Sonderbestimmung rechtfertigt, rechtfertigt es auch, daß die Kündigung weder terminiert noch befristet ist. Mit ihm haben wir uns vorne, S. 47, auseinandergesetzt, weshalb wir hier lediglich auf das Gesagte verweisen.

Was indessen die Kündigung des Hinterlegungsvertrages durch den Verwahrer betrifft, so sollte sie unseres Erachtens befristet sein, damit sich der Hinterleger vor Vertragsende rechtzeitig nach einem andern Aufbewahrer umsehen könnte. Nur wenn der Depositär die Verwahrung unentgeltlich übernommen hat, rechtfertigt es sich, die Interessen des Deponenten hintanzustellen und dem Verwahrer (mit der geltenden gesetzlichen Ordnung) ein jederzeitiges Kündigungsrecht «auf sofort» zuzugestehen. Alsdann nämlich erweist der Aufbewahrer dem Hinterleger eine Gefälligkeit, von der er (wie der Verleiher) mit Recht jederzeit absehen darf¹.

(vgl. S. 38 Anm. 5 Abs. 2), was wir als Mangel des Gesetzes empfinden. Verlangt doch das Erfordernis der Klarheit des Gesetzestextes nach einer entsprechenden speziellen Bestimmung.

¹ Was den Darleiher im unentgeltlichen Darlehensvertrag betrifft, welcher seinem Vertragspartner ebenfalls gefälligkeitshalber leistet, vgl. oben im Text.

II. VON DEN VEREINBARTEN ORDENTLICHEN BEENDIGUNGSGRÜNDEN

Während der gesetzliche ordentliche Beendigungsgrund einzig in seiner Art, und zwar stets eine (voraussetzungslos gegebene) Kündigung ist, können die Parteien (in den Schranken der Vertragsfreiheit) regelmäßig *jedwelchen Sachverhalt* als ordentlichen Beendigungsgrund vereinbaren. Nur beim Leibrenten- und beim Verpfändungsvertrag verhält es sich anders: diese Verträge werden per definitionem auf die Lebenszeit eines Menschen geschlossen (Art. 516 Abs. 1; Art. 521 Abs. 1 OR), weshalb als vereinbarter Beendigungsgrund nur Ablauf der Lebenszeit resp. Tod in Frage kommt.

Die vereinbarten ordentlichen Beendigungsgründe sind entweder mittelbare oder unmittelbare: Hier besteht ihre Rechtsfolge im Vertragsende, dort in der Entstehung eines Beendigungs-, meistens eines Kündigungsrechts (vgl. S. 26). Die Vereinbarung eines mittelbaren Beendigungsgrundes schließt (ausgesprochen oder nicht) stets auch die Abrede eines unmittelbaren Beendigungsgrundes in sich: die Abrede nämlich, der Vertrag solle mit Ausübung des entstehenden Beendigungsrechts erlöschen.

Tritt ein unmittelbarer vertraglicher Beendigungsgrund ein, so ist das betroffene Vertragsverhältnis nicht mehr gewollt und fällt – da es seine Lebenskraft aus dem Willen der Parteien schöpft – ipso iure dahin¹. Ausdrücklich festgehalten wird dies vom Obligationenrecht für den Dienst- (Art. 345 OR) und für den Agenturvertrag (Art. 418p Abs. 1 OR) sowie für die einfache Gesellschaft (Art. 545 Abs. 1 Ziff. 5 OR). Die entsprechenden Bestimmungen haben rein deklaratorischen Charakter, indem sie bloß das konstatieren, was aus der *Privatautonomie* der Parteien ohnehin schon folgt und auch für die andern Dauerverträge gilt.

Das Dahinfallen des Vertrages infolge vereinbarter (auch außerordentlicher) Beendigungsgründe nennt der übliche Sprachgebrauch (vgl. auch Art. 345; 418p Abs. 1; 545 Abs. 1 Ziff. 5 OR) Vertragsbeendigung «mit» bzw. «durch *Zeitablauf*». Wir übernehmen in unserer Arbeit diesen Sprach-

¹ Dabei macht es keinen Unterschied, ob der vertragliche Beendigungsgrund ein ordentlicher oder außerordentlicher ist. Bei dessen Eintritt endet der Dauervertrag entweder sofort oder erst nach Ablauf einer vereinbarten Frist.

gebrauch, sind uns aber bewußt, daß Zeitablauf Beendigungsgrund im eigentlichen Sinne (rechtserhebliche Tatsache, an die sich die Rechtsfolge «Vertragsende» oder «Beendigungsrecht» knüpft) nur dann ist, wenn die Parteien die gewollte Vertragsdauer durch direkte Festlegung ihres Maßes (z. B. drei Monate) bestimmen (unmittelbare Dauerbestimmung; vgl. S. 19 f.). Indem hier die Parteien vereinbaren, der Vertrag solle z. B. drei Monate dauern, vereinbaren sie (mindestens stillschweigend), er solle mit Ablauf der vereinbarten Dauer zu Ende gehen.

DRITTES KAPITEL

DIE BEENDIGUNG DER IM OR GEREGLTEN DAUERVERTRÄGE INFOLGE AUSSERORDENTLICHER BEENDIGUNGSGRÜNDE

Nachdem wir im zweiten Kapitel die ordentlichen Beendigungsgründe der im OR geregelten Dauerverträge besprochen haben, handeln wir im dritten Kapitel von ihren *außerordentlichen* Beendigungsgründen. Deren Wirksamkeit beruht entweder auf Vereinbarung oder auf Gesetz. Wir befassen uns lediglich mit gesetzlichen außerordentlichen Beendigungsgründen, und zwar mit solchen, die *im OR geregelt* sind ¹.

Außerordentlich ist bei diesen Beendigungsgründen, wie wir (vorne, S. 27) gesehen haben, sowohl der Zeitpunkt des bewirkten Vertragsendes (nämlich vorzeitig) als auch der Tatbestand. Der Tatbestand stellt eine *Vertragsstörung* (Störung des ordentlichen Vertragsablaufes) dar.

Die Vertragsstörung kann in einer Verhältnisänderung (veränderter Umstand) oder im Verhalten einer Partei bestehen. Gewisse Störungen des Vertragsablaufs hat das OR genau und konkret umschrieben und

¹ Pro memoria sei auf zwei vom ZGB statuierte außerordentliche Beendigungsgründe verwiesen, die beide den Verpfändungsvertrag betreffen: Ist der Pfundgeber als Erbe des Pfänders eingesetzt (Erbverpfändung), unterliegt das Pfundverhältnis den Bestimmungen des ZGB über den Erbvertrag (Art. 521 Abs. 2 OR), somit auch jenen über dessen Beendigung. Danach fällt erstens der Pfundvertrag dahin, wenn das Verhalten des Pfundgebers einen Enterbungsgrund darstellt (Art. 513 Abs. 2 ZGB). Dasselbe gilt zweitens nach Art. 515 Abs. 1 ZGB, wenn der Pfundgeber den Tod des Pfänders nicht erlebt. Hier erlischt der Pfundvertrag ipso iure, dort infolge Beendigungserklärung des Erblassers.

als solche zu außerordentlichen Beendigungsgründen erhoben¹. Andere wirken nur, wenn sie sich als «wichtiger Grund» qualifizieren. Die zuerst erwähnten Beendigungsgründe nennen wir «*besonders umschriebene*» Beendigungsgründe, und zwar im Unterschied zum generell umschriebenen Beendigungsgrund «*wichtiger Grund*».

Im Folgenden sprechen wir zunächst von «besonders umschriebenen» außerordentlichen Beendigungsgründen, deren Tatbestand ein veränderter Umstand ist (I), sodann von solchen, deren Tatbestand im störenden Verhalten einer Partei besteht (II). Abschließend (III) befassen wir uns mit dem Beendigungsgrund «wichtiger Grund».

I. VERÄNDERTE UMSTÄNDE ALS «BESONDERS UMSCHRIEBENE» AUSSERORDENTLICHE BEENDIGUNGSGRÜNDE DES OR

Jeder Vertrag kommt im Rahmen bestimmter tatsächlicher Verhältnisse zustande. Diese ändern sich im Fortgang der Zeit, worin – paradoxerweise – ein Grund sowohl für den Abschluß insbesondere langfristiger Verträge als auch für die außerordentliche Vertragsbeendigung liegt². Wir befassen uns mit der Beendigung:

Dem Wesen des Vertrages entspricht es, daß er trotz veränderter Umstände weiterbesteht; heißt doch die Anerkennung seiner bindenden Kraft (*pacta sunt servanda*) nichts als Sicherung gegen den nachteiligen Einfluß späterer Interessenverschiebung³. Dies jedoch gilt nicht ohne Ausnahmen: ausnahmsweise rechtfertigt der Eintritt einer Verhältnisänderung die Beendigung des von ihr betroffenen Vertrages.

«*Die entscheidende Frage* ist nun die, wo die Abgrenzung von Regel (Weiterbestand) und Ausnahme (Beendigung) zu ziehen sei, d. h. inwieweit und unter welchen Voraussetzungen die Ausnahme die Wirkung

¹ Und zwar entweder zu Beendigungsgründen «*einzelner Obligationen*» oder «*ganzer Vertragsverhältnisse*» (zum Unterschied vgl. S. 26). Die Beendigungsgründe einzelner Obligationen sind nur dann Beendigungsgründe von Dauerverträgen, wenn die von ihnen betroffene Obligation die typische Hauptleistungspflicht des dauernden Vertragsverhältnisses darstellt (vgl. S. 17; 26). Alsdann endet der Dauervertrag mindestens im weiten Sinne (vgl. S. 17 f.).

² Vgl. MERZ N. 188 ff. zu Art. 2 ZGB.

³ RUDOLF VON JHERING, *Der Zweck im Recht*, Bd. I (1877), S. 78.

der Regel ausschaltet»¹. Übereinstimmung herrscht mit Bezug auf die Ansicht, daß die Abgrenzung nach «Treu und Glauben» zu geschehen habe. Doch vermag der Grundsatz von «Treu und Glauben» aus sich allein die notwendigen Kriterien nicht zu vermitteln². Vielmehr sind folgende Fälle auseinanderzuhalten:

Einmal kann es vorkommen, daß die Folgen veränderter Umstände im betroffenen Vertrag geregelt sind. Hier beeinflußt der Grundsatz von «Treu und Glauben» als Vertrauensprinzip (BGE 87 II 95; 81 II 363) die Auslegung des Vertrages³. Die genannten Folgen können sodann auch in Gesetzesnormen geregelt sein, deren Zweckbezogenheit bei der Interpretation nach «Treu und Glauben» zu berücksichtigen ist⁴. Sind schließlich die veränderten Umstände weder nach dem (interpretierten) Text des Vertrages noch nach jenem des Gesetzes zu berücksichtigen, besteht der Vertrag trotz der Verhältnisänderung weiter; außer die gesetzliche Ordnung sei mit Bezug auf den zu entscheidenden Änderungstatbestand lückenhaft⁵. Im letzten Fall hält sich der Richter an Gewohnheitsrecht und – fehlt auch dieses – an die Regel, welche er selber für Änderungstatbestände solcher Art erlassen würde (Art. 1 Abs. 2 ZGB). Jedenfalls hat die Lückenausfüllung unter Heranziehung des Grundsatzes von «Treu und Glauben» zu geschehen⁶. Das Urteil des Richters geht entweder auf unveränderten Weiterbestand, auf Umgestaltung oder auf Beendigung des Vertrages.

Damit ist der Kreis des sogenannten Clausula-Problems (im weiten Sinne) betreten⁷. Das uns gestellte Thema verlangt, daß wir uns mit einem seiner Segmente befassen: nämlich mit den vom OR geordneten Verhältnisänderungen bei Dauerverträgen.

Das Obligationenrecht kennt *keine allgemeine Regel*, wonach Dauerverträge bei bestimmten Verhältnisänderungen erlöschen würden. Doch sieht es verschiedene «besonders umschriebene» Tatbestände vor, die in

¹ BGE 60 II 209; ohne Klammerausdrücke.

² MERZ N. 189 zu Art. 2 ZGB.

³ Vgl. S. 23 Anm. 3.

⁴ Vgl. MERZ N. 51 ff. zu Art. 2 ZGB.

⁵ Gemeint sind echte Lücken. Die Ausfüllung unechter Lücken unterliegt Art. 2 Abs. 2 ZGB.

⁶ Vgl. MERZ N. 220 zu Art. 2 ZGB.

⁷ Zahlreiche Literaturhinweise bei MERZ N. 181 ff. zu Art. 2 ZGB.

Verhältnisänderungen bestehen und die (mit oder ohne Zutun der Parteien) zum Vertragsende führen. Es handelt sich bei ihnen um außerordentliche, mittelbare oder unmittelbare gesetzliche Beendigungsgründe (vgl. S. 25 ff.). Sie bilden Gegenstand der folgenden Erörterung. Dabei sprechen wir zunächst von den Verhältnisänderungen in der Person eines Vertragspartners.

1. Änderungen in der Person eines Vertragspartners als «besonders umschriebene» außerordentliche Beendigungsgründe des OR

In der Person eines Vertragspartners können nach Vertragsabschluß verschiedene Änderungen eintreten. Einige von ihnen hat das OR «besonders umschrieben» (vgl. S. 63 f.) und zu außerordentlichen Beendigungsgründen gewisser Dauervertragsarten erhoben. Es sind dies: A. der Tod, B. die Handlungsunfähigkeit, C. die Zahlungsunfähigkeit sowie D. der Konkurs und die Pfändung.

A. TOD

Der Tod ist die denkbar umfassendste Änderung, welche eine natürliche Person treffen kann. Er vernichtet deren physische Existenz.

Mit der physischen Existenz einer Vertragspartei endet notwendigerweise deren Rechtspersönlichkeit: die Fähigkeit, Träger von Rechten und Pflichten zu sein.

Dies müßte zum Untergang des Vertrages führen: Denn ein Vertragsverhältnis ist ein Rechtsverhältnis. Ein Rechtsverhältnis aber setzt den Bestand von mindestens zwei Rechtspersonen voraus.

Indessen gewährleistet das positive Recht grundsätzlich den Weiterbestand der Rechts- und damit der Vertragsverhältnisse trotz des Todes eines der daran Beteiligten. Dies nach dem Prinzip der Universalsukzession (Art. 560 ZGB): Der Erbe (resp. die Erbengemeinschaft) tritt an die Stelle des verstorbenen Vertragspartners. Dessen Rechte und Pflichten setzen sich (als Ganzes) ohne weiteres auf den neuen Träger über; *le mort saisit le vif*.

Danach ist *Regel*: Kontinuität der Vertragsverhältnisse über den Tod der Vertragsparteien hinaus. Diese Regel jedoch gilt nicht ohne *Aus-*

nahmen: Das OR erhebt den Tod zum außerordentlichen Beendigungsgrund gewisser Dauerverträge.

Außerordentlicher Beendigungsgrund ist der Tod¹ kraft ausdrücklicher Bestimmung des OR bei der Miete, der Pacht, der Gebrauchsleihe, beim Dienst- und Agenturvertrag, bei der Verpfändung und der einfachen Gesellschaft. Dabei wirkt der Tod bald als mittelbarer, bald als unmittelbarer Beendigungsgrund; und zwar der Tod entweder des typischen Hauptleistungsgläubigers (so bei der Miete, Pacht, Gebrauchsleihe), des typischen Hauptleistungsschuldners (so beim Verpfändungsvertrag) oder jeder Partei (so beim Dienstvertrag, beim Agenturvertrag und bei der einfachen Gesellschaft. Beim Dienst- und Agenturvertrag hat jedoch der Tod des typischen Hauptleistungsgläubigers nur in gewissen Fällen gesetzliche Beendigungswirkung).

Beim Darlehen, bei der Hinterlegung und beim Leibrentenvertrag ist der Tod keiner Partei ausdrücklich mit vorzeitiger gesetzlicher Beendigungswirkung ausgestattet).

1. Vom Grund für die außerordentliche Beendigungswirkung des Todes im allgemeinen. Insbesondere: Die Bedeutung der Person einer Vertragspartei für den Vertragsabschluß

Der gesetzgeberische Grund dafür, daß der Tod gewisser Vertragsparteien zum vorzeitigen Vertragsende führt, liegt darin, daß es – mit Rücksicht auf das Vertragsverhältnis – in irgendeiner Weise wesentlich auf deren *Person* ankommt². Dazu ist ein Dreifaches zu bemerken:

Erstens trifft die genannte Feststellung nicht durchwegs zu. So sind beim Tod des Mieters³ (Art. 270 OR) und des Pächters (Art. 297 OR) die Erben aus sozialpolitischen Gründen – aus Gründen also, die in ihnen selber liegen – berechtigt, den Vertrag vorzeitig aufzulösen⁴. Sie sollen

¹ Dem Tode gleichzustellen ist die Todeserklärung nach Art. 34 ZGB und die Verschollenerklärung nach Art. 38 ZGB.

² Vgl. PETER TUOR, Das Erbrecht, 2. Aufl. (Bern 1952), N. 13 der Einl.

³ Sofern die Miete auf ein Jahr oder für längere Zeit geschlossen wurde.

⁴ Und zwar unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist (Art. 270 und 297 OR) auf das nächste Ziel (Art. 270 OR; für die Pacht vgl. BECKER und OSER/SCHÖNENBERGER zu Art. 297 OR). Dadurch soll es dem Vermieter ermöglicht werden, bis zum Vertragsende einen geeigneten Ersatzmieter zu suchen.

nicht gezwungen sein, ein überflüssig oder finanziell untragbar gewordenes Vertragsverhältnis auszuhalten, das sie in eine Notlage bringen könnte.

Zweitens verstehen wir unter «Person, auf die es ankommt», nicht die Person im Rechtssinne (Rechtspersönlichkeit), sondern die Persönlichkeit eines bestimmten Menschen, als Inbegriff seiner individuellen Eigenschaften.

Drittens kann die so verstandene «Person» einer Vertragspartei mit Rücksicht auf das Vertragsverhältnis von verschiedener Bedeutung sein, was sich in unsern speziellen Erörterungen über den Tod des Hauptleistungsgläubigers, des Hauptleistungsschuldners und des einfachen Gesellschafters zeigen wird (vgl. S. 70 ff.). Eine dieser Bedeutungen behandeln wir vorweg: *die Bedeutung der «Person» für den Vertragsabschluß:*

Auf die Person eines Vertragspartners kann es in der Weise ankommen, daß der Vertrag mit einer andern Person gar nicht zustandekäme. Oder positiv ausgedrückt: der Vertrag wird von einem Teil nur deshalb geschlossen, weil der andere Teil eine bestimmte Individualität hat, z. B. ein Ehegatte, ein Sohn, ein Bruder ist. So verhält es sich regelmäßig bei den unentgeltlichen Geschäften (Gebrauchsleihe, sowie unentgeltlicher Darlehens-, Hinterlegungs- und Leibrentenvertrag), die grundsätzlich der persönlichen Beziehung des typischen Hauptleistungsschuldners zum Hauptleistungsgläubiger entspringen. Möglich ist dies ausnahmsweise aber auch bei entgeltlichen Verträgen: Man denke z. B. an die Tante in der Universitätsstadt, welche ihr Zimmer nur deshalb vermietet, weil ihre erstsemestrige Nichte sich darum bewirbt; an den Darleiher, der dem Borger ein entgeltliches Darlehen gewährt, weil dieser sein Bruder ist; an den pensionierten Vater, der sich zu Dienstleistungen oder zu Agententätigkeit verpflichtet, weil ihn sein Sohn als Arbeit- resp. Auftraggeber darum bittet. Die Beispiele ließen sich vermehren.

In all diesen Fällen ist die Person einer Vertragspartei für das Zustandekommen des Vertrages ausschlaggebend. Sie bestimmt den Vertragspartner zum Vertragsabschluß. Ihr (und nur ihr) will dieser mit der unentgeltlichen, ausnahmsweise auch mit der entgeltlichen Leistung eine Gefälligkeit erweisen.

Auf den umschriebenen *Zusammenhang zwischen der Individualität einer Vertragspartei und dem Entstehen des Dauervertrages* hat das OR einzig bei der Beendigungsordnung der Gebrauchsleihe abgestellt. Da die Gebrauchsleihe als begriffsnotwendig unentgeltliches Geschäft typischer-

weise mit Rücksicht auf die Person des Entlehners vereinbart wird, geht sie gemäß Art. 311 OR mit dessen Tod ipso iure zu Ende. – Wie aber verhält es sich bei den übrigen Dauerverträgen, wenn auch sie von einem Teil bloß deswegen eingegangen werden, weil eine bestimmte Person als Vertragspartner auftritt? Ein Doppeltes ist festzuhalten:

a) Gehen diese Dauerverträge mit dem Tod des betreffenden Vertragspartners von Gesetzes wegen (mittelbar oder unmittelbar) zu Ende, so in keinem Falle deswegen, weil es für den Vertragsabschluß auf die Individualität des verstorbenen Teils im dargestellten Sinne ankam. Da hier nämlich, im Unterschied zur Gebrauchsleihe, eine derartige Abhängigkeit des Vertragsabschlusses von der Individualität eines Vertragspartners nicht typisch ist, stellt das Gesetz bei der Ordnung der Beendigungsgründe nicht darauf ab.

b) Enden hingegen die genannten Dauerverträge mit dem Tod des betreffenden Vertragspartners nicht ohnehin ipso iure, so ist für die Frage ihrer Fortdauer der Vertragswille der Parteien von Bedeutung. Die Auslegung der ausgetauschten Willenserklärungen wird meistens zum Ergebnis führen, ein Wechsel des in Frage stehenden Vertragspartners sei, eventuell stillschweigend, ausgeschlossen worden; dessen Tod bilde einen vereinbarten vorzeitigen Beendigungsgrund. Dafür spricht mindestens eine (widerlegbare) Vermutung, wenn es sich bei der vom Tod betroffenen Vertragspartei um den Empfänger einer unentgeltlichen Vertragsleistung (z. B. um den unentgeltlich berechtigten Borger, Hinterleger oder Leibrentengläubiger) handelt. Unseres Erachtens ist auf diese Fälle unentgeltlicher Geschäfte sogar der (dispositive) Art. 311 OR analog anzuwenden.

2. Vom außerordentlichen gesetzlichen Beendigungsgrund «Tod» im einzelnen

Unter dem Gesichtspunkt der vorzeitigen gesetzlichen Beendigung der Dauerverträge sprechen wir nachstehend vom Tod: a) des typischen Hauptleistungsgläubigers¹, b) des typischen Hauptleistungsschuldners¹ und c) des einfachen Gesellschafters.

¹ Pro memoria: Unter (typischem) Hauptleistungsgläubiger bzw. -schuldner verstehen wir den Gläubiger bzw. Schuldner der typischen dauernden Hauptleistungspflicht (vgl. S. 5).

a) Vom Tod des (typischen) Hauptleistungsgläubigers

Mit dem Tod des Hauptleistungsgläubigers befassen wir uns zunächst bei den Verträgen auf Gebrauchsüberlassung, sodann bei den Arbeitsverträgen und schließlich beim Leibrenten- und Verpfändungsvertrag.

α) Vom Tod des (typischen) Hauptleistungsgläubigers bei den Verträgen auf Gebrauchsüberlassung

Die Hauptleistungsgläubiger der Verträge auf Gebrauchsüberlassung (vgl. S. 10) sind der Mieter, der Pächter, der Entlehner und der Borgere. Der Tod des Mieters (Art. 270 OR), des Pächters (Art. 297 OR) und des Entlehners (Art. 311 OR) ist ausdrücklicher außerordentlicher Beendigungsgrund des OR, nicht aber der Tod des Borgers.

1. Sterben *Mieter* und *Pächter*, sind sowohl deren Erben als auch die (typischen) Hauptleistungsschuldner (Vermieter und Verpächter) zur vorzeitigen Vertragsauflösung berechtigt (Art. 270 OR; Art. 297 OR). Während das Beendigungsrecht der Erben auf sozialpolitischen Erwägungen beruht (vgl. S. 67 f.), sind die Hauptleistungsschuldner zur außerordentlichen Vertragsbeendigung deswegen befugt, weil es ihnen (regelmäßig) auf die Person des Mieters und Pächters ankommt:

Mieter und Pächter erhalten fremde Sachen zum Gebrauch. Die Sachen werden ihnen anvertraut (vgl. Art. 933 ZGB), wobei sich das Vertrauen der Hauptleistungsschuldner auf den vertragsgemäßen Sachgebrauch bezieht. Schon mit Rücksicht auf dieses Vertrauensverhältnis ist es dem Vermieter und dem Verpächter nicht gleichgültig, *wen* sie zum Vertragspartner haben. Bei der Pacht kommt hinzu, daß der Pächter nicht bloß zum Gebrauch, sondern überdies zur Nutzung berechtigt, ja verpflichtet ist (Art. 283 Abs. 1 OR). Nutzung bedeutet eine intensivere Beanspruchung der fremden Sache. Sie erfordert – z. B. bei der landwirtschaftlichen Pacht – kein geringes Maß an Fachkenntnis; hat doch der Pächter für nachhaltige Ertragsfähigkeit des Pachtgegenstandes zu sorgen (Art. 283 OR). Auf seine Person, insbesondere auf seine fachlichen Fähigkeiten, kommt es daher in gesteigertem Maße an.

Diese Bedeutung, welche die Person des Mieters und Pächters mit Bezug auf den Gebrauch resp. die Nutzung des Vertragsgegenstandes hat, bildet den Grund für das Beendigungsrecht, das bei ihrem Tod zugunsten

des Hauptleistungsschuldners entsteht¹. Vermieter und Verpächter sollen sich frei entscheiden können, ob sie die Vertragssachen auch den Erben des verstorbenen Vertragspartners anvertrauen wollen. Ziehen sie es vor, das Vertragsverhältnis nicht fortzusetzen, können sie den Vertrag unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist auf das nächste ordentliche Ziel² beenden³: das Mietverhältnis allerdings nur dann, wenn es mindestens auf ein Jahr geschlossen war (Art. 270 OR). Also wird dem Vermieter und Verpächter eine Vertragsfortsetzung mit den Erben nur während einer gewissen beschränkten Zeit zugemutet.

2. Stirbt der *Entlehmer*, geht die Gebrauchsleihe, wie erwähnt (S. 68 f.), gemäß Art. 311 OR (sofort) ipso iure zu Ende. Die unmittelbare Beendigungswirkung des Todes folgt hier aus dem Umstand, daß der Vertrag nur im Hinblick auf die Person des Entlehners vereinbart wurde. Zwar kommt es auf dessen Person auch mit Rücksicht auf den vertragsgemäßen Sachgebrauch an. Darauf aber stellt das Gesetz nicht (oder nicht ausschließlich) ab; hätte es doch sonst den Tod des Entlehners, wie z. B. jenen des Mieters, lediglich zum mittelbaren Beendigungsgrund erhoben.

3. Während also der Tod des Mieters, Pächters und Entlehners außerordentlicher gesetzlicher Beendigungsgrund ist, hat das OR den Tod des *Borgers* nicht ausdrücklich mit Beendigungswirkung ausgestattet. Daß aber das unentgeltliche (!) Darlehen mit dem Tod des Borgers regelmäßig gleichwohl endet (weil dessen Person den Darleiher zum Vertragsschluß veranlaßt hat), wurde früher (vgl. S. 68 f.) dargetan. Von diesem Spezialfall vorzeitiger Vertragsbeendigung sehen wir im Folgenden ab.

Im Unterschied zur Miete, Pacht und Gebrauchsleihe ist beim Darlehen die Person des Hauptleistungsgläubigers mit Bezug auf den Gebrauch der Vertragssache bedeutungslos: Dem *Borger* werden fremde

¹ Maßgebend für den vorzeitigen Beendigungsgrund «Tod» ist also nicht die Bedeutung, welche der Person des Mieters oder Pächters hinsichtlich des Vertragsabschlusses (vgl. S. 68 f.) oder der infolge Vertragsvollzugs allenfalls entstehenden Hausgemeinschaft zukommen kann. Auf diese speziellen (nicht typischen) Fälle hat der Gesetzgeber bei der generellen Ordnung des Miet- und Pachtvertrages nicht abgestellt.

² Auch das Pachtverhältnis kann nur auf das nächste ordentliche Ziel beendet werden, obwohl dies in Art. 297 OR nicht ausdrücklich vorgesehen ist (vgl. BECKER und OSER/SCHÖNENBERGER zu Art. 297 OR).

³ Kündigungsfristen und -termine sollen es hier verhindern, daß die Erben des verstorbenen Mieters das Mietobjekt «von einem Tag auf den andern» verlassen müssen. Dabei ist besonders an die Miete von Wohn- und Geschäftsräumen gedacht.

Sachen nicht anvertraut, sondern übereignet. Wie er sie verwendet, kann dem Darleiher, von der Sache her betrachtet, gleichgültig sein. Jenes Vertrauensverhältnis zwischen Hauptleistungsschuldner und -gläubiger, das die Beendigungswirkung des Todes von Mieter und Pächter rechtfertigt, besteht hier also nicht. Dafür gibt es ein anderes, spezielles Vertrauensverhältnis: Es bezieht sich auf die Zahlungsfähigkeit des Darlehensnehmers. Ist oder wird dieser zahlungsunfähig, so kommt der Darleiher regelmäßig zu Schaden. Anders als der Vermieter und Verpächter bleiben ihm in einem allfälligen Betreibungsverfahren die übergebenen Werte nicht in natura erhalten. Vielmehr hat er seine Forderung auf Rückzahlung (5. Klasse; Art. 219 SchKG) als Gläubiger neben andern Gläubigern geltend zu machen und sich vielfach mit einer teilweisen Deckung zu begnügen. Deshalb kommt es ihm wesentlich darauf an, *wenn* er zum Vertragspartner hat.

Mit Rücksicht auf dieses spezielle Vertrauensverhältnis zwischen Darleiher und Borger vermag die gegenwärtige gesetzliche Beendigungsordnung des Darlehensvertrages, wonach der Tod des Borgers kein außerordentlicher Beendigungsgrund ist, nicht zu befriedigen. Zwar kann es der Darleiher nach den Regeln des Erbrechts (Art. 593–596 ZGB: amtliche Liquidation) vermeiden, daß die dem Erblasser anvertraute Valuta einem zahlungsunfähigen Erben zufällt. Außerdem müßte er aber auch verhindern können, daß die Valuta einem Erben zukommt, der zwar beim Erbgang (ev. gerade wegen des Erbanges) zahlungsfähig ist, dem er aber nicht zutraut, daß er zahlungsfähig bleibt. Diesem Zwecke hätte (*de lege ferenda*) ein ausdrückliches Beendigungsrecht des Darleihers beim Tod des ursprünglichen Borgers zu dienen¹.

β) Vom Tod des (typischen) Hauptleistungsgläubigers bei den dauernden Arbeitsverträgen

Hauptleistungsgläubiger der dauernden Arbeitsverträge (vgl. S. 11 ff.) sind der Dienstherr, der Auftraggeber (im Agenturvertrag) und der Hinterleger.

Das OR enthält keine Vorschrift, die den Tod des Hinterlegers ausdrücklich mit Beendigungswirkung ausstatten würde. Dagegen bildet der

¹ Nach der geltenden Ordnung vermag der Darleiher das Vertragsverhältnis beim Tod des Borgers allenfalls nach den Grundsätzen über den «wichtigen Grund» zu beenden (vgl. S. 194 f.). Danach hat er im Streitfall nachzuweisen, daß ihm eine Vertragsfortsetzung mit dem Rechtsnachfolger des ursprünglichen Vertragspartners unzumutbar ist.

Tod des Dienstherrn und Auftraggebers einen unmittelbaren Beendigungsgrund kraft ausdrücklicher Gesetzesbestimmung; allerdings nur dann, wenn die in Art. 355 Abs. 2 resp. 418s Abs. 2 OR genannten Voraussetzungen vorliegen.

1. Mit dem Tod des *Dienstherrn* fällt das Dienstverhältnis gemäß Art. 355 Abs. 2 OR dahin, «wenn der Vertrag wesentlich mit Rücksicht auf dessen Person eingegangen worden ist».

Unter Dienstverträgen, die wesentlich mit Rücksicht auf die Person des Dienstherrn eingegangen wurden, versteht das Gesetz in diesem Zusammenhang solche Dienstverhältnisse, bei denen sich der Leistungsinhalt nach der Person des Arbeitgebers richtet^{1 2}. Zu denken ist etwa an die Pflege eines bestimmten Menschen durch die angestellte Krankenschwester oder an die Assistierung eines Professors durch den dienstvertraglich verpflichteten Studenten. Art und Natur der geschuldeten Leistungen hängen hier derart vom Hauptleistungsgläubiger ab, daß ein Wechsel in dessen Person den Leistungsinhalt erheblich alteriert³. Die Leistung an die Erben des Dienstherrn wäre also eine andere Leistung als die versprochene. Kein Schuldner ist indessen verpflichtet, eine andere als die vereinbarte (Primär-)Leistung zu erbringen. Diese jedoch wird mit dem Tod des Dienstherrn unmöglich, sofern ihr Inhalt wesentlich von dessen (einmaliger!) Person abhängt⁴. Wird aber einerseits die vereinbarte typische Hauptleistung mit dem Tod des Arbeitgebers unmöglich, und ist der Dienstpflichtige andererseits nicht verpflichtet, (den Erben) etwas anderes als das Versprochene zu leisten, hat das Gesetz den Tod

¹ Also nicht etwa derartige Dienstverträge, bei denen die Person des Dienstherrn den Dienstpflichtigen dazu hat bestimmen müssen, einen Vertrag mit ihm abzuschließen (vgl. S. 68 f.; vgl. WALTHER HUG, Das Kündigungsrecht, II, S. 30).

² Die übrigen Dienstverträge überdauern den Tod des Dienstherrn (sofern kein anderer Beendigungsgrund wirksam wird). Zwar steht das OR auf dem Standpunkt, daß die Stellung des Dienstherrn im Dienstverhältnis unvertretbar sei, wenn sich nicht aus der Verabredung oder den Umständen etwas anderes ergebe (Art. 327 Abs. 2 OR). Diese Umstände aber liegen – wie WALTHER HUG, Das Kündigungsrecht, II, S. 30, ausführt – immer dann vor, wenn durch die Abtretung der Forderung der Inhalt der geschuldeten Dienstleistung keine Änderung erfährt, was bei der Mehrzahl der Dienstverhältnisse zutrifft.

³ Vgl. WALTHER HUG, Das Kündigungsrecht, II, S. 30 und dort Zitierte.

⁴ Der Dienstherr nämlich ist hier nicht bloßer Leistungsempfänger. Vielmehr wirkt er durch seine Person bei der Leistung (nicht nur bei deren Vorbereitung) mit. Seine Person ist demnach für die Leistung vorausgesetzt, weshalb mit ihrem Wegfall nicht einzig die Verwertung der Leistung unmöglich wird (vgl. S. 124), sondern die Leistung selber.

des Dienstherrn mit Recht zum unmittelbaren Beendigungsgrund erhoben. Dasselbe Ergebnis ließe sich aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen, insbesondere aber aus den Regeln über die nachträgliche Leistungsunmöglichkeit (vgl. S. 118 ff.) ableiten¹. Das Ergebnis entspricht durchaus auch dem (gleichlaufenden) Interesse der Erben, nicht (andere) Dienste annehmen zu müssen, die für sie möglicherweise vollständig wertlos sind.

2. Analog zu Art. 355 Abs. 2 bestimmt Art. 418s Abs. 2 OR: «Durch den Tod des *Auftraggebers* erlischt das Agenturverhältnis, wenn der Auftrag wesentlich mit Rücksicht auf dessen Person eingegangen worden ist». Auch hier soll der Hauptleistungsschuldner mit dem Tod seines Vertragspartners (*ipso iure*) von der typischen Leistungspflicht befreit sein, sofern deren Inhalt wesentlich von der Person des Auftraggebers abhängt. Eine derartige Abhängigkeit aber ist, abgesehen von gewissen Sonderfällen (z. B. *Impresario* eines Künstlers als dessen Agent), ausgeschlossen. Die Leistung des Agenten (Abschluß und Vermittlung von Geschäften: Art. 418a Abs. 1 OR) bleibt in aller Regel dieselbe: unabhängig von der Person, für die sie zu erbringen ist. Art. 418s Abs. 2 OR hat daher eine äußerst geringe praktische Bedeutung.

3. Bei der Hinterlegung schließlich ist es überhaupt ausgeschlossen, daß der Inhalt der typischen Hauptleistung wesentlich von der Person des Hauptleistungsgläubigers abhängt. Der Gesetzgeber hat daraus die richtigen Konsequenzen gezogen und den Tod des *Hinterlegers* nicht zum vorzeitigen Beendigungsgrund erhoben. Der Hinterlegungsvertrag überdauert daher den Tod des Hinterlegers; jedenfalls dann, wenn der Vertrag entgeltlich ist. Was in dieser Beziehung für die unentgeltliche Hinterlegung gilt, haben wir (vorne, S. 68 f.) dargetan.

γ) Vom Tod des (typischen) Hauptleistungsgläubigers beim Leibrenten- und Verpfändungsvertrag

Hauptleistungsgläubiger des Leibrenten- und Verpfändungsvertrages (vgl. S. 14) sind der Leibrentengläubiger und der Pfründer.

¹ Hängt der Inhalt der geschuldeten Leistung von der Person nicht des Dienstherrn, sondern eines Dritten ab (Der Dienstherr engagiert z. B. einen Privatlehrer für seinen Sohn), so ist denn auch der Tod dieses Dritten unmittelbarer gesetzlicher Beendigungsgrund gemäß Art. 119 OR. Dabei rechtfertigt es sich, die Schadenersatzfrage in analoger Anwendung des Art. 355 Abs. 3 OR zu entscheiden.

Die Leibrente und die Verpfändung werden begriffsnotwendig auf die Lebenszeit eines Menschen gestellt: die Verpfändung auf die Lebenszeit des Pfründers (Art. 521 Abs. 1 OR), die Leibrente auf die Lebenszeit des Rentengläubigers, des Rentenschuldners oder eines Dritten (Art. 516 Abs. 1 OR).

Der Tod des Pfründers ist somit immer ordentlicher Beendigungsgrund; der Tod des Rentengläubigers dann, wenn die Leibrente auf seine Lebenszeit geschlossen wurde. In Ermangelung einer andern Abrede wird letzteres angenommen (Art. 516 Abs. 2 OR).

Wo der Vertrag beim Tod des Hauptleistungsgläubigers ordentlich zu Ende geht (vgl. oben), kann dessen Tod nicht zugleich auch außerordentlicher Beendigungsgrund sein. Daher brauchen wir uns lediglich mit den Fällen zu beschäftigen, in denen ein *Leibrentenvertrag* auf die Lebenszeit des Leibrentenschuldners oder eines Dritten gestellt ist:

Nach Art. 516 Abs. 3 OR geht eine solche Leibrente auf die Erben des verstorbenen Leibrentengläubigers über, sofern die Parteien nicht etwas anderes vereinbart haben. Eine «andere Vereinbarung» ist bei der *unentgeltlichen* Leibrente zu vermuten, weil hier die Person des Leibrentengläubigers den Schuldner zum Vertragsabschluß veranlaßt hat (vgl. S. 68 f.). Unseres Erachtens findet auf diesen Fall sogar der (dispositive) Art. 311 OR analoge Anwendung (vgl. S. 69).

Die Regel, wonach die Leibrente den Tod des Rentengläubigers überdauert (Art. 516 Abs. 3 OR), beruht darauf, daß dessen Person im (meistens) *entgeltlichen* Leibrentenvertrag grundsätzlich nicht von erheblicher Bedeutung ist. Die Rentenschuld nämlich stellt eine bloße, wenn auch dauernde, Geldleistungsschuld dar, bei der es gleichgültig ist, an wen sie erfüllt werden muß. Insbesondere kommt es auf die Person des Leibrentengläubigers weder mit Bezug auf den Gebrauch der Vertragsache noch mit Rücksicht auf den Inhalt der geschuldeten Leistung an¹.

b) Vom Tod des (typischen) Hauptleistungsschuldners

Nachdem wir uns mit der vorzeitigen Vertragsbeendigung infolge Todes des Hauptleistungsgläubigers auseinandergesetzt haben, befassen wir uns im Folgenden mit der außerordentlichen Beendigungswirkung, welche der

¹ Ausnahmsweise ist der Leibrentenschuldner zur Leistung nicht von Geld, sondern von andern vertretbaren Sachen verpflichtet, was indessen an der besprochenen Rechtslage nichts ändert.

Tod des Hauptleistungsschuldners hat. Dieser ist unmittelbarer gesetzlicher Beendigungsgrund des Dienst- und Agenturvertrages. Als mittelbarer gesetzlicher Beendigungsgrund wirkt er bei der Verpfründung. Keine vorzeitige Beendigungswirkung (kraft ausdrücklicher Anordnung des OR) hat er dagegen bei den übrigen Dauerverträgen.

Aus methodischen Gründen erörtern wir den Tod des Hauptleistungsschuldners zuerst bei den Arbeitsverträgen, dann bei der Leibrente und Verpfründung, schließlich bei den Verträgen auf Gebrauchsüberlassung.

α) Vom Tod des (typischen) Hauptleistungsschuldners
bei den dauernden Arbeitsverträgen

Hauptleistungsschuldner der dauernden Arbeitsverträge (vgl. S. 11) sind der Dienstpflichtige, der Agent und der Aufbewahrer. Der Tod des Dienstpflichtigen (Art. 355 Abs. 1 OR) und des Agenten (Art. 418s Abs. 1 OR) ist unmittelbarer gesetzlicher Beendigungsgrund. Kein ausdrücklicher gesetzlicher Beendigungsgrund ist hingegen der Tod des Aufbewahrers.

1. Mit dem Tod des *Dienstpflichtigen* erlischt nach Art. 355 Abs. 1 OR das Dienstverhältnis ipso iure. Dieser Bestimmung liegt die Auffassung des Gesetzes zugrunde, daß jeder Dienstvertrag mit Rücksicht auf die individuellen körperlich-geistigen Fähigkeiten des Dienstpflichtigen besteht¹, weshalb dessen Stellung unvertretbar ist². Stirbt der Dienstpflichtige, wird gemäß der genannten Auffassung die typische dauernde Hauptleistung dauernd unmöglich: das Dienstverhältnis endet richtigerweise von selbst (vgl. S. 118 ff.).

Art. 355 Abs. 1 OR geht somit vom typischen Regelfall aus, wonach der Dienstpflichtige die versprochenen Dienste in eigener Person zu erbringen hat (vgl. Art. 327 Abs. 1 OR). Denkbar ist allerdings auch eine anderslautende Vereinbarung, wonach an Stelle des Dienstpflichtigen ein Dritter leisten kann (vgl. Art. 327 Abs. 1 OR). Zwar dürfte eine derartige Abrede selten sein. Kommt sie aber vor, ist im Zweifel zu vermuten, das Dienstverhältnis solle den Tod des Dienstpflichtigen nach dem Willen

¹ Der Dienstpflichtige schuldet Arbeit. Arbeit ist Veränderung der Außenwelt durch geistig-körperliche Tätigkeit. Geistig-körperliche Tätigkeit setzt geistig-körperliche Fähigkeiten voraus.

² Gleicher Ansicht: WALTHER HUG, Das Kündigungsrecht, II, S. 29; OSER/SCHÖNENBERGER N. 1 zu Art. 355 OR.

der Parteien überdauern. Alsdann findet der dispositive Art. 355 Abs. 1 OR keine Anwendung: Die Erben bleiben zur Dienstleistung verpflichtet, wobei sie die Dienste entweder selber zu erbringen oder einen Ersatzmann zu stellen haben.

2. Was vom Dienstpflichtigen gesagt wurde, gilt analog auch vom *Agenten*, dessen Tod (sofern der Agent eine natürliche Person ist) gemäß Art. 418s Abs. 1 OR unmittelbar zum Vertragsende führt. Dabei ist allerdings zu beachten, daß der Agent, anders als der Dienstpflichtige, als selbständiger Gewerbetreibender auftritt, welcher über die Organisation seines Betriebes und über seine Arbeitszeit selbst verfügt (vgl. S.13). Seiner Persönlichkeit kommt im Erfüllungstatbestand – je nach dem Vertragswillen der Parteien – eine unterschiedliche Bedeutung zu¹:

So gibt es Agenturverträge, in denen der Agent die geschuldete Arbeitsleistung ausschließlich selbst zu erbringen hat (Fall 1). Sodann sind Verträge denkbar, in welchen der Agent zwar in eigener Person erfüllen muß, zur Erfüllung aber Hilfspersonen beiziehen kann (Fall 2); hier obliegt dem Agenten gewissermaßen das materielle Schwergewicht der dauernden Tätigkeit, deren vollständige Delegation ihm daher verwehrt ist. Schließlich kommen Agenturverhältnisse vor, in denen die Arbeitsleistung auch von Dritten dauernd und vollständig erfüllt werden darf (Fall 3).

In der Regel ist bei den Agenturverträgen einer der ersten beiden Fälle gegeben, wobei der zweite Fall häufiger vorliegt als der erste. In beiden Fällen aber besteht der Agenturvertrag mit Rücksicht auf die individuellen Eigenschaften des Agenten: mit Rücksicht auf seine Erfahrung, sein geschäftliches Ansehen, seine Kenntnisse, Beziehungen etc. Die Person des Agenten läßt sich daher nicht auswechseln, weshalb die versprochene Leistung mit dessen Tod unmöglich wird. Darauf basiert die Bestimmung des Art. 418s Abs. 1 OR.

Anders verhält es sich mit Bezug auf Fall 3, den Ausnahmefall, bei dem der Agent seine Tätigkeit vollständig und dauernd einem Dritten delegieren darf. Hier wird die versprochene Arbeitsleistung mit dem Tod des Agenten nicht unmöglich, weshalb unseres Erachtens im Zweifel zu vermuten ist, der Agenturvertrag habe den Tod des Agenten nach dem Willen der Parteien zu überdauern. Trifft dies zu, findet der dispositive Art. 418s Abs. 1 OR keine Anwendung.

¹ Zur folgenden Einteilung vgl. BRUNO VON BÜREN, S. 451 f.

3. Der Tod des *Aufbewahrs* schließlich ist kein ausdrücklicher gesetzlicher Beendigungsgrund. Dies im *entgeltlichen* Hinterlegungsvertrag zu Recht. Denn:

Erstens wird die Leistung des Aufbewahrs bei Erfüllung durch einen Dritten grundsätzlich nicht verändert und daher beim Tod des Aufbewahrs in aller Regel auch nicht unmöglich. Es verhält sich also gerade umgekehrt als wie mit der Leistung des Dienstpflichtigen und Agenten, welche beim Tod des Leistungspflichtigen bloß ausnahmsweise möglich bleibt, regelmäßig aber unmöglich wird.

Zweitens besteht zwar zwischen Hinterleger und Aufbewahrer ein ähnliches Vertrauensverhältnis wie zwischen Vermieter und Mieter (vgl. Art. 933 ZGB): Hier wird dem Mieter, dort dem Aufbewahrer eine fremde Sache anvertraut; hier zum Gebrauch, dort zur Verwahrung. Da indessen der Hinterleger ohnehin jederzeit zur ordentlichen Vertragsbeendigung berechtigt ist (Art. 475 Abs. 1, 486 Abs. 1 OR; vgl. dazu S. 47), erübrigt es sich, ihm beim Tod seines Vertragspartners ein außerordentliches Beendigungsrecht einzuräumen, wie dies (mit Rücksicht auf das genannte Vertrauensverhältnis) zugunsten des Vermieters geschehen ist (vgl. S. 70 f.).

Was indessen den *unentgeltlichen* Hinterlegungsvertrag betrifft, so stellt der Tod des Aufbewahrs – sofern die Verwahrung nicht in Erfüllung einer sittlichen Pflicht versprochen wurde¹ – nach der Interessenlage den gleichen Tatbestand dar, den Art. 252 OR geordnet hat. Nach Art. 252 OR erlischt die Verbindlichkeit des Schenkers zu wiederkehrenden Leistungen unmittelbar mit dessen Tod, falls nichts anderes vereinbart ist. Darin kommt die Idee zum Ausdruck, daß mit Rücksicht auf den Gefälligkeitscharakter des Geschäfts nur die versprechende Vertragspartei, nicht aber deren Erben mit fortdauernden Leistungen belastet werden sollen: Eine Idee, die nicht einzig für die Schenkung, dem Urbild des unentgeltlichen Vertrages², sondern für alle unentgeltlichen Vertragsverhältnisse gleichermaßen richtig ist. Aus diesem Grunde erachten wir es als Mangel der gesetzlichen Beendigungsordnung, daß das Gesetz den Tod des Verwahrs im unentgeltlichen und aus Gefälligkeit vereinbarten Hinterlegungsvertrag nicht ausdrücklich mit Beendigungswirkung ausgestattet hat: als Mangel, der durch analoge Anwendung des Art. 252 OR zu beheben ist.

¹ Vgl. Art. 239 Abs. 3 OR.

² FRANZ GSCHNITZER, Schuldrecht, 2. Bd. S. 41.

β) Vom Tod des (typischen) Hauptleistungsschuldners
beim Leibrenten- und Verpfändungsvertrag

Der Rentenschuldner und der Pfandgeber sind die Hauptleistungsschuldner des Leibrenten- und Verpfändungsvertrages (vgl. S. 14 f.).

1. Der Tod des *Rentenschuldners* ist kein außerordentlicher gesetzlicher Beendigungsgrund. Wurde die Leibrente auf dessen Lebenszeit gestellt, endet sie zwar mit dessen Tod, aber ordentlicherweise. Wurde dagegen der Vertrag auf die Lebenszeit des Leibrentengläubigers oder eines Dritten vereinbart, dauert er nach dem Tod des Rentenschuldners weiter: dies offenbar deshalb, weil es auf die Person des Leibrentenschuldners als eines bloßen Geldschuldners¹ für den Vertragsbestand in keiner Weise wesentlich ankommt. Insbesondere wird mit ihrem Wegfall die versprochene Leistung nicht unmöglich. Auch besteht zwischen dem Leibrentengläubiger und -schuldner kein besonderes Vertrauensverhältnis.

Die vom Gesetz (OR) getroffene Lösung, wonach der Tod des Leibrentenschuldners nicht zum vorzeitigen Vertragsende führt, erachten wir für die *entgeltliche* Leibrente als richtig. Bei der unentgeltlichen Leibrente aber drängt sich dieselbe Überlegung auf wie bei der unentgeltlichen Hinterlegung (vgl. S. 78):

Der Schuldner einer *unentgeltlichen* Leibrente, der die wiederkehrenden Leistungen seinem Vertragspartner aus Gefälligkeit – also nicht in Erfüllung einer sittlichen Pflicht² – versprochen hat, befindet sich in der gleichen Lage wie der zu periodischen Leistungen verpflichtete Schenker. Während nun aber die entsprechende Schenkung, sofern nichts anderes vereinbart ist, mit Rücksicht auf ihren Gefälligkeitscharakter beim Tod des Schuldners ipso iure endet (Art. 252 OR), enthält das Gesetz keine derartige Bestimmung für den «gleichwertigen» Tatbestand beim unentgeltlichen Leibrentenvertrag. Darin erblicken wir wiederum (vgl. S. 78) einen Mangel der gesetzlichen Beendigungsordnung, den es durch analoge Anwendung des Art. 252 OR auf den Todesfall des Rentenschuldners zu beseitigen gilt.

2. Während also das Gesetz den Tod des Rentenschuldners nicht ausdrücklich zum außerordentlichen Beendigungsgrund des Leibrenten-

¹ Vgl. S. 75 Anm. 1.

² Vgl. Art. 239 Abs. 3 OR.

vertrages erhebt, ist der Pfründer beim Tod des *Pfrundgebers* nach Art. 528 OR berechtigt, innerhalb Jahresfrist die Beendigung des Pfrundverhältnisses zu verlangen (Abs. 1) und als Ersatz für die entgehende Pfrundleistung eine Kapitalforderung geltend zu machen (Abs. 2).

Der Tod des Pfrundgebers erweist sich demnach als mittelbarer gesetzlicher Beendigungsgrund des Pfrundvertrages; und zwar deshalb, weil es auf die Person des genannten Vertragspartners ankommt: Von Bedeutung ist seine Person erstens mit Bezug auf die geschuldete Leistung; insofern nämlich die Art des gebotenen Unterhalts und der gebotenen Pflege von Pfrundgeber zu Pfrundgeber alteriert. Zweitens läßt die Erfüllung der typischen Hauptleistungspflicht ein enges persönliches Verhältnis zwischen den beteiligten Vertragsparteien entstehen. Der Pfründer tritt regelmäßig in die Familiengemeinschaft des Pfrundgebers ein, wo er wie ein Mitglied der Familie zu halten ist (BGE 54 II 383). Daß es vor allem im Hinblick auf diese Lebensgemeinschaft wesentlich auf die Person des Pfrundgebers ankommt, braucht keines nähern Nachweises; kann doch schon die Unverträglichkeit der Charaktere das Zusammenleben mit dem Pfrundgeber unerträglich machen.

Nach Art. 528 OR wird ein Beendigungsrecht beim Tod des Pfrundgebers *lediglich dem Pfründer* eingeräumt. Da er das Gestaltungsrecht innert Jahresfrist ausüben darf, kann er sich während eines Probejahres überlegen, ob ihm das Zusammenleben mit den Erben zusagt, oder ob er es vorzieht, das Pfrundverhältnis aufzulösen. Dasselbe Recht sollte *de lege ferenda* auch *den Erben des Pfrundgebers* zustehen¹. Denn auch sie werden an der Lebensgemeinschaft mit dem Pfründer beteiligt, weshalb es ihnen in gleicher Weise wie jenem auf die Person des Vertragspartners ankommt. Sie sollten sich wie der Pfründer spätestens nach Ablauf eines Probejahres über die Aufrechterhaltung des Pfrundverhältnisses entscheiden und den Pfründer gegebenenfalls mit einer Kapitalleistung abfinden können². Zwar steht ihnen der Rechtsbehelf des «wichtigen Grundes» offen (Art. 527 OR). Dieser gestattet eine Vertragsbeendigung jedoch

¹ Einen dahingehenden Antrag (bekämpft von Isler, Huber, Brüstlein, Planta; vgl. Protokoll 1908, 15. Sitzung, S. 2/3) stellte bereits Rossel in der Expertenkommission von 1908. Indessen unterlag er in der Abstimmung, womit dem Umstand, daß ein den Erben aufgezwungenes Pfrundverhältnis in den überaus meisten Fällen zum vorneherein zum Scheitern verurteilt ist, die gebührende Berücksichtigung versagt blieb.

² A. A. ARTHUR HOMBERGER, S. 190.

nur dann, wenn die Fortsetzung des Verhältnisses unzumutbar ist. Für eine freie Entscheidung, wie sie der Pfründer treffen kann, bleibt unter solchen Bedingungen kein Spielraum. Und doch wäre gerade die beidseitig freie Zustimmung zur Lebensgemeinschaft wichtigste Voraussetzung für das gedeihliche Zusammenleben der am Pfrundverhältnis Beteiligten.

γ) Vom Tod des (typischen) Hauptleistungsschuldners
bei den Verträgen auf Gebrauchsüberlassung

Für die Verträge auf Gebrauchsüberlassung (vgl. S. 10 f.) ist die Person des Hauptleistungsschuldners (des Vermieters, Verpächters, Darleihers und Verleihers) in aller Regel ohne wesentliche Bedeutung. Auf sie kommt es weder im Hinblick auf den Inhalt der geschuldeten Leistung (wie z. B. beim Dienstvertrag), noch mit Rücksicht auf eine entstehende Lebensgemeinschaft (wie z. B. beim Verpfändungsvertrag) an. Zwar begründet die Miete (eventuell auch die Pacht und die Gebrauchsleihe) in gewissen Fällen eine Hausgemeinschaft zwischen den Vertragsparteien. Doch ist eine derartige Lebensgemeinschaft in Form einer Hausgemeinschaft einerseits relativ selten, andererseits von bescheidener Intensität, sodaß der Gesetzgeber auf sie nicht abzustellen brauchte. *Zu Recht* hat daher der Tod des Vermieters und Verpächters keine gesetzliche Beendigungswirkung. Dasselbe gilt für den Tod des Darleihers im entgeltlichen Darlehensvertrag.

Anders verhält es sich mit Bezug auf den Verleiher und den unentgeltlich verpflichteten Darleiher, sofern sie die Leihe aus Gefälligkeit – also nicht in Erfüllung einer sittlichen Pflicht¹ – vereinbart haben. Hier unterließ es der Gesetzgeber *zu Unrecht*, den Tod ausdrücklich mit vorzeitiger Beendigungswirkung auszugestalten. Zur Begründung verweisen wir auf das, was wir bereits über den Tod des unentgeltlich verpflichteten Aufbewahrs (vgl. S. 78) und Rentenschuldners (vgl. S. 79) gesagt haben. Wie dort liegt auch hier nach der Interessenlage der gleiche Tatbestand vor, den Art. 252 OR (für die Schenkung) ordnet.

Mit Rücksicht auf diese Gleichheit des Tatbestandes (im teleologisch-axiologischen Sinne) findet Art. 252 OR, wonach die Pflicht des Schenkers zu wiederkehrenden Leistungen mit dessen Tod ipso iure erlischt, analoge Anwendung auf den Tod des Verleihers und unentgeltlich ver-

¹ Vgl. Art. 239 Abs. 3 OR.

pflichteten Darleihers. Dabei sind wir uns durchaus bewußt, daß die unmittelbare Beendigungswirkung beim Tod des Darleihers deshalb keine ideale Lösung darstellt, weil sie den Borger möglicherweise in arge Verlegenheit bringt¹. Besser wäre es, den Erben des verstorbenen Darleihers ein Auflösungsrecht mit Kündigungsfrist einzuräumen. Doch kann diese Lösung nur vom Gesetzgeber – de lege ferenda – getroffen werden.

c) Vom Tod des einfachen Gesellschafters (Art. 545 Abs. 1 Ziff. 2 OR)

Der einfache Gesellschafter ist sowohl Schuldner wie Gläubiger, indem er einerseits zur Erreichung des gemeinsamen Zweckes mitzuwirken, andererseits Anspruch auf die Mitwirkung der übrigen Gesellschafter hat (vgl. S. 15 f.). Mangels gegenteiliger Abrede ist sein Tod unmittelbarer gesetzlicher Beendigungsgrund der einfachen Gesellschaft (Art. 545 Abs. 1 Ziff. 2 OR).

Die unmittelbare Beendigungswirkung des Todes hängt indessen nicht zusammen mit der Stellung des einfachen Gesellschafters als Schuldner bzw. Gläubiger der Gesellschaftsleistungen. Vielmehr ist sie die Folge seiner Stellung als Mitglied der sozialrechtlich verbundenen Personengemeinschaft «einfache Gesellschaft» (vgl. S. 16). Von ihr vermutet das Gesetz, daß sie mit Rücksicht auf die unvertretbaren Eigenschaften der ursprünglichen Mitglieder besteht (also auf deren Individualität aufbaut), weshalb es den Gesellschaftern nicht zumutet, die Gemeinschaft gegen ihren Willen mit den Erben eines verstorbenen Gesellschafters fortzusetzen; und zwar selbst dann nicht, wenn die Erreichung des vereinbarten Zweckes auch mit den Erben möglich wäre.

3. Zusammenfassung

Zusammenfassend halten wir fest: Der Tod gewisser Vertragsparteien wirkt als außerordentlicher gesetzlicher Beendigungsgrund bestimmter Dauerverträge: sei es kraft ausdrücklicher Gesetzesbestimmung, sei es in analoger Gesetzesanwendung.

1. *Kraft ausdrücklicher Gesetzesbestimmung* ist der Tod einer Vertragspartei regelmäßig deswegen außerordentlicher Beendigungsgrund, weil es auf die Person dieser Partei (d. h. auf deren Individualität und individuelle Eigenschaften) wesentlich ankommt: und zwar mit Rücksicht entweder auf den Vertragsschluß (Tod des Entlehners), den vertrags-

¹ Vgl. S. 60 oben.

gemäßen Gebrauch resp. die vertragsgemäße Nutzung des Vertragsgegenstandes (Tod des Mieters und Pächters) oder den Inhalt der versprochenen typischen Hauptleistung (Tod des Dienstpflichtigen, Agenten und – unter gewissen Voraussetzungen – auch des Dienstherrn und Auftraggebers¹); ferner im Hinblick auf die durch Vertragsvollzug entstehende Lebensgemeinschaft (Tod des Pfrundgebers) oder die durch Vertragsschluß begründete sozialrechtliche Gemeinschaft (Tod des einfachen Gesellschafters). Hängt der Inhalt der typischen Hauptleistung wesentlich von der Person einer Vertragspartei ab, so wirkt der Tod dieser Partei als unmittelbarer Beendigungsgrund, weil mit seinem Eintritt die typische Hauptleistung dauernd unmöglich wird. Unmittelbare Beendigungswirkung zeitigt auch der Tod des Entlehners und des einfachen Gesellschafters. In den übrigen der aufgezählten Fälle hat hingegen der gesetzliche Beendigungsgrund «Tod» lediglich ein Beendigungsrecht der überlebenden Vertragspartei zur Folge: er wirkt mittelbar.

Ausnahmsweise beruht die gesetzliche Beendigungswirkung des Todes nicht darauf, daß es auf die Person des betroffenen Vertragspartners in irgendeiner Weise ankommt. Die Ausnahme betrifft das Beendigungsrecht, welches beim Tod des Mieters und Pächters zugunsten der Erben entsteht. Dieses Beendigungsrecht gründet in sozialpolitischen Erwägungen.

2. Bei den unentgeltlichen Dauerverträgen (Gebrauchsleihe, unentgeltlicher Darlehens-, Hinterlegungs- und Leibrentenvertrag) hat das OR nur den Tod des Entlehners ausdrücklich mit vorzeitiger Beendigungswirkung ausgestattet. Dennoch enden alle diese Dauerverträge mit dem Tod jedes Vertragspartners, wobei die Beendigungswirkung, abgesehen vom Tod des Entlehners, auf *analoger Gesetzesanwendung* beruht. Stirbt der typische Hauptleistungsgläubiger (Borger, Hinterleger, Rentengläubiger), gelangt Art. 311 OR (betr. den Tod des Entlehners) sinngemäß zur Anwendung. Stirbt dagegen der typische Hauptschuldner (Verleiher, Darleiher, Aufbewahrer, Rentenschuldner), ist Art. 252 OR (betr. Tod des zu wiederkehrenden Leistungen verpflichteten Schenkers) sinngemäß anzuwenden; außer der Hauptschuldner habe die Leistung in Erfüllung einer sittlichen Pflicht versprochen (vgl. Art. 239 Abs. 3 OR).

¹ Dabei gilt es zu beachten, daß sich die in Art. 418s Abs. 2 OR enthaltene Voraussetzung, unter welcher der Tod des Auftraggebers vorzeitiger Beendigungsgrund ist, äußerst selten verwirklicht (vgl. S. 74).

B. HANDLUNGSUNFÄHIGKEIT

Während die natürliche Person mit ihrem Tod überhaupt zu bestehen aufhört, wird sie mit Eintritt ihrer Handlungsunfähigkeit lediglich außerstande gesetzt, sich durch eigene Handlungen zu berechtigen und zu verpflichten.

Der Eintritt der Handlungsunfähigkeit eines Vertragspartners ist nach den speziellen Vorschriften des OR für zwei Arten von Dauerverträgen «besonders umschriebener» (vgl. S. 63 f.) außerordentlicher Beendigungsgrund: nämlich für den Agenturvertrag und für die einfache Gesellschaft. So geht der Agenturvertrag nach Art. 418s Abs. 1 OR mit nachträglicher Handlungsunfähigkeit des Agenten unmittelbar zu Ende (vgl. S. 17 f.); und zwar gleichgültig, ob dessen Handlungsunfähigkeit auf Urteilsunfähigkeit¹ oder auf Entmündigung² beruht. Und die einfache Gesellschaft erlischt (vgl. S. 18) nach Art. 545 Abs. 1 Ziff. 3 OR ipso iure, wenn ein Gesellschafter «bevormundet» wird, wobei das Gesetz (in diesem Zusammenhang) unter «Bevormundung» «Entmündigung» versteht (vgl. S. 88 f.).

Zunächst befassen wir uns im Folgenden mit der nachträglichen Handlungsunfähigkeit des Agenten, sodann mit der «Bevormundung» des einfachen Gesellschafters und schließlich mit der nachträglichen Handlungsunfähigkeit anderer Vertragsparteien.

1. Der Eintritt der Handlungsunfähigkeit des Agenten : unmittelbarer gesetzlicher Beendigungsgrund des Agenturvertrages (Art. 418s Abs. 1 OR)

Der Agenturvertrag ist ein Arbeitsvertrag (vgl. S. 11), dessen typische dauernde Hauptleistung (vgl. S. 5) von einem selbständigen Gewerbetreibenden, vom Agenten, geschuldet wird. Als *Vermittlungsagent* hat dieser für den Auftraggeber dauernd Geschäfte zu vermitteln (Art. 418a Abs. 1 OR). Als *Abschlussagent* ist er dauernd bevollmächtigter Vertreter, der im Namen des Auftraggebers und mit Wirkung für diesen Geschäfte abschließt (Art. 418a Abs. 1 OR).

¹ Negation der Fähigkeit, vernunftgemäß zu handeln.

² Obrigkeitlicher Entzug der Handlungsfähigkeit.

Agent ist entweder eine natürliche oder eine juristische Person. Ist der Agent eine natürliche Person, so kann er nach dem Abschluß des Agenturvertrages handlungsunfähig werden. Wie erwähnt, endet damit der Agenturvertrag gemäß Art. 418s Abs. 1 OR ipso iure. Der Eintritt der Handlungsunfähigkeit wirkt daher als unmittelbarer gesetzlicher Beendigungsgrund, was sich nur in jenen Fällen rechtfertigt, in denen die Handlungsunfähigkeit des Agenten auf mangelnder Urteilsfähigkeit beruht und dessen Person überdies unvertretbar ist:

a) *Urteilsunfähig* (i. S. des Art. 418s Abs. 1 OR) wird der Agent, wenn er der Urteilsfähigkeit mit Bezug auf die geschuldete Arbeitsleistung (Relativität des Begriffes Urteilsfähigkeit¹) dauernd verlustig geht². Alsdann gerät er zur Erfüllung außerstande. Ist seine Person für die dauernde Erfüllung erforderlich (also nicht vertretbar), wird dadurch die versprochene Leistung dauernd unmöglich, weshalb der Agenturvertrag gemäß Art. 418s Abs. 1 OR zu Recht ipso iure erlischt (vgl. S. 77; vgl. auch Art. 119 OR). Die Fälle, in denen ein Wechsel in der Person des Agenten ausgeschlossen ist, haben wir bei der Erörterung über dessen Tod (S. 77) besprochen, worauf wir hier verweisen. Sie bilden die Regel.

b) Ausnahmsweise kommen Agenturverträge vor, bei denen die Erfüllung der typischen Hauptleistungspflicht vom Agenten gänzlich an einen Dritten delegiert werden darf (vgl. S. 77). Hier bleibt die versprochene Arbeit möglich, auch wenn der Agent infolge Urteilsunfähigkeit außerstande gesetzt wird, die geschuldete Leistung selbst (eventuell unter Beizug von Hilfspersonen) zu erbringen. Für diesen Fall trifft Art. 418s Abs. 1 OR, der den Agenturvertrag automatisch erlöschen läßt, nicht die richtige Lösung. Dem Tatbestand angemessen wäre vielmehr die Regel des Art. 418r OR, wonach jede Partei den Vertrag beenden könnte, wenn ihr die Vertragsfortsetzung infolge eintretender Urteilsunfähigkeit des Agenten nicht zuzumuten wäre.

c) Auf keinen Fall unmöglich wird schließlich die typische Hauptleistung des Agenturvertrages, wenn die Handlungsunfähigkeit des Agenten nur auf dessen *Entmündigung* basiert. Klar ist dies zunächst mit

¹ BGE 44 II 449.

² Verliert er die Urteilsfähigkeit mit Bezug auf andere Handlungen, endet der Agenturvertrag allenfalls nach Art. 418r («wichtiger Grund»), nicht aber gemäß Art. 418s Abs. 1 OR.

Bezug auf die Tätigkeit des Vermittlungsagenten; können doch bloße Tathandlungen (Geschäftsvermittlung) von urteilsfähigen Entmündigten ebensogut erbracht werden wie von Mündigen. Aber auch die Tätigkeit des Abschlußagenten wird durch die Entmündigung keineswegs unmöglich. Der Stellvertreter (hier: Agent) muß zwar urteilsfähig, nicht aber mündig sein, um mit Wirkung für den Vertretenden (hier: Auftraggeber) handeln zu können. Unrichtig ist daher der allgemein gehaltene Satz von GEORG GAUTSCHI, wonach die Handlungsunfähigkeit des Beauftragten im Rechtshandlungsauftrag (entspricht dem «dauernden Auftrag» des Abschlußagenten) Erfüllungsunmöglichkeit der Ausführungsobligation bewirke¹. Insbesondere kann nicht etwa argumentiert werden, die Entmündigung mache nach Art. 35 Abs. 1 OR die Vollmacht hinfällig; mit hinfälliger Vollmacht aber werde das Rechtshandlungsgeschäft des Agenten unmöglich. Denn in Art. 35 Abs. 3 hält das OR ausdrücklich fest, daß die gegenseitigen persönlichen Ansprüche des Vollmachtgebers und des Bevollmächtigten vom Hinfall der Vollmacht nicht berührt werden. Bestände Art. 418s Abs. 1 OR nicht, wäre also der entmündigte Abschlußagent nach allgemeiner Regel (Art. 35 Abs. 3 OR) weiterhin zur Leistung verpflichtet, was gerade Leistungsmöglichkeit im Sinne der Art. 97 und 119 OR voraussetzt. Zwar befände sich der Agent so lange zur Leistung außerstande, als der Auftraggeber die nach Art. 35 Abs. 1 OR dahingefallene Vollmacht nicht erneuern würde. Das aber wäre nichts anderes als ein Fall von Gläubigerverzug (vgl. S. 92 Anm. 2).

Die Ausgestaltung der auf Entmündigung basierenden Handlungsunfähigkeit zum unmittelbaren Beendigungsgrund kann also nicht mit «nachträglicher Unmöglichkeit» der typischen dauernden Hauptleistung begründet werden. Eine andere Begründung ist denkbar unter Hinweis auf das Interesse des Auftraggebers, seine Geschäfte nicht durch einen Entmündigten vermitteln bzw. abschließen zu lassen. Tatsächlich will der Auftraggeber die wichtigen Funktionen eines Agenten, von dessen Einsatz er wirtschaftlich abhängt, grundsätzlich nicht einem Handlungsunfähigen anvertraut haben. Dies umso weniger, als hier die Handlungsunfähigkeit (letztlich) auf Entmündigungsgründen wie Geisteskrankheit, Geistesschwäche, Verschwendung, Mißwirtschaft, Trunksucht und lasterhaftem Lebenswandel beruht (Art. 369 f. ZGB): auf Entmündigungsgründen also, welche den Agenten wenig geeignet erscheinen lassen,

¹ GAUTSCHI N. 11 a zu Art. 405 OR.

Verbindungsglied zwischen Kundschaft und Auftraggeber zu sein und die Geschäfte des Auftraggebers mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns zu betreiben.

Dem genannten (schutzwürdigen) Interesse des Auftraggebers entspricht es denn auch in der Regel, daß der Agenturvertrag mit der infolge Entmündigung eintretenden Handlungsunfähigkeit des Agenten erlischt; besonders dann, wenn der Agent die Geschäfte nicht nur zu vermitteln, sondern auch abzuschließen hat (vgl. Art. 418a Abs. 1 OR).

Andererseits aber gibt es Fälle, in denen die Vertragsbeendigung für den Auftraggeber das größere Übel darstellt als der Eintritt der Handlungsunfähigkeit an sich: Von einem Tag auf den andern werden durch das vorzeitige Vertragsende vielleicht langwierige und kostspielige Aufbauarbeiten zunichte gemacht. Denn Agenten lassen sich nicht beliebig auswechseln. Auch ist denkbar, daß der Auftraggeber um die «Trunksucht» oder den «lasterhaften Lebenswandel» usw. wußte, sich den Agenten aber mit Rücksicht auf allenfalls gleichwohl vorhandene geschäftliche Qualitäten verpflichtete. Gegen den Willen und zum Nachteil des Auftraggebers wird hier der Agent von seiner Leistungspflicht befreit, das Funktionieren des Agenturvertrages von Gesetzes wegen verunmöglicht. Zwar steht es dem Auftraggeber frei, mit dem handlungsunfähigen Agenten einen neuen Vertrag einzugehen. Doch müssen sowohl der Agent wie auch dessen gesetzlicher Vertreter damit einverstanden sein.

Der Tatsache, daß eine vorzeitige Vertragsbeendigung bei Entmündigung des Agenten zwar in der Regel, nicht aber in allen Fällen, dem Interesse des Auftraggebers entspricht, wird die *unmittelbare* Wirkung des Beendigungsgrundes «Handlungsunfähigkeit» nicht gerecht. Richtig wäre es, den Entscheid über die Fortsetzung des Vertrages grundsätzlich dem Auftraggeber zu überlassen, wobei es sich nach der Interessenlage durchaus rechtfertigen würde, die Entmündigung des Agenten als «besonders umschriebenen», mittelbaren (vgl. S. 26) Beendigungsgrund zugunsten des Auftraggebers auszugestalten. Der entmündigte Agent dagegen (in dessen Person der Beendigungsgrund eingetreten ist) könnte sich durch seinen gesetzlichen Vertreter auf die Bestimmungen über den «wichtigen Grund» berufen (Art. 418r OR), wenn ihm ausnahmsweise eine Vertragsfortsetzung nicht zuzumuten wäre.

2. «Bevormundung» des einfachen Gesellschafters: unmittelbarer gesetzlicher Beendigungsgrund der Gesellschaft (Art. 545 Abs. 1 Ziff. 3 OR)

Nach den speziellen Vorschriften des OR über die «besonders umschriebenen» Beendigungsgründe ist die Handlungsunfähigkeit eines Vertragspartners für den Fortbestand nicht nur des Agenturvertrages, sondern (wie erwähnt) auch für den Fortbestand der einfachen Gesellschaft bedeutsam. Diese erlischt (vgl. S. 18) gemäß Art. 545 Abs. 1 Ziff. 3 OR ipso iure mit der «Bevormundung» eines Gesellschafters. Die «Bevormundung» eines Gesellschafters wirkt somit als unmittelbarer gesetzlicher Beendigungsgrund. Dabei stellt sich zunächst die Frage, was das OR in diesem Zusammenhang mit «Bevormundung» meint. Versteht es den Ausdruck in seinem technischen Sinne oder gleichbedeutend mit «Entmündigung»?

a) «Bevormundung»: Wortbedeutung in Art. 545 Abs. 1 Ziff. 3 OR

Entmündigung und Bevormundung sind in der Sprache des ZGB (zu dem auch das OR gehört) grundsätzlich nicht identisch: «Entmündigen» heißt jeder obrigkeitliche Entzug der Handlungsfähigkeit. «Bevormunden» heißt das Unterstellen unter die Vormundschaft¹.

Für denselben Tatbestand verwendet nun das OR in seiner *deutschen Fassung* sowohl den Ausdruck Bevormundung als auch Entmündigung. So bestimmt es in Art. 545 Abs. 1 Ziff. 3, daß die «Bevormundung» Beendigungsgrund der einfachen Gesellschaft sei, in Art. 619 Abs. 2 dagegen, daß die «Entmündigung» des Komplementärs in Abweichung von der Beendigungsordnung bei der Kollektivgesellschaft nicht zur Auflösung der Gesellschaft führe. Für die Beendigung der Kollektivgesellschaft wiederum verweist es auf die entsprechenden Bestimmungen der einfachen Gesellschaft (Art. 574 Abs. 1 OR), sodaß es im Ergebnis hier (Art. 545 Abs. 1 Ziff. 3) von Bevormundung, dort (Art. 619 Abs. 2) von Entmündigung spricht, mit beiden Ausdrücken aber dasselbe meint. Aus dem deutschen Wortlaut des OR geht somit nicht eindeutig hervor, was in Art. 545 Abs. 1 Ziff. 3 unter «Bevormundung» verstanden wird.

Indessen gehören zum Wortlaut einer Gesetzesbestimmung alle in *drei Amtssprachen* abgefaßten Texte². Sie sind bei der Auslegung gleichermaßen zu berücksichtigen.

¹ TUOR/SCHNYDER S. 66.

² Statt vieler: MEIER-HAYOZ N. 94 und 184 zu Art. 1 ZGB.

Nach französischer Fassung des Art. 545 Abs. 1 Ziff. 3 OR erlischt die einfache Gesellschaft «par le fait ... que l'un des associés est frappé d'interdiction». «Interdiction» bezeichnet dasselbe wie «Entmündigung», während «mettre sous tutelle» dem deutschen «bevormunden» entspricht¹. Nach französischem Wortlaut ist also nicht die Bevormundung (mettre sous tutelle), sondern die Entmündigung (interdiction) eines Gesellschafters unmittelbarer gesetzlicher Beendigungsgrund der einfachen Gesellschaft.

Dasselbe gilt für die italienische Fassung der betreffenden Gesetzesstelle: Danach endet die einfache Gesellschaft «per interdizione di un socio». «Interdizione» ist gleichbedeutend mit «interdiction» und besagt «Entmündigung».

Nach den *romanischen Fassungen* des Art. 545 Abs. 1 Ziff. 3 OR wirkt somit als Beendigungsgrund der einfachen Gesellschaft die Entmündigung des Gesellschafters. Darauf nun ist abzustellen, und zwar schon deshalb, weil das OR in der deutschen Sprache den betreffenden Beendigungsgrund bald als «Bevormundung», bald als «Entmündigung» bezeichnet und insofern zweideutig ist. Außerdem aber – und das entscheidet – rechtfertigt es sich auch *sachlich*, als Beendigungsgrund der einfachen Gesellschaft die Entmündigung, und nicht die Bevormundung eines Gesellschafters anzunehmen. Dies folgt aus dem Zweck des Beendigungsgrundes.

b) Zweck des Beendigungsgrundes – Folgerungen

Der Zweck, den das Gesetz mit dem hier behandelten Beendigungsgrund verfolgt, ist ein *doppelter*:

1. Einmal sollen die Gesellschafter davor bewahrt werden, daß an Stelle eines Mitgesellschafters dessen gesetzlicher Vertreter gesellschaftliche Rechte ausübt². Denn die einfache Gesellschaft ist mehr als ein bloßes Vertragsverhältnis; sie ist eine sozialrechtlich verbundene Personengemeinschaft (vgl. S. 16), bei der es in der Regel entscheidend auf die Person des Mitgesellschafters ankommt (vgl. S. 82). Den Gesellschaftern wird daher nicht zugemutet, sich während der Restdauer des Vertrages mit dem gesetzlichen Vertreter eines Gesellschafters abzufinden³.

¹ TUOR/SCHNYDER S. 66.

² SIEGWART N. 12 zu Art. 545/547 OR.

³ BECKER N. 15 zu Art. 545 OR.

2. Sodann soll der vom Beendigungsgrund betroffene Gesellschafter resp. sein Vertreter, den Anteil aus der Gesellschaft herausnehmen und nach den im ZGB enthaltenen Regeln (vgl. Art. 399 ZGB) «mündelsicher» anlegen können¹.

Der mit dem Beendigungsgrund erstrebte doppelte Zweck läßt *Folgerungen* in zweifacher Hinsicht zu:

Erstens muß in Art. 545 Abs. 1 Ziff. 3 OR mit «Bevormundung» die *Entmündigung* des Gesellschafters gemeint sein (vgl. oben). Soll doch dessen Mitgesellschaftern das Zusammenwirken mit dem gesetzlichen Vertreter erspart werden. Gesetzlicher Vertreter aber ist nicht bloß der Vormund, sondern möglicherweise auch der Inhaber der elterlichen Gewalt: die elterliche Gewalt kann bei der Entmündigung mündiger Kinder an Stelle der Vormundschaft treten (Art. 273 Abs. 2 und Art. 385 Abs. 3 ZGB). Eine Bevormundung des Gesellschafters findet alsdann nicht statt. Wäre nun die Bevormundung Beendigungsgrund, würde in diesen Fällen der mit dem Beendigungsgrund verfolgte Zweck nicht erreicht.

Zweitens ist die *unmittelbare Wirkung* des Beendigungsgrundes gerechtfertigt. Sie trägt dem Umstand Rechnung, daß der Beendigungsgrund den Interessen sowohl des entmündigten Gesellschafters wie auch seiner Mitgesellschafter dient. Allerdings wäre dasselbe Ergebnis auch mit der Statuierung eines bloß mittelbaren Beendigungsgrundes erreichbar gewesen; jedoch nicht so, daß bei Entmündigung eines Gesellschafters nur diesem oder nur seinen Mitgesellschaftern ein Beendigungsrecht eingeräumt worden wäre; der mittelbare Beendigungsgrund müßte vielmehr zugunsten aller Beteiligten wirksam sein, also ein allseitiges Beendigungsrecht entstehen lassen.

c) Die nachträgliche Urteilsunfähigkeit des einfachen Gesellschafters

Nach Art. 545 Abs. 1 Ziff. 3 OR wirkt die Entmündigung des Gesellschafters als außerordentlicher Beendigungsgrund der einfachen Gesellschaft. Durch Entmündigung wird der Gesellschafter handlungsunfähig.

Die Handlungsunfähigkeit des einfachen Gesellschafters kann sich überdies aus dem Verlust seiner Urteilsfähigkeit herleiten. Doch ist «Urteilsunfähigkeit» im Beendigungsgrund «Entmündigung» nicht eingeschlossen, weshalb wir uns mit ihrem Einfluß auf den Bestand der

¹ BECKER N. 15 zu Art. 545 OR; SIEGWART N. 12 zu Art. 545/547 OR.

Gesellschaft gesondert auseinandersetzen. Dabei unterscheiden wir *drei Fälle*:

– Die nachträgliche Urteilsunfähigkeit des einfachen Gesellschafters kann sich erstens auf dessen dauernde Leistung beziehen. Durch sie wird die Erbringung dieser Leistung *unmöglich*. Zur Anwendung gelangen die Regeln über die nachträgliche Unmöglichkeit, wobei die Eigenart der einfachen Gesellschaft zu berücksichtigen ist. Im einzelnen befassen wir uns damit im Abschnitt über den Beendigungsgrund der nachträglichen Unmöglichkeit (vgl. S. 127 und 130).

– Zweitens ist denkbar, daß sich die nachträgliche Urteilsunfähigkeit des Gesellschafters nicht auf die zu erbringende Leistung bezieht. Die Bewirkung des Geschuldeten bleibt möglich. Die Urteilsunfähigkeit hat also einen unmittelbaren Einfluß weder auf den Bestand der Leistungspflicht noch auf jenen der Gesellschaft. Doch qualifiziert sie sich allenfalls als «wichtiger Grund» und gibt als solcher einem einzelnen oder jedem Mitgesellschafter das Recht, die Beendigung des Gesellschaftsverhältnisses zu verlangen (Art. 545 Abs. 2 OR; vgl. S. 181f.).

– Drittens schließlich führt die Urteilsunfähigkeit möglicherweise zur *Entmündigung* des davon betroffenen Gesellschafters. Alsdann greift die Entmündigung als gesetzlicher Beendigungsgrund Platz. Mit ihr endet die Gesellschaft ipso iure (Art. 545 Abs. 1 Ziff. 3 OR; vgl. S. 88 ff.).

3. Nachträglich eintretende Handlungsunfähigkeit anderer Vertragsparteien

Was bei nachträglicher Handlungsunfähigkeit des Agenten und des einfachen Gesellschafters mit Bezug auf den Fortbestand der betreffenden Vertragsverhältnisse gilt, haben wir dargetan. Wie aber verhält es sich, wenn der Auftraggeber im Agenturvertrag oder die Parteien anderer Dauerverträge handlungsunfähig werden? Bei der Antwort ist zu unterscheiden, ob die Handlungsunfähigkeit einer solchen Partei auf dauernder Urteilsunfähigkeit oder auf Entmündigung beruht:

a) Ist die Handlungsunfähigkeit einer Vertragspartei die Folge nachträglicher dauernder *Urteilsunfähigkeit*, sind drei Möglichkeiten auseinanderzuhalten:

1. Wird der Schuldner der typischen Dauerleistung mit Bezug auf diese Leistung dauernd urteilsunfähig, so gerät er außerstande, die Leistung selbst zu erbringen. Ist seine Person unvertretbar (regelmäßig z. B. beim Dienstvertrag), wird die versprochene Leistung dauernd unmöglich, wes-

halb die dauernde Leistungspflicht sich entweder in eine einmalige Sekundärleistungspflicht verwandelt (Art. 97 OR) oder vollständig erlischt (Art. 119 OR). Damit endet der Dauervertrag im weiten Sinne, in seiner Eigenschaft als dauerndes Vertragsverhältnis (vgl. S. 120 f.).

2. Trifft die dauernde Urteilsunfähigkeit dagegen den Hauptleistungsgläubiger, bleibt die typische dauernde Hauptleistung in aller Regel gleichwohl möglich¹. Die dauernde Leistungspflicht besteht alsdann als Dauerschuld fort und mit ihr der Vertrag als Dauervertrag.

3. Führt schließlich die nachträgliche Urteilsunfähigkeit einer Vertragspartei nach den Regeln über die nachträgliche Leistungsunmöglichkeit nicht zum Vertragsende, so ist zu prüfen, ob sie allenfalls einen «wichtigen Grund» zur vorzeitigen Beendigung des Vertragsverhältnisses abgibt. Trifft dies zu und ist das Vertragsverhältnis aus «wichtigem Grunde» auflösbar (vgl. S. 186 ff.), endet der Dauervertrag infolge Ausübung des entstehenden Beendigungsrechts.

b) Beruht die Handlungsunfähigkeit einer Vertragspartei indessen auf *Entmündigung* (ohne daß Urteilsunfähigkeit eintritt), wird die typische dauernde Hauptleistung jedenfalls nicht unmöglich. Insbesondere kann der urteilsfähige entmündigte Hauptleistungsschuldner Tathandlungen in gleicher Weise erbringen wie der mündige und ist auch fähig, mit Wirkung für den Vertragspartner zu handeln, ihn also zu vertreten (vgl. S. 86)². Zum vorzeitigen Vertragsende führt daher die Entmündigung

¹ Unmöglich wird eventuell die Verwendung der typischen dauernden Hauptleistung, nicht aber die Leistung selbst (vgl. S. 124). Ausnahmen sind bei jenen Dienst- und Agenturverträgen denkbar, bei denen sich der Inhalt der typischen Dauerleistung nach der Person des Arbeitgebers richtet (vgl. S. 73 und S. 74). Hier ist der typische Hauptleistungsgläubiger nicht bloßer Leistungsempfänger; vielmehr hat er durch seine (einmalige) Person gewissermaßen an der Leistung mitzuwirken (vgl. S. 73 Anm. 4). Diese «Mitwirkung» kann nun infolge nachträglicher Urteilsunfähigkeit des Hauptleistungsgläubigers ausgeschlossen werden. Als dann wird die typische Hauptleistung unmöglich. Beispiel: Der Schüler, als Hauptleistungsgläubiger, kann infolge nachträglicher Urteilsunfähigkeit vom Privatlehrer nicht mehr unterrichtet werden.

² Allerdings erlischt eine durch Rechtsgeschäft erteilte Vertretungsvollmacht, sofern nicht das Gegenteil vereinbart ist oder aus der Natur des Geschäftes hervorgeht, nach Art. 35 Abs. 1 OR mit dem Verlust der Handlungsfähigkeit des Vollmachtgebers. Die gegenseitigen persönlichen Ansprüche werden hievon jedoch nicht berührt (Art. 35 Abs. 3 OR). Der Gläubiger hat also nach wie vor das Recht, vom entmündigten Schuldner die dauernde Hauptleistung zu verlangen. Beinhaltet diese die Vertretung des Gläubigers, so wird sie mit dem Hinfall der Vollmacht nicht un-

eines Vertragspartners nur dann, wenn sie einen «wichtigen Grund» zur Vertragsbeendigung abgibt und der betreffende Dauervertrag «aus wichtigem Grunde» auflösbar ist (vgl. S. 186 ff.).

4. Zusammenfassung

Wird eine Vertragspartei nach Abschluß des Dauervertrages handlungsunfähig, entscheidet es sich grundsätzlich nach den Regeln über die nachträgliche Unmöglichkeit (vgl. S. 118 ff.) und den «wichtigen Grund» (vgl. S. 173 ff.), ob der entsprechende Dauervertrag weiterbesteht. Einzig die nachträgliche Handlungsunfähigkeit des Agenten und die Entmündigung des einfachen Gesellschafters sind «besonders umschriebene» (vgl. S. 63 f.), und zwar unmittelbare (vgl. S. 26) Beendigungsgründe: Die Handlungsunfähigkeit des Agenten allerdings nur in einem Fall zu Recht; dann nämlich, wenn seine Handlungsunfähigkeit auf dauernder Urteilsunfähigkeit beruht und seine Person (nach der Vertragslage) für die Erfüllung der vereinbarten typischen Leistungspflicht erforderlich ist. Trifft die Urteilsunfähigkeit jedoch einen Agenten, dessen Person für die Erfüllung der genannten Leistungspflicht nicht erforderlich ist, wäre es de lege ferenda angezeigt, lediglich die Regeln über den «wichtigen Grund» anzuwenden. Hingegen sollte die Entmündigung des Agenten als mittelbarer Beendigungsgrund zugunsten des Auftraggebers ausgestaltet sein.

C. ZAHLUNGSUNFÄHIGKEIT

Eine weitere Verhältnisänderung, welche die Person eines Vertragspartners beschlägt, ist der Eintritt ihrer Zahlungsunfähigkeit.

Unter Zahlungsunfähigkeit verstehen wir in diesem Zusammenhang den (nicht bloß vorübergehenden) Zustand, wonach es dem Schuldner mangels genügender Geldmittel nicht möglich ist¹, seinen fälligen Verbindlichkeiten nachzukommen². Demonstration dieses Zustandes sind

möglich; ist doch der entmündigte Urteilsfähige imstande, mit Wirkung für andere zu handeln. Die Rechtslage verhält sich gleich wie bei Widerruf der Vollmacht durch den Gläubiger. Solange dieser die Vollmacht nicht erneuert, befindet er sich im Annahmeverzug mit Bezug auf die Hauptleistung.

¹ Dabei handelt es sich aber nicht um eine Leistungsunmöglichkeit im Sinne der Art. 97 und 119 OR; vgl. S. 119.

² Vgl. statt vieler: OSER/SCHÖNENBERGER N. 5 zu Art. 83 OR.

Konkurs und fruchtlose Pfändung, aber auch Einstellung der Zahlungen, Stundungsgesuche usw.¹.

Mit der Zahlungsunfähigkeit eines Vertragspartners befaßt sich allgemein Art. 83 OR. Er lautet: Ist bei einem zweiseitigen Vertrag der eine Teil zahlungsunfähig geworden ... und wird durch diese Verschlechterung der Vermögenslage der Anspruch des andern gefährdet, so kann dieser seine Leistung so lange zurückbehalten, bis ihm die Gegenleistung sichergestellt wird (Abs. 1). Wird er (aber) innerhalb einer angemessenen Frist auf sein Begehren nicht sichergestellt, kann er vom Verträge *zurücktreten* (Abs. 2).

Rücktritt vom Vertrag bedeutet jedenfalls Vertragsbeendigung. Zahlungsunfähigkeit kommt daher als mittelbarer (vgl. S. 26) Beendigungsgrund von Dauerverträgen in Frage, weshalb wir uns mit ihr auseinandersetzen: Vorab (1.) besprechen wir Art. 83 Abs. 2 OR im allgemeinen, sodann (2.) dessen Anwendung auf Dauerverträge und schließlich (3.) spezielle Bestimmungen des Obligationenrechts über die nachträgliche Zahlungsunfähigkeit eines Vertragspartners bei einem Dauervertrag.

1. Art. 83 Abs. 2 OR: allgemeine Besprechung

Art. 83 OR will die Vertragspartei gegen den nachträglich eintretenden Vermögenszerfall ihres Vertragspartners schützen, indem er ihr erlaubt, die eigene Leistung von Sicherstellung abhängig zu machen (Abs. 1) und (als *ultima ratio*) vom Verträge zurückzutreten (Abs. 2). Wir beschränken uns nachstehend – dem gestellten Thema entsprechend – auf die Behandlung des *Rücktrittsrechts*. Zunächst befassen wir uns mit dessen Voraussetzungen, anschließend mit den Folgen der Rücktrittserklärung.

a) Die *Entstehung* des Rücktrittsrechts hängt nach Art. 83 Abs. 2 OR, der im Zusammenhang mit seinem ersten Absatz auszulegen ist, von fünf *Voraussetzungen* ab.

1. Vorausgesetzt ist erstens das Vorliegen eines synallagmatischen Vertrages.

2. Zweitens muß eine Partei des synallagmatischen Vertrages zahlungsunfähig geworden sein. Was Zahlungsunfähigkeit ist, haben wir dargetan. Wo sie bereits bei Vertragsabschluß bestand, versagt Art. 83 OR². Zur

¹ Vgl. BRUNO VON BÜREN, S. 470.

² Vgl. ZBJV 86 (1950), S. 279.

Anwendung kommen alsdann die Bestimmungen über die Mängel bei Vertragsabschluß, etwa jene über die absichtliche Täuschung (Art. 28 OR). Eine besondere Vorschrift in dieser Hinsicht enthält aber das Darlehensrecht: Nach Art. 316 Abs. 2 OR kann der Darleiher die Aushändigung des Darlehens auch dann verweigern, wenn die Zahlungsunfähigkeit des Darlehensnehmers schon vor Vertragsabschluß bestand, dem Darleiher aber erst nachher bekannt geworden ist¹.

3. Drittens wird für die Entstehung des Rücktrittsrechts vorausgesetzt, daß die rücktrittswillige Partei noch nicht vollständig erfüllt hat. Art. 83 Abs. 2 OR will nämlich diejenige Partei, die noch nicht geleistet hat, von der Preisgabe ihrer Leistung bewahren, soweit sie Gefahr läuft, die Gegenleistung (trotz eigener Leistung) nicht zu erhalten.

4. Viertens muß – was sich aus dem Zweck des Art. 83 Abs. 2 OR erklärt – der Anspruch der rücktrittswilligen Partei durch den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit gefährdet werden (vgl. Art. 83 Abs. 1 OR). Eine solche Gefährdung ist insbesondere dann ausgeschlossen, wenn die Erbringung der Gegenleistung keine Geldmittel voraussetzt (wie etwa die Erbringung einer Arbeitsleistung).

5. Fünftens endlich ist vorausgesetzt, daß die rücktrittswillige Partei innerhalb einer angemessenen Frist auf ihr Begehren nicht sichergestellt wird². Diese Voraussetzung hängt eng mit der dritten zusammen; kann doch ein Anspruch, wenn er sichergestellt ist, nicht mehr gefährdet sein.

b) Die *Folgen* der Rücktrittserklärung bestehen in der Beendigung des Vertrages. Das Rücktrittsrecht ist also ein Beendigungsrecht. Dabei gilt es, ein Doppeltes zu beachten:

Beendet wird der Vertrag *ex tunc*. Was geleistet wurde, ist somit zurückzuerstatten. Der Rückerstattungsanspruch ist der einzige Anspruch, welcher den Parteien infolge der außerordentlichen Vertragsbeendigung erwächst.

Das bedeutet negativ, daß bei Rücktritt nach Art. 83 Abs. 2 OR zugunsten keiner der beiden Parteien ein Schadenersatzanspruch entsteht

¹ Vgl. dazu S. 100 Anm. 1.

² Die Sicherheitsleistung kann, wenn sich die Zahlungsunfähigkeit im Konkurs manifestiert, auch durch die Konkursverwaltung erbracht werden. Die Konkursverwaltung ist grundsätzlich berechtigt, gemäß Art. 211 Abs. 2 SchKG in das Vertragsverhältnis einzutreten, womit das Rücktrittsrecht gemäß 83 Abs. 2 OR dahinfällt.

(vgl. S. 226 f.). Dadurch unterscheidet sich (unter anderem) der Rücktritt infolge Zahlungsunfähigkeit von der Vertragsbeendigung bei Schuldnerverzug (vgl. Art. 107 Abs. 2 und 109 Abs. 2 OR).

2. Die Anwendung von Art. 83 Abs. 2 OR auf Dauerverträge

Art. 83 Abs. 2 OR ist zwar zugeschnitten auf Vertragsverhältnisse, die sich auf den Austausch einfacher Leistungen richten. Dies kommt insbesondere darin zum Ausdruck, daß als Beendigungsrecht nur ein Rücktritts-, nicht auch ein Kündigungsrecht vorgesehen wird. Doch besteht kein Grund, Art. 83 Abs. 2 OR nicht auch auf Dauerverträge anzuwenden, sofern die Voraussetzungen des Beendigungsrechts vorliegen. Allerdings sind dabei die Eigenarten zu beachten, die sich aus dem Dauercharakter der geschuldeten Leistungen ergeben.

a) Eigenarten bei der Anwendung des Art. 83 Abs. 2 OR auf Dauerverträge

Aus dem Dauercharakter der geschuldeten Leistungen ergeben sich bei der Anwendung des Art. 83 Abs. 2 OR auf Dauerverträge Eigenarten sowohl mit Rücksicht auf die Voraussetzungen des Beendigungsrechts als auch mit Bezug auf die Folgen der Beendigungserklärung.

1. Mit Rücksicht auf die *Voraussetzungen* des Beendigungsrechts sind zwei Punkte zu beachten:

Der erste Punkt betrifft sämtliche Dauerverträge: Der Schuldner einer dauernden Leistungspflicht kann den Dauervertrag infolge nachträglicher Zahlungsunfähigkeit seines Vertragspartners selbst dann beenden, wenn er mit der Dauerleistung begonnen hat. Da er nämlich für den Rest der Vertragsdauer weiterhin zur Leistung verpflichtet ist, liegt (bis zum Ende des Vertrages) jene Voraussetzung des Art. 83 Abs. 2 OR vor, wonach die beendigungswillige Partei die eigene Leistung nicht «vollständig» erbracht haben darf (vgl. S. 95).

Der zweite Punkt betrifft die (synallagmatischen) Verträge auf Gebrauchsüberlassung (Miete, Pacht und entgeltliches Darlehen). Werden hier die typischen Hauptleistungsgläubiger (Mieter, Pächter und Borger) nach Beginn der typischen Dauerleistung zahlungsunfähig, dann befinden sie sich bereits im Besitz des Vertragsgegenstandes, weshalb ihre Vertragspartner die begonnene Dauerleistung nicht mehr «zurückhalten» (Art. 83 Abs. 1 OR) können. Dennoch sind diese nach Art. 83 Abs. 2 OR

zur Vertragsbeendigung berechtigt. Denn einerseits setzt Art. 83 Abs. 2 OR die «Zurückhaltung» der eigenen Leistung durch die beendigungswillige Vertragspartei nur insofern voraus, als diese mit deren Preisgabe vollständig erfüllt. Das aber trifft bei Dauerverträgen – wie erwähnt – bis zum Vertragsende nicht zu. Andererseits kann in der Erbringung einer Leistung, deren «Zurückhaltung» ausgeschlossen ist, kein Verzicht auf das entstandene Beendigungsrecht erblickt werden.

2. Was sodann die *Folgen* der Beendigungserklärung betrifft, so gilt das, was wir im ersten Kapitel unserer Arbeit (S. 29 f.) grundsätzlich festgehalten haben und im vierten Kapitel (S. 209 ff.) begründen werden: Nach Beginn der typischen Hauptleistung gehen die Dauerverträge des OR, ausgenommen die Leibrente, nicht mehr *ex tunc* zu Ende. Der Rücktritt gemäß Art. 83 Abs. 2 OR (vgl. oben) wird daher im Erfüllungsstadium der Dauerverträge zur Kündigung (Beendigungswirkung *ex nunc*); das Rücktrittsrecht wandelt sich in ein Kündigungsrecht.

Liegen sämtliche Voraussetzungen des in Art. 83 Abs. 2 OR geordneten Beendigungsrechtes vor, erweist sich die nachträgliche Zahlungsunfähigkeit eines Vertragspartners als mittelbarer Beendigungsgrund der Dauerverträge: Sie läßt ein Rücktritts-, evtl. Kündigungsrecht entstehen, mit dessen Ausübung der betroffene Dauervertrag erlischt. Indessen sind zum vorneherein gewisse Fälle auszusondern, in denen ein Dauervertrag nach Art. 83 Abs. 2 OR nicht beendet werden kann.

b) Beschränkung der Beendigungsmöglichkeit nach Art. 83 Abs. 2 OR bei Dauerverträgen

Nicht gegeben ist das Beendigungsrecht des Art. 83 Abs. 2 OR zunächst bei Dauerverträgen *ohne synallagmatischen Charakter*¹. Darunter fallen die einfache Gesellschaft (vgl. S. 167), die Gebrauchsleihe sowie die übrigen unentgeltlichen Dauerverträge. Was das unentgeltliche Darlehen betrifft, ist nachträgliche Zahlungsunfähigkeit des Borgers mittelbarer Beendigungsgrund kraft besonderer Bestimmung².

Keine Anwendung findet das Beendigungsrecht des Art. 83 Abs. 2 OR andererseits auch insoweit, als *andere Beendigungsgründe* vorgehen oder

¹ Vgl. S. 94.

² Vgl. S. 100 ff.

Art. 83 Abs. 2 OR durch *spezielle Bestimmungen* über die Zahlungsunfähigkeit derogiert wird.

Andere Beendigungsgründe, welche in Frage kommen, sind der Konkurs und die fruchtlose Pfändung. Zwar demonstrieren Konkurs und fruchtlose Pfändung stets die Zahlungsunfähigkeit des Betreibungsschuldners. Doch sind sie vom OR bei gewissen Dauerverträgen nicht deshalb – also nicht in Anwendung des Art. 83 Abs. 2 OR zugrunde liegenden Zweckgedankens¹ –, sondern aus andern Motiven zu außerordentlichen Beendigungsgründen erhoben worden. Mit ihnen befassen wir uns im Abschnitt D (S. 108 ff.).

Denselben Zwecke wie Art. 83 Abs. 2 OR dienen dagegen nach dem Willen des Gesetzgebers die Art. 266, 316 Abs. 1 und 354 OR. Es handelt sich bei ihnen um «leges speciales» zur allgemeinen Bestimmung über die Wirkung nachträglicher Zahlungsunfähigkeit. Ob und inwieweit Art. 83 Abs. 2 OR neben diesen besondern Vorschriften zur Anwendung kommt, ergibt sich (neben anderem) aus der folgenden Erörterung.

3. Nachträgliche Zahlungsunfähigkeit: Beendigungsgrund kraft spezieller Bestimmungen des OR (Art. 266, 316 Abs. 1, 354 OR)

Kraft spezieller Bestimmungen des OR ist die nachträgliche Zahlungsunfähigkeit Beendigungsgrund bei der Miete (Art. 266 OR), beim Darlehen (Art. 316 Abs. 1 OR) und beim Dienstvertrag (Art. 354 OR); und zwar die nachträgliche Zahlungsunfähigkeit des typischen Hauptleistungsgläubigers (des Mieters, Borgers, Dienstherrn). Aus methodischen Gründen besprechen wir den genannten Beendigungsgrund zunächst beim Dienstvertrag, dann beim Darlehen und schließlich bei der Miete.

a) Nachträgliche Zahlungsunfähigkeit des Dienstherrn (Art. 354 OR)

Art. 354 OR bestimmt unter den Randtiteln «Rücktritt» «wegen Lohngefährdung»: Ist der Dienstherr zahlungsunfähig geworden, so ist der Dienstpflichtige befugt, das Dienstverhältnis aufzuheben, wenn ihm für den Lohn auf sein Begehren nicht binnen angemessener Frist Sicherheit geleistet wird.

¹ Vgl. S. 84 f.

Der genannte Artikel stellt seinem Inhalte nach nichts anderes dar als eine *Anwendung des Art. 83 Abs. 2 OR auf den speziellen Fall* nachträglicher Zahlungsunfähigkeit des Dienstherrn. Zahlungsunfähigkeit wirkt nach beiden Bestimmungen als mittelbarer Beendigungsgrund, indem sie dem Vertragspartner der zahlungsunfähigen Partei unter gewissen Voraussetzungen ein Beendigungsrecht einräumt. Dabei decken sich die Art. 83 Abs. 2 und 354 OR sowohl mit Bezug auf die Art des Gestaltungsrechts als auch mit Rücksicht auf dessen Voraussetzungen:

Das Beendigungsrecht des Dienstpflichtigen besteht im Recht, den Dienstvertrag aufzuheben, d. h. vom Vertrage zurückzutreten (vgl. Randtitel zu Art. 352–354 OR). Das OR hat also das Rücktrittsrecht des Art. 83 Abs. 2 OR für den Dienstvertrag übernommen, obwohl dieses auf einfache Schuldverhältnisse zugeschnitten ist. Hier wie dort wandelt sich aber das Rücktrittsrecht nach begonnener typischer Hauptleistung in ein Kündigungsrecht um (vgl. S. 94).

Auch die Voraussetzungen des Rücktritts- bzw. Kündigungsrechts sind nach Art. 354 OR materiell dieselben wie nach Art. 83 Abs. 2 OR (vgl. S. 94 f.). Es sind dies: «Zahlungsunfähigkeit» des Dienstherrn, «Lohngefährdung des Dienstpflichtigen» (Überschrift zu Art. 354 OR) sowie ausbleibende Sicherheitsleistung innert angemessener Frist auf Begehren des Dienstpflichtigen hin. Vorausgesetzt ist ferner – wenn auch nicht ausdrücklich gesagt –, daß der Dienstpflichtige noch Dienste schuldet. Würde er nämlich keine Dienste mehr schulden, wäre der Dienstvertrag bereits erloschen und könnte nicht nochmals durch Ausübung des Gestaltungsrechts beendet werden. Schließlich handelt es sich beim Dienstvertrag stets um einen synallagmatischen Vertrag.

Da somit Art. 354 OR inhaltlich mit Art. 83 Abs. 2 OR übereinstimmt, könnte der Dienstpflichtige das in Art. 354 OR speziell geordnete Beendigungsrecht – bestände diese Bestimmung nicht – auch nach der allgemeinen Vorschrift des Art. 83 Abs. 2 OR ausüben. Art. 354 OR ist also in diesem Sinne *nicht notwendig*. Immerhin stellt er aber klar, daß der Dienstpflichtige bei Zahlungsunfähigkeit des Dienstherrn selbst dann zur vorzeitigen Vertragsbeendigung berechtigt ist, wenn er mit seiner dauernden Leistung bereits begonnen hat (vgl. S. 96).

b) Nachträgliche Zahlungsunfähigkeit des Borgers (Art. 316 Abs. 1 OR)

Nach Art. 316 Abs. 1 OR darf der Darleiher die Aushändigung des Darlehens verweigern, wenn der Borger seit dem Vertragsabschluß zahlungsunfähig geworden ist¹.

Die Hingabe des Darlehens kann – nach herrschender Ansicht² – gemäß Art. 316 Abs. 1 OR schlechthin, also endgültig, verweigert werden. Das Verweigerungsrecht erweist sich damit als Beendigungsrecht und zwar – weil mit der Dauerleistung noch nicht begonnen wurde – als Rücktrittsrecht. In dieser Hinsicht stimmt Art. 316 Abs. 1 mit Art. 83 Abs. 2 OR überein. Die beiden Vorschriften decken sich auch insofern, als hier wie dort nachträgliche Zahlungsunfähigkeit Grund des Gestaltungsrechtes ist. Im übrigen aber sind die Voraussetzungen für die Entstehung des Rücktrittsrechts verschieden. Art. 316 Abs. 1 setzt teils mehr, teils setzt er weniger voraus als Art. 83 Abs. 2 OR.

Im Folgenden befassen wir uns zunächst mit der Verschiedenheit der genannten Voraussetzungen, indem wir dartun, inwiefern Art. 316 Abs. 1 OR (α) weniger und (β) inwiefern er mehr voraussetzt als Art. 83 Abs. 2 OR. Anschließend (γ) besprechen wir den Anwendungsbereich des Art. 83 Abs. 2 OR bei nachträglicher Zahlungsunfähigkeit des Borgers.

α) Art. 316 Abs. 1 OR setzt weniger voraus als Art. 83 Abs. 2 OR

Das Rücktrittsrecht nach Art. 83 Abs. 2 OR ist nur gegeben, sofern bei einem *synallagmatischen* Vertrag der Anspruch der rücktrittswilligen Partei *gefährdet* ist und diese auf ihr Begehren nicht innert angemessener Frist *sichergestellt* wird (vgl. S. 94 f.). Anders verhält es sich gemäß Art. 316 Abs. 1 OR:

¹ Dieselbe Befugnis hat der Darleiher gemäß Art. 316 Abs. 2 OR auch dann, wenn die Zahlungsunfähigkeit schon vor Vertragsabschluß bestand, ihm aber erst nachher bekannt geworden ist: wenn er sich also bei Vertragsabschluß über die Zahlungsfähigkeit seines Vertragspartners im Irrtum befand. Dieser Irrtum läßt den Darlehensvertrag resolutiv-bedingt zustandekommen: er besteht, und zwar vollwirksam, bis sich der Darleiher weigert, die versprochene Darlehenssumme aus-zuzahlen. Dessen Irrtum über die Zahlungsfähigkeit des Borgers erweist sich deshalb, von der Rechtsfolge her besehen, als mittelbarer Beendigungsgrund; dies, obwohl der genannte Irrtum tatbestandsmäßig zu den Mängeln in der Vertragsentstehung gehört. Vgl. dazu S. 198 Anm. 2.

² Vgl. OSER/SCHÖNENBERGER N. 3 zu Art. 316 OR und dort Zitierte.

aa) Zunächst ist der Darleiher nach Art. 316 Abs. 1 OR auch dann rückttrittsberechtigt, wenn der zahlungsunfähig gewordene Borger keine Zinsen zu leisten hat: somit beim *unentgeltlichen Darlehen*.

Das unentgeltliche Darlehen wird vom Gesetz als synallagmatischer Vertrag umschrieben, dessen Austauschleistungen in der Hin- und Rückgabe der Darlehenssumme bestehen (vgl. Art. 312 OR mit Art. 253 OR). In Wirklichkeit aber ist die Rückleistungspflicht des Borgers nichts anderes als das Korrelat zur zeitlichen Beschränkung des Dauervertrages¹, gleich wie die Rückleistungspflicht des Mieters und Pächters. Also stellt das unentgeltliche Darlehen ein (nur) unvollkommen zweiseitiges Vertragsverhältnis dar, weshalb das Rücktrittsrecht des Art. 316 Abs. 1 OR nicht den Bestand eines synallagmatischen (vollkommen zweiseitigen) Vertrages voraussetzt. Indessen rechtfertigt sich diese Abweichung von der allgemeinen Regel des Art. 83 Abs. 2 OR mit Rücksicht auf die besondern Verhältnisse des Darlehensvertrages:

Der Darleiher nämlich hat dem Borger die Vertragssache nicht bloß zum Gebrauche zu überlassen, sondern zu übereignen (vgl. S. 11). Zerfällt das Vermögen seines Vertragspartners, so bleibt ihm daher wenig Aussicht, die übertragenen Werte zurückzuerhalten. Insbesondere kann er die übergebenen Sachen in einem allfälligen Betreibungsverfahren (im Unterschied zum Vermieter, Verpächter und Verleiher) keinesfalls in natura herausverlangen. Vielmehr hat er seine Forderung auf Rückzahlung (5. Klasse; Art. 219 SchKG) als Gläubiger neben andern Gläubigern geltend zu machen und sich schließlich mit einer teilweisen Deckung zu begnügen.

Müßte nun der Darleiher die versprochene Leistung trotz eingetretener Zahlungsunfähigkeit des Borgers erbringen, stände von Anfang an mit großer Wahrscheinlichkeit fest, daß er die übertragenen Werte mindestens teilweise verlieren würde. Das aber wäre ebenso stoßend wie die Pflicht einer Partei, die eigene Leistung zu erbringen, obwohl sie auf die Erlangung der Gegenleistung infolge nachträglicher Zahlungsunfähigkeit des Vertragspartners nur sehr geringe Aussicht hätte (vgl. S. 95). Der Grundgedanke des Art. 83 Abs. 2 wird daher in Art. 316 Abs. 1 OR zu Recht in abgewandelter Form auf die besondern Verhältnisse des Darlehensvertrages angewandt.

¹ Vgl. S. 216.

bb) Sodann knüpft Art. 316 Abs. 1 im Unterschied zu Art. 83 Abs. 2 OR das Rücktrittsrecht nicht an die Voraussetzung, daß der Anspruch des Rücktrittswilligen *gefährdet* sei (vgl. Art. 83 Abs. 1 OR). Folgerichtig macht der spezielle Artikel das Beendigungsrecht auch nicht vom Ausbleiben einer verlangten *Sicherstellung* abhängig¹. Daraus ergibt sich, daß der Darleiher die Aushändigung des Darlehens selbst dann verweigern kann, wenn seine Ansprüche (z. B. durch Bürgen) bereits sichergestellt sind oder eine Sicherstellung innert angemessener Frist zu erlangen wäre.

Für diese Abweichung von der Regel des Art. 83 OR besteht kein sachlicher Grund. Sie ist im Gegenteil mit dem Grundgedanken des Art. 316 Abs. 1 OR nicht vereinbar und ungerechtfertigt. Denn das Rücktrittsrecht des Art. 316 Abs. 1 OR geht auf Kosten des Borgers. Ihm wird durch die vorzeitige Vertragsbeendigung die versprochene Darlehenssumme vorenthalten, wodurch seine ohnehin schon prekäre finanzielle Lage nur noch prekärer wird. Ein derartiger Eingriff in die Rechte des Borgers ist nur angemessen, falls dieser durch die eigene Zahlungsunfähigkeit die Vermögensinteressen des Darleihers erheblich beeinträchtigt. Von einer solchen Beeinträchtigung kann jedoch nicht gesprochen werden, wenn die Ansprüche des Darleihers bereits sichergestellt sind oder aber sichergestellt werden. Außerdem wäre es dem Darleiher auch ohne weiteres zuzumuten, Sicherheit zu verlangen und für deren Leistung eine angemessene Frist einzuräumen.

β) *Art. 316 Abs. 1 OR setzt mehr voraus als Art. 83 Abs. 2 OR*

Nach Art. 83 Abs. 2 OR kann eine Partei den Vertrag so lange beenden, als ihre Leistung noch nicht vollständig erbracht ist. Vorausgesetzt ist somit nicht, daß vom rücktrittswilligen Vertragspartner überhaupt nichts geleistet wurde, die Dauerleistung also nicht begonnen hat.

Anders verhält es sich bei Art. 316 Abs. 1 OR. Danach ist der Darleiher lediglich berechtigt, die *Aushändigung* des Darlehens zu verweigern. Nach Aushändigung der Darlehenssumme und somit nach Beginn der Dauerleistung steht ihm folglich das Beendigungsrecht gemäß Art. 316 Abs. 1 OR nicht mehr zu. In dieser Rechtslage kommt die besondere Auffassung des Gesetzgebers über die Struktur des Darlehensvertrages zum Ausdruck: Gemäß Art. 312 OR verpflichtet sich der Darleiher «zur Über-

¹ OSER/SCHÖNENBERGER N. 3 zu Art. 316 OR.

tragung des Eigentums an einer Summe Geldes oder an andern vertretbaren Sachen». Die typische Hauptleistungspflicht des Darlehens besteht danach in einer einfachen Verbindlichkeit zur Ausrichtung der Darlehenssumme. Hat der Darleiher diese seine Pflicht erfüllt, ist die von ihm geschuldete Leistung vollständig erbracht und das Rücktrittsrecht folgerichtig ausgeschlossen. – Bei einer solchen Konzeption des Darlehensvertrages stimmt Art. 316 Abs. 1 mit Art. 83 Abs. 2 OR allerdings überein: Nach beiden Vorschriften ist das Rücktrittsrecht so lange gegeben, als der rücktrittswillige Partner nicht vollständig erfüllt hat.

Indessen erweist sich die dargestellte Auffassung über das Wesen des Darlehensvertrages als falsch. Der Gesetzgeber übersieht in Art. 312 und – an sich kosequent – auch in Art. 316 Abs. 1 OR, daß sich die vom Darleiher geschuldete typische Hauptleistung nicht in der einmaligen Aushändigung der Darlehenssumme erschöpft, sondern auf dauernde Gebrauchsüberlassung von Kapital richtet (vgl. S. 11). Mit der Übertragung des Eigentums erfüllt der Darlehensgeber seine Leistungspflicht keineswegs vollständig. Vielmehr beginnt er erst mit der Erfüllung der Dauerschuld. Solange ein Vertragspartner aber zu erfüllen hat, ist er nach Art. 83 Abs. 2 OR zum Rücktritt (bzw. zur Kündigung) berechtigt (vgl. S. 96), jedoch nicht nach Art. 316 Abs. 1 OR.

Auch diese zweite Differenz zwischen Art. 83 Abs. 2 und 316 Abs. 1 OR läßt sich nicht rechtfertigen (zur ersten vgl. S. 102). Denn der Darleiher bedarf – bei Zahlungsunfähigkeit des Borgers – auch dann des Schutzes gegen die Gefährdung seiner Ansprüche, wenn er das Darlehen bereits ausgehändigt hat:

Dies gilt zunächst mit Bezug auf den Rückforderungsanspruch. Mit Rücksicht auf ihn sollte der Darleiher nicht gezwungen sein, dem Vermögenszerfall des Borgers untätig zuzusehen. Vielmehr müßte er das Recht zur vorzeitigen Vertragsbeendigung besitzen, um die Rückforderung in einem Zeitpunkt geltend machen zu können, in dem beim Borger allenfalls noch etwas zu holen wäre. Darin läge eine sinnvolle Weiterführung des in Art. 316 Abs. 1 OR enthaltenen Zweckgedankens (vgl. S. 101 a. E.).

Dasselbe gilt – beim entgeltlichen Darlehen – auch mit Bezug auf die Zinsansprüche. Sind diese infolge nachträglicher Zahlungsunfähigkeit des Borgers gefährdet, muß der Darleiher die begonnene Leistung (Gebrauchsüberlassung) in gleicher Weise einstellen können, wie das der Vermieter

bzw. Verpächter bei eintretender Zahlungsunfähigkeit seines Vertragspartners kann. Da ihm das Recht hierzu vom speziellen Art. 316 Abs. 1 OR nicht eingeräumt wird, stellt sich die Frage, ob er gemäß Art. 83 Abs. 2 OR zur vorzeitigen Vertragsbeendigung befugt ist. Die Antwort ergibt sich aus nachstehender Erörterung über den Anwendungsbereich der genannten, allgemeinen Vorschrift:

γ) *Der Anwendungsbereich des Art. 83 Abs. 2 OR bei nachträglicher Zahlungsunfähigkeit des Borgers*

Art. 316 Abs. 1 ist im Verhältnis zu Art. 83 Abs. 2 OR die spezielle Norm. Als solche derogiert sie der generellen Vorschrift, soweit sie die Folgen nachträglicher Zahlungsunfähigkeit des Borgers regelt. Es fragt sich daher, ob und wann Art. 83 Abs. 2 OR bei nachträglicher Zahlungsunfähigkeit des Borgers anwendbar ist.

aa) Zunächst steht fest, daß Art. 83 Abs. 2 OR *vor Aushändigung des Darlehens* nicht zur Anwendung gelangt. Die Folgen nachträglicher Zahlungsunfähigkeit werden hier abschließend durch Art. 316 Abs. 1 OR geregelt, und zwar sowohl für das entgeltliche wie für das unentgeltliche Darlehen.

bb) Was die Situation *nach Aushändigung des Darlehens* betrifft, so sind das unentgeltliche und das entgeltliche Darlehen auseinanderzuhalten.

Beim *unentgeltlichen* Darlehen finden weder Art. 83 Abs. 2 noch Art. 316 Abs. 1 OR Anwendung¹. Denn Art. 316 Abs. 1 OR bezieht sich einzig auf solche Darlehensverträge, bei denen mit der Dauerleistung noch nicht begonnen wurde. Und Art. 83 Abs. 2 OR setzt den Bestand eines vollkommen zweiseitigen (synallagmatischen) Vertrages voraus. Das unentgeltliche Darlehen aber ist ein nur unvollkommen zweiseitiger Vertrag.

Beim *entgeltlichen* Darlehen hingegen kommt Art. 83 Abs. 2 OR zur Anwendung. Denn:

Erstens ist das entgeltliche Darlehen (im Unterschied zum unentgeltlichen) ein synallagmatischer Vertrag (a. A.: BGE 93 II 192; 80 II 334). Zweitens hat der Darleiher mit Aushändigung der Darlehenssumme nicht

¹ Manifestiert sich indessen die nachträgliche Zahlungsunfähigkeit des Darlehensnehmers in dessen Konkurs, wird die Darlehenssumme gemäß Art. 208 SchKG ipso iure zur Rückzahlung (an die Konkursmasse) fällig, womit der Darlehensvertrag zu Ende geht.

«vollständig» geleistet, sondern mit der Leistung erst begonnen (vgl. S. 103). Und drittens besteht kein sachlicher Grund, den Darleiher bei nachträglicher Zahlungsunfähigkeit des Vertragspartners schlechter zu stellen als andere Dauerleistungsschuldner (insbesondere als den Vermieter und Verpächter; vgl. S. 103 f.). Ist seine Zinsforderung gefährdet und wird er auf sein Begehren nicht innert angemessener Frist sichergestellt, kann er daher den Darlehensvertrag gemäß Art. 83 Abs. 2 OR beenden (vgl. 94 ff.).

Etwas anderes läßt sich insbesondere nicht etwa aus dem Umstand herleiten, daß Art. 316 Abs. 1 OR dem Darleiher ein Rücktrittsrecht nur bis zur Aushändigung des Darlehens einräumt; beruht doch diese Regelung offensichtlich auf der falschen Ansicht, die Leistung des Darleihers sei mit Übereignung der Darlehenssumme vollständig abgeschlossen (vgl. S. 103). Art. 316 Abs. 1 OR will also gar nichts für den Fall bestimmen, wonach der Darleiher *nach* Aushändigung der Darlehenssumme weiter leistet. Insoweit vermag er daher Art. 83 Abs. 2 OR auch nicht zu derogieren.

c) Nachträgliche Zahlungsunfähigkeit des Mieters (Art. 266 OR)

Art. 266 OR lautet: Wenn der Mieter in Konkurs fällt, so ist der Vermieter zur Auflösung der Miete berechtigt, sofern ihm nicht binnen angemessener Frist für die rückständigen und später fälligen Mietzinse Sicherheit geleistet wird.

Nach dem *Wortlaut* dieses Artikels ist es zwar der Konkurs des Mieters, welcher das Beendigungsrecht des Vermieters entstehen läßt. Dem *Inhalt* der Bestimmung nach knüpft sich jedoch das entstehende Gestaltungsrecht nicht an den Konkurs als solchen¹, sondern an die durch den Konkurs manifestierte Zahlungsunfähigkeit des Mieters. In Art. 266 ist mit andern Worten der in Art. 83 Abs. 2 OR enthaltene Rechtssatz speziell ausgesprochen. Materiell wirkt somit auch hier die nachträgliche Zahlungsunfähigkeit als mittelbarer Beendigungsgrund.

Nachstehend befassen wir uns mit der Frage, (α) ob Art. 266 OR (mit dem festgestellten Inhalt) neben Art. 83 Abs. 2 OR notwendig und (β) welches der Anwendungsbereich des Art. 83 Abs. 2 OR bei nachträglicher Zahlungsunfähigkeit des Mieters ist.

¹ Anders das außerordentliche Beendigungsrecht des Verpächters beim Konkurs des Pächters (vgl. S. 111 f.).

α) *Ist Art. 266 OR neben Art. 83 Abs. 2 OR notwendig?*

Die durch Konkursöffnung manifestierte Zahlungsunfähigkeit des Mieters hat nach Art. 266 OR ein «Auflösungsrecht» zugunsten des Vermieters zur Folge. Unter «Auflösungsrecht» ist in diesem Zusammenhang (in Übereinstimmung mit der gebräuchlichen Terminologie)¹ ein Kündigungsrecht zu verstehen. Da der Gesetzgeber in Art. 266 OR die Vertragsbeendigung nach Übertragung der Mietsache an den Mieter geregelt hat (vgl. S. 108), stimmt die genannte Rechtsfolge der Zahlungsunfähigkeit (Kündigungsrecht) mit jener Rechtsfolge überein, welche in Anwendung des Art. 83 Abs. 2 OR ebenfalls einträte. Denn auch das Rücktrittsrecht des Art. 83 Abs. 2 OR würde nach Beginn der dauernden Gebrauchsüberlassung zu einem Kündigungsrecht (vgl. S. 97). Aber nicht nur mit Bezug auf die Wirkung der Zahlungsunfähigkeit, sondern auch mit Rücksicht auf die Voraussetzungen, unter denen diese Wirkung eintritt, decken sich die Art. 266 und 83 Abs. 2 OR²; außer daß sich die Zahlungsunfähigkeit nach Art. 266 OR im Konkurs offenbaren muß. Bestände Art. 266 OR nicht, könnte sich also der Vermieter im Konkurs des Mieters nach Art. 83 Abs. 2 OR von seiner dauernden Leistungspflicht befreien (vgl. S. 94 ff.).

Im letztgenannten Punkt weicht unsere Ansicht allerdings von der verbreiteten Meinung ab, Art. 266 OR sei deshalb notwendig, weil Art. 83 Abs. 2 OR den Vermieter nach Übergabe des Mietgegenstandes zum vorneherein nicht mehr schützen würde³. Diese Rechtslage wäre indessen nur dann gegeben, wenn sich die Leistung des Vermieters in der Übergabe des Mietobjektes erschöpfte; alsdann fehlte es tatsächlich an jener Voraussetzung des Art. 83 OR, wonach die beendigungswillige Partei ihrerseits nicht vollständig erfüllt haben darf (vgl. S. 95). Nun aber leistet der Vermieter in Wirklichkeit nicht nur durch die Übergabe des Mietgegen-

¹ Vgl. vorne, S. 30.

² Zwar verlangt Art. 266 OR (im Unterschied zu Art. 83 OR) nicht ausdrücklich, daß der Anspruch des beendigungswilligen Vermieters gefährdet sein müsse. Diese Voraussetzung des Beendigungsrechts besteht indessen gleichwohl; ist doch der Vermieter nach Art. 266 OR nur dann zur Vertragsauflösung berechtigt, wenn er auf sein Begehren nicht innert angemessener Frist sichergestellt wird. A fortiori steht ihm kein Beendigungsrecht zu, sofern er bei der Konkursöffnung bereits sichergestellt ist.

³ Vgl. z. B. BECKER N. 1 zu Art. 266 OR; OSER/SCHÖNENBERGER N. 1 zu Art. 266 OR; ROLF PETER, S. 46.

standes, sondern auch (und das vor allem!) durch dessen Gebrauchsüberlassung und Erhaltung in vertragsgemäßem Zustand (Art. 254 OR; vgl. S. 10). Mit Übergabe des Mietobjektes ist daher die Leistungspflicht des Vermieters nicht vollständig erfüllt, weshalb das in Art. 83 Abs. 2 OR vorgesehene Beendigungsrecht – auch nach Beginn der typischen Hauptleistung – durchaus entstehen könnte.

Bewirkt demnach der spezielle Art. 266 OR im Konkursfall des Mieters keine andere Rechtslage, als sie auch nach Art. 83 Abs. 2 OR bestände, ist er neben dieser allgemeinen Vorschrift zwar nicht notwendig. Immerhin hat er aber den Sinn einer erwünschten Klarstellung, wenn auch nur für den Fall, daß sich die Zahlungsunfähigkeit des Mieters in dessen Konkurs manifestiert.

β) *Der Anwendungsbereich des Art. 83 Abs. 2 OR
bei nachträglicher Zahlungsunfähigkeit des Mieters*

Art. 83 Abs. 2 ist die allgemeine, Art. 266 OR die spezielle Bestimmung. Die spezielle Bestimmung derogiert der allgemeinen, weshalb sich die Frage stellt, ob und wann Art. 83 Abs. 2 bei nachträglicher Zahlungsunfähigkeit des Mieters zur Anwendung gelangt.

aa) Zunächst steht fest: Art. 83 Abs. 2 OR ist *vor Übertragung der Mietsache* auch dann anwendbar, wenn sich die nachträgliche Zahlungsunfähigkeit des Mieters durch dessen Konkurs manifestiert. Da Art. 266 OR einzig für Fälle geschaffen wurde, bei denen der beendigungswillige Vermieter die Mietsache bereits übertragen hat¹, kommt er vor deren Übertragung nicht zur Anwendung².

bb) *Nach Übertragung der Mietsache* ergeben sich zwei Fragen: Die eine, ob Art. 83 Abs. 2 OR bei nachträglichem Konkurs des Mieters Anwendung findet; die andere, ob Art. 83 Abs. 2 OR zur Anwendung kommt, wenn sich die Zahlungsunfähigkeit des Mieters anders als durch Konkurseröffnung offenbart.

Die *erste* Frage ist zu *verneinen*. Bei nachträglichem Konkurs des Mieters kommt der allgemeine Art. 83 Abs. 2 OR nicht zur Anwendung, da dieser Fall vom speziellen Art. 266 OR abschließend geregelt ist.

¹ Vgl. hinten, S. 108.

² Gleicher Ansicht: FICK N. 2 zu Art. 266 OR.

Die *zweite* Frage dagegen ist zu *bejahen*. Offenbart sich die nachträgliche Zahlungsunfähigkeit des Mieters anders als durch Konkurs, steht der Anwendung von Art. 83 Abs. 2 OR nichts im Weg. Das Gegenteil kann insbesondere nicht a contrario aus Art. 266 OR geschlossen werden.

Gegen einen derartigen Umkehrschluß würden vorab Zweckmäßigkeitsgründe sprechen. Ob sich die Zahlungsunfähigkeit des Mieters durch Konkurs, fruchtlose Pfändung, Zahlungseinstellung oder anderswie manifestiert: das Interesse des Vermieters an der Befreiung von der eigenen Leistungspflicht ist stets dasselbe. Mit dem Grundgedanken von Art. 83 Abs. 2 OR wäre es daher unvereinbar, wenn sich der Vermieter nach Übertragung der Mietsache lediglich gegen die Zahlungsunfähigkeit des konkursiten Mieters schützen könnte. Auch ist kein Grund ersichtlich, weshalb der Vermieter nach Beginn der Dauerleistung schlechter gestellt sein soll als vorher.

Sodann ist der Ausschluß des Art. 83 Abs. 2 OR vom Gesetzgeber gar nicht gewollt; hat er doch Art. 266 OR nur deshalb geschaffen, weil er – wie gewisse Autoren¹ – der (irrigen)¹ Ansicht war, Art. 83 nütze dem Vermieter nach Übertragung des Mietobjektes nichts mehr². Gewollt ist also (für die Zeit nach Übertragung der Mietsache) ein zusätzlicher Schutz des Vermieters bei Konkurs des Mieters und nicht der Ausschluß des Art. 83 Abs. 2 OR.

cc) *Zusammenfassend* können wir festhalten, daß der allgemeine Art. 83 Abs. 2 OR in zwei Fällen Anwendung findet: Erstens, wenn mit der typischen Dauerleistung noch nicht begonnen wurde. Zweitens nach Beginn der typischen Dauerleistung, wenn die Zahlungsunfähigkeit des Mieters anders als durch Konkursöffnung manifest wird.

D. KONKURS UND PFÄNDUNG

Konkurs und (fruchtlose) Pfändung sind die klarste Demonstration nachträglicher Zahlungsunfähigkeit einer Vertragspartei. Als solche lassen sie gemäß Art. 83 Abs. 2 oder kraft spezieller Bestimmungen des OR ein Beendigungsrecht des Vertragspartners entstehen. Damit haben wir uns unter lit. C. befaßt (S. 93 ff.).

¹ Vgl. vorne, S. 106f.

² ROLF PETER, S. 46.

Im Folgenden besprechen wir Fälle, in denen Konkurs und Pfändung «aus sich heraus» – also nicht deshalb, weil sie die Zahlungsunfähigkeit einer Vertragspartei offenbaren – zum Vertragsende führen. Dabei beschränken wir uns auf die *privatrechtliche* Wirkung der genannten Beendigungsgründe. Insbesondere befassen wir uns mit der möglichen Vertragsbeendigung gemäß Art. 211 SchKG nur dann¹, wenn dies im Zusammenhang mit der Besprechung einer Vorschrift des Obligationenrechts notwendig ist.

Eine allgemeine Norm des OR, welche Dauerverträge bei Konkurs oder Pfändung eines Kontrahenten zu Ende gehen ließe, gibt es nicht. Doch enthält der spezielle Teil des OR verschiedene Vorschriften, wonach der Konkurs, eventuell die Pfändung eines Vertragspartners (oder die der Pfändung folgende Zwangsverwertung) zum außerordentlichen Vertragsende gewisser Dauerverträge führt. Eine dieser Vorschriften läßt sich auf Dauerverträge allerdings nur analog anwenden. Mit ihr befassen wir uns zuerst.

*1. Konkurs eines Vertragspartners:
außerordentlicher Beendigungsgrund
von Dauerverträgen in analoger Anwendung
des Art. 250 Abs. 2 OR*

Gemäß Art. 250 Abs. 2 OR fällt mit dem Konkurs des Schenkers das Schenkungsversprechen ipso iure dahin². Der Schenkungsgläubiger verliert damit seinen Anspruch auf Erbringung der ihm unentgeltlich versprochenen Leistung; und zwar deshalb, weil das Gesetz die Interessen der übrigen, «entgeltlich» berechtigten Gläubiger als schutzwürdiger erachtet: Deren Befriedigung aus dem Vermögen des Gemeinschuldners soll nicht dadurch beeinträchtigt werden, daß sich der Gemeinschuldner gefälligkeitshalber verpflichtet hat.

¹ Zu diesem Problem vgl. den Exkurs von MAX GULDENER über die Wirkung des Konkurses auf schuldrechtliche Verträge des Gemeinschuldners, in HANS FRITZSCHE, Bd. 2., S. 66, Anm. 99; ebenso ROLF PETER.

² Pro memoria: Art. 250 Abs. 2 OR nennt außer der Konkurseröffnung auch die Ausstellung eines Verlustscheines gegen den Schenker als Beendigungsgrund der Schenkung. Ob die Ausstellung eines Verlustscheines in analoger Anwendung des Art. 250 Abs. 2 OR auch bei den unentgeltlichen Dauerverträgen als Beendigungsgrund wirkt, bedürfte einer nähern Abklärung.

Diese Überlegung, welche für die Schenkung, dem Urbild des unentgeltlichen Vertrages¹, richtig ist, rechtfertigt sich auch für die unentgeltlichen Dauerverträge. Gerät der Schuldner einer unentgeltlich versprochenen Dauerleistung in Konkurs, liegt nach der Interessenlage derselbe Tatbestand vor wie der in Art. 250 Abs. 2 OR geordnete; allerdings nur, wenn erstens die unentgeltliche Leistung nicht auf Grund einer sittlichen Pflicht versprochen wurde (vgl. Art. 239 Abs. 3 OR) und wenn zweitens der Weiterbestand des unentgeltlichen Leistungsanspruchs die Befriedigung der mit dem Leistungsgläubiger konkurrierenden übrigen Gläubiger beeinträchtigt². Das letztere ist insbesondere der Fall bei der unentgeltlichen Leibrente und beim unentgeltlichen Darlehen, allenfalls auch bei der Gebrauchsleihe und der unentgeltlichen Hinterlegung. Liegt außer der zweit- auch die erstgenannte Voraussetzung vor, ist Art. 250 Abs. 2 OR analog auf diese Dauerverträge anzuwenden. Alsdann enden sie mit dem Konkurs des Leistungsschuldners ipso iure: und zwar so, daß die unentgeltlich übernommene Dauerleistungspflicht (auch nach Beginn ihrer Erfüllung) vollständig (ex nunc) erlischt (sich also nicht in eine einmalige Leistungspflicht verwandelt; vgl. S. 113 und S. 114). Daß diese Rechtsfolge vom OR nicht ausdrücklich angeordnet wird, erachten wir als Mangel der gesetzlichen Beendigungsordnung.

*2. Konkurs und Pfändung eines Vertragspartners:
außerordentlicher Beendigungsgrund kraft ausdrücklicher
Gesetzesbestimmung*

Ausdrückliche Vorschriften enthält das OR über den Konkurs des Pächters, Auftraggebers (im Agenturvertrag), Leibrentenschuldners, Pfrundgebers und einfachen Gesellschafters. Was den Pfrundgeber und den einfachen Gesellschafter betrifft, so befaßt sich das Gesetz außerdem mit den Folgen der Pfändung.

Nachstehend erörtern wir die genannten Bestimmungen im einzelnen:

¹ Vgl. FRANZ GSCHNITZER, Schuldrecht, 2. Bd., S. 41.

² Eine Beeinträchtigung dieser Befriedigung ist (nur) dann zu verneinen, wenn die Erfüllung des unentgeltlichen Anspruchs aus Mitteln geschieht, welche nicht in die Konkursmasse gehören.

a) Konkurs des Pächters (Art. 295 OR)

Fällt der Pächter in Konkurs, so erlischt das Pachtverhältnis nach Art. 295 OR mit der Konkursöffnung (Abs. 1). Sofern jedoch dem Verpächter für den laufenden Pachtzins und den Bestand des Inventars hinreichende Sicherheit geleistet wird, ist er pflichtig, die Pacht bis zum Ende des Pachtjahres fortzusetzen (Abs. 2). Der Konkurs des Pächters erweist sich demnach als unmittelbarer Beendigungsgrund mit bedingt sofortiger Wirkung.

Die Statuierung des genannten Beendigungsgrundes in Art. 295 OR schließt im Konkursfall des Pächters sowohl die Anwendung von Art. 83 OR aus, als auch jene des Art. 211 Abs. 1 SchKG, wonach Forderungen gegen den Konkursiten, welche nicht eine Geldzahlung zum Gegenstand haben, bei Konkursöffnung in Geldforderungen von entsprechendem Werte umgewandelt werden. Dieser Ausschluß hat ein Zweifaches zur Folge:

1. Einerseits wird dem zahlungsunfähigen falliten Pächter die Chance genommen, den Verpächter (aus Mitteln, die nicht zur Konkursmasse gehören) sicherzustellen und damit gemäß Art. 83 OR über das Pachtjahr hinaus (Art. 295 Abs. 2 OR) im Vertrag zu bleiben.

2. Andererseits entzieht Art. 295 OR dem Verpächter das Recht, auch bei ausbleibender Sicherstellung am Verträge festzuhalten und seine zukünftige Pachtzinsforderung als Konkursforderung durchzusetzen¹.

Somit stellt Art. 295 OR jede Partei des Pachtvertrages schlechter, als sie stände, wenn Art. 83 OR (und damit auch Art. 211 Abs. 1 SchKG) zur Anwendung käme. Es erhebt sich daher die Frage nach den Gründen, auf denen die Bestimmung des Art. 295 OR basiert.

Als mögliche Gründe (die aber vorwiegend die landwirtschaftliche Pacht betreffen) sind die drei folgenden zu nennen: Erstens wird der Pächter (wie jeder Konkursit) für die Dauer des Konkurses dispositionsunfähig und deshalb bis zum Konkursende außerstande gesetzt, das Pachtgewerbe auf eigene Rechnung zu betreiben. Zweitens ist der Verpächter nicht bloß

¹ Entgegen der herrschenden Meinung sind wir der Ansicht, die Pachtzinsschuld als Dauerschuld habe keine «Geldzahlung» im Sinne von Art. 211 Abs. 1 SchKG zum Gegenstand, weshalb sie nach Art. 211 Abs. 1 SchKG in eine einmalige Geldschuld umgewandelt würde, wenn Art. 295 OR nicht bestände.

an der Sicherstellung des Pachtzinses (Art. 83 OR) und des Inventarbestandes, sondern vor allem daran interessiert, sein Pachtgut von einem leistungsfähigen Vertragspartner fachgerecht bewirtschaften zu lassen. Der Konkurs des Pächters aber manifestiert in der Vielzahl der Fälle dessen fachliche Unfähigkeit und die von ihm betriebene Mißwirtschaft. Drittens ist es der Konkursverwaltung verwehrt, gemäß Art. 211 Abs. 2 SchKG an Stelle des konkursiten Pächters in den Vertrag einzutreten, da sie nicht sämtliche seiner Pflichten erfüllen kann.

Diese Gründe rechtfertigen es zwar, daß der Konkurs des Pächters aus sich heraus (vgl. S. 109) zum Vertragsende führt. Doch sind sie nicht derart, daß die Beendigungswirkung unmittelbar, also insbesondere unabhängig vom Willen des Verpächters, zu sein brauchte. Vielmehr würde die Entstehung eines Beendigungsrechts zugunsten des Verpächters genügen.

Die Unmittelbarkeit der Beendigungswirkung mag (u. a.) daher rühren, daß Art. 295 OR ein Residuum aus verflossener Zeit darstellt (vgl. bereits Art. 315 a OR): einer Zeit, in der jeder Konkurs mit «Ehrenfolgen» für den Konkursiten begleitet und ein «ehrloser» Pächter für den (Bauern-) Stolz des Verpächters zum vorneherein unerträglich war.

b) Konkurs des Auftraggebers im Agenturvertrag (Art. 418 s Abs. 1 OR)

Nach Art. 418s Abs. 1 OR geht das Agenturverhältnis mit dem Konkurs des Auftraggebers ipso iure zu Ende. Bei der Statuierung dieses unmittelbaren Beendigungsgrundes hat sich der Gesetzgeber offenbar am Auftragsrecht orientiert (vgl. Art. 405 OR). Richtig wäre es gewesen, die Regeln des Dienstvertragsrechts zu übernehmen.

Der Konkurs des Dienstherrn an sich hat weder die unmittelbare Beendigung des Dienstvertrages zur Folge, noch gibt er dem Dienstpflichtigen einen «wichtigen Grund» (Art. 352 OR) zur sofortigen Vertragsbeendigung. Denn es könnte, wie das Bundesgericht in seinem Entscheid 53 III 209 ausführt, von fatalsten Folgen für die Abwicklung des Konkurses sein, wenn die Dienstpflichtigen auf die Konkurseröffnung des Dienstherrn hin den Dienst ohne weiteres verlassen dürften.

Gleiche Folgen drohen aber, wenn die Agenten – gemäß Art. 418s Abs. 1 OR hierzu berechtigt – ihre Tätigkeit beim Konkurs des Auftraggebers einfach einstellen. Wir denken z. B. an die zusätzlichen Verluste, die dadurch entstehen, daß die Waren von Großhändlern und Produzen-

ten nicht mehr regulär verkauft (Verkaufsagentur), sondern liegen gelassen und schließlich zu tiefen Preisen liquidiert werden. Der Konkursverwaltung sollte es auch hier (wie beim Konkurs des Dienstherrn) möglich sein, unter entsprechender Sicherstellung des Arbeitspflichtigen in den Vertrag einzutreten (Art. 211 Abs. 2 SchKG)¹. Dies jedoch setzt voraus, daß der Agenturvertrag bei Konkurs des Auftraggebers nicht ipso iure erlischt, wie das de lege lata noch der Fall ist.

c) Konkurs des Leibrentenschuldners (Art. 518 Abs. 3 OR)

«Fällt der Leibrentenschuldner in Konkurs, so ist der Leibrentengläubiger» gemäß Art. 518 Abs. 3 OR «berechtigt, seine Ansprüche in Form einer Kapitalforderung geltend zu machen, deren Wert durch das Kapital bestimmt wird, womit die nämliche Leibrente zur Zeit der Konkursöffnung bei einer soliden Rentenanstalt bestellt werden könnte». Danach führt der Konkurs des Leibrentenschuldners ipso iure zur Umwandlung der dauernden Leibrentenforderung in einen einfachen Kapitalanspruch und damit zum Vertragsende im weiten Sinne (vgl. S. 17 f.). Er ist außerordentlicher unmittelbarer Beendigungsgrund des Leibrentenvertrages.

Die in Art. 518 Abs. 3 OR statuierte Umgestaltung der Leibrentenforderung greift indessen nur dann Platz, wenn die Forderung nicht in analoger Anwendung des Art. 250 Abs. 2 OR vollständig erlischt (vgl. S. 109 f.). Bleibt also der Anspruch des Leibrentengläubigers beim Konkurs des Rentenschuldners grundsätzlich bestehen, wird er nach Art. 518 Abs. 3 OR umgewandelt, damit er am Konkurs des Rentenschuldners teilnehmen kann: Dies in Übereinstimmung mit jenem Prinzip des Zwangsvollstreckungsrechts, wonach im Konkurs des Gemeinschuldners der gegenwärtige Geldwert der mit der Konkursöffnung fällig werdenden (Art. 208 SchKG) Forderungen einzusetzen ist (vgl. insbes. Art. 211 Abs. 1 SchKG).

Die Bestimmung des Art. 518 Abs. 3 OR, welche bereits im OR vom 14. Juni 1881 (i. K. seit 1. Januar 1883) enthalten war (vgl. Art. 522 aOR), gehört unseres Erachtens in das später (am 1. Januar 1892) in Kraft getretene SchKG (vom 11. April 1889), das sich in Art. 208 ff. mit der

¹ Der Eintritt der Konkursverwaltung wäre abhängig von der Ermächtigung der ersten Gläubigerversammlung zur Fortsetzung des vom Gemeinschuldner betriebenen Handels resp. Gewerbes (Art. 237 Abs. 3 Ziff. 2 SchKG).

Umgestaltung der Gläubigerrechte zum Zwecke ihrer Zwangsvollstreckung befaßt und in Art. 210 Abs. 2 ausdrücklich auf Art. 518 Abs. 3 OR verweist.

d) Konkurs und Pfändung des Pfrundgebers (Art. 529 Abs. 2 und 3 OR)

Bei der Regelung des Verpfändungsvertrages (im rev. OR vom 30. März 1911) hat der Gesetzgeber in Art. 529 Abs. 2 OR eine Parallelbestimmung zu Art. 518 Abs. 3 OR geschaffen. Danach steht dem Pfründer im *Konkurs* des Pfrundgebers (an Stelle der ursprünglichen Pfrundforderung) ein einfacher Kapitalanspruch zu. Mit dem Konkurs des Pfrundgebers wandelt sich also dessen dauernde typische Leistungspflicht in die Pflicht zu einmaliger Geldleistung um¹, womit der Pfrundvertrag im weiten Sinne endet (vgl. S. 17 f.). Der Konkurs des Pfrundgebers wirkt somit wie jener des Leibrentenschuldners als außerordentlicher Beendigungsgrund, und zwar ebenfalls mit dem Zwecke, die Teilnahme der Dauerforderung am Konkurs des falliten Gemeinschuldners zu ermöglichen. Dabei gilt für Art. 529 Abs. 2 OR dasselbe, was wir von Art. 518 Abs. 3 OR gesagt haben: Die Bestimmung gehört systematisch ins SchKG, welches sich in den Art. 208 ff. mit der Umgestaltung der Gläubigerrechte im Konkurs des Schuldners befaßt.

Ins SchKG, und zwar zu dessen Art. 111, gehört auch die Vorschrift des Art. 529 Abs. 3 OR, wonach der Pfründer mit einem dem Werte

¹ Dabei fällt allerdings auf, daß Art. 529 Abs. 2 OR die Umgestaltung der Pfrundforderung nicht *expressis verbis* anordnet, sondern lediglich das Resultat der Umgestaltung festhält («im Konkurs des Pfrundgebers besteht die Forderung des Pfründers in dem Betrage, womit ...»). Mit Rücksicht darauf ist unklar, ob Art. 529 Abs. 2 OR die genannte Umwandlung des Pfrundanspruchs selber (aber stillschweigend) statuiert, oder ob er eine Umwandlung gemäß dem früher in Kraft getretenen Art. 211 Abs. 1 SchKG voraussetzt und lediglich die Methode zur Berechnung der umgewandelten Forderung bestimmt. Im ersten Fall qualifiziert sich der Konkurs des Pfrundgebers als Beendigungsgrund des OR, im zweiten Fall als Beendigungsgrund des SchKG.

Da Art. 529 Abs. 2 OR eine Parallelbestimmung zu Art. 518 Abs. 3 OR darstellt, neigen wir eher zur Ansicht, der erste Fall treffe zu. Mit Bezug auf Art. 518 Abs. 3 OR (betr. den Konkurs des Leibrentenschuldners) steht nämlich fest, daß er jedenfalls nicht eine Umwandlung nach Art. 211 Abs. 1 OR voraussetzt (obwohl dies auch mit seinem Wortlaut vereinbar wäre); ist doch Art. 518 Abs. 3 OR vor Art. 211 Abs. 2 OR in Kraft getreten (vgl. S. 113). Hätte der Gesetzgeber für Art. 529 Abs. 2 OR etwas anderes bestimmen wollen, hätte er dies wohl deutlich zum Ausdruck gebracht.

seiner Forderung entsprechenden Anspruch (berechnet gemäß Art. 529 Abs. 2 OR) an der *Pfändung* des Pfrundgebers teilnehmen kann. Die Auspfändung des Pfrundgebers ist nach dieser Bestimmung zum mittelbaren Beendigungsgrund des Pfrundvertrages erhoben¹. Sie berechtigt den Pfründer, statt der dauernden Pfrund- eine einmalige Kapitaleistung zu verlangen. Übt er das Recht aus, endet der Pfrundvertrag in seiner Eigenschaft als Dauervertrag, damit der Pfründer mit dem Werte seiner ganzen Forderung als privilegierter Anschlußgläubiger (gemäß Art. 111 SchKG) an der Pfändung des typischen Hauptleistungsschuldners teilnehmen kann. Er soll nicht zusehen müssen, wie die vorhandenen Vermögensstücke, die allenfalls gerade aus seiner Kapitaleistung angeschafft wurden, von andern Gläubigern weggepfändet werden. Dies, nachdem er vielleicht mit Rücksicht auf die engen persönlichen, ja «familiären» Verbindungen mit dem Pfrundgeber die Sicherung seiner Forderung unterlassen hat.

e) Konkurs und Pfändung eines einfachen Gesellschafters (Art. 545 Abs. 1 Ziff. 3 OR)

Gemäß Art. 545 Abs. 1 Ziff. 3 OR wird die einfache Gesellschaft aufgelöst (vgl. S. 18), wenn der Liquidationsanteil eines Gesellschafters zur Zwangsverwertung gelangt oder ein Gesellschafter in Konkurs fällt.

Die Eröffnung des Gesellschafterkonkurses ist also unmittelbarer Beendigungsgrund der einfachen Gesellschaft. Aber auch bei bloßer Pfändung des Liquidationsanteils kommt es unmittelbar zur Vertragsauflösung, sofern der Liquidationsanteil versteigert wird². Als Beendigungsgrund erweist sich somit in diesem Fall nicht die Pfändung als solche (Art. 88 ff. SchKG), sondern die darauf folgende Zwangsverwertung (Art. 122 ff. SchKG).

Die beiden genannten Beendigungsgründe sind vorwiegend im Interesse der Privatgläubiger eines Gesellschafters aufgestellt³. Diese haben am Gesellschaftsvermögen keine weitergehenden Ansprüche als der Gesellschafter selbst. Deshalb können sie nicht einzelne Teile des ein Sonder-

¹ A. A. JAEGER N. 20 zu Art. 111 SchKG.

² Vgl. SIEGWART N. 11 zu Art. 545/547 OR.

³ Vgl. BECKER N. 12 zu Art. 545 OR; THEO GUHL, S. 459; THEODOR SCHMIDLIN, S. 34.

vermögen bildenden Gesellschaftervermögens¹ pfänden lassen oder zur Konkursmasse ziehen, sondern bloß den Liquidationsanteil des Schuldners. Damit ihnen nun die Realisierung des vom Liquidationsanteil repräsentierten Vermögenswertes möglich ist, bilden dessen Zwangsverwertung und die Eröffnung des Gesellschafterkonkurses Beendigungsgründe der einfachen Gesellschaft. Mit der Beendigung (im weiten Sinne) tritt nämlich die einfache Gesellschaft in Liquidation (Art. 548 ff. OR; vgl. S. 205). Die Einlage, welche der Gesellschafter dabei zurückerhält (Art. 548 OR) sowie der auf seinen Kopf entfallende Überschuß (Art. 549 Abs. 1 OR) kommen dem Ersteigerer bzw. der aktiven Konkursmasse zu².

3. Zusammenfassung

Der Konkurs des Verleihers sowie des unentgeltlich verpflichteten Darleihers, Aufbewahrs und Leibrentenschuldners führt unter bestimmten Voraussetzungen zum Vertragsende (vgl. S. 17f.), und zwar in *analoger* Anwendung des Art. 250 Abs. 2 OR (vgl. S. 109 f.).

Ausdrücklicher gesetzlicher Beendigungsgrund dagegen ist zunächst der Konkurs des Pächters (aus verschiedenen Gründen: vgl. S. 111f.), des Auftraggebers im Agenturvertrag (dies zu Unrecht: vgl. S. 112f.) sowie des einfachen Gesellschafters (damit sich der vom Liquidationsanteil des Gesellschafters repräsentierte Vermögenswert realisieren läßt: vgl. S. 115f.). Dabei beschlägt der Beendigungsgrund «Konkurs» den ganzen Dauervertrag, und die typische Hauptleistungspflicht erlischt vollständig (ex nunc).

Nicht vollständig, sondern nur in ihrer charakteristischen Eigenschaft als dauernde Leistungspflicht endet sodann die typische Hauptleistungsschuld beim Konkurs des Pfrundgebers (damit die Pfrundforderung mit den Forderungen der übrigen Konkursgläubiger «konkurrieren» kann: vgl. S. 114f.). Gleich verhält es sich beim Konkurs des Leibrentenschuldners (vgl. S. 113. f), sofern der Leibrentenvertrag nicht in analoger Anwendung des Art. 250 Abs. 2 OR zu Ende geht.

¹ Nicht zum Sondervermögen gehören die Ansprüche des Gesellschafters auf Zinsen, Gewinn und Honorar.

² Maßgebend ist die VO des Bundesgerichts vom 17. 1. 1923 über die Pfändung und Verwertung von Anteilen an Gemeinschaftsvermögen.

Ausdrücklich mit Beendigungswirkung ausgestattet ist schließlich auch die Pfändung des Pfrundgebers (damit der Pfründer mit dem Wert seiner Forderung gemäß Art. 111 SchKG an der Pfändung teilnehmen kann: vgl. S. 114 f.). Dasselbe gilt für die Zwangsverwertung, welche der Pfändung des einfachen Gesellschafters folgt (damit sich der vom Liquidationsanteil des Gesellschafters repräsentierte Vermögenswert realisieren läßt: vgl. S. 115 f.).

Alle aufgezählten Beendigungsgründe wirken «aus sich heraus» (vgl. S. 109). Sie wirken, mit einer Ausnahme, unmittelbar; mittelbarer Beendigungsgrund ist einzig die Pfändung des Pfrundgebers.

2. Sonstige Verhältnisänderungen als «besonders umschriebene» außerordentliche Beendigungsgründe des OR

Die Verhältnisänderungen, welche bis anhin zur Sprache kamen (Tod, Handlungsunfähigkeit, Zahlungsunfähigkeit, Konkurs und Pfändung), betrafen die Person eines Vertragspartners. Daneben gibt es aber auch «veränderte Umstände» außerhalb einer Vertragspartei. Zwei von ihnen sind im OR «besonders umschrieben» (vgl. S. 63 f.) und wirken unter gewissen Voraussetzungen als außerordentliche Beendigungsgründe, nämlich: A. «der Eintritt eines vertragswidrigen Zustandes der Miet- oder Pachtsache» und B. die «nachträgliche Unmöglichkeit» (einer Vertragsleistung oder – bei der einfachen Gesellschaft – des Vertragszweckes).

A. Der Eintritt eines vertragswidrigen Zustandes der Miet- oder der Pachtsache

Wird die Miet- oder Pachtsache dem typischen Hauptleistungsgläubiger in vertragswidrigem Zustand übergeben, so ist dieser nach den speziellen Vorschriften des OR berechtigt, den Vertrag vorzeitig zu beenden. Dasselbe gilt, wenn die Sache während der Erfüllung der typischen Hauptleistungspflicht in vertragswidrigen Zustand gerät (Art. 254 Abs. 2, 255 Abs. 1, 277 Abs. 2 OR).

Tritt der vertragswidrige Zustand des Miet- oder Pachtobjektes *nach Vertragsabschluß* ein, liegt ein veränderter Umstand vor. Insofern kann

man sagen, daß hier eine Verhältnisänderung als mittelbarer Beendigungsgrund wirkt (vgl. S. 26).

Eigentlicher Grund des entstehenden Beendigungsrechts ist indessen nicht die Veränderung des Vertragsgegenstandes an sich, sondern der *Verzug* des typischen Hauptleistungsschuldners mit der Erfüllung seiner Pflicht, die Sache in gehörigem Zustand zu übergeben und darin zu erhalten (Art. 254 Abs. 1, 277 Abs. 1 OR). Deshalb werden wir uns mit dem «vertragswidrigen Zustand der Miet- und Pachtsache» bei der Behandlung des Schuldnerverzuges auseinandersetzen (vgl. S. 157 ff.). Unter dem Gesichtspunkt der Veränderung bietet der Tatbestand keine Besonderheit, sodaß er hier nicht weiter besprochen werden muß.

B. Die «nachträgliche Unmöglichkeit»

Was bei Vereinbarung des Vertrages möglich ist, kann nachträglich unmöglich werden: z. B. eine versprochene Vertragsleistung, die Erreichung eines Leistungszweckes, die Leistung an eine bestimmte Person usw. Die nachträgliche Unmöglichkeit ist in solchen Fällen ein «veränderter Umstand», der seinerseits auf veränderten Umständen beruht. Beschlägt sie die typische Hauptleistung (vgl. S. 5) eines Dauervertrages oder – bei der einfachen Gesellschaft – den Vertragszweck, wirkt sie allenfalls als außerordentlicher Beendigungsgrund. Damit beschäftigen wir uns im Folgenden. Die nachträgliche Unmöglichkeit bei der einfachen Gesellschaft besprechen wir dabei gesondert (vgl. S. 126 ff.). Und mit Bezug auf die übrigen Dauervertragsarten klammern wir jene (in anderem Zusammenhang behandelten) Unmöglichkeitstatbestände aus, welche von speziellen Beendigungsbestimmungen des OR erfaßt werden (vgl. S. 73 f., 74, 76, 77, 85).

1. Von der nachträglichen (Leistungs-) Unmöglichkeit bei den Dauerverträgen des OR (unter Ausschluß der einfachen Gesellschaft)

Die vom Schuldner eines Dauervertrages versprochene Leistung kann ursprünglich, d. h. bereits bei Vertragsabschluß, unmöglich sein. Der vereinbarte Vertrag kommt alsdann nicht zustande; er ist nichtig (Art. 20 Abs. 1 OR; vgl. aber Art. 20 Abs. 2 OR). Wird die Leistung nach Abschluß des Vertrages unmöglich, sprechen wir von nachträglicher Lei-

stungsunmöglichkeit oder kurz: von nachträglicher Unmöglichkeit. Mit den Folgen dieser Unmöglichkeit befassen sich allgemein die Art. 97 und 119 OR. Bevor wir uns damit auseinandersetzen, gilt es, den Begriff der Unmöglichkeit abzuklären:

a) Der Begriff der (Leistungs-) Unmöglichkeit

Unmöglichkeit und Möglichkeit sind logisch fest umgrenzte Begriffe. Möglich ist, was sein und geschehen, unmöglich, was nicht sein und nicht geschehen kann. Unmöglichkeit, die geschuldete Leistung zu erbringen, bedeutet danach: *Nichtleistenkönnen*¹. Dabei hat das Nichtleistenkönnen seine Ursache entweder in der Außenwelt (obj. Unmöglichkeit) oder in der Person des Schuldners (subj. Unmöglichkeit).

Mit diesem logischen Begriff der Unmöglichkeit deckt sich auch der in Art. 97 und 119 OR verwendete rechtliche Unmöglichkeitsbegriff². Seiner Ausdehnung auf Tatbestände, in denen die Leistung möglich, aber «unerschwinglich» ist, stimmen wir nicht bei³. Die «Unerschwinglichkeit»⁴ will ein *Nichtleistensollen* begründen, das sich auf den Rechtsgrund der Nichtzumutbarkeit stützt⁵. Unzumutbar mag die (mögliche) Leistung insbesondere in Fällen sein, in denen die zu ihrer Erbringung erforderliche Aufwendung in keinem vernünftigen Wertverhältnis zur Gegenleistung mehr steht, weil die Gegenleistung z. B. entwertet worden ist⁶. Ob derartige Leistungerschwerungen den Schuldner befreien, beurteilt sich indessen bei den Dauerverträgen nach den Regeln über den «wichtigen Grund», nicht nach den gesetzlichen Bestimmungen über die Unmöglichkeit⁷. Diese ordnen ausschließlich das Nichtleistenkönnen.

¹ Vgl. BRUNO VON BÜREN, S. 386; ANDREAS SAXER, S. 12; HANS RUDOLF BARTH, S. 26 f.

² Rechtliche Begriffe sind nicht notwendig identisch mit den logischen.

³ Gleicher Ansicht: THEO GUHL, S. 244; HANS MERZ N. 191 zu Art. 2 ZGB sowie ZSR 61 (1942), S. 415 a f.; HENRI DESCHENAUX, S. 538 a; ANDREAS SAXER, S. 15; HANS RUDOLF BARTH, S. 24. Mit dem Unmöglichkeitsbegriff erfassen hingegen auch Fälle bloßer Unerschwinglichkeit: VON TUHR/SIEGWART, S. 244 und 536; BECKER N. 17 zu Art. 97 OR; BGE 82 II 338; 57 II 534; 57 II 510; 45 II 398; 45 II 320; außerdem MAX IX Nr. 495 und VI Nr. 705.

⁴ Statt von Unerschwinglichkeit (BGE 57 II 510; 45 II 320) wird auch von «wirtschaftlicher» und «juristischer» (vgl. HENRI DESCHENAUX, S. 538 a), ferner von «relativer» (BGE 57 II 534; 45 II 398) Unmöglichkeit gesprochen.

⁵ Vgl. HANS MERZ, Die Revision der Verträge durch den Richter, S. 415 a ff.

⁶ Vgl. MERZ N. 191 zu Art. 2 ZGB.

⁷ Im Rahmen unserer Arbeit können wir darauf nicht näher eingehen.

b) *Von der rechtlichen Wirkung der nachträglichen (Leistungs-) Unmöglichkeit bei Dauerverträgen gemäß Art. 97 und 119 OR: Allgemeines*

Wie erwähnt, befassen sich die Art. 97 und 119 OR allgemein mit der rechtlichen Wirkung der nachträglichen Leistungsunmöglichkeit: allerdings nur insofern, als diese Unmöglichkeit eine vollständige¹ und eine dauernde² ist.

Vollständig (im Sinne der Art. 97 und 119 OR) ist die nachträgliche Unmöglichkeit einer Dauerleistung, wenn sie die ganze Leistung beschlägt. Beispiel: Unmöglich wird die versprochene Gebrauchsüberlassung einer Vierzimmerwohnung, wenn die Wohnung in ihrer Gesamtheit untergeht, und nicht etwa nur ein einzelnes Zimmer (vgl. S. 128).

Als *dauernd* (im Sinne der Art. 97 und 119 OR) erweist sich die Unmöglichkeit, wenn ihr Wegfall entweder ausgeschlossen (z. B. Untergang der vermieteten Speziessache) oder mindestens nicht abzusehen ist (z. B. Diebstahl der vermieteten Speziessache)³. Ist die Restdauer des Vertrages gewiß, genügt es, daß für die Zeit dieser Restdauer keine Aussicht auf Wegfall der Unmöglichkeit besteht⁴; und zwar deshalb, weil die Pflicht zur Dauerleistung mit Ablauf der Vertragsdauer ohnehin erlischt, ob erfüllt oder nicht (vgl. S. 6f.). Beispiel: Der auf ein Jahr verpflichtete Arbeitnehmer wird in der letzten Woche seiner Dienstzeit für voraussichtlich drei Wochen krank. Oder: Die Mietwohnung wird nach Kündigung des Mietvertrages, aber zwei Wochen vor Eintritt des Kündigungstermins, auf schätzungsweise vier Monate unbrauchbar. Hier wie dort ist die eintretende Leistungsunmöglichkeit eine dauernde im Sinne der Art. 97 und 119 OR, worin sich eine Eigenart der Dauerleistungspflichten offenbart.

Mit Eintritt der vollständigen und dauernden Unmöglichkeit wird die ursprüngliche Pflicht zur Erbringung der Dauerleistung entweder nach Art. 97 OR in eine einmalige Sekundärleistungspflicht *umgewandelt* oder

¹ Vgl. dazu VON TUHR/SIEGWART S. 537 f.

² Vgl. statt vieler: BECKER N. 21 zu Art. 97; OSER/SCHÖNENBERGER N. 13 zu Art. 119; ferner HANS RUDOLF BARTH, S. 40.

³ Ist also die Dauer des eingetretenen Leistungshindernisses unübersehbar, muß man die daraus resultierende Unmöglichkeit als dauernde auffassen. Vgl. u. a.: HANS RUDOLF BARTH, S. 40; VON TUHR/SIEGWART, S. 537.

⁴ Und zwar gleichgültig, ob für diese Zeit der Wegfall des Leistungshindernisses ausgeschlossen oder nicht abzusehen ist (vgl. oben Text).

nach Art. 119 Abs. 1 OR *ausgelöscht*, weshalb die Unmöglichkeit – wenn sie die typische Dauerleistung betrifft – als außerordentlicher Beendigungsgrund des Dauervertrages wirkt. Zu Ende geht der Dauervertrag mindestens im weiten Sinne (vgl. S. 17f.).

Bevor wir Einzelheiten dieser Beendigungswirkung nachträglicher Leistungsunmöglichkeit erörtern, halten wir *drei allgemeine Punkte* fest:

1. Die Besprechung der nachträglichen Leistungsunmöglichkeit kann sich bei den im OR geregelten Dauerverträgen auf *die Unmöglichkeit der typischen Dauerleistungspflicht* beschränken. Denn:

Bei einseitigen Dauerverträgen ist überhaupt nur diese eine, dauernde, Leistungspflicht gegeben.

Bei vollkommen zweiseitigen (synallagmatischen) Dauerverträgen aber besteht die geschuldete Gegenleistung – von wenigen Ausnahmen abgesehen – in der Bezahlung von Geld. Geld jedoch hat man schlechtweg zu haben. «Das Schuldrecht, ... überhaupt das Privatrecht als Ganzes würden allen Boden verlieren, wenn nicht eiserne der Satz bestünde, ... daß Geldmangel unter keinen Umständen ein Grund sein kann, die Verbindlichkeit in Frage zu stellen»¹.

Die unvollkommen zweiseitigen Verträge schließlich bezwecken nicht den Austausch von Leistungen. So ist die Rückgabe bei Miete, Pacht, Leihe und Hinterlegung nicht Gegenleistung, sondern Korrelat zur zeitlichen Beschränkung des Vertrages (vgl. S. 216). Das Schicksal der typischen Hauptleistungspflicht, die allein über den Bestand des Vertrages als *Dauervertrag* entscheidet, bleibt unabhängig von jenem der Rückgabepflicht. Dasselbe gilt für die Pflicht zum Ersatz von Aufwendungen des Entlehners oder Verwahrers. Auch sie ist nicht Pflicht zur Gegenleistung und deshalb ohne Einfluß auf die typische Hauptleistungspflicht. Außerdem richtet sie sich regelmäßig auf die Erbringung von Geld, wovon man schuldrechtlich immer zu haben hat (vgl. oben).

2. Die Unmöglichkeit der dauernden typischen Hauptleistung kann auf verschiedenen *Ursachen* beruhen. Häufigste Ursache ist bei den Verträgen auf Gebrauchsüberlassung der Untergang der als Vertragsobjekt dienenden Speziessache. Bei den Arbeitsverträgen dagegen folgt die Unmöglichkeit aus Verhältnisänderungen anderer Art, wie Tod (für den Dienstpflichtigen und Agenten speziell geordnet: vgl. S. 76 und 77),

¹ BRUNO VON BÜREN, S. 368 und 392. Vgl. auch VON TUHR/SIEGWART, S. 537.

nachträgliche Urteilsunfähigkeit (für den Agenten speziell geordnet: vgl. S. 85), Krankheit oder Unfall des typischen Hauptleistungsschuldners, sofern dessen Person für den Erfüllungstatbestand erforderlich ist¹. Was den Darlehens- und Leibrentenvertrag betrifft, läßt sich eine Unmöglichkeit der geschuldeten Hauptleistung schwerlich denken. Hier ist Geld zu bezahlen; dort sind Geld oder andere vertretbare Sachen zum Gebrauche zu überlassen. Geld hat man schlechtweg zu haben², und die «andern vertretbaren Sachen» sind auf Leistungsunmöglichkeit wenig anfällig.

3. Nachträgliche Unmöglichkeit ist praktisch ausgeschlossen bei Leistungen, die in einem *Unterlassen* bestehen³. Dies zeigen wir am Beispiel des Konkurrenzverbotes: Der Schuldner hat sich hier der Konkurrenzierung des Gläubigers zu enthalten. Denkbar ist nun, daß die verbotene Konkurrenzierung unmöglich wird: sei es, der Schuldner gerate hiezu (durch Krankheit usw.) außerstande oder der Gläubiger stelle seinen Betrieb ein. Was wegfällt, sind Interesse am Vertrag sowie dessen Sinn. Die Konkurrenzenthaltung des Schuldners hingegen bleibt möglich: ja, Nichtenthaltung wird geradezu unmöglich.

Was für das Konkurrenzverbot allgemein gilt, ist in gewisser Hinsicht auch für die Verträge auf Gebrauchsüberlassung zu verzeichnen. Insoweit sich deren Hauptleistungspflichten auf ein Unterlassen richten⁴, bleiben sie der Einwirkung nachträglicher Unmöglichkeit entzogen.

c) Nachträgliche (Leistungs-) Unmöglichkeit als Beendigungsgrund der Dauerverträge gemäß Art. 97 und 119 OR

Nach herrschender Ansicht⁵ macht es gemäß Art. 97 und 119 OR keinen Unterschied, ob die nachträgliche Unmöglichkeit einer Leistung objektiv oder subjektiv gegeben ist. Hingegen kommt es für ihre Folgen darauf an,

¹ Richtet sich der Leistungsinhalt ausnahmsweise nach der Person des typischen Hauptleistungsgläubigers (vgl. S. 73 f.), können auch Verhältnisänderungen in dessen Person (z. B. Tod und Eintritt der Urteilsunfähigkeit: vgl. S. 73 f.; S. 92 Anm. 1) zur Unmöglichkeit der typischen Hauptleistung führen.

² Vgl. oben, S. 121.

³ Theoretisch wäre denkbar, daß der Schuldner durch eine Behörde *manu militari* zum Handeln gezwungen würde, wodurch Unmöglichkeit der Unterlassung einträte.

⁴ Vgl. S. 10.

⁵ Vgl. OSER/SCHÖNENBERGER N. 3 zu Art. 97 OR; HANS RUDOLF BARTH, S. 37 ff.; VON TUHR/SIEGWART, S. 534; BGE 82 II 338. — A. A. BRUNO VON BÜREN, S. 390; HENRI DESCHENAUX, S. 537 a; BGE 59 II 378.

ob sie der Gläubiger oder der Schuldner oder keiner von beiden zu vertreten hat. Das OR regelt in seinem allgemeinen Teil nur die beiden letztgenannten Fälle.

In allen drei Fällen aber erweist sich die nachträgliche Unmöglichkeit der typischen Dauerleistung als unmittelbarer Beendigungsgrund des betroffenen Dauervertrages. Wir legen dies nachstehend dar, indem wir 1. die von keiner Partei, 2. die vom Schuldner und 3. die vom Gläubiger zu vertretende nachträgliche Leistungsunmöglichkeit besprechen. Dabei gelten unsere Ausführungen – wie einleitend gesagt – nur für solche Unmöglichkeitstatbestände, welche nicht von speziellen Beendigungsbestimmungen (die ja den allgemeinen Art. 97 und 119 OR vorgehen) erfaßt werden (vgl. S. 118).

1. Hat *weder der Schuldner noch der Gläubiger* die nachträgliche (vollständige und dauernde) Unmöglichkeit der typischen dauernden Hauptleistung zu vertreten, gilt die Forderung des Hauptleistungsgläubigers nach Art. 119 Abs. 1 OR als erloschen. Mit nachträglicher Unmöglichkeit endet somit die dauernde typische Hauptleistungspflicht und mit ihr zwangsläufig der Vertrag in seiner Eigenschaft als Dauervertrag (vgl. S. 17f.). Die unverschuldete nachträgliche Unmöglichkeit der typischen Hauptleistung wirkt daher als unmittelbarer Beendigungsgrund von Dauerverträgen.

Geht ein vollkommen zweiseitiger (synallagmatischer) Dauervertrag gemäß Art. 119 Abs. 1 OR zu Ende, so fragt sich, was mit der versprochenen *Gegenleistung* zu geschehen hat:

Grundsätzlich gilt die negative Seite des Austauschprinzips¹: Der von seiner Leistungspflicht befreite Schuldner soll vom Gläubiger nichts bekommen. War vorgeleistet worden, kann nach Bereicherungsgrundsätzen zurückverlangt werden. Vermieter, Verpächter, Verwahrer, Arbeitnehmer, Agent und Pfrundgeber brauchen also ihre dauernde Leistungspflicht künftig nicht mehr zu erfüllen, verlieren aber andererseits jeden Anspruch auf weiteres Entgelt.

Diese Grundregel ist in Art. 119 Abs. 2 OR enthalten. Sie besteht nach Abs. 3 nicht ohne Ausnahmen: Einmal können die Parteien etwas anderes vereinbaren. Sodann ist es möglich, daß spezielle Vorschriften für einzelne Vertragsarten eine andere Verteilung des Risikos vorsehen. Bei

¹ Vgl. (auch zum Folgenden) BRUNO VON BÜREN, S. 387.

den Dauerverträgen trifft dies – allerdings nur in beschränktem Maße – für den Dienst- und Agenturvertrag zu. Unter gewissen Voraussetzungen, die in den Artikeln 335 und 418 m Abs. 2 OR nachzulesen sind, hat der schuldlos an der Arbeitsleistung verhinderte Dienstpflichtige oder Agent für eine verhältnismäßig kurze Zeit Anspruch auf Lohnzahlung¹ (Art. 335 OR) bzw. Entschädigung (Art. 418 m Abs. 2 OR)²; und zwar auch dann, wenn die Verhinderung – weil sie vollständig und dauernd ist – die Pflicht zur Arbeitsleistung gemäß Art. 119 Abs. 1 OR für immer beendet.

Keine Ausnahme von Art. 119 Abs. 2 OR besteht indessen darin, daß Mieter, Pächter und Dienstherr den Zins (Art. 257 und 279 OR) bzw. Lohn (Art. 332 OR) auch dann zu entrichten haben, wenn sie mit der Miet- oder Pachtsache resp. Arbeitsleistung nichts anzufangen wissen. Denn unmöglich ist in diesen Fällen nicht die von ihren Vertragspartnern geschuldete Leistung³, sondern deren Verwertung. Die Lösung der damit zusammenhängenden Fragen darf weder bei den in dieser Hinsicht ausdrücklich geregelten noch bei den übrigen Dauerverträgen auf dem Boden der Unmöglichkeit gesucht werden⁴. Der Leistende braucht sich grundsätzlich nicht darum zu kümmern, ob und wie der Empfänger die Leistung verwenden kann⁵.

2. Unmittelbarer Beendigungsgrund des Dauervertrages ist auch *die vom Schuldner zu vertretende* (vollständige und dauernde) Unmöglichkeit der typischen Hauptleistung. Zur Anwendung gelangt Art. 97 Abs. 1 OR. Danach wandelt sich die unmöglich gewordene Leistungspflicht in die Pflicht zur Leistung von Schadenersatz; die auf dauerndes Verhalten gerichtete Verbindlichkeit räumt damit ihren Platz einer einfachen Geldschuld: der Vertrag geht im weiten Sinne zu Ende (vgl. S. 17 f.). Dabei entfällt aber, anders als nach der Regel des Art. 119 Abs. 2, die Pflicht zur Gegenleistung nicht. Ihr Schuldner, Gläubiger der umgewandelten

¹ War der Dienstpflichtige in die Hausgemeinschaft des Dienstherrn aufgenommen, hat ihm dieser bei schuldloser Krankheit außerdem Unterhalt, Pflege und Behandlung zu gewähren (Art. 344 Abs. 2 OR).

² Kritik dieser Bestimmung bei KONRAD FEHR, S. 18.

³ Vgl. BGE 62 II 44 f.; 44 II 414; 26 II 549; ferner MAX VII Nr. 188.

⁴ Vgl. BGE 48 II 366 ff.

⁵ Vgl. MERZ N. 201 zu Art. 2 ZGB. Ausnahmsweise kann die mangelnde Verwertbarkeit einer Vertragsleistung (mittelbar) zum vorzeitigen Vertragsende führen: dann nämlich, wenn sie für eine Vertragspartei einen «wichtigen Grund» zur Vertragsbeendigung abgibt.

typischen Hauptleistungspflicht, muß sie nach seiner Wahl entweder in natura (Austauschtheorie) oder wertmäßig, d. h. in Form eines Subtraktionspostens in der Schadensberechnung (Differenztheorie), erbringen¹. Insofern hat der Gläubiger ein Wahlrecht, gleich wie im Schuldnerverzug (3. Wahlrecht, vgl. S. 144)².

3. Schließlich vertritt allenfalls *der Gläubiger* selbst die nachträgliche (vollständige und dauernde) Unmöglichkeit der typischen Dauerleistung. Wir denken beispielsweise an den Mieter, Pächter oder Entlehner, der das Vertragsobjekt schuldhaft zugrunde richtet.

Zur Anwendung gelangt zunächst Art. 119 Abs. 1 OR: Die Forderung des Gläubigers ist erloschen, der Schuldner von seiner Leistungspflicht befreit: Vermieter, Verpächter und Verleiher haben die versprochene Sache nicht mehr länger zum Gebrauche zu überlassen. Der Vertrag ist als Dauervertrag beendet (vgl. S. 17 f.).

Über das Schicksal der Gegenforderung schweigt das Gesetz. Art. 119 Abs. 2 OR verteilt nur das Risiko der von keiner Partei zu vertretenden Unmöglichkeit. Lehre³ und Rechtssprechung⁴ folgen aber der Regelung des Art. 324 Abs. 1 BGB. Man hält es so, wie wenn der Schuldner erfüllt hätte. Mieter und Pächter schulden ihren Vertragspartnern weiterhin den vereinbarten Zins⁵: dies bis zu jenem Zeitpunkt, an welchem frühestens das ordentliche Vertragsende eingetreten wäre. Die Zinsleistungspflicht ist zwar eine dauernde Leistungspflicht, jedoch nicht die typische Ver-

¹ Vgl. dazu HANS RUDOLF BARTH, S. 196–201 und dort Zitierte.

² Ein weiteres Wahlrecht billigt HANS SAXER (S. 11) dem Gläubiger der unmöglich gewordenen Hauptleistung zu, indem er ihm das Recht einräumt, das Vertragsverhältnis auch durch Rücktrittserklärung nach Art. 109 OR aufzulösen (vgl. ebenfalls ZBJV 66, 1930, 178). Sicher ausgeschlossen ist aber ein Rücktrittsrecht des Gläubigers mit Bezug auf die Beendigungswirkung (vgl. S. 29; 207) der Rücktrittserklärung; kann doch der gemäß Art. 97 OR im weiten Sinne beendete Dauervertrag nicht durch Gestaltungserklärung nochmals beendet werden. Möglich wäre daher einzig, die Abwicklung (= Liquidation; vgl. S. 205) des beendeten Dauervertrages nach Art. 109 OR vorzunehmen, statt nach Art. 97 OR, wobei es aber nach Beginn der typischen Hauptleistung keine Rückleistungspflichten mehr gäbe (vgl. S. 209 ff.). Für ein Recht des Gläubigers, die Abwicklung nach Art. 109 (statt jene nach Art. 97) zu wählen, spricht die Meinung von OSER/SCHÖNENBERGER in N. 9 zu Art. 97 OR (vgl. auch SAXER a. a. O. und ZBJV a. a. O.); gegen dieses Recht spricht die Auffassung, welche von TUHR/SIEGWART auf S. 546 vertritt.

³ BECKER N. 7 und 8 zu Art. 119 OR; OSER/SCHÖNENBERGER N. 24 zu Art. 119 OR.

⁴ Vgl. z. B. ZR 8 (1909), S. 313.

⁵ BRUNO VON BÜREN, S. 387 Anm. 104.

bindlichkeit des Mietvertrages und deshalb kein genügendes Merkmal für das Vorhandensein eines Dauervertrages in unserem Sinne (vgl. S. 4 ff.).

Somit erweist sich auch hier die nachträgliche Unmöglichkeit als Beendigungsgrund, und zwar als unmittelbarer Beendigungsgrund von Dauerverträgen.

2. Nachträgliche Unmöglichkeit bei der einfachen Gesellschaft

Die einfache Gesellschaft ist ein durch gemeinsame Zweckverfolgung ausgezeichneter Dauervertrag. Als solcher umfaßt er die Verpflichtungen mehrerer Personen, zur Erreichung des ihnen gemeinsamen Zweckes mitzuwirken. Deren Leistungen werden nicht ausgetauscht, sondern vereinigt und auf den einheitlichen Zweck hin ausgerichtet (vgl. S. 16).

Die nachträgliche Unmöglichkeit kann nun sowohl die versprochene Leistung eines Gesellschafters als auch die Zweckerreichung beschlagen. Wir besprechen diese beiden Erscheinungsformen nachträglicher Unmöglichkeit gesondert.

a) Nachträgliche Unmöglichkeit der Zweckerreichung

Wird die Erreichung des vereinbarten Gesellschaftszweckes nachträglich unmöglich, so geht die einfache Gesellschaft gemäß Art. 545 Abs. 1 Ziff. 1 OR zu Ende (vgl. S. 18). Als Unmöglichkeit der Zweckerreichung gilt nach verbreiteter Meinung¹ wiederum (vgl. S. 120) nur die Unmöglichkeit, welche eine vollständige (unmöglich ist die Erreichung des ganzen Zweckes) und dauernde (vgl. analog S. 120) ist. Dabei erweist sich die Unmöglichkeit auch hier schon dann als dauernd, wenn keine Aussicht für ihren Wegfall vor Ablauf einer gewissen Restdauer des Vertrages besteht (vgl. analog S. 120).

Dieser Beendigungsgrund (nachträgliche Unmöglichkeit der Zweckerreichung) folgt notwendig *aus dem Wesen der einfachen Gesellschaft*: Gesellschaft ist die vertragsmäßige Verbindung von zwei oder mehreren Personen zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln (Art. 530 Abs. 1 OR). Mit dem Wegfall des gemeinsamen Zweckes infolge Unmöglichkeit seiner Erreichung entfällt ein

¹ Vgl. u. a.: SIEGWART N. 2 zu Art. 545/547 OR; THEODOR SCHMIDLIN, S. 15; KARL LARENZ, 2. Bd., S. 305 (für das deutsche Recht).

Wesenselement des Vertragsverhältnisses. Dessen Weiterbestand ist nicht mehr gerechtfertigt, die Aufbringung gemeinsamer Kräfte und Mittel mangels eines erreichbaren Zieles «zwecklos» geworden. Anders verhält es sich bei nachträglicher Unmöglichkeit der Leistung eines Gesellschafters.

b) Nachträgliche Unmöglichkeit einer Gesellschafterleistung

Wird die Leistung eines Gesellschafters vollständig und dauernd unmöglich, finden die Art. 97 Abs. 1 und 119 Abs. 1 OR sinngemäße Anwendung. Das Unmöglichwerden der Leistung bewirkt (wenn es der Schuldner nicht zu vertreten hat) das vollständige Erlöschen oder (wenn er es zu vertreten hat) die Umwandlung der Vertragspflicht in die Pflicht zur Leistung von Schadenersatz. Also wird der einfache Gesellschafter infolge Leistungsunmöglichkeit jedenfalls davon befreit, die versprochene Leistung in natura zu erbringen. Nicht befreit wird er indessen von andern gesellschaftlichen Bindungen (z. B. von der Treuepflicht).

Was die Leistungspflichten der übrigen Gesellschafter betrifft, so bleiben diese selbst dann bestehen, wenn die Leistungspflicht des Mit-Gesellschafters in analoger Anwendung des Art. 119 Abs. 1 OR erlischt; und zwar deshalb, weil die Leistungen der Gesellschafter im Hinblick auf die Erreichung des gemeinsamen Zweckes vereinbart wurden und nicht im Hinblick auf einen Austausch. Ihren speziellen Ausdruck findet diese Rechtslage in der Bestimmung, wonach mit Bezug auf die Gefahrtragung die Grundsätze des Kaufvertrages (*periculum est emptoris*: Art. 185 OR) entsprechende Anwendung finden, sofern ein Gesellschafter Eigentum zu übertragen hat (Art. 531 Abs. 3 OR).

Durch das Erlöschen der Leistungspflicht an sich wird somit der Bestand der einfachen Gesellschaft nicht berührt. Die Gesellschafter sind weiterhin zu gemeinsamer Zweckverfolgung verpflichtet. Von Einfluß auf den Vertragsbestand ist die nachträgliche Unmöglichkeit der Gesellschafterleistung bloß dann, wenn entweder der Ausfall der Gesellschafterleistung sich als «wichtiger Grund» qualifiziert und als solcher ein mittelbarer Beendigungsgrund im Sinne des Art. 545 Abs. 2 OR ist; oder wenn durch den Ausfall der Gesellschafterleistung die Zweckerreichung der einfachen Gesellschaft vollständig und dauernd unmöglich wird: alsdann endet (vgl. S. 18) die Gesellschaft unmittelbar auf Grund des Art. 545 Abs. 1 Ziff. 1 OR.

3. Anhang : Teilweise und zeitweise nachträgliche Unmöglichkeit

Die bisherigen Ausführungen über die nachträgliche Unmöglichkeit der typischen Dauerleistung resp. des Gesellschaftszweckes betrafen die vollständige und dauernde Unmöglichkeit. Nachstehend nun erörtern wir die teilweise (also nicht vollständige) und zeitweise (also nicht dauernde) Unmöglichkeit, und zwar wiederum getrennt für die einfache Gesellschaft und die übrigen Dauerverträge. – Vorab befassen wir uns mit den übrigen Dauerverträgen.

a) Die teilweise und die zeitweise nachträgliche (Leistungs-)Unmöglichkeit bei Dauerverträgen (unter Ausschluß der einfachen Gesellschaft)

Teilweise unmöglich wird die typische dauernde Hauptleistung eines Dauervertrages¹, wenn der Schuldner außerstande gerät, die ganze versprochene Leistung zu erbringen: Von der vermieteten Vierzimmerwohnung kann beispielsweise nur ein Zimmer zum Gebrauch überlassen werden.

Von dieser teilweisen ist die *zeitweise* Unmöglichkeit zu unterscheiden. Bei ihr wird nicht ein Teil der versprochenen Dauerleistung unmöglich, sondern die versprochene Dauerleistung während eines Teils der Vertragsdauer, welcher kürzer ist als die Restdauer des Vertrages. Hier ist pro memoria festzuhalten, daß die Unmöglichkeit, deren Dauer bei Eintritt des Leistungshindernisses (wenigstens für eine gewisse Restdauer des Vertrages) unabsehbar ist, als dauernde Unmöglichkeit im Sinne der Art. 97 und 119 OR gilt (vgl. S. 120). Fällt sie nachträglich weg, lebt die (mindestens als Primärleistungspflicht) erloschene dauernde Verbindlichkeit nicht wieder auf²; und zwar selbst dann nicht, wenn beim Wiedermöglichwerden der Leistung noch keine andern Beendigungsgründe eingetreten sind.

¹ Weshalb wir nur die Unmöglichkeit der typischen Hauptleistung besprechen haben wir vorne, S. 121, dargetan.

² Vgl. VON TUHR/SIEGWART, S. 537, dessen Ausführungen sich jedoch – wie uns scheint – nur auf einfache Verbindlichkeiten beziehen.

Beispiel für die zeitweise nachträgliche Unmöglichkeit: Der auf ein Jahr eingestellte Dienstpflichtige wird zu Beginn der zweiten Dienstwoche grippekrank, wobei er die Arbeit zu Beginn der dritten Woche wieder aufnehmen kann.

Weder die teilweise noch die zeitweise nachträgliche Unmöglichkeit findet sich im OR geregelt, insbesondere nicht in den behandelten Artikeln 97 und 119. Die Frage nach den *Rechtsfolgen* dieser veränderten Umstände stellt sich daher aufs neue:

Als sicher erweist sich zunächst so viel, daß der typische Dauerleistungsschuldner im Umfang der eingetretenen Leistungsunmöglichkeit ohne weiteres von seiner Leistungspflicht befreit wird¹. Also hat er weder den unmöglichen Leistungsteil zu erbringen (bei teilweiser Unmöglichkeit) noch (bei zeitweiser Unmöglichkeit) während der Zeit zu leisten, da die Leistung unmöglich ist. Denn: *Impossibilium nulla obligatio est*².

Soweit und so lange indessen die Leistung möglich bleibt, besteht kein Grund, der die Pflicht zu ihrer Erbringung automatisch zum Erlöschen brächte. Weder die teilweise noch die zeitweise Unmöglichkeit der Dauerleistung wirkt daher als *unmittelbarer* (vgl. S. 26) Beendigungsgrund. Abzuklären bleibt, ob die genannte Unmöglichkeit wenigstens *mittelbar* (vgl. S. 26) zum außerordentlichen Vertragsende führt. Die Frage entscheidet sich nach den Regeln über den «wichtigen Grund»³. Danach kann eine Vertragspartei, der die Vertragsfortsetzung infolge teilweiser oder zeitweiser Unmöglichkeit nicht zuzumuten ist⁴, den Dauervertrag regelmäßig (vgl. S. 186 ff.) vorzeitig beenden⁵. Sicher kein Beendigungs-

¹ Bei synallagmatischen Schuldverhältnissen wird dabei die Gegenleistung entsprechend gemindert (vgl. BGE 69 II 100), außer der Gläubiger habe die Unmöglichkeit selbst zu vertreten (vgl. S. 125 f.) oder die Gefahr zu tragen (vgl. S. 123 f.).

² D 50, 17, 185.

³ Also nicht nach Art. 96 Abs. 1 OR, der sich lediglich auf unversehrte Leistungspflichten bezieht (BRUNO VON BÜREN, S. 389, Anm. 110).

⁴ Etwa weil die noch mögliche Leistung für sie kein Interesse (vgl. VON TUHR/SIEGWART, S. 538) oder nur noch unverhältnismäßig geringen Wert hat (vgl. BECKER N. 22 zu Art. 97 und N. 3 zu Art. 119 OR).

⁵ Was insbesondere den Leistungsschuldner betrifft, so dürften zwar die Fälle, in denen ihm eine Vertragsfortsetzung infolge zeit- resp. teilweiser Unmöglichkeit unzumutbar ist, nicht sehr häufig sein. Da solche Fälle aber nicht ausgeschlossen sind (schon weil sich sein Anspruch auf die Gegenleistung nach Maßgabe der eingetretenen Unmöglichkeit verringern kann; vgl. Anm. 1), rechtfertigt es sich nicht, ihm das Beendigungsrecht aus «wichtigem Grund» zum vorneherein generell

recht entsteht aber dem Gläubiger, welcher die Unmöglichkeit der Leistung zu vertreten oder (bei beidseitig nicht zu vertretender Unmöglichkeit) die Gefahr zu tragen hat. Muß doch der Gläubiger hier wie dort mit seiner Leistung selbst dann fortfahren, wenn die Dauerleistung vollständig und dauernd unmöglich geworden ist (vgl. S. 125 f.; 123 f.).

b) Die teilweise und die zeitweise nachträgliche Unmöglichkeit bei der einfachen Gesellschaft

Bei der einfachen Gesellschaft ist zwischen der nachträglichen Unmöglichkeit der Zweckerreichung und jener der Gesellschafterleistung zu unterscheiden (vgl. S. 126 f.).

Wird der *Gesellschaftszweck* teilweise resp. zeitweise (also nicht vollständig und dauernd; vgl. S. 126) unmöglich (vgl. analog S. 128), liegt nach verbreiteter Meinung¹ kein Unmöglichkeitsfall gemäß Art. 545 Abs. 1 Ziff. 1 OR vor. Die Gesellschaft endet daher nicht ipso iure. Indessen kann die teil- resp. zeitweise Unmöglichkeit der Zweckerreichung ein Beendigungsrecht infolge «wichtigen Grundes» bewirken, und zwar – je nach der konkreten Sachlage – entweder für einen, für mehrere oder für jeden Gesellschafter (vgl. S. 173 ff.; 181 ff.).

Was sodann die teilweise resp. zeitweise nachträgliche Unmöglichkeit der *Gesellschafterleistung* betrifft (vgl. S. 128), so läßt sie aus sich heraus die Gesellschaft so wenig zu Ende gehen wie die vollständige und dauernde Leistungsunmöglichkeit (vgl. S. 127). Das Ende der Gesellschaft (zunächst im weiten Sinne; vgl. S. 17 f.) tritt nur ein, wenn infolge der Leistungsunmöglichkeit die Zweckerreichung im Sinne des Art. 545 Abs. 1 Ziff. 1 OR unmöglich oder die Gesellschaft aus «wichtigem Grund» beendet wird. Dabei kann ein «wichtiger Grund» sowohl in der Leistungsunmöglichkeit selbst als auch in der durch sie bewirkten teil- resp. zeitweisen Unmöglichkeit der Zweckerreichung liegen (vgl. oben).

abzusprechen. Mindestens als mißverständlich erweist sich daher die Aussage, «der Schuldner müsse den möglichen Teil leisten, sofern es der Gläubiger verlange» (vgl. statt vieler; BRUNO VON BÜREN, S. 389; RUDOLF BARTH, S. 48).

¹ Vgl. S. 126 Anm. 1.

II. DAS STÖRENDE VERHALTEN EINER PARTEI ALS «BESONDERS UMSCHRIEBENER» AUSSERORDENTLICHER BEENDIGUNGSGRUND DES OR

Der ordentliche Vertragsablauf kann nicht nur durch Verhältnisänderungen (vgl. I), sondern auch durch das Verhalten einer Partei gestört werden. Einige dieser Störungen, die im Verhalten einer Partei bestehen, hat das OR «besonders umschrieben» (vgl. S. 63f.) und zu außerordentlichen Beendigungsgründen erhoben. Mit ihnen befassen wir uns im Folgenden, indem wir A. von der Vertragsverletzung, B. vom Schuldnerverzug und C. vom Gläubigerverzug sprechen.

A. VERTRAGSVERLETZUNG

Als Vertragsverletzung bezeichnen wir allgemein die Verletzung der infolge Vertragsabschlusses entstandenen Vertragspflichten durch das Verhalten einer Partei.

Vertragspflichten werden verletzt durch Nicht-¹ oder nicht richtige² Erfüllung, durch Bewirkung der Leistungsunmöglichkeit oder durch sogenannte positive Vertragsverletzung³. Jede Verletzung verpflichtet unter bestimmten Voraussetzungen zum Ersatz des durch sie entstandenen Schadens (Art. 97 Abs. 1 OR). Außerdem führt sie – insbesondere bei Dauerverträgen – möglicherweise zum Vertragsende. Dies ist der Grund, weshalb wir uns mit ihr befassen.

1. Vertragsverletzung und Beendigung der Dauerverträge: Übersicht

Die Verletzung einer Vertragspflicht kann bei Dauerverträgen in vielfacher Weise zum Vertragsende (vgl. S. 17f.) führen:

¹ Nichterfüllung liegt vor, wenn der Schuldner weder im Zeitpunkt der Fälligkeit noch nachträglich erfüllt.

² Nicht richtige Erfüllung ist gegeben, wenn der Schuldner die Leistung zwar erbringt, jedoch nicht vertragsgemäß.

³ Als positive Vertragsverletzung wird einerseits die Verletzung positiver Leistungspflichten in anderer Weise als durch einfaches Absehen von Leistung bezeichnet, andererseits die Verletzung von Unterlassungspflichten (vgl. BRUNO VON BÜREN, S. 381; weiter ist die Umschreibung des Begriffs in BGE 69 II 244).

Was die Verletzung einer dauernden Unterlassungspflicht betrifft, so stellt sie unseres Erachtens nichts anderes dar als eine Nicht-, ev. nicht richtige Erfüllung.

Erstens kommt es vor, daß durch eine Vertragsverletzung die typische dauernde Hauptleistung *unmöglich* und dadurch der betroffene Dauervertrag (im weiten Sinne) beendet wird.

Zweitens ist bei gewissen Dauerverträgen denkbar, daß die Nicht- oder nicht richtige Erfüllung einer Vertragspflicht einen «*wichtigen Grund*» zur Vertragsbeendigung abgibt (vgl. Art. 527 Abs. 1 OR). Dasselbe gilt für die positive Vertragsverletzung.

Drittens kann der Schuldner durch Nicht- oder nicht richtige Erfüllung in *Verzug* geraten. Ist die verzögerte Leistung eine Austauschleistung, endet der Dauervertrag allenfalls nach den Regeln über den Schuldnerverzug.

Schließlich gibt es – viertens – Fälle, in denen eine Vertragsverletzung «*als solche*» zum Vertragsende führt. So verhält es sich, wenn sich der Mieter (Art. 261 Abs. 2 OR), der Pächter (Art. 294 OR) und der Entlehner (Art. 309 Abs. 2 OR) mit Bezug auf den Gebrauch resp. die Nutzung der ihnen anvertrauten Sachen vertragswidrig verhalten. Ihre Vertragsverletzung ist mittelbarer gesetzlicher Beendigungsgrund.

Die nachträgliche Leistungsunmöglichkeit bildet (auch dann, wenn sie durch vertragswidriges Verhalten entsteht) das typische Beispiel eines veränderten Umstandes, weshalb sie in unserer Arbeit bei den Verhältnisänderungen besprochen wurde (vgl. vorne, S. 118 ff.). Den Schuldnerverzug und den Beendigungsgrund «*wichtiger Grund*» (dessen Tatbestand keine Vertragsverletzung zu sein braucht) werden wir später (S. 141 ff. und S. 173 ff.) besprechen. Mit den Fällen aber, in denen eine Vertragsverletzung «*als solche*» (mittelbar) zum Vertragsende führt, befassen wir uns nachstehend im einzelnen:

2. Vertragsverletzung «als solche»: Beendigungsgrund von Dauerverträgen (Art. 261 Abs. 2, 294 und 309 Abs. 2 OR)

Eine Vertragsverletzung «als solche» hat nach dem Gesagten nur bei drei Vertragsarten Beendigungswirkung: bei der Miete, der Pacht und der Gebrauchsleihe.

Die typische Hauptleistungspflicht (vgl. S. 5) dieser Verträge besteht in der Überlassung einer spezifischen Sache zum Gebrauch¹. Mieter,

¹ Bei der Pacht außerdem in der Überlassung der Sache zur Nutzung.

Pächter und Entlehner sind verpflichtet, die ihnen überlassenen Sachen vertragsgemäß zu gebrauchen. Verletzen sie diese Pflicht, können Vermieter, Verpächter und Verleiher den Vertrag gemäß Art. 261 Abs. 2, 294 und 309 Abs. 2 OR (unter bestimmten Voraussetzungen) vorzeitig beenden. Die «Vertragsverletzung» ist also mittelbarer Beendigungsgrund; und zwar «*kraft besonderer gesetzlicher Bestimmung*», was (negativ) ein Doppeltes bedeutet:

Erstens ist der Beendigungsgrund «Vertragsverletzung» in den genannten Fällen *nicht «wichtiger Grund»* im technischen Sinne. Bei der Vertragsbeendigung infolge «wichtigen Grundes» nämlich soll der Rechtsanwendende im Rahmen der durch Art. 4 ZGB gesetzten Schranken selber entscheiden, was als Beendigungsgrund zu gelten hat¹. Hier aber knüpft sich an den «besonders umschriebenen» (vgl. S. 63 f.) Tatbestand «Vertragsverletzung» die Rechtsfolge «Beendigungsrecht», ohne daß erst nach Recht und Billigkeit über die Angemessenheit dieser Rechtsfolge zu entscheiden wäre.

Zweitens erfolgt die Ausgestaltung der erwähnten «Vertragsverletzung» als Beendigungsgrund *nicht in spezieller Anwendung der allgemeinen Regeln über den Schuldnerverzug*². Einmal ist die Verletzung der Sorgfaltspflichten mit Bezug auf den Gebrauch der überlassenen Sachen tatbeständlich kein Verzugfall. Außerdem handelt es sich bei der verletzten Vertragspflicht nicht um die Pflicht zur Erbringung einer synallagmatischen Austauschleistung. Selbst wenn also die «Vertragsverletzung» Schuldnerverzug wäre, würde sie nach den Verzugsregeln nicht als Beendigungsgrund wirken; führt doch der Schuldnerverzug nur dann (mittelbar) zum Ende des Vertrages, wenn (im synallagmatischen Vertrag) eine der auszutauschenden Leistungen verzögert wird³. Schließlich hat auch das Gesetz den hier behandelten Beendigungsgrund «Vertragsverletzung» nicht den speziellen Bestimmungen über den «Verzug des Mieters» (Art. 265 OR) resp. den «Verzug des Pächters» (Art. 293 OR) eingeordnet.

¹ Vgl. hinten, S. 174.

² A. A. das Bundesgericht, das in BGE 54 II 187 ausführt: «das außerordentliche Kündigungsrecht des Vermieters gemäß Art. 261 OR (ist) seinem Wesen nach nichts anderes ... als ein besonders gestalteter Fall des allgemeinen Rechts zum Rücktritt von einem Vertrag im Sinne der Art. 107 ff. OR».

³ Vgl. S. 143 ff.

Die Art. 261 Abs. 2, 294 und 309 Abs. 2 OR, welche den Beendigungsgrund «Vertragsverletzung» (im hier behandelten Sinne) für die Miete, Pacht und Gebrauchsleihe regeln, weichen voneinander dem Wortlaut nach ab. Bevor wir sie daher im Folgenden einander vergleichsweise gegenüberstellen, fragen wir uns (im Hinblick auf den geplanten Vergleich) nach ihrer *ratio legis*:

a) *Die ratio legis der Art. 261 Abs. 2, 294 und 309 Abs. 2 OR*

Die Frage, weshalb die Artikel 261 Abs. 2, 294 und 309 Abs. 2 OR bei vertragswidrigem Gebrauch des Vertragsgegenstandes ein vorzeitiges Beendigungsrecht zugunsten des (typischen) Hauptleistungsschuldners (des Vermieters, Verpächters, Verleihers) entstehen lassen (die Frage also nach der *ratio legis*), ist für die Miete, Pacht und Gebrauchsleihe *zunächst einheitlich* zu beantworten: Das eingetretene Unrecht läßt weitere Vertragsverletzungen durch den (typischen) Hauptleistungsgläubiger befürchten. Davor aber soll sich der Hauptleistungsschuldner schützen können¹, was mit Rücksicht auf seine regelmäßige Stellung als Eigentümer der Vertragssache von besonderer Bedeutung ist:

Einmal wird nämlich durch den vertragswidrigen Gebrauch des Vertragsgegenstandes in aller Regel nicht bloß ein obligatorisches Recht des Hauptleistungsschuldners, sondern überdies dessen Eigentum verletzt und Besitz gestört. Zum andern führt die genannte «Vertragsverletzung» häufig zur Beschädigung oder gar Zerstörung der anvertrauten Vertragssache, wobei sich deren Beeinträchtigung möglicherweise nicht mehr beheben läßt.

Vor weitem Vertragsverletzungen, vor Eingriffen in Eigentum und Besitz und vor Beschädigung der Vertragssache vermag sich der «verletzte» Hauptleistungsschuldner am besten dadurch zu schützen, daß er dem Hauptleistungsgläubiger den Vertragsgegenstand entzieht. Dies aber bleibt ihm solange verwehrt, als der Vertrag und mit ihm die besondere Sachleistungspflicht zur Gebrauchsüberlassung besteht. Deshalb wird dem Vermieter, Verpächter und Verleiher in Art. 261 Abs. 2, 294 und 309 Abs. 2 OR ein außerordentliches Beendigungsrecht eingeräumt.

Bei der Gebrauchsleihe hat das Beendigungsrecht außerdem den besonderen Charakter einer *Strafsanktion* für vertragswidriges Verhalten: Der

¹ Vgl. CHRISTIAN SCHMID, S. 102.

Entlehner, der die Gefälligkeit seines Vertragspartners mit Vertragsbruch lohnt, erweist sich als undankbar und verwirkt damit den Anspruch auf weitere Gefälligkeit. Die Idee, daß Undankbarkeit Grund zur Vertragsbeendigung ist, kommt insbesondere im Schenkungsrecht zum Ausdruck (vgl. Art. 249 Ziff. 1 und 2 sowie Art. 250 Ziff. 1 OR). Sie findet sich indessen auch bei andern unentgeltlichen Geschäften: so bei der Gebrauchsleihe, wo der Verleiher – wie gesagt – den Vertrag bei vertragswidrigem Gebrauch der überlassenen Sache auflösen kann.

Zusammenfassend halten wir fest: Das Beendigungsrecht infolge vertragswidrigen Gebrauchs des Vertragsgegenstandes wird dem Vermieter, Verpächter und Verleiher als Mittel zum Schutze vor weitem Vertragsverletzungen eingeräumt; gewissermaßen also gestützt auf eine *Vorwärtsbetrachtung*¹. Das Beendigungsrecht des Verleihers beruht überdies auf einer *Rückwärtsbetrachtung*¹: es ist eine gesetzliche Möglichkeit, Unrecht zu «bestrafen».

Die Bestimmungen, in denen das Recht zur vorzeitigen Vertragsbeendigung für die einzelnen Vertragsarten geregelt ist, bilden Gegenstand des nachstehenden Vergleichs.

b) Vergleich der Art. 261 Abs. 2, 294 und 309 Abs. 2 OR

Art. 261 Abs. 2 OR lautet: Verletzt der Mieter trotz Abmahnung andauernd diese Pflicht (nämlich: beim Gebrauch der gemieteten Sache mit aller Sorgfalt zu verfahren und im Falle der Wohnungsmiete auf die Hausgenossen billige Rücksicht zu nehmen; Art. 261 Abs. 1 OR) oder fügt er durch offenbar mißbräuchliches Verhalten der Sache dauernden Schaden zu, so kann der Vermieter die sofortige Auflösung des Mietvertrages nebst Schadenersatz verlangen.

Art. 294 OR bestimmt unter der Marginalie «Rücktrittsrecht des Verpächters»: Wenn der Pächter die ihm obliegenden Pflichten in bezug auf die Benützung und Unterhaltung des Pachtgegenstandes in erheblicher Weise verletzt und auf ergangene Aufforderung hin nicht innerhalb einer ihm vom Verpächter angesetzten angemessenen Frist erfüllt, so ist der Verpächter berechtigt, den Pachtvertrag ohne weiteres aufzuheben.

¹ Die Termini «Vorwärts-» und «Rückwärtsbetrachtung» verwendet BRUNO VON BÜREN, S. 368 und 371, jedoch in anderem Zusammenhang.

Nach Art. 309 Abs. 2 OR schließlich kann der Verleiher «die Sache früher zurückfordern, wenn der Entlehner sie vertragswidrig gebraucht oder verschlechtert oder einem Dritten zum Gebrauche überläßt ...».

Alle drei Bestimmungen knüpfen an den Tatbestand «Vertragsverletzung» die Rechtsfolge «Beendigungsrecht»: bald ohne weiteres, bald nach fruchtloser Mahnung. Der folgende Vergleich befaßt sich zunächst mit dem «Tatbestand», dann mit der «Mahnung» und endlich mit dem «Beendigungsrecht».

1. Der **Tatbestand** «Vertragsverletzung» besteht darin, daß der typische Hauptleistungsgläubiger die Vertrags Sache nicht vertragsgemäß gebraucht bzw. (bei der Pacht) nutzt. Was unter vertragswidrigem Gebrauch bzw. vertragswidriger Nutzung (als Voraussetzung des Beendigungsrechts) zu verstehen ist, wird in den Artikeln 261 Abs. 2, 294 und 309 Abs. 2 OR näher umschrieben¹. Es würde den Rahmen der vorliegenden Arbeit jedoch sprengen, wollte man sich erschöpfend damit auseinandersetzen. Wir befassen uns daher nur mit drei wichtigen Einzelheiten:

Art. 294 OR (betr. die Pacht) verlangt erstens eine *erhebliche* Verletzung der Vertragspflichten. Vertragswidrigkeiten geringfügiger, vorübergehender Natur, die für den Verpächter ohne nennenswerten Nachteil verlaufen, berechtigen also nicht zur Vertragsauflösung. Denn Bagatellen sind nicht geeignet, den Grundsatz «pacta sunt servanda» zu durchbrechen. Das gilt auch für die Miete² und für die Gebrauchsleihe, obwohl weder Art. 261 Abs. 2 (betr. die Miete) noch Art. 309 Abs. 2 OR (betr. die Gebrauchsleihe) das Erfordernis der Erheblichkeit ausdrücklich festhalten. Während das Fehlen des genannten Erfordernisses im Wortlaut des Art. 261 Abs. 2 OR auf einem Zufall der Gesetzesredaktion beruht, ist es mit Bezug auf Art. 309 Abs. 2 OR sachlich gerechtfertigt. Der Entlehner, der eine Sache vertragswidrig gebraucht, entgelt nämlich

¹ Vertragswidriger Gebrauch und vertragswidrige Nutzung können auch im Unterlassen von Gebrauch bzw. Nutzung bestehen. Dann nämlich, wenn es eine Gebrauchs- resp. Nutzungspflicht gibt. So verhält es sich regelmäßig bei der Pacht (Art. 283 OR; vgl. BGE 44 II 270). Bei der Miete dagegen ist der Gebrauch nur ausnahmsweise vorgeschrieben: in jenen Fällen, in denen die Gebrauchspflicht vereinbart wurde oder sich aus der Natur des konkreten Vertrages ergibt. Was in dieser Beziehung für die Miete gilt, gilt auch für die Gebrauchsleihe.

² Vgl. MAX BRUNNER, S. 426; CHRISTIAN SCHMID, S. 102.

eine Gefälligkeit mit Vertragsbruch, weshalb er sich in erhöhtem Maße verwerflich verhält und jede «Vertragsverletzung» zum vorneherein erheblich ist.

Art. 261 Abs. 2 OR (betr. die Miete) macht zweitens als Vertragsverletzung besonders namhaft: die mangelnde Rücksichtnahme auf *Hausgenossen* im Falle der Wohnungsmiete, welcher BGE 54 II 183 ff. die Miete von Geschäftsräumen gleichstellt. Eine derartige Vertragsverletzung ist bei der Pacht ebenso gut möglich und auch bei der Gebrauchsleihe denkbar (z. B. bei unentgeltlicher Überlassung einer Wohnung zum Gebrauch). Bei der Pacht (Art. 294 OR) und der Gebrauchsleihe (Art. 309 Abs. 2 OR) fehlt jedoch eine ausdrückliche Bestimmung, wonach mangelnde Rücksichtnahme auf Hausgenossen den typischen Hauptleistungsschuldner zur Vertragsbeendigung berechtigen würde. Es fragt sich daher, ob die Nichterwähnung der Rücksichtnahme (als Beispiel) den Schluß zulasse, deren Fehlen stelle keine Vertragsverletzung dar. Das ist zu verneinen¹; bei der Gebrauchsleihe schon deswegen, weil sie mit Bezug auf Wohnungen eher seltener vorkommt (während die Wohnungsmiete den Hauptfall der Miete darstellt), sodaß der Gesetzgeber den Fall nicht eigens (als Beispiel) zu erwähnen brauchte. Auf eine beispielsweise Erwähnung des genannten Falles konnte aber auch bei der Pacht verzichtet werden, da es hier im Unterschied zur Miete weniger häufig vorkommt, daß im Vertragsobjekt fremde Hausgenossen wohnen.

Art. 309 Abs. 2 OR (betr. die Gebrauchsleihe) zählt drittens die «*Überlassung der Vertragssache an einen Dritten zum Gebrauch*» sowie die «*Verschlechterung der Vertragssache*» als Beendigungsgründe auf. Jede dieser Vertragsverletzungen (vgl. Art. 306 Abs. 2 OR) qualifiziert sich materiell als «*vertragswidriger Gebrauch der Vertragssache*», was allerdings in der Fassung des Art. 309 Abs. 2 OR nicht zum Ausdruck kommt. Im Gegenteil: Art. 309 Abs. 2 OR stellt (zu Unrecht) die «*Gebrauchsüberlassung an einen Dritten*» und die «*Verschlechterung der Vertragssache*» (durch das Bindewort «*oder*») als besondere Vertragsverletzungen dem «*vertragswidrigen Gebrauch der Vertragssache*» gegenüber.

Der «*Gebrauchsüberlassung an einen Dritten*» entsprechen bei der Miete und Pacht die Untermiete (Art. 264 OR) sowie die Unterpacht (Art. 289 OR). Die Untermiete ist erlaubt, sofern nicht im Vertrag ver-

¹ Für die Pacht vgl. MAX IX Nr. 101.

boten; die Unterpacht verboten, sofern nicht im Vertrag erlaubt. Verletzen Mieter und Pächter die in concreto bestehende Pflicht, Untermiete und Unterpacht zu unterlassen, so gebrauchen sie die Vertragssache vertragswidrig. Art. 261 Abs. 2 und 294 OR kommen also zur Anwendung, obwohl sie diese Vertragsverletzung im Unterschied zu Art. 309 Abs. 2 OR nicht speziell hervorheben (was auch nicht notwendig ist, weil verbotene Untermiete und Unterpacht relativ seltene Vertragsverletzungen sind).

Was sodann die «Verschlechterung der Vertragssache» betrifft, so wird sie bei der Pacht überhaupt nicht besonders erwähnt, und bei der Miete nur als offenbar mißbräuchliche, dauernde Beeinträchtigung der Vertragssache, welche die Vertragsauflösung ohne vorgängige Mahnung erlaubt (vgl. S. 139). Dies erachten wir als zufälligen Unterschied in der Fassung der Art. 261 Abs. 2, 294 und 309 Abs. 2 OR. Ist doch die «Verschlechterung der Vertragssache» durch den Hauptleistungsgläubiger eine Form «vertragswidrigen Gebrauchs», welche bei der Miete, Pacht und Gebrauchsleihe im selben Maße vorkommen kann.

Als *Ergebnis des bisherigen Vergleiches* halten wir fest, daß die Art. 261 Abs. 2 (betr. die Miete), 294 (betr. die Pacht) und 309 Abs. 2 OR (betr. die Gebrauchsleihe) in den verglichenen Punkten teilweise zwar verschieden redigiert sind, inhaltlich aber übereinstimmen. Dabei beruht die Verschiedenheit der Redaktion in gewissen Fällen auf einer bloßen Zufälligkeit der Gesetzgebung; in andern Fällen ist sie sachlich gerechtfertigt.

2. Das Beendigungsrecht infolge vertragswidrigen Gebrauchs ist bei der Miete (Art. 261 Abs. 2 OR) und Pacht (Art. 294 OR) nur nach fruchtloser **Mahnung**¹, bei der Gebrauchsleihe (Art. 309 Abs. 2 OR) ohne weiteres gegeben. – Dieser Unterschied ist sachlich begründet, beruht also nicht auf einer Zufälligkeit der Gesetzesredaktion. Denn durch sein mißbräuchliches Verhalten verwirkt der Entlehner jeden Anspruch auf weitere «Gefälligkeit» von seiten des Verleihers. Das Recht, den Vertrag zu beenden, sanktioniert begangenes Unrecht (vgl. S. 134 f.). Ob sich der Entlehner in Zukunft vertragsgemäß verhalten will oder nicht, ist daher irrelevant.

¹ Bei der Pacht ist die Mahnung mit einer Fristansetzung zu verbinden (Art. 294 OR). Dasselbe gilt nach ВУСКЕР (N. 18 zu Art. 261 OR) auch für die Miete, obwohl Art. 261 Abs. 2 OR nur von «Abmahnung» spricht.

Anders verhält es sich in dieser Beziehung bei der Miete und Pacht: Das Beendigungsrecht infolge Vertragsverletzung soll es hier dem Vermieter und Verpächter lediglich ermöglichen, sich vor künftigen Verletzungen wirksam zu schützen (vgl. S. 134 f.). Es rechtfertigt sich daher nur dann, wenn anzunehmen ist, daß sich die Vertragsverletzungen in Zukunft wiederholen werden. Das trifft zu, falls sich der Mieter trotz (schriftlicher oder mündlicher) Abmahnung andauernd vertragswidrig verhält (Art. 261 Abs. 2 OR) oder der Pächter seine Pflicht «auf ergangene (schriftliche oder mündliche) Aufforderung hin nicht innerhalb einer angemessenen Frist erfüllt» (Art. 294 OR). Stellt dagegen der (typische) Hauptleistungsgläubiger sein vertragswidriges Benehmen infolge der Mahnung ein, entfällt der Grund und damit das Recht zur Vertragsbeendigung.

Eine besondere Mahnung können sich allerdings Vermieter und Verpächter ersparen, sobald aus dem Verhalten des Hauptleistungsgläubigers hervorgeht, daß sich eine Abmahnung als unnützlich erweisen würde¹. Dies wird zwar in den Artikeln 261 (betr. die Miete) und 294 OR (betr. die Pacht) nicht allgemein festgehalten, entspricht aber der in Art. 108 Ziff. 2 OR konkretisierten Idee, wonach (wie von Büren sagt²) «überflüssige Kraftanstrengung vermieden werden darf».

Einen Anwendungsfall dieser Regel, daß unnütze Abmahnungen unterlassen werden dürfen, enthält Art. 261 Abs. 2 OR: Fügt der Mieter durch offenbar mißbräuchliches Verhalten der Sache dauernden Schaden zu, so kann der Vermieter den Vertrag ohne vorgängige Abmahnung beenden. Bei solch krassen Vertragsverletzungen muß angenommen werden, daß sich der Mieter trotz Abmahnung auch in Zukunft vertragswidrig verhalten wird. Der gleiche Fall ist bei der Pacht nicht ausdrücklich geregelt (vgl. Art. 294 OR), hat aber in Anwendung der allgemeinen Regel das Gleiche zur Folge: Der Verpächter darf ohne Fristansetzung kündigen.

Zusammenfassung: Die Art. 261 Abs. 2 (betr. die Miete) und 294 (betr. die Pacht) weisen mit Rücksicht auf die Notwendigkeit einer Mahnung für das Entstehen des Beendigungsrechts – trotz zufällig verschiedener Fassung – denselben Inhalt auf. Inhaltlich weichen sie indessen beide

¹ Vgl. Max IX Nr. 330; a. A. MAX BRUNNER, S. 424.

² S. 415.

von Art. 309 Abs. 2 (betr. die Gebrauchsleihe) ab, wonach das vorzeitige Beendigungsrecht infolge vertragswidrigen Gebrauchs zu Recht nicht an die Voraussetzung einer fruchtlosen Mahnung geknüpft ist.

3. Sind die umschriebenen Voraussetzungen (Tatbestand, allenfalls Mahnung) gegeben, so entsteht wegen der «Vertragsverletzung» ein Recht des (typischen) Hauptleistungsschuldners (Vermieters, Verpächters, Verleihers), den Vertrag durch einseitige Willenserklärung (mit sofortiger Wirkung) zu beenden. Dieses **Beendigungsrecht** wird vom OR für jede Vertragsart anders bezeichnet. So spricht es bei der Miete von «Auflösung» (Art. 261 Abs. 2 OR), bei der Pacht von «Rücktritt» und «Aufhebung» (Art. 294 OR) und bei der Gebrauchsleihe von «Rückforderung» (Art. 309 Abs. 2 OR).

Die Vertragsauflösung nach Art. 261 Abs. 2 OR bedeutet Vertragsbeendigung ex nunc. Wird der Dauervertrag durch einseitige Willenserklärung ex nunc beendet, spricht man von Kündigung (vgl. S. 28f.). Demnach entsteht bei «Vertragsverletzung» des Mieters ein Kündigungsrecht zugunsten des Vermieters.

Bei der Pacht dagegen wird dem typischen Hauptleistungsschuldner nach der von Art. 294 OR angewandten Terminologie ein Rücktrittsrecht eingeräumt (vgl. Marginalie). Rücktritt bedeutet Aufhebung des Vertrages ex tunc (vgl. S. 29). Eine derartige Vertragsbeendigung aber ist, wie wir bereits früher festgestellt haben (vgl. S. 29f.) und später noch näher zeigen werden (vgl. S. 209 ff.), ausgeschlossen, sobald mit der dauernden Gebrauchsüberlassung begonnen wurde. Dies jedoch trifft bei den in Art. 294 OR geregelten Fällen immer zu, da der Pächter nur eine solche Vertragssache vertragswidrig gebrauchen resp. nutzen kann, die ihm bereits zum Gebrauch resp. zur Nutzung, überlassen wurde. Ist also in diesem Stadium des Vertragsablaufs eine Aufhebung ex tunc ausgeschlossen, bleibt lediglich die Auflösung ex nunc möglich. Sie ist von Art. 294 OR denn auch gemeint, jedoch terminologisch falsch (als «Rücktritt») bezeichnet. Trotz verschiedener Bezeichnung des Beendigungsrechts («Aufhebung» und «Rücktritt» einerseits, «Auflösung» andererseits) wird daher sowohl dem Verpächter wie dem Vermieter infolge «Vertragsverletzung» des typischen Hauptleistungsgläubigers ein Kündigungsrecht eingeräumt¹.

¹ Andere Lösungsbefugnisse stehen dem typischen Hauptleistungsschuldner nicht

Als Kündigungsrecht qualifiziert sich schließlich auch das Recht des Verleihers, die Vertrags Sache «zurückzufordern» (Art. 309 Abs. 2 OR). Ist doch die «Rückforderung» nichts anderes als die Folge der Auflösung (ex nunc) und das Rückforderungsrecht nur ein anderer (die Folge bezeichnender) Ausdruck für Auflösungs- resp. Kündigungsrecht (vgl. S. 38).

Zusammenfassend können wir somit festhalten, daß die Art. 261 Abs. 2 (betr. die Miete), 294 (betr. die Pacht) und 309 Abs. 2 OR (betr. die Gebrauchsleihe) mit Bezug auf die Rechtsfolge der von ihnen geordneten «Vertragsverletzung» (vertragswidriger Gebrauch resp. vertragswidrige Nutzung der Vertrags Sache) inhaltlich übereinstimmen. Dies wiederum (vgl. S. 138; S. 139) bei zufällig verschiedener Redaktion der verglichenen Bestimmungen.

B. SCHULDNERVERZUG

Erbringt der Schuldner eine mögliche Leistung nicht, entsteht – wenn bestimmte Voraussetzungen vorliegen – Schuldnerverzug. Mit ihm befassen wir uns, da auch er bei Dauerverträgen als «besonders umschriebener» (vgl. S. 63 f.), außerordentlicher Beendigungsgrund wirken kann. Dabei behandeln wir zunächst (1.) Begriff, Voraussetzungen und Folgen des Schuldnerverzugs im allgemeinen. Sodann (2.) handeln wir vom Schuldnerverzug als einem denkbaren Beendigungsgrund der Dauerverträge. Darauf (3.) besprechen wir die Anwendbarkeit der Art. 107–109 OR auf Dauervertragsverhältnisse. Anschließend (4.) erörtern wir spezielle Gesetzesbestimmungen über den Schuldnerverzug bei Dauerverträgen. Und schließlich (5.) zeigen wir im Anschluß an eine kurze Zusammenfassung gewisse Besonderheiten auf, welche mit Rücksicht auf den Schuldnerverzug bei bestimmten einzelnen Dauervertragsarten zu verzeichnen sind; damit wird ein Überblick über die Beendigungswirkung des Schuldnerverzugs bei Dauerverträgen geboten.

zu. Insbesondere hat er nicht die Wahlrechte des Art. 107 Abs. 2 OR, da es sich bei seinem Gestaltungsrecht nicht um die Rechtsfolge eines Verzugstatbestandes handelt (vgl. S. 133). A. A. CHRISTIAN SCHMID, S. 104 f.

1. Schuldnerverzug (Art. 102–109 OR):

Begriff, Voraussetzungen, Folgen (insbes. bei synallagmatischen Verträgen)

a) Verzug ist – allgemein – ein *Zeitbegriff*. Er beinhaltet den Zustand, der darin besteht, daß ein Ereignis, welches eingetreten sein sollte, noch aussteht¹.

Schuldnerverzug ist ein rechtlicher Zeitbegriff und beinhaltet den Zustand der qualifiziert pflichtwidrigen (nicht notwendigerweise verschuldeten) Nochnichterfüllung einer Obligation.

b) Die Nochnichterfüllung ist pflichtwidrig unter zwei *Voraussetzungen*: Einmal muß die geschuldete Leistung möglich sein (vgl. S. 118 ff.). Denn nur was möglich ist, ist verpflichtend. Sodann muß der Gläubiger das Recht haben, die Erfüllung zu verlangen: Verzug setzt daher erstens Fälligkeit (vgl. Art. 75 OR) der Schuld voraus (Art. 102 Abs. 1 OR). Zweitens kann im gegenseitigen Vertrag nur in Verzug setzen, wer Erfüllung anbietet, vorgeleistet oder nachzuleisten hat (Art. 82 OR)². Und drittens schließt Gläubigerverzug (vgl. S. 169 ff.) den Schuldnerverzug aus³. Solange der Gläubiger nicht mitwirkungsbereit ist (Art. 91 OR), ruht sein Recht, die Leistung zu verlangen.

Qualifiziert pflichtwidrig ist die Nochnichterfüllung, wenn der Schuldner mit Ernsthaftigkeit auf seine Leistungspflicht aufmerksam gemacht wurde⁴. Dies geschieht alternativ zum vorneherein oder nachträglich. Zum vorneherein: durch unmißverständliche Verabredung des Fälligkeitstages, wobei diesem von den Parteien erhöhte, nämlich verzugsbe gründende Bedeutung zugemessen wird. Mit Ablauf des Fälligkeitstages beginnt alsdann der Verzug (Art. 102 Abs. 2 OR). Nachträglich: durch Mahnung des Gläubigers an den Schuldner, die fällige Forderung zu erfüllen (Art. 102 Abs. 1 OR). Dadurch gerät der Schuldner nach dem Fälligkeitstag in Verzug: sofort oder nach Ablauf einer ihm angesetzten Nachfrist.

¹ Vgl. BRUNO VON BÜREN, S. 365.

² BGE 45 II 349.

³ BECKER N. 24 zu Art. 102 OR; OSER/SCHÖNENBERGER N. 27 zu Art. 102 OR; VON TUHR/SIEGWART, S. 584.

⁴ Vgl. dazu und zum Folgenden: BRUNO VON BÜREN, S. 366.

c) Die *Folgen* des Schuldnerverzuges zerfallen in allgemeine (Art. 103–106 OR) und in besondere (Art. 107–109 OR).

aa) Die *allgemeinen* Folgen können bei jedem Vertrag eintreten; also unabhängig davon, ob die verzögerte Leistung Inhalt eines ein- oder eines zweiseitigen Vertragsverhältnisses ist. Da sie auf den Fortbestand des Vertrages keinen Einfluß haben, interessieren sie in diesem Zusammenhang nicht.

bb) Im Unterschied zu den allgemeinen treten die *besondern* Folgen des Schuldnerverzuges nur bei zweiseitigen, und zwar bei vollkommen zweiseitigen, also *synallagmatischen* Vertragsverhältnissen ein. Hier kann der Verzugsgläubiger unter den in Art. 107 ff. OR genannten Voraussetzungen auf die nachträgliche Leistung des Verzugsschuldners verzichten. Tut er das, so steht es ihm frei (Art. 107 Abs. 2 OR), entweder vom Vertrage zurückzutreten oder – wenn sich der Verzugsschuldner nicht exkulpieren kann¹ – Schadenersatz wegen Nichterfüllung des Geschuldeten zu verlangen.

Rücktritt vom Vertrag bedeutet Vertragsbeendigung ex tunc: Jede Vertragspartei wird berechtigt, die versprochene Gegenleistung zu verweigern und bereits Geleistetes zurückzufordern (Art. 109 Abs. 1 OR)². Der Verzugsgläubiger verzichtet auf die vertragliche Leistungsrelation auch in abstracto³.

Verlangt der Verzugsgläubiger statt der verzögerten Leistung Schadenersatz, bleibt die vertragliche Leistungsrelation in abstracto bestehen. Dabei wandelt sich die Pflicht des Verzugsschuldners zur Erbringung der versprochenen Leistung in natura (Primärleistung) in die Pflicht, Schadenersatz im Umfang des «Erfüllungsinteresses» (Sekundärleistung) zu erbringen. Was die Eigenleistungspflicht des Gläubigers betrifft, so gehen die Meinungen über deren Schicksal auseinander:

Während die Austauschtheorie den Verzugsgläubiger zur Leistung in natura anhält, befreit ihn die Differenztheorie von der noch bestehenden Eigenleistungspflicht. Nach der Differenztheorie ist daher der Schaden des Gläubigers unter Abzug der von ihm ersparten Eigenleistung zu

¹ Und nur dann! Vgl. BECKER N. 40 zu Art. 107 OR; VON TUHR/SIEGWART, S. 596; CHRISTIAN SCHMID, S. 32. – A. A. offenbar BGE 43 II 796.

² Nicht nur der zurücktretende Teil, wie Art. 109 Abs. 1 OR sagt: VON TUHR/SIEGWART, S. 597 f.

³ BRUNO VON BÜREN, S. 371.

bestimmen (was eine Umwandlung dieser Leistung in Geld voraussetzt, sofern es sich nicht um eine Geldschuld handelt). Der Wortlaut des Gesetzes läßt ein Vorgehen sowohl nach der einen wie nach der andern Theorie zu (vgl. Art. 107 Abs. 2 OR). Richtig ist es, dem Gläubiger auch hier die Wahl zu überlassen¹.

Damit besteht bei Schuldnerverzug im synallagmatischen Vertrag ein *dreifaches Wahlrecht* zugunsten des Verzugsgläubigers: Zunächst kann dieser entweder die Erbringung der verzögerten Austauschleistung in natura verlangen oder darauf verzichten (1. Wahlrecht). Verzichtet er darauf, kann er entweder vom Vertrage zurücktreten oder – bei Verschulden des Verzugsschuldners – Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens verlangen (2. Wahlrecht). Verlangt er Schadenersatz wegen Nichterfüllung, steht es ihm frei, die eigene Leistung in natura zu erbringen oder nicht (3. Wahlrecht). Erbringt er sie nicht in natura, besteht der vom Schuldner zu leistende Schadenersatz im Umfang der Differenz zwischen dem Wert der verzögerten und jenem der vom Gläubiger verweigerten Leistung.

Unter den drei genannten Wahlrechten besteht ein Abhängigkeitsverhältnis, und zwar insofern, als das 3. Wahlrecht den Bestand des 2. und das 2. den Bestand des 1. voraussetzt. Voraussetzung des 1. Wahlrechts aber ist das Vorliegen eines qualifizierten Schuldnerverzugs (Art. 107 Abs. 2 und 108 OR). Qualifiziert ist der Verzug, wenn der Gläubiger dem Verzugsschuldner erfolglos eine Frist zur nachträglichen Erfüllung angesetzt hat resp. durch die zuständige Behörde ansetzen ließ (Art. 107 Abs. 2 OR); oder wenn sich die Ansetzung einer derartigen Nachfrist gemäß Art. 108 OR zum vorneherein erübrigte.

Der *gesetzgeberische Grund* für die besondern Verzugsfolgen bei synallagmatischen Verträgen liegt in der Austauschbeziehung der geschuldeten Leistungen. Jede Partei wurde durch das Leistungsversprechen der Gegenpartei zum eigenen Leistungsversprechen bestimmt; um deren Leistung zu erhalten, versprach sie die eigene Leistung. Verzögert nun eine Partei die Erfüllung ihres Versprechens, so soll die andere weder gegen ihren Willen an die eigene Leistungspflicht gebunden, noch lange Zeit darüber im Ungewissen bleiben, ob und wann sie die Primärleistung des Verzugs-

¹ Zulässigkeit des Vorgehens nach der Differenztheorie bestätigt in BGE 65 II 174 f.

schuldners erhält¹. Vielmehr soll sie die durch Schuldnerverzug verfahrenene Situation möglichst schnell beenden und sich allenfalls Ersatz für die ausgebliebene Leistung verschaffen können, was nicht nur ihrem eigenen Interesse, sondern im hohen Maße auch dem Interesse des Geschäftsverkehrs an einer raschen Abwicklung der Geschäfte entspricht¹.

2. Schuldnerverzug: denkbarer Beendigungsgrund von Dauerverträgen

Nach dem Gesagten verleiht der (qualifizierte) Schuldnerverzug mit einer Austauschleistung dem Partner des Verzugsschuldners ein Recht zum Verzicht auf die verzögerte Leistung, und zwar verbunden entweder mit einem Rücktrittsrecht oder mit der Befugnis, statt der ausstehenden Leistung Schadenersatz im Umfang des Erfüllungsinteresses zu verlangen. Das zuletztgenannte Recht bezeichnen wir im Folgenden kurz als «Recht auf Vertragsumwandlung», wobei wir uns bewußt sind, daß hier die «Umwandlung des Vertrages» lediglich in der Umwandlung einer Leistungspflicht besteht (vgl. S. 143) und der Vertrag nicht etwa zu einer andern Vertragsart wird (wie dies im Falle des Art. 527 Abs. 3 OR zutrifft).

Können die erwähnten Gestaltungsrechte auch bei Dauerverträgen wirksam ausgeübt werden, so sind sie geeignet, das vorzeitige Vertragsende (mindestens im weiten Sinne; vgl. S. 17 f) herbeizuführen. Bei Verzicht auf die verzögerte Leistung unter Vertragsumwandlung muß indessen unterschieden werden, welche der Austauschleistungen sich im Verzug befindet: ob die typische dauernde Hauptleistung (vgl. S. 5) oder die Gegenleistung.

Befindet sich die typische dauernde Hauptleistung in Verzug, so wandelt sich bei wirksamer Ausübung des Umwandlungsrechts die typische Hauptleistungspflicht in eine einfache Verbindlichkeit zur Leistung von Schadenersatz um. Damit endet der Dauervertrag im weiten Sinne (vgl. S. 17 f.), wobei es keinen Unterschied macht, ob der typische Hauptleistungsgläubiger die eigene Leistung in natura erbringen will oder nicht (3. Wahlrecht).

Befindet sich dagegen die (nicht typische) Gegenleistung in Verzug, ist zu unterscheiden, ob deren Gläubiger (der Hauptleistungsschuldner) das Recht zur Vertragsumwandlung nach der Austausch- oder nach der

¹ CHRISTIAN SCHMID, S. 18.

Differenztheorie ausübt. Erbringt er gemäß Austauschtheorie die eigene (typische dauernde Haupt-)Leistung in natura, ändert sich nichts am Bestand des Dauervertrages. Wählt er dagegen den von der Differenztheorie vorgezeichneten Weg, befreit er sich von der Erbringung der typischen dauernden Hauptleistung in natura. Damit geht der Dauervertrag wiederum im weiten Sinne zu Ende (vgl. S. 17f.).

Somit ist denkbar, daß der Schuldnerverzug als mittelbarer Beendigungsgrund von Dauerverträgen wirkt. Hat er doch gemäß Art. 107–109 OR Gestaltungsrechte zur Folge, die – bei Dauerverträgen wirksam ausgeübt – zum Vertragsende führen. Ob er aber wirklich Beendigungsgrund ist, hängt selbstverständlich davon ab, ob die Verzugsregeln der Art. 107–109 OR überhaupt auf Dauerverträge anwendbar sind. Damit befassen wir uns nachstehend.

3. Die Anwendbarkeit der Art. 107–109 OR auf Dauerverträge

Die Art. 107–109 OR stehen im allgemeinen Teil des Obligationenrechts. Folglich enthalten sie Vorschriften, welche nicht einzelne Vertragsarten als solche betreffen¹. Damit erweckt das Gesetz den Anschein, die Art. 107–109 OR seien auf sämtliche (synallagmatischen) Verträge anwendbar, ebenfalls auf Dauerverträge. Dies trifft grundsätzlich auch zu; besteht doch kein Grund, weshalb die Rechtsbehelfe der Art. 107–109 OR dem Verzugsgläubiger im Dauervertrag vorenthalten sein sollten. Immerhin ist dabei ein Zweifaches zu vermerken: einmal gehen die speziellen Verzugsregeln vor, welche das OR für einzelne Dauervertragsarten aufgestellt hat (vgl. hinten, S. 157 ff.). Zum andern sind die Art. 107–109 OR auf einfache Vertragsverhältnisse abgestimmt. Bei ihrer Anwendung auf Dauerverträge ergeben sich daher Schwierigkeiten, welche mit der besondern Natur der dauernden Vertragsverhältnisse zusammenhängen. Damit befassen wir uns im Folgenden, indem wir mit Rücksicht auf die Dauerverträge zunächst von der Verzugsvoraussetzung der Leistungsmöglichkeit sprechen, anschließend von den Rechtsbehelfen bei Schuldnerverzug mit einer synallagmatischen Leistung.

¹ SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Allgemeine Einleitung, N. 43.

a) *Die Verzugsvoraussetzung der Leistungsmöglichkeit bei Dauerleistungen*

Wie einleitend (vorne, S. 142) erwähnt, setzt der Schuldnerverzug (Zustand der qualifiziert pflichtwidrigen Nochnichterfüllung einer Obligation) die *Möglichkeit* der geschuldeten Leistung voraus¹. Ohne Leistungsmöglichkeit (zum Begriff: vgl. S. 119) trifft also der Schuldnerverzug weder ein, noch bleibt er – wenn er eingetreten ist – bestehen. Denn: nur was möglich ist, ist verpflichtend (vgl. Art. 20, 97, 119 OR). Besteht aber keine Leistungspflicht, weil die Leistung unmöglich (ev. unmöglich geworden) ist, kann es auch eine pflichtwidrige Nochnichterfüllung dieser Leistungspflicht nicht (ev. nicht mehr) geben.

Statt von der Möglichkeit der Leistung wird in diesem Zusammenhang auch von deren «*Nachholbarkeit*» gesprochen². Indessen ist der Terminus «*Nachholbarkeit*» zu sehr auf einfache Leistungen zugeschnitten, weshalb er bei seiner Anwendung auf Dauerleistungen Schwierigkeiten bereitet:

So liegt nach CHRISTIAN SCHMID³ bei der Verzögerung von Dauerleistungen (der Vermieter beginnt z. B. nicht rechtzeitig mit der Gebrauchsüberlassung) ein Verzugsfall nur dann vor, wenn sich in concreto die Vertragsdauer einfach um so viel über den Endzeitpunkt des Vertrages verlängern läßt, als die Leistung verzögert wird. Dies deshalb, weil in den übrigen Fällen die verzögerte Dauerleistung nicht «*nachholbar*» sei. Unseres Erachtens steht jedoch nichts im Weg, die Verzugsregeln der Art. 107–109 OR auch auf solche Fälle anzuwenden, in denen eine derartige Verlängerung ausgeschlossen ist. Beispielsweise denken wir an den Fall, wonach der Vermieter mit der auf einen genau bezeichneten Monat (z. B. Januar 1983) vereinbarten Gebrauchsüberlassung am 1. des betreffenden Monats nicht beginnt:

Wie jeder Dauerleistungsschuldner ist der genannte Vermieter zu einem bestimmten Verhalten (nämlich Gebrauchsüberlassung) während einer gewissen (hier: bestimmten) Zeitspanne verpflichtet. Hat er (z. B.) am 15. des betreffenden Monats mit seinem Verhalten nicht begonnen, so ist nicht bloß die Leistung zur richtigen Zeit (1.–15.), sondern auch die Leistung während der richtigen Zeitspanne (ein Monat) ausgeschlossen.

¹ Vgl. BRUNO VON BÜREN, S. 365.

² Vgl. GÖSCHKE, ZBJV 60 (1924), S. 28; CHRISTIAN SCHMID, S. 3; BGE 32 II 535, ferner KARL LARENZ, 1. Bd., S. 264.

³ S. 52 f. und auch S. 3.

Da der Vertrag am 31. des Monats (im weiten Sinne) erlischt, kann der Verzugsschuldner das versäumte «Leisten während 15 Tagen» nicht «nachholen». Mit der Verzögerung der Leistung ist daher – und darin äußert sich eine Eigenart der Dauerschuld – eine zeitweise Nichterfüllung (nicht nur eine Zuspäterfüllung¹) verbunden, für welche der Verzugsschuldner allenfalls Schadenersatz zu leisten hat. Trotz alledem kommen aber die Regeln über den Schuldnerverzug zur Anwendung. Denn:

Erstens ist – was entscheidet – die geschuldete Leistung (Gebrauchsüberlassung) weder durch die Verzögerung noch durch die zeitweise Nichterfüllung der Dauerleistungsschuld unmöglich geworden. Der Vermieter kann die Mietsache nach wie vor zum Gebrauche überlassen. Er kann – was er bis anhin versäumt hat – mit dem dauernden Verhalten einsetzen und die verzögerte Leistung (nicht aber das «Leisten während 15 Tagen») in diesem Sinne gewissermaßen «nachholen». Da er hiezu verpflichtet ist, liegt bis zum Beginn der Dauerleistung ein Zustand pflichtwidriger Nochnichterfüllung der Dauerleistungspflicht vor. Der Dauerleistungsschuldner befindet sich – wenn die übrigen Voraussetzungen gegeben sind – in Schuldnerverzug.

Zweitens entspricht es durchaus der Funktion der für synallagmatische Verträge vorgesehenen Verzugsfolgen (vgl. S. 143), daß sie hier eintreten. Auch der Vertragspartner des in Schuldnerverzug befindlichen Dauerleistungsschuldners soll nämlich die durch Schuldnerverzug verfahrenere Situation möglichst schnell beenden können (vgl. S. 144 f.). Ja, an einer vorzeitigen Vertragsbeendigung ist er möglicherweise sogar in gesteigertem Maße interessiert, da zum vorneherein feststeht, daß er die geschuldete Leistung jedenfalls nicht während des ganzen vereinbarten Zeitraums erhält.

Drittens schließlich verweisen wir auf die im speziellen Teil des OR für gewisse Dauerverträge geordneten Verzugsfolgen (vgl. S. 157 ff.). Sie treten nicht nur dann ein, wenn sich die Vertragsdauer einfach um so viel über den Endzeitpunkt des Vertrages verlängern läßt, als die Leistung verzögert wurde. Also bestätigt das Gesetz selbst die Richtigkeit unserer Ansicht.

¹ In Art. 103 OR wird bloß eine Schadenersatzpflicht wegen *verspäteter Erfüllung*, nicht aber die (an sich selbstverständliche) Schadenersatzpflicht wegen *zeitweiser Nichterfüllung* besonders vorgesehen. Dies deshalb, weil auch die Art. 103–106 OR zu sehr auf einfache Leistungspflichten abgestimmt sind.

Somit gerät ein Dauerleistungsschuldner, der mit dem möglichen dauernden Verhalten pflichtwidrig nicht beginnt, in Verzug (sofern die übrigen Verzugsvoraussetzungen vorliegen). Dasselbe gilt für den Schuldner, der vom begonnenen dauernden Verhalten pflichtwidrig wieder absteht. Dabei dauert der Schuldnerverzug längstens bis zum Vertragsende. Mit dessen Eintritt nämlich erlischt die dauernde Leistungspflicht und mit ihr der Schuldnerverzug.

b) Die Rechtsbehelfe bei Schuldnerverzug mit der synallagmatischen Leistung eines Dauervertrages.

Bei Schuldnerverzug mit einer synallagmatischen Leistung kann der Verzugsgläubiger (bei gegebenen Voraussetzungen) gemäß Art. 107–109 OR allgemein auf nachträgliche Leistung verzichten und entweder vom Vertrag zurücktreten oder den Vertrag umwandeln (vgl. S. 143 f.). Handelt es sich aber beim betreffenden Vertrag um ein dauerndes Vertragsverhältnis, sind gewisse Eigenarten zu beachten, die sich aus dem Dauercharakter des Verhältnisses ergeben:

α) Verzicht auf die verzögerte Leistung, verbunden mit Rücktritt¹

Was zunächst den Verzicht auf die verzögerte Leistung, verbunden mit Rücktritt, betrifft, so gilt auch für den Schuldnerverzug, was in unserer Arbeit mehrmals festgehalten wurde (vgl. z. B. S. 30, S. 97, S. 99) und

¹ Wir gehen im Folgenden davon aus, daß der in Art. 107 Abs. 2 OR vorgesehene Leistungsverzicht des Verzugsgläubigers bei dauernden Leistungen mit *Wirkung für die zukünftige Leistungszeit* ausgestattet ist. Danach kann z. B. der Mieter auf die Gebrauchsüberlassung für die Restdauer des Vertrages verzichten, wenn der Vermieter mit seiner für dreißig Tage versprochenen Dauerleistung in Verzug gerät.

Diese Auffassung entspricht dem Zweck des Art. 107 OR. So wird die durch Schuldnerverzug verfahren Situation nur dann rasch und definitiv bereinigt (vgl. S. 144 f.), wenn der Leistungsverzicht des Verzugsgläubigers für die ganze noch bestehende Vertragsdauer wirkt. Das ist offensichtlich auch Ansicht des Gesetzgebers: Er hat die für gewisse Dauerverträge speziell geordneten Befreiungsrechte des Verzugsgläubigers (vgl. S. 157 ff.) durchwegs mit Wirkung für die zukünftige Leistungszeit versehen, weshalb die Richtigkeit unserer Meinung vom OR selbst bestätigt wird.

Nach anderer Meinung indessen wirkt der Leistungsverzicht des Verzugsgläubigers grundsätzlich nur für die Leistungszeit, während welcher die Leistung verzögert wurde: Und zwar deshalb, weil erstens der Verzugsschuldner einer Dauerleistung zunächst nur in Teilverzug gerate (vgl. z. B. PAUL LEMP, S. 65); und weil

im vierten Kapitel begründet wird (vgl. S. 209 ff.): Nach Beginn der typischen Hauptleistung gehen die Dauerverträge des OR regelmäßig nicht mehr ex tunc zu Ende. Der *Rücktritt wandelt sich alsdann zur Kündigung* (Beendigungswirkung ex nunc), das Rücktrittsrecht zum Kündigungsrecht. Anders verhält es sich nur bei der Leibrente, die selbst nach begonnener Hauptleistung durch Rücktritt ex tunc beendet werden kann (vgl. S. 212).

Somit gelangen die Art. 107–109 OR hinsichtlich der darin geordneten Rücktrittsmöglichkeit auf Dauerverträge des OR (abgesehen vom Leibrentenvertrag) nur in dem Sinne zur Anwendung, als die Beendigungserklärung des Verzugsgläubigers nach Beginn der typischen dauernden Hauptleistung stets ex nunc wirkt. Dabei ist klarzustellen: Die Kündigung, welche nach begonnener Hauptleistung die Stelle des Rücktritts einnimmt, ist nicht etwa eine Kündigung aus «wichtigem Grund». Vielmehr unterliegt sie den in Art. 107–109 OR geordneten Voraussetzungen: sie ist gewissermaßen der vom OR für den Verzugsfall vorgesehene «Rücktritt», abstrahiert von der Wirkung ex tunc. Die Ansicht einiger Auto-

zweitens die Dauerleistung nicht fällig sei, soweit sie für die Zukunft geschuldet werde (vgl. z. B. CHRISTIAN SCHMID, S. 56; PAUL LEMP, S. 65).

Diese Meinung ist mit einer funktionellen Interpretation des Art. 107 OR unvereinbar. Da der Zweck der genannten Vorschrift eine Wirkung des Leistungsverzichts für die Zukunft verlangt (vgl. oben), muß bei zeitweiser Verzögerung einer Dauerleistung sowohl ein Totalverzug im Sinne der Verzugsbestimmungen gegeben als auch das Erfordernis der Fälligkeit für einen Leistungsverzicht mit zukünftiger Wirkung erfüllt sein.

Abgesehen davon, würde sich ein Verzicht auf die während der verflossenen Vertragsdauer nicht erbrachte Dauerleistung in aller Regel als sinnlos erweisen. Ist doch die Pflicht des Verzugsschuldners, die versprochene Primärleistung während der verflossenen Zeitspanne zu erbringen, mit Ablauf der ungenützten Leistungszeit ohnehin erloschen und allenfalls durch eine Schadenersatzpflicht ersetzt worden (vgl. S. 148). Wo sich aber die Vertragsdauer ausnahmsweise um soviel über den vorgesehenen Endzeitpunkt des Dauervertrages verlängert, als die Leistung verzögert wird (vgl. S. 147), hätte ein derartiger Verzicht nur den Sinn, daß der Verzugsschuldner das dauernde Verhalten nach Eintritt des ursprünglich vorgesehenen Vertragsendes nicht (im Umfang der Verzögerung) fortsetzen müßte. Das aber wäre im Ergebnis nichts anderes als ein Verzicht auf Leistung in zukünftiger Leistungszeit.

Schließlich verweisen wir auf die von OTTO VON GIERKE zu Recht vertretene Ansicht, wonach die zeitweise Erfüllung einer Dauerleistungsschuld nicht Erfüllung eines Leistungsteils ist (eingehend begründet in «Dauernde Schuldverhältnisse», S. 365 ff.). Trifft dies aber zu, kann bei zeitweiser Verzögerung einer Dauerleistung (auch konstruktiv) weder ein Verzug mit einer Teilleistung (Teilverzug) vorliegen, noch kann ein fälliger von einem nicht fälligen Leistungsteil unterschieden werden.

ren¹, wonach bei Dauerverträgen die Bestimmungen über den «wichtigen Grund» jene über den Schuldnerverzug verdrängen, erachten wir als unrichtig (zur Begründung vgl. S. 195 f.)².

β) Verzicht auf die verzögerte Leistung,
verbunden mit Vertragsumwandlung³

Macht der verzichtende Verzugsgläubiger, statt vom Verträge zurückzutreten, vom Recht zur Vertragsumwandlung (vgl. S. 145) Gebrauch, so gilt es, folgende Punkte zu beachten:

Erstens ist für die gewollte Vertragsumwandlung die *Kenntnis der vorgesehenen ordentlichen Vertragsdauer* erforderlich, wenn der Verzugschuldner eine Dauerleistung schuldet. Dasselbe gilt für das Vorgehen nach der Differenztheorie (also nicht für die Vertragsumwandlung überhaupt), wenn sich die versprochene Eigenleistung des vertragstreuen Gläubigers als Dauerleistung qualifiziert. Nach der genannten Vertragsdauer nämlich richtet sich sowohl das Ausmaß des vom Verzugschuldner an Stelle der Primärleistung zu erbringenden Schadenersatzes, als auch der Wert der nach der Differenztheorie verweigerten dauernden Eigenleistung. Daraus folgt, daß der vorgesehene Endzeitpunkt der ordentlichen Vertragsdauer grundsätzlich kalendermäßig bestimmt sein muß. Trifft dies nicht zu, so ist ausnahmsweise eine Berechnung nach dem Zeitpunkt möglich, auf den der Verzugschuldner ordentlich hätte kündigen können⁴. Ist auch ein solcher Zeitpunkt nicht gegeben, so kommt eine Vertragsumwandlung, eventuell auch nur ein Vorgehen nach der Differenztheorie, nicht in Frage⁵.

Zweitens ist die Vertragsumwandlung im Unterschied zum Vertragsrücktritt *nicht mit rückwirkender Kraft* ausgestattet. Sie läßt daher den

¹ Vgl. S. 196 Anm. 1.

² Qualifiziert sich der Schuldnerverzug als «wichtiger Grund», steht es dem Verzugsgläubiger allerdings frei, entweder nach den Regeln über den Schuldnerverzug oder nach jenen über den «wichtigen Grund» vorzugehen. (Für den Dienstvertrag vgl. PAUL LEMP, S. 87; siehe auch hinten, S. 195 f.)

³ Vgl. S. 149 Anm. 1.

⁴ Vgl. CHRISTIAN SCHMID, S. 58 mit Zitat.

⁵ Denkbare außerordentliche Beendigungsgründe können nicht berücksichtigt werden.

eingetretenen Leistungsbestand zum vorneherein unangetastet: Keine Partei ist befugt, bereits Geleistetes zurückzugeben resp. zurückzufordern¹.

Besteht schließlich – drittens – die in Verzug befindliche Leistung in einer *Geldleistung*, so stellt sich die Frage, ob dem Verzicht auf die Leistung unter Umwandlung des Vertrages überhaupt eine praktische Bedeutung zukommt. Die Frage ist zu bejahen; und zwar deshalb, weil es die Methode der Vertragsumwandlung dem Verzugsgläubiger erlaubt, den Vertrag unter Aufrechterhaltung der vereinbarten Leistungsrelation gewissermaßen wertmäßig «durchzuführen». Daran hat er in jenen Fällen ein (berechtigtes) Interesse, in denen er sich für seine Leistung (als «guter Händler») eine höhere Gegenleistung versprechen ließ.

Ist die in Verzug befindliche Geldleistung einfacher Art, wird allerdings die entsprechende Leistungspflicht durch den Verzicht, verbunden mit Umwandlung, nicht verändert. Denn hinter der einfachen Primärleistungspflicht «Geld» steht keine Sekundärleistungspflicht: der Verzugsschuldner muß nach wie vor die selbe einmalige Geldleistung erbringen. Der «Verzicht» auf die Geldleistung ist daher nur sinnvoll als Voraussetzung, um den Vertrag unter Aufrechterhaltung der vereinbarten Leistungsrelation wertmäßig «durchführen» zu können (und zwar nach der Differenztheorie²).

Anders verhält es sich, wenn die verzögerte Geldleistung eine dauernde ist, d. h. sich auf periodisch wiederkehrende Geldzahlungen richtet. Als dann wird die in Verzug befindliche Leistungspflicht infolge Ausübung des Umwandlungsrechts verwandelt; sie wird zu einer einmaligen Schadenersatzpflicht. Statt wiederkehrender Leistungen hat der Verzugsschuldner in diesem Fall eine einzige Geldleistung zu erbringen, die – unter entsprechender Diskontierung – in der Summe der versprochenen periodischen Leistungen besteht. Es verhält sich in dieser Beziehung gleich, wie wenn der vertragstreue Gläubiger die von ihm noch geschuldete dauernde Geldleistung (nach der Differenztheorie) verweigert: Auch er hat (bei der Schadensberechnung) die diskontierte Summe der (ausstehenden) periodischen Geldzahlungen in Anschlag zu bringen.

¹ Wobei eine Rückgabe dauernden Unterlassens oder dauernden positiven Verhaltens in natura ohnehin ausgeschlossen ist.

² Ein Vorgehen nach der Austauschtheorie ist hier zum vorneherein sinnlos und daher praktisch ausgeschlossen (vgl. dazu S. 156).

Die genannten drei Punkte sind zu beachten, wenn die Partei eines Dauervertrages auf die verzögerte Leistung verzichtet und den Vertrag umwandeln will. Wie sich die Vertragsumwandlung im einzelnen gestaltet, ergibt sich aus der folgenden Darlegung, in welcher wir zunächst das Vorgehen nach der Differenz-, anschließend jenes nach der Austauschtheorie erörtern. Dabei können wir uns auf die Behandlung solcher Dauerverträge beschränken, deren (nicht typische) Gegenleistung in einer Geldleistung besteht (was bei den Dauerverträgen des OR in aller Regel zutrifft ¹).

Das Vorgehen nach der Differenztheorie bei Dauerverträgen

Der Verzugsgläubiger, welcher den Weg der Differenztheorie wählt, befreit sich – wie schon öfters dargelegt – von der Pflicht, die versprochene Eigenleistung in natura zu erbringen. Die Eigenleistung wird lediglich wertmäßig berücksichtigt und dient in diesem Sinne als Subtrahend bei der Berechnung der schuldnerischen Schadenersatzpflicht. Daraus folgt ohne weiteres, daß das Vorgehen nach der Differenztheorie nur so lange möglich ist, als der Verzugsgläubiger die Eigenleistung nicht vollständig erbracht hat (vgl. S. 154).

Verzugsgläubiger ist entweder der (typische) Hauptleistungsgläubiger oder der Hauptleistungsschuldner, und zwar je nachdem, welche Leistung sich in Verzug befindet:

Beindet sich die typische dauernde Hauptleistung (z. B. Dienstleistung) in Verzug, kann der *Hauptleistungsgläubiger* auf deren weitere Erbringung in natura verzichten und Schadenersatz im Umfang seines Erfüllungsinteresses verlangen. Dabei hat er den Wert der verweigerten Eigenleistung in Abzug zu bringen (zu dessen Berechnung, wenn die Eigenleistung in periodisch wiederkehrenden Geldzahlungen besteht, vgl. S. 152).

Ist die verzögerte Leistung jedoch die (nicht typische) Gegenleistung des Vertrages (z. B. Lohnzahlung), so steht das Umwandlungsrecht gemäß Art. 107 Abs. 2 OR dem *Hauptleistungsschuldner* zu. Der Wert der von ihm (in natura) verweigerten typischen Dauerleistung dient als Subtrahend für die Berechnung des vom Verzugsschuldner zu leistenden Betrages. Bei dessen Ermittlung sind die Eigenarten zu beachten, welche

¹ Vgl. S. 121.

sich aus dem Umstand ergeben, daß die nicht typische Vertragsleistung (in den hier behandelten Fällen) in einer Geldleistung besteht (vgl. dazu S. 153).

Das Vorgehen nach der Austauschtheorie bei Dauerverträgen

Wählt der Verzugsgläubiger das Vorgehen nach der Austauschtheorie, hat er seine Eigenleistung in natura zu erbringen (vgl. S. 143). Ein solches Vorgehen kommt indessen bei den hier behandelten Dauerverträgen (nicht typische Gegenleistung = Geldleistung) nur selten in Frage, und zwar aus rechtlichen und praktischen Gründen. Dies versuchen wir am Beispiel häufiger Verzugs-Situationen zu zeigen, wobei wir zunächst den Verzug mit der typischen dauernden Hauptleistung, sodann den Verzug mit der (nicht typischen) Gegenleistung besprechen.

aa) Verzug mit der typischen dauernden Hauptleistung:

Verzicht des Hauptleistungsgläubigers (z. B. des Dienstherrn)

Verzichtet der Hauptleistungsgläubiger (verbunden mit Vertragsumwandlung) auf die verzögerte typische Hauptleistung (z. B. Dienstleistung), wandelt sich die typische dauernde *Hauptleistungspflicht* (z. B. Dienstleistungspflicht) in die Pflicht zur Bezahlung von Schadenersatz um (vgl. S. 143). Der Hauptleistungsgläubiger erhält somit einen Anspruch auf einmalige Geldleistung. Dem steht seine *Eigenleistungspflicht* (z. B. Lohnzahlungspflicht) gegenüber, welche hier die (nicht typische) Gegenleistungspflicht des Vertrages darstellt.

1. Ist die genannte Eigenleistungspflicht eine *einfache* und noch nicht vollständig erfüllte Geldleistungspflicht, wird der Hauptleistungsgläubiger dem Verzugsschuldner keinesfalls in natura erfüllen. Vielmehr verrechnet in dieser Lage jeder Gläubiger, der auf die Erbringung der verzögerten Hauptleistung in natura verzichtet hat, die (nun) gegenseitig geschuldeten Geldleistungen (Schadenersatz; Eigenleistung), womit er die Methode der Differenztheorie wählt. Anders verhält es sich nur, wenn die Eigenleistung des Verzugsgläubigers bereits vollständig erbracht ist. Da der Verzugsgläubiger das von ihm Geleistete nicht zurückfordern und anschließend verrechnen kann (vgl. S. 151 f.), hat er bloß die Möglichkeit, nach der Austauschtheorie vorzugehen (vgl. S. 153). Das heißt hier, daß dem Verzugsschuldner die Geldleistung des vertragstreuen

Gläubigers verbleibt, dieser aber Anspruch auf Ersatz des positiven Interesses an der Erfüllung der dauernden Hauptleistung hat.

2. Richtet sich hingegen die Eigenleistungspflicht des vertragstreuen Hauptleistungsgläubigers (z. B. die Lohnzahlungspflicht) auf *dauernde* Erbringung periodisch wiederkehrender Geldzahlungen, sind zwei Fälle auseinanderzuhalten:

a) Ist die dauernde Eigenleistungspflicht noch nicht erloschen, so hätte sie der Hauptleistungsgläubiger nach der Austauschtheorie weiterhin durch periodisch wiederkehrende Geldzahlungen zu erfüllen (Erfüllung in natura). Dies, obwohl sich die typische dauernde Hauptleistungspflicht des Verzugsschuldners zu einer einfachen Schadenersatzpflicht gewandelt hat. Mit andern Worten würde das vereinbarte Vertragsverhältnis mit Bezug auf die (nicht typische) Gegenleistung «durchexerziert», obgleich der Dauervertrag im weiten Sinne erloschen ist. Das aber kann vom Gesetzgeber nicht gewollt sein; besteht doch der Zweck der für synallagmatische Verträge vorgesehenen Verzugsbestimmungen darin, die durch Schuldnerverzug verfahrene Situation möglichst rasch zu beenden¹. Gerade das würde aber durch das Vorgehen nach der Austauschtheorie verhindert, weshalb ein solches Vorgehen ausgeschlossen und die Wahl zwischen Differenz- und Austauschtheorie (3. Wahlrecht) in diesem Sinne beschränkt sein muß².

b) Ist dagegen die dauernde Eigenleistungspflicht des vertragstreuen Hauptleistungsgläubigers erloschen, so ist der Dauervertrag regelmäßig³ gleichzeitig im weiten Sinne zu Ende gegangen (der Hauptleistungsgläubiger war zu periodisch wiederkehrenden Leistungen bis zum Eintritt des Vertragsendes verpflichtet). Vertragsende im weiten Sinne aber bedeutet Ende der typischen dauernden Hauptleistungspflicht und damit auch Ende eines allfälligen Schuldnerverzugs mit der typischen dauernden Hauptleistung⁴. Somit bleibt für die Anwendung der in Art. 107-109 OR vorgesehenen Rechtsbehelfe (gleich welcher Art) zum vorneherein kein Platz.

¹ Vgl. S. 144 f.

² Dies mit Ausnahme extremer Fälle, in denen der (typische) Hauptleistungsgläubiger z. B. noch eine einzige Rate zu erbringen hat.

³ Ausnahme: Der vorleistungspflichtige (typische) Hauptleistungsgläubiger hat die letzte der geschuldeten Raten vor Ablauf der vereinbarten Vertragsdauer erbracht.

⁴ Vgl. VON TUHR/SIEGWART, S. 584.

bb) *Verzug mit der (nicht typischen) Gegenleistung:*

Verzicht des Hauptleistungsschuldners (z. B. des Dienstpflichtigen)

Verzichtet der typische Hauptleistungsschuldner unter Vertragsumwandlung auf die verzögerte *Gegenleistung* (z. B. auf die Lohnzahlung), kommt ein Vorgehen nach der Austauschtheorie nicht in Frage; wenigstens dann nicht, wenn sich, wie wir annehmen¹, die Gegenleistungspflicht auf eine einmalige Geldleistung oder auf dauernde Erbringung periodisch wiederkehrender Geldzahlungen richtet. Denn:

1. Qualifiziert sich die geschuldete Gegenleistung als *einmalige* Geldleistung, ist ein Vorgehen nach der Austauschtheorie sinnlos. Wollte nämlich der vertragstreue Hauptleistungsschuldner die von ihm versprochene typische dauernde Hauptleistung (z. B. die Dienstleistung) in natura erbringen (Austauschtheorie), ständen sich nach wie vor dieselbe Pflicht des sich in Verzug befindlichen Hauptleistungsgläubigers zur Bezahlung einer einmaligen Geldsumme (vgl. S. 152) und die Pflicht des Hauptleistungsschuldners zu dauerndem Verhalten gegenüber. Die Situation wäre genau die gleiche wie vor Anwendung des Rechtsbehelfs.

2. Besteht indessen die (nicht typische) Gegenleistung in *dauernder* Erbringung periodisch wiederkehrender Geldzahlungen, so gilt es erneut, zwei Fälle auseinanderzuhalten:

a) Ist die Eigenleistungspflicht des vertragstreuen Hauptleistungsschuldners noch nicht erloschen, so hätte dieser seine Eigenleistung (die typische Hauptleistung) nach der Austauschtheorie weiterhin als Dauerleistung zu erbringen (Erfüllung in natura). Dies, obwohl der Verzugschuldner statt der versprochenen periodischen Geldzahlungen eine einmalige Geldleistung zu zahlen hat, weil vom Verzugsgläubiger auf die Erbringung der verzögerten Leistung in natura verzichtet wurde (vgl. S. 152). Die (End-) Folge des Schuldnerverzuges bestände daher einzig in einer zusätzlichen Leistungerschwerung zu Lasten des Verzugschuldners. Das aber ist nicht der Zweck der in Art. 107–109 OR geordneten Rechtsbehelfe², weshalb hier ein Vorgehen nach der Austauschtheorie ausgeschlossen und das Wahlrecht des Hauptleistungsschuldners (zwischen Austausch- und Differenztheorie) in diesem Sinne eingeschränkt ist.

¹ Vgl. S. 153.

² Zum Zweck der genannten Rechtsbehelfe vgl. S. 144 f.

b) Ist die Eigenleistungspflicht des vertragstreuen Hauptleistungsschuldners (d. h. die typische dauernde Hauptleistungspflicht) hingegen aus irgend einem Beendigungsgrund erloschen, so ist der Dauervertrag im weiten Sinne zu Ende gegangen (vgl. S. 17 f.). Mit dem Vertragsende im weiten Sinne fällt aber auch die Pflicht des Hauptleistungsgläubigers zu dauernder Gegenleistung dahin¹ und damit ein allfälliger Schuldnerverzug bezüglich dieser Gegenleistung², weshalb dem Hauptleistungsschuldner ein Vorgehen nach den Art. 107–109 OR verwehrt ist. Dieser kann lediglich die aus der Gegenleistungspflicht entsprungenen Einzelzahlungen samt Verzugszinsen einfordern, nicht aber auf die Erfüllung der (erloschenen!) dauernden Gegenleistungspflicht verzichten: weder nach der Austausch- noch nach der Differenztheorie.

4. Spezielle Bestimmungen über den Schuldnerverzug bei Dauerverträgen

Den behandelten allgemeinen Bestimmungen über die Folgen des Schuldnerverzugs im synallagmatischen Vertrag (Art. 107–109 OR) gehen – wie bereits gesagt³ – die speziellen Verzugsregeln vor, welche das OR für einzelne Vertragsarten aufstellt. Was die Dauerverträge betrifft, enthält das OR derartige Bestimmungen lediglich für Miete und Pacht. Sie beziehen sich auf Fälle, in denen sich (a) die Vertragssache in vertragswidrigem Zustand befindet; sodann (b) auf den Fall des Rückstandes mit der Miet- oder Pachtzinszahlung^{4 5}.

a) Die Miet- oder Pachtsache befindet sich in vertragswidrigem Zustand (Art. 254, 255, 277 OR)

Wird die *Mietsache* in einem Zustand übergeben, der den vertragsgemäßen Gebrauch ausschließt oder in erheblicher Weise schmälert⁶, so ist der

¹ Die seltenen Ausnahmen von dieser Regel (vgl. S. 123 f. und S. 125 f.) sind im vorliegenden Zusammenhang ohne praktische Bedeutung.

² Vgl. VON TUHR/SIEGWART, S. 584.

³ Vgl. vorne, S. 146.

⁴ Weshalb wir diesen Fall als Verzugsfall auffassen, wird hinten, S. 162 dargetan.

⁵ Pro memoria: Die dem Vermieter und Verpächter bei vertragswidrigem Gebrauch der Vertragssache eingeräumte Beendigungsmöglichkeit (Art. 261 Abs. 2 und 294 OR) ist kein Rechtsbehelf infolge Schuldnerverzugs (vgl. S. 133).

⁶ Untergeordnete Mängel der Vertragssache berechtigen also nicht zur Vertrags-

Mieter nach Art. 254 Abs. 2 OR berechtigt, vom Vertrage «zurückzutreten» oder eine verhältnismäßige Herabsetzung des Mietzinses zu verlangen. Dasselbe gilt, wenn der vertragswidrige Zustand der Mietsache während der Mietzeit eintritt (Art. 255 Abs. 1 OR).

Bei vertragswidrigem Zustand der *Pachtsache* (sie ist zur vertragsgemäßen Benutzung und Bewirtschaftung ungeeignet: Art. 277 Abs. 1 OR) kommen die gleichen Bestimmungen zur Anwendung. Das wird von Art. 277 Abs. 2 OR zwar nur für die Übergabe im vertragswidrigen Zustand ausdrücklich festgelegt, gilt aber nach Lehre und Praxis auch für den Fall, daß der vertragswidrige Zustand erst nachträglich eintritt¹. Wir können uns daher darauf beschränken, die Vorschriften über den Mietvertrag zu besprechen:

Zuerst stellen wir die Frage, ob diese Vorschriften einen Verzugs- oder einen Gewährleistungstatbestand regeln.

α) Regeln die Art. 254/255 OR einen Verzugs- oder einen Gewährleistungstatbestand?

Die Meinungen darüber gehen auseinander². CHRISTIAN SCHMID nimmt an, es sei sowohl ein Verzugs- als auch ein Gewährleistungstatbestand gegeben; die Gewährleistungsregeln fänden analoge Anwendung, soweit die Herabsetzung des Mietzinses in Frage stehe³.

Da sich nur das «Rücktrittsrecht» des Mieters zur Herbeiführung des Vertragsendes eignet, beantworten wir die aufgeworfene Frage lediglich für dieses Recht. Der Rücktritt des Art. 254/255 OR ließe sich zwar, für sich betrachtet, analog zur Wandelung im Kaufrecht auffassen (vgl. Art. 205 OR). Doch bildet das «Rücktrittsrecht» des Mieters, im Unterschied zum Wandelungsrecht des Käufers, die Folge eines Verzugs- und nicht eines Gewährleistungstatbestandes. Denn:

Gewähr leisten heißt: für einen vom Vertragspartner erhofften Erfolg eintreten, ohne sich auf ihn zu verpflichten; «bleibt der Erfolg aus, so ist nicht gegen eine Verpflichtung verstoßen, sondern erst jetzt ist eine

beendigung (vgl. Art. 256 Abs. 2 OR). Dies zu Recht. Würde doch hier eine Vertragsbeendigung Treu und Glauben widersprechen (Art. 2 ZGB).

¹ Vgl. BECKER N. 1 zu Art. 277 sowie N. 3 zu Art. 278 OR; FICK N. 7 und OSER/SCHÖNENBERGER N. 1 zu Art. 277 OR.

² Darstellung der verschiedenen Meinungen bei CHRISTIAN SCHMID, S. 72 f.

³ CHRISTIAN SCHMID, S. 73 f.

Pflicht ausgelöst»¹. *Anders* verhält sich die Rechtslage mit Bezug auf die Leistung des Vermieters: Den Vermieter trifft eine eigentliche Verpflichtung, «die Sache in einem zu dem vertragsmäßigen Gebrauch geeigneten Zustande zu übergeben ... und in demselben zu erhalten» (Art. 254 Abs. 1 OR)². Verzögert er die Erfüllung dieser Schuld pflichtwidrig, so entsteht Schuldnerverzug. Der Schuldnerverzug aber rechtfertigt – im Hinblick auf den synallagmatischen Charakter des Mietverhältnisses – das «Rücktrittsrecht» des Mieters. Insofern regeln also die Art. 254/255 OR einen Verzugstatbestand. Mit dem «Rücktrittsrecht» infolge Schuldnerverzugs befassen wir uns im einzelnen:

β) Das «Rücktrittsrecht» des Mieters nach Art. 254/255 OR

In Art. 254/255 ist «Rücktritt» in dem Sinne zu verstehen, daß er *ex nunc* wirkt und daher – terminologisch richtig – eine Kündigung darstellt, sofern die typische Dauerleistung bei Vertragsende bereits begonnen hat (vgl. S. 29 f., S. 149 f., S. 209 ff.). Dies trifft in den Fällen der Art. 254 und 255 OR in aller Regel zu^{3 4}.

Das so verstandene «Rücktrittsrecht» des Art. 254/255 OR ist dem Mieter – bei Schuldnerverzug des Vermieters – *nicht voraussetzungslos* gegeben. Art. 255 OR bestimmt ausdrücklich, daß der «Rücktritt» erst nach Ansetzung einer Nachfrist wirksam erklärt werden kann. In Art. 254 OR, wo von der Übergabe der Mietsache in vertragswidrigem Zustand die Rede ist, fehlt zwar eine gleichlautende Bestimmung. Da sich aber eine unterschiedliche Behandlung der beiden Fälle durch nichts rechtfertigt, schließen wir uns jenen Autoren⁵ an, welche auch den «Rücktritt» nach

¹ BRUNO VON BÜREN, S. 384.

² Analoges ergibt sich aus Art. 277 Abs. 1 und 278 OR für die Pacht.

³ Ausnahme: Ein Mieter, der sich auf Art. 108 OR berufen kann (vgl. unten im Text), verzichtet bei Erhalt der mangelhaften Mietsache sofort und ohne Fristansetzung auf deren Überlassung zum Gebrauch.

⁴ Pro memoria: Wird ein Mietobjekt mit einer derartigen Abweichung von der Sollensbeschaffenheit übergeben (z. B. ein Stall statt eines Ferienhauses), daß der Vermieter geradezu eine Leistung anderer Art als geschuldet prästiert, liegt kein Fall von Art. 254 OR vor. Der Mieter kann die Annahme der nicht geschuldeten Leistung verweigern und den Vertrag gegebenenfalls nach Art. 107–109 OR beenden.

⁵ Z. B. BECKER N. 24 zu Art. 254/255 OR; OSER/SCHÖNENBERGER N. 12 zu Art. 254 OR. ARTHUR JOST, SJZ 45 (1949), S. 236. A. A.: z. B. MAX BRUNNER, S. 244.

Art. 254 OR an die Bedingung vorgängiger Fristansetzung knüpfen¹. Die Art. 254 und 255 OR weisen also mit Rücksicht auf das Erfordernis einer Nachfrist bei verschiedener Fassung denselben Inhalt auf, was ein (redaktioneller) Mangel des Gesetzes ist².

Ein weiterer Mangel des Gesetzes besteht darin, daß es das Verhältnis der speziellen Art. 254/255 OR zu den allgemeinen Art. 107 ff. OR nicht klar herausstellt³, weshalb sich verschiedene Fragen ergeben: Besteht z. B. das «Rücktrittsrecht» des Mieters nur dann, wenn sogleich nach Ablauf der Frist auf die Erfüllung der verzögerten Leistung verzichtet wird (vgl. Art. 107 Abs. 2 OR)? Gilt Art. 108 OR? Kommt nebst «Rücktritt» auch Umwandlung des Mietvertrages (vgl. S. 145) in Frage?

Da einerseits die Regelung der Art. 254/255 OR nicht abschließend ist und andererseits die Art. 107–109 OR grundsätzlich auch für Dauerverträge gelten (vgl. S. 146 ff.), finden diese allgemeinen Verzugsvorschriften auf den Verzugsfall des Vermieters Anwendung, soweit die Art. 254/255 OR nichts Spezielles bestimmen. Daraus folgt (u. a.), daß die aufgeworfenen Fragen in bejahendem Sinne zu beantworten sind (was sich sachlich durchaus rechtfertigt). Insbesondere kann der Mieter, statt vom Verträge «zurückzutreten», auch auf die verzögerte Leistung unter Festhalten am Vertrag verzichten (Vertragsumwandlung).

¹ Sofern nicht Art. 108 OR zur Anwendung gelangt (vgl. unten im Text).

² Die Art. 254/255 OR weisen noch weitere redaktionelle Mängel auf:

So ist – erstens – der Vermieter nach Art. 255 Abs. 2 OR zu Schadenersatz verpflichtet, wenn er nicht beweist, daß ihm keinerlei Verschulden zur Last fällt. Eine gleichlautende Bestimmung fehlt in Art. 254 OR, obwohl auch hier der Verzugsschuldner bei Verschulden selbstverständlich Schadenersatz zu leisten hat (Art. 97 OR).

Zweitens ist in Art. 255 OR der Minderungsanspruch des Mieters kumulativ, in Art. 254 OR bloß alternativ neben dessen Beendigungsrecht gegeben. In beiden Fällen aber kann der Mieter den Vertrag beenden und überdies Herabsetzung des Mietzinses für die verflossene Mietzeit verlangen (vgl. von TUHR, Streifzüge, S. 385).

Schließlich statuiert Art. 254 Abs. 3 OR (in Anwendung des Art. 27 ZGB) die Unverzichtbarkeit des «Rücktrittsrechts» für gewisse Fälle. Diese Bestimmung hat auch im Anwendungsbereich des Art. 255 OR Geltung, obwohl sie in Art. 255 OR nicht ausdrücklich wiederholt wird (BECKER N. 30 zu Art. 254/255 OR; ZBJV 70, 1934, S. 339).

³ Art. 277 aOR (= Art. 254/255 OR) hatte bezüglich des Rücktrittsrechts auf die Art. 122–125 aOR (= Art. 107–109 OR) verwiesen.

*b) Rückstand des Mieters bzw. Pächters mit der Bezahlung des Zinses
(Art. 265/293 OR)*

Art. 265 OR bestimmt in Abs. 1:

Wenn der Mieter mit einer vor Ablauf der Mietzeit fälligen Zinszahlung im Rückstand geblieben ist, so kann ihm der Vermieter bei Mieten, die für ein halbes Jahr oder längere Zeit geschlossen sind, eine Frist von dreißig Tagen, bei Mieten von kürzerer Dauer eine Frist von sechs Tagen mit der Androhung ansetzen, daß, sofern nicht innerhalb dieser Frist der rückständige Mietzins bezahlt werde, der Mietvertrag mit deren Ablauf aufgelöst sei.

Dasselbe bestimmt Art. 293 OR für die Pacht; allerdings mit dem Unterschied, daß bei der Pacht die anzusetzende Frist immer sechzig Tage zu betragen hat.

Zunächst vergleichen wir im Folgenden den Inhalt der speziellen Art. 265 und 293 mit jenem der Art. 107–109 OR. Anschließend sprechen wir vom Anwendungsbereich der genannten speziellen Artikel im Verhältnis zum Anwendungsbereich der allgemeinen Art. 107–109 OR.

α) Inhaltlicher Vergleich

der Art. 265 und 293 mit Art. 107–109 OR

Sowohl die Art. 265 und 293 als auch die Art. 107–109 OR regeln den Fall, wonach im synallagmatischen Vertrag eine Leistung pflichtwidrig noch nicht erbracht wurde: die Art. 265 und 293 allerdings nur mit Rücksicht auf die Zinsleistung des Mieters und Pächters. Hier wie dort wird dem vertragstreuen Gläubiger die Befugnis eingeräumt, nach ergebnislosem Ablauf einer Nachfrist auf die Erbringung der ausstehenden Leistung zu verzichten. Dabei weichen die genannten allgemeinen (Art. 107–109 OR) und speziellen (Art. 265 und 293 OR) Vorschriften in verschiedenen Punkten voneinander ab:

aa) So ist nach Art. 107 Abs. 1 OR der vertragstreue Gläubiger nur dann befugt, dem säumigen Schuldner eine Frist zur nachträglichen Erfüllung (Nachfrist) anzusetzen, wenn dieser sich in Verzug befindet, d. h. qualifiziert pflichtwidrig noch nicht erfüllt hat (vgl. S. 142). Befindet er sich nicht in Verzug, so hat der Gläubiger durch Mahnung nach Art. 102 Abs. 1 OR zunächst den Verzug herbeizuführen. – Anders verhält es sich gemäß Art. 265 und 293 OR für den Vermieter und Verpächter: sie sind

zur Nachfristansetzung schon dann berechtigt, wenn der Mieter bzw. Pächter mit einer oder mehreren Zinsraten im Rückstand ist, d. h. die Raten pflichtwidrig noch nicht erbracht hat, wobei die Pflichtwidrigkeit keine qualifizierte (vgl. S. 142) zu sein braucht. Mit dieser speziellen Regelung kommt das OR den Interessen des Vermieters und Verpächters entgegen, deren Sachen sich im Besitz des säumigen Schuldners befinden. Sie sollen sich ohne lange Umschweife, und daher ohne vorgängige Mahnung, aus der für sie nachteiligen Lage lösen können. Immerhin haben auch sie durch das Ansetzen der Nachfrist dem Schuldner die Chance zu geben, doch noch zu erfüllen. Da diese Nachfristansetzung jedenfalls eine verzugsbegründende Mahnung umschließt, gerät der Schuldner spätestens mit ihr in Verzug. Daher rechtfertigt es sich auch, die Art. 265 und 295 OR als spezielle Verzugsregeln aufzufassen.

bb) Über die Nachfrist sagt Art. 107 Abs. 1 OR, daß sie eine «angemessene» sein muß, und Art. 108 OR, daß auf deren Ansetzung bei Vorliegen bestimmter Gründe (vgl. Ziff. 1–3 des Art. 108 OR) verzichtet werden kann. Die Art. 265 und 293 OR zählen demgegenüber keine Fälle auf, in denen sich eine Nachfristansetzung erübrigt. Auch schreiben sie zwingend (Abs. 3) vor, was als «angemessene» Nachfrist gilt: nämlich 30 Tage für Mietverträge von mindestens einem halben Jahr und länger, 6 Tage für Mieten von kürzerer Dauer¹, für Pachtverträge jedenfalls aber 60 Tage. Der Unterschied zwischen den Art. 265 und 293 OR einerseits und den Art. 107–109 OR andererseits beruht – in den genannten beiden Punkten – auf sozialpolitischen Erwägungen: Mieter und Pächter sollen den Entzug des Vertragsobjektes möglichst vermeiden können oder zumindest (bes. bei Wohnungsmiete und landw. Pacht) nicht von einem auf den andern Tag auf die Straße gesetzt werden².

cc) Gemäß Art. 107 Abs. 2 OR kann der vertragstreue Gläubiger nach nutzlosem Ablauf der Nachfrist noch wählen, ob er Erfüllung nebst Schadenersatz verlangen oder auf die verzögerte Leistung verzichten will (1. Wahlrecht). Vermieter und Verpächter dagegen haben sich nach Art. 265, resp. 293 OR bereits vor der Nachfristansetzung über ihr Vor-

¹ Art. 265 OR ist auch auf Mietverträge ohne Dauerabrede anwendbar (vgl. S. 164). Über die Fristen, die dann einzuhalten sind, vgl. OSER/SCHÖNENBERGER N. 11 zu Art. 265 OR.

² Vgl. CHRISTIAN SCHMID, S. 98.

gehen in dieser Beziehung zu entscheiden. Sie haben dem Schuldner anzudrohen, daß der Vertrag mit unbenutztem Ablauf der Nachfrist «aufgelöst» sei. Dadurch werden dem Mieter und Pächter die Konsequenzen ihres vertragswidrigen Verhaltens unmißverständlich vor Augen geführt, was insbesondere mit Rücksicht auf die sozial wichtige Wohnungsmiete und die landwirtschaftliche Pacht notwendig ist.

dd) Schließlich steht dem vertragstreuen Gläubiger, welcher auf die verzögerte Leistung verzichtet, nach Art. 107–109 OR alternativ ein Recht zur Vertragsumwandlung (vgl. S. 145) oder zum Vertragsrücktritt zu. Ein Umwandlungsrecht ist weder in Art. 265 noch in Art. 293 OR vorgesehen (vgl. dazu S. 165). Vielmehr werden nach dem Wortlaut der Art. 265 und 293 OR Miet- und Pachtvertrag nach unbenutztem Ablauf der Nachfrist «aufgelöst»:

Indem das Gesetz von «Auflösung» des Vertrages spricht, sagt es, daß der Willenserklärung des vertragstreuen Gläubigers Wirkung ex nunc zukommt. Sie hat den Charakter einer Kündigung, also nicht eines Rücktritts¹. Dies zu Recht; sind doch die Art. 265 und 293 OR auf Fälle zugeschnitten, in denen mit der typischen dauernden Hauptleistung bereits begonnen wurde (vgl. S. 164): auf Fälle also, in welchen sich auch das Rücktrittsrecht des Art. 109 OR in ein Kündigungsrecht verwandeln würde (vgl. vorne, S. 149 f.).

β) Vom Anwendungsbereich der Art. 265 und 293
im Verhältnis zu jenem der Art. 107–109 OR.
Ineinandergreifen der Anwendungsbereiche

Die Art. 265 und 293 OR, welche sich auf Miet- und Pachtverträge beziehen, sind im Verhältnis zu Art. 107–109 OR *leges speciales*. Als solche derogieren sie in ihrem sachlichen Anwendungsbereich den allgemeinen Vorschriften der Art. 107–109; aber nur, soweit sie die Materie abschließend regeln.

aa) Was den sachlichen Anwendungsbereich der Art. 265 und 293 OR betrifft, so fällt zunächst auf, daß Art. 265 OR seinem Wortlaut nach bloß Mietverträge mit (abschließender) Dauerabrede zu betreffen scheint: solche, «die für ein halbes Jahr oder längere Zeit geschlossen sind», oder

¹ Vgl. HEINRICH HERSCHSOHN, S. 86 ff.; VON TUHR/SIEGWART, S. 599 f.

«Mieten von kürzerer Dauer». Eine richtige Interpretation des Art. 265, insbesondere im Zusammenhang mit dem analogen Art. 293 OR, ergibt indessen, daß die genannten Dauerangaben nicht den Anwendungsbereich der interpretierten Bestimmung beschränken, sondern lediglich den Maßstab für die getroffene Abstufung der anzusetzenden Nachfristen hergeben wollen. Art. 293 OR, der für die Pacht eine einheitliche Nachfrist vorsieht, enthält keine Dauerangaben. Er ist unbestritten auch auf Verträge ohne Dauerabreden anwendbar. Ein sachlicher Grund dafür, daß dies mit Bezug auf Art. 265 OR anders sein sollte, besteht nicht. Folglich weisen die Art. 265 und 293 OR (in dieser Beziehung) bei verschiedener Fassung den gleichen Inhalt auf, wobei sich eine redaktionelle Korrektur des Art. 265 aufdrängt, und zwar derart, daß der Sinn seiner Dauerangaben (nämlich: einzig Maßstab für die Nachfristen zu sein) klar hervorgeht.

Während es demnach für die Anwendung der Art. 265 und 293 OR auf Miet- resp. Pachtverhältnisse unerheblich ist, ob von den Parteien eine Vertragsdauer vereinbart wurde oder nicht, setzen die genannten Regeln (für ihre Anwendung) voraus, daß die typische dauernde Hauptleistung der betreffenden Dauerverträge begonnen hat. Das beschleunigte Verfahren der Art. 265 und 293 OR soll nämlich den Interessen solcher Vermieter und Verpächter dienen, deren Sachen sich im Besitze des säumigen Schuldners befinden (vgl. oben). Der sachliche Anwendungsbereich der Art. 265 und 293 OR ist somit auf derartige Miet- resp. Pachtverträge beschränkt, welche in das Erfüllungsstadium getreten sind. Dies sollte im Wortlaut der fraglichen Artikel ausdrücklich gesagt sein, damit deren Anwendungsbereich in dieser Hinsicht eindeutig von jenem der Art. 107–109 OR abgegrenzt wäre.

bb) Haben also Vermieter und Verpächter mit ihrer Dauerleistung begonnen, können sie – wenn ihr Vertragspartner mit der Zinsleistung zumindest im Rückstand ist (vgl. S. 161 f.) – grundsätzlich¹ nur nach den speziellen Art. 265 und 293 OR vorgehen. Dabei stellt sich die Frage, ob die Art. 265 und 293 OR den genannten Fall abschließend regeln. Je nach der Antwort entscheiden sich zwei weitere Fragen; nämlich: Kommt

¹ Ausnahmen vgl. unten im Text.

(erstens) Art. 108 OR beim Vorgehen nach Art. 265 resp. 293 OR zur Anwendung? Und steht (zweitens) dem Vermieter und Verpächter neben dem Kündigungsrecht des Art. 265 resp. 293 OR auch ein Recht zur Vertragsumwandlung (vgl. S. 145) zu?

1. Was zunächst die Voraussetzungen betrifft, unter denen Vermieter und Verpächter die ihnen zustehenden Rechtsbehelfe (vgl. unten, Ziff. 2) anwenden dürfen, enthalten die Art. 265 und 293 OR eine abschließende Regelung. Das gilt insbesondere mit Bezug auf die erforderliche Nachfristansetzung. Diese beruht (u. a.) auf sozialpolitischen Erwägungen (vgl. S. 162), weshalb sie nicht nur zwingend vorgeschrieben ist (vgl. Abs. 3 der Art. 265 und 293 OR), sondern auch dann erforderlich sein muß, wenn einer der in Art. 108 OR aufgezählten Gründe vorliegt. Für eine Anwendung des Art. 108 OR verbleibt daher kein Platz¹, wobei wir es als Mangel der Gesetzesredaktion empfinden, daß nicht vom Texte her Klarheit über das Verhältnis der Art. 265 und 293 OR zu Art. 108 OR geschaffen wird.

2. Anders dürfte es sich dagegen mit Bezug auf den in Art. 265 und 293 OR zugunsten des vertragstreuen Gläubigers vorgesehenen Rechtsbehelf, dem Kündigungsrecht, verhalten. Mit Rücksicht auf ihn neigen wir zu der (u. a.) von LEMP² vertretenen Ansicht, wonach die spezielle Regelung der Art. 265 und 293 OR keine abschließende ist und dem vertragstreuen Gläubiger unter den in diesen Artikeln genannten Voraussetzungen (vgl. oben Ziff. 1) auch ein Recht zur Vertragsumwandlung gemäß Art. 107 Abs. 2 OR zusteht. Denn es läßt sich kein sachlicher Grund erkennen, weshalb das Umwandlungsrecht dem Vermieter und Verpächter verwehrt sein sollte³. Insbesondere kann nicht etwa argumentiert werden, das Umwandlungsrecht sei – da die verzögerte Leistung eine Geldleistung darstelle – ohne praktische Bedeutung und daher vom Gesetzgeber bewußt nicht vorgesehen worden: Erlaubt es doch die Methode der Vertragsumwandlung dem vertragstreuen Gläubiger auch hier, den Vertrag unter Aufrechterhaltung der vereinbarten Leistungsrelation in abstracto gewissermaßen wertmäßig «durchzuführen», wenn dies für ihn (als «guten Händler») günstig ist (vgl. S. 152). Daher werten wir es als

¹ Vgl. unten Anm. 3.

² PAUL LEMP, S. 83/84 (und dort Zitierte).

³ Wobei aber nur ein Vorgehen nach der Differenztheorie in Frage kommt (vgl. S. 156 f.), weshalb auch hier die sozialpolitischen Gründe vorliegen, welche gegen die Anwendung des Art. 108 OR sprechen (vgl. oben im Text).

Mangel des Gesetzes, daß die Art. 265 und 293 OR es unterlassen, ausdrücklich ein Umwandlungsrecht zugunsten des vertragstreuen Vertragspartners vorzusehen oder wenigstens ihr Verhältnis zu Art. 107 Abs. 2 OR klar herauszustellen.

cc) Haben Vermieter und Verpächter mit der typischen dauernden Hauptleistung noch nicht begonnen, so finden nicht die Regeln der Art. 265 und 293 Anwendung (vgl. S. 164), sondern jene der Art. 107–109 OR. Vermieter und Verpächter müssen mit andern Worten den säumigen Zinsschuldner, sofern er nicht in Verzug ist (Art. 102 Abs. 2 OR), zunächst durch Mahnung in Verzug setzen (Art. 102 Abs. 1 OR). Nach ergebnisloser Mahnung können sie sodann ihre Rechte gemäß Art. 107–109 OR wahren.

5. Überblick über die Beendigungswirkung des Schuldnerverzugs bei Dauerverträgen

1. *Zusammenfassend* halten wir zunächst fest: Bei Schuldnerverzug mit einer synallagmatischen Leistung entsteht dem Verzugsgläubiger im Dauervertrag entweder ein Rücktrittsrecht oder ein Recht auf Vertragsumwandlung. Zur Anwendung kommen die allgemeinen Verzugsregeln der Art. 107–109 OR (vgl. S. 146 ff.), sofern diesen nicht spezielle Bestimmungen vorgehen (vgl. S. 157 ff.).

Vertragsrücktritt ist bei Dauerverträgen nur so lange möglich, als mit der typischen dauernden Hauptleistung noch nicht begonnen wurde. Nach deren Beginn tritt an die Stelle des Rücktritts eine Kündigung (vgl. S. 149f.)¹. Rücktritt und Kündigung führen zum vorzeitigen Ende des betroffenen Dauervertrages, weshalb der Schuldnerverzug als «besonders umschriebener» mittelbarer Beendigungsgrund wirkt (vgl. S. 145f.). «Besonders umschriebener» mittelbarer Beendigungsgrund ist der Schuldnerverzug allenfalls auch insofern, als er ein Recht auf Vertragsumwandlung entstehen läßt (vgl. S. 151 ff.): Dann nämlich, wenn bei Vertragsumwandlung die typische dauernde Hauptleistungspflicht des Dauervertrages in ihrer Eigenschaft als Dauerschuld erlischt; sei es, daß sie sich in eine einfache Schadenersatzpflicht verwandelt (typische Hauptleistungsschuldner = Verzugsschuldner), oder daß ihre Erbringung in

¹ Vgl. insbes. auch die Art. 265 und 293 OR und dazu vorne, S. 163.

natura vom Verzugsgläubiger nach der Differenztheorie verweigert wird (typischer Hauptleistungsschuldner = Verzugsgläubiger). Hier wie dort endet der Dauervertrag im weiten Sinne (vgl. S. 145 f.).

2. *Kein «besonders umschriebener» Beendigungsgrund* ist der Schuldnerverzug bei den nicht synallagmatischen Dauerverträgen: bei der Gebrauchsleihe, beim unentgeltlichen Darlehens-, Hinterlegungs-, und Leibrentenvertrag sowie bei der einfachen Gesellschaft¹. Was die letztere betrifft, so ist sie zwar ein gegenseitiger Schuldvertrag, nicht aber ein synallagmatischer: Die Leistungen der Gesellschafter werden nicht ausgetauscht, sondern auf einen gemeinsamen Zweck hin konzentriert (vgl. S. 16).

3. Alle übrigen Dauerverträge des OR sind synallagmatisch (a. A. mit Bezug auf das entgeltliche Darlehen: BGE 93 II 192; 80 II 334). Bei ihnen wirkt zwar der Schuldnerverzug als «besonders umschriebener» mittelbarer Beendigungsgrund im dargestellten Sinne. Indessen gilt es, bei gewissen einzelnen Dauerverträgen *bestimmte Eigenarten* zu beachten:

a) Erstens kann beim (entgeltlichen) *Darlehen* ein Schuldnerverzug mit der typischen Dauerleistung nur so lange vorkommen, als der Darleiher die Darlehenssumme nicht voll ausbezahlt hat². Wurde die Darlehenssumme in das Eigentum des Borgers überführt, ist jede Verzögerung der vom Darleiher geschuldeten «Gebrauchsüberlassung» ausgeschlossen.

b) Zweitens darf beim (entgeltlichen) *Hinterlegungsvertrag* «auf unbestimmte Zeit» (vgl. S. 39 ff.) der Aufbewahrer die hinterlegte Sache gemäß Art. 476 Abs. 2 OR jederzeit zurückgeben und deshalb – logischerweise – auch bereits die Annahme der Sache zur Aufbewahrung verweigern. Daher gerät hier der Aufbewahrer nicht in Schuldnerverzug, wenn er die Entgegennahme der Sache verweigert oder die zur Hinterlegung angenommene Sache wieder zurückgibt. Wird doch die Erfüllung der («auf unbestimmte Zeit») versprochenen Dauerleistung dadurch keinesfalls rechtswidrig verzögert.

¹ Vgl. BGE 49 II 491: Schuldnerverzug ist nur relevant, wenn er sich als «wichtiger Grund» qualifiziert. Vgl. auch THEODOR SCHMIDLIN, a. a. O., S. 13; ferner ZR 40 (1941), Nr. 93.

² Und auch das nur, weil das Darlehen nach schweizerischem Recht ein Konsensualvertrag ist.

c) Drittens hängt die ordentliche Dauer des *Leibrenten- und Verpfändungsvertrages* von der Lebenszeit eines Menschen ab und ist deshalb ihrem Ausmaß nach völlig ungewiß. Aus diesem Grunde kommt bei den genannten Vertragsarten ein Verzicht auf die verzögerte typische Hauptleistung, verbunden mit Vertragsumwandlung, zum vorneherein nicht in Frage (vgl. S. 151).

d) Was – viertens – die (entgeltliche) *Leibrente* im besondern betrifft, so besteht ihre typische dauernde Hauptleistungspflicht in der Pflicht zur Erbringung periodisch wiederkehrender Geldzahlungen. Gerät der Leibrentenschuldner mit einer einmaligen Leistung in Verzug, ist er zugleich auch mit der von ihr verschiedenen dauernden Hauptleistung in Verzug. Denn hinter dem Anspruch des Rentengläubigers auf Erbringung der Einzelleistungen steht dessen Gesamtanspruch auf Erfüllung des dauernden Forderungsrechts¹ durch periodische Wiederholung der Einzelleistungen. Wer die Einzelleistung verzögert, verzögert daher auch die Erfüllung der dauernden Gesamtleistung, weshalb der Rentengläubiger im Verzugsfall auf deren Erbringung verzichten und vom Vertrag zurücktreten kann (vgl. S. 212)². Dies allerdings nur, wenn die Ausübung des Rücktrittsrechts in concreto nicht offenbar rechtsmißbräuchlich ist (Art. 2 ZGB). Ob ein derartiger Rechtsmißbrauch vorliegt, ist insbesondere in jenen Fällen sorgfältig zu prüfen, in denen der betreffende Leibrentenvertrag während langer Zeit erfüllt wurde und der Verzugsschuldner lediglich eine einzige Rentenzahlung oder die Bezahlung einer relativ unbedeutenden Anzahl von Raten verzögert hat.

e) Das für die typische Dauerleistungspflicht der Leibrente Gesagte gilt schließlich – fünftens – auch für die nicht typische Gegenleistungspflicht gewisser Dauerverträge (z. B. der *Miete*, der *Pacht*, des entgeltlichen *Darlehens* und des *Dienstvertrages*), sofern sich diese als dauernde Verbindlichkeit auf die Erbringung periodisch wiederkehrender Geldzahlungen richtet. Daß hier bei Schuldnerverzug mit einer Einzelleistung stets auch Verzug der dauernden Gesamtleistung vorliegt, wird in den speziellen Bestimmungen über den Rückstand des Mieters resp. Pächters mit

¹ OTTO VON GIERKE, Dauernde Schuldverhältnisse, S. 374 und 403.

² A. A. z. B. PAUL LEMP, S. 104, der die in Rechtsprechung und Lehre für den Sukzessivlieferungsvertrag entwickelten Verzugs-Grundsätze auf den Leibrentenvertrag überträgt. Nach BGE 82 II 441 hingegen sind die Art. 107 ff. auf den Verzug des Leibrentenschuldners anwendbar, allerdings nur analog.

einer Zinsrate bestätigt: ist ein derartiger Rückstand gegeben, kann der Vermieter resp. Verpächter den betreffenden Dauervertrag beenden (vgl. S. 161 ff.).

C. GLÄUBIGERVERZUG (ART. 91–96 OR)

Vom Schuldnerverzug, von dem wir vorstehend gehandelt haben, ist der Verzug des Gläubigers zu unterscheiden.

«Der Gläubiger kommt in Verzug, wenn er die Annahme der gehörig angebotenen Leistung oder die Vornahme der ihm obliegenden Vorbereitungshandlungen, ohne die der Schuldner zu erfüllen nicht imstande ist, ungerechtfertigt verweigert» (Art. 91 OR).

An diese Verweigerung, die regelmäßig keine Vertragsverletzung ist¹, knüpft das Gesetz bestimmte *Rechtsfolgen*. Eine der Folgen besteht im Recht des Schuldners, sich von seiner Verbindlichkeit anders als durch Erfüllung zu befreien²: nämlich durch Rücktritt (Art. 95 OR) oder durch Hinterlegung (Art. 92 OR); das letztere evtl. nach vorangegangenem Selbsthilfeverkauf (Art. 93 OR)³.

Dieses Befreiungsrecht will verhindern, daß der Schuldner infolge Gläubigerverzugs gegen seinen Willen länger als vorgesehen in der Verbindlichkeit bleibt⁴ und daß er die versprochene Leistung «aufbewahren» und das geschuldete Verhalten nachholen muß. Oder anders und allgemein ausgedrückt: der *Zweck* des genannten Befreiungsrechts besteht darin, den Schuldner vor den Nachteilen des Gläubigerverzugs zu bewahren. Mag auch der Gläubiger durch die Hinterlegung, den Selbsthilfeverkauf oder den Rücktritt benachteiligt werden: Er – und nicht der Schuldner – hat den reibungslosen Vertragsablauf gestört und soll daher die Folgen seines Verhaltens tragen.

¹ Ausnahme: der Käufer z. B. ist nach Art. 211 OR zur Annahme verpflichtet. Annahmeverweigerung bedeutet hier Pflichtverletzung und damit Vertragsverletzung.

² Die andern Folgen (die für unsere Arbeit nicht interessieren) bestehen in Milderungen der Schuldpflicht (vgl. außer den einschlägigen Kommentaren: VON THUR/SIEGWART, S. 513). Eine Sonderbestimmung enthält Art. 504 Abs. 2 OR. Danach wird der Bürge bei Annahmeverzug frei.

³ Art. 96 OR räumt dem Schuldner ein Befreiungsrecht auch dann ein, wenn die Erfüllung «aus einem andern in der Person des Gläubigers liegenden Grunde oder infolge einer unverschuldeten Ungewißheit über die Person des Gläubigers» nicht geschehen kann. Nach durchaus richtiger Auffassung von BRUNO VON BÜREN (S. 420) handelt es sich dabei lediglich um Anwendungsfälle des Gläubigerverzugs.

⁴ Vgl. VON THUR/SIEGWART, S. 508.

Das Recht, sich seiner Verbindlichkeit bei Gläubigerverzug ohne die Mitwirkung des Gläubigers zu entledigen, steht jedenfalls den Parteien der einfachen Vertragsverhältnisse zu. Wie es sich damit bei den Dauerverträgen verhält, ist abzuklären.

1. Können sich die Parteien eines Dauervertrages in Anwendung der Art. 92, 93 und 95 OR von ihren Leistungspflichten befreien?

Bei der Beantwortung der aufgeworfenen Frage ist zu unterscheiden, ob sich der typische Hauptleistungsgläubiger in Gläubigerverzug befindet (Fall 1) oder der Gläubiger einer Gegenleistung (Fall 2), bzw. ob sich der typische Hauptleistungsschuldner von seiner Verbindlichkeit vorzeitig befreien will (Fall 1) oder der Schuldner einer Gegenleistung (Fall 2).

a) Dem *Schuldner der typischen dauernden Hauptleistung* (Fall 1) ist eine Befreiung von seiner Verbindlichkeit durch Hinterlegung zum vorneherein verwehrt, da die geschuldete Dauerleistung keine Sachleistung im Sinne des Art. 92 (betr. die Hinterlegung) und 93 OR (betr. den Selbsthilfeverkauf) darstellt. Aber auch das Rücktrittsrecht des Art. 95 OR steht dem Hauptleistungsschuldner bei Gläubigerverzug grundsätzlich nicht zu. Dafür sprechen folgende Überlegungen:

Anders als einfache Leistungspflichten endet die typische dauernde Hauptleistungspflicht nicht durch Erfüllung, sondern mit Ablauf der Vertragszeit (vgl. S. 6f.; 35f.). Verweigert der Hauptleistungsgläubiger die ihm obliegenden Annahme- oder Vorbereitungshandlungen (Art. 91 OR), verhindert er zwar die Erfüllung, nicht aber Beginn und Ablauf der Vertragsdauer. Trotz Gläubigerverzugs wird daher der Hauptleistungsschuldner für den Zeitraum, während dem sich der Gläubigerverzug auswirkt, befreit; und zwar vollständig, d. h. ohne daß er an Stelle der primären Dauerleistung eine einfache Schadenersatzleistung zu erbringen hätte¹. Da er auch nicht etwa den Anspruch auf die allenfalls vereinbarte Gegenleistung verliert (ausdrücklich in Art. 257, 279 und 332 OR)², wird er durch den Gläubigerverzug in aller Regel nicht schlechter, sondern

¹ Ist doch das Ausbleiben der Leistung nicht auf das Verschulden des Leistungspflichtigen zurückzuführen (vgl. Art. 97 Abs. 1 OR).

² Der Verzugsgläubiger kann ihm keinesfalls die Einrede des nicht erfüllten Vertrages (Art. 82 OR) entgegenhalten, «indem es ja an ihm liegt, daß ihm (die) Leistung nicht zugekommen ist» (BRUNO VON BÜREN, S. 420).

besser gestellt. Alsdann liegt die Situation, auf welche das Befreiungsrecht des Art. 95 OR seinem Zwecke nach zugeschnitten ist (vgl. S. 169), nicht vor. Deshalb kann sich der typische Hauptleistungsschuldner – wie eingangs erwähnt – grundsätzlich nicht auf das Rücktrittsrecht des Art. 95 OR berufen, womit eine restriktive Auslegung dieses Artikels gegeben ist ¹.

Der dargestellte Grundsatz gilt indessen nicht ohne Ausnahmen; schließen doch die generellen Argumente, mit denen wir die Regel begründet haben, keineswegs aus, daß im Einzelfall der (typische) Hauptleistungsschuldner infolge Gläubigerverzuges ein berechtigtes Interesse an der vorzeitigen Leistungsbefreiung hat. Zu denken ist etwa daran, daß er wegen des Gläubigerverzuges an der Zahlungsbereitschaft seines (zwar nachleistungspflichtigen) Partners ernsthaft zweifeln muß; oder daran, daß sich das Maß der vereinbarten Gegenleistung nach dem Maß der erbrachten Hauptleistung richtet ². Der wichtigste Ausnahmefall aber ist der, daß es sich beim Schuldner um den Arbeitspflichtigen eines Dienstvertrages handelt. Weil der Sinn der Arbeit nicht nur im Erwerb des Lebensunterhaltes, sondern ebensosehr in der Entfaltung menschlicher Anlage liegt, ist der Dienstpflichtige mit Recht an der Erfüllung seiner Leistungspflicht interessiert. Kann er seinem Gläubiger nicht erfüllen, soll er sich daher (auch) für die Zukunft von seiner Leistungspflicht befreien und sich bei einem andern Arbeitgeber verpflichten können.

In solchen Ausnahmefällen, in denen der Hauptleistungsschuldner ein berechtigtes Interesse an der vorzeitigen Befreiung infolge Gläubigerverzuges darzutun vermag, darf er den Dauervertrag nach Art. 95 OR durch Rücktritt beenden. Hat er mit der Dauerleistung begonnen, ver-

¹ Was im speziellen den Schuldner einer Leibrente betrifft, so richtet sich seine dauernde Leistungspflicht auf die periodische Erbringung von Sachleistungen. Für ihn gilt dasselbe wie für den Schuldner einer Gegenleistung, die in dauernder Erbringung wiederkehrender Geldzahlungen besteht (vgl. unten S. 172 und 173).

² Wie z. B. beim Agenturvertrag (vgl. Art. 418g OR) oder beim Dienstvertrag mit Gewinnbeteiligung (vgl. Art. 330 Abs. 2 OR) oder Entlohnung im Akkord (vgl. Art. 329 OR). Hier geht der typische Hauptleistungsschuldner bei Annahmeverzug des Gläubigers ganz oder teilweise des erhofften Entgelts verlustig. Selbst wo er sich mit einer Schadenersatzklage behelfen könnte (vgl. Art. 331 Abs. 2 und Art. 418m Abs. 1 OR), verschlechtert sich dadurch seine Lage. Er ist gezwungen, sich mit dem Hauptleistungsgläubiger über Bestand und Höhe des Ersatzanspruchs herumzustreiten und keineswegs vor der Gefahr gefeit, daß sich der Gläubiger schließlich unter Nachweis seiner Schuldlosigkeit dieser Pflicht doch noch entledigt.

wandelt sich – wie öfters erwähnt ¹ – das Rücktrittsrecht grundsätzlich in ein Kündigungsrecht. Kündigungs- und Rücktrittsrecht sind nach den Regeln über den Schuldnerverzug (vgl. Art. 95 OR), d. h. – wo nötig (vgl. Art. 108 OR) – nach vorgängiger Fristansetzung auszuüben. Wirksame Ausübung der genannten Gestaltungsrechte führt zum Vertragsende (vgl. S. 29).

b) Was sodann den *Schuldner einer allfälligen Gegenleistung* (Fall 2) betrifft, so ist dieser bei den im OR geregelten Dauerverträgen entweder zu einfachen Sachleistungen (z. B. der Pfründer) oder zu dauernder Erbringung periodischer Geldzahlungen (so häufig der Mieter und Pächter) verpflichtet.

Der Schuldner einfacher Sachleistungen kann sich bei Gläubigerverzug durch Hinterlegung (eventuell nach getätigtem Selbsthilfeverkauf: Art. 93 OR) befreien (Art. 92 OR). Ein Rücktrittsrecht nach Art. 95 OR steht ihm nicht zu (vgl. den Wortlaut des Art. 95 OR).

Durch Hinterlegung gemäß Art. 92 OR kann sich auch der Schuldner periodischer Geldzahlungen seiner Einzelleistungspflichten entledigen. Fraglich ist, ob er bei Gläubigerverzug außerdem das Recht hat, sich gemäß Art. 95 OR der Dauerleistungspflicht zu entziehen, welcher die Einzelleistungspflichten periodisch entspringen (vgl. S. 168 f.). Die Frage ist zu verneinen; und zwar deshalb, weil die Befreiung von den Einzelleistungspflichten gemäß Art. 92 OR den Interessen des Schuldners durchaus gerecht wird und sich daher das stärker in die Rechte des Gläubigers eingreifende Rücktrittsrecht nach Art. 95 OR nicht rechtfertigt.

2. Gläubigerverzug als Beendigungsgrund der Dauerverträge nach Art. 91–96 OR

Aus den vorstehenden Darlegungen über das Befreiungsrecht der Dauervertragsparteien lassen sich unschwer jene Fälle ableiten, in denen der Gläubigerverzug nach den Regeln der Art. 91–96 OR als Beendigungsgrund der im OR geregelten Dauerverträge wirkt:

Es sind dies einzig Fälle, in welchen dem typischen Hauptleistungsschuldner infolge Gläubigerverzugs ausnahmsweise ein Rücktritts-, ev. ein Kündigungsrecht nach Art. 95 OR erwächst. Durch Ausübung dieses

¹ Vgl. z. B. S. 29f. und 149f.

Beendigungsrechts erlöschen die Dauerverträge vorzeitig. Gläubigerverzug ist also außerordentlicher mittelbarer Beendigungsgrund.

Kein Beendigungsgrund (des Dauervertrages) ist der Gläubigerverzug, wenn er den Schuldner der Gegenleistung zur Hinterlegung (Art. 92 OR) von einfachen Sach- oder periodischen Einzelleistungen (die einer dauernden Leistungspflicht entsprungen sind) berechtigt. Durch die Hinterlegung dieser Leistungen geht nur die Pflicht zur betreffenden Einzelleistung unter; aber am Bestand der typischen Dauerleistungspflicht wird nichts geändert, weshalb auch der Dauervertrag weiterbesteht (vgl. S. 4 ff.).

III. DER «WICHTIGE GRUND»: GENERELL UMSCHRIEBENER AUSSERORDENTLICHER BEENDIGUNGSGRUND DES OR

Bis anhin haben wir außerordentliche Beendigungsgründe des OR besprochen, deren jeweiliger Tatbestand genau und konkret (also «besonders») umschrieben ist, nämlich: gewisse Vertragsverletzungen, Gläubigerverzug sowie bestimmt bezeichnete Verhältnisänderungen. Bei ihnen handelt es sich um Erfahrungstatbestände von wesentlichen Vertragsstörungen, an welche das OR die Rechtsfolge «Vertragsende» oder «Beendigungsrecht» knüpft.

Damit sind indessen nicht sämtliche Sachverhalte erfaßt, welche die vorzeitige Beendigung von Dauerverträgen rechtfertigen. Ja, eine vollständige kasuistische Normierung aller unter dem Gesichtspunkt der vorzeitigen Vertragsbeendigung erheblichen Vertragsstörungen erweist sich zum vorneherein als ausgeschlossen; läßt sich doch die Fülle des Lebens dem Stoffe nach nicht einpressen¹.

Dem ist im OR insofern Rechnung getragen, als bei gewissen Dauerverträgen der «wichtige Grund» als gesetzlicher Beendigungsgrund neben den andern Beendigungsgründen vorkommt. Hier sind auch die vom Gesetz nicht konkret bezeichneten Tatbestände mit Beendigungswirkung ausgestattet, sofern sie sich als «wichtige Gründe» qualifizieren. Wann dies zutrifft, ergibt sich aus nachstehender Erörterung, in welcher wir den «wichtigen Grund» zunächst (1.) allgemein umschreiben und anschließend (2.) dessen Regelung in den speziellen Bestimmungen des OR behandeln.

¹ RUDOLF STAMMLER, Änderung laufender Verträge, S. 62.

1. Der «wichtige Grund»: allgemeine Umschreibung

Mit der Natur des «wichtigen Grundes» haben sich verschiedene Autoren eingehend auseinandergesetzt¹, weshalb wir dessen allgemeine Umschreibung auf wenige Punkte beschränken:

1. Der «wichtige Grund» als elastischer Rechtsbegriff

Wo der «wichtige Grund» als Beendigungsgrund wirkt, verbindet sich die bestimmte Rechtsfolge «Beendigungsrecht» mit einem unbestimmten Tatbestand. Die Unbestimmtheit des gesetzlichen Tatbestandes macht den «wichtigen Grund» zum elastischen Rechtsbegriff², der die Subsumtion aller (unter dem Gesichtspunkt der vorzeitigen Vertragsbeendigung) erheblichen Umstände ermöglicht:

Erster Bestandteil des elastischen Begriffes ist der «Grund». Als möglicher «Grund» für die Entstehung des Beendigungsrechts kommen die verschiedensten Sachverhalte in Frage, die sich zum Teil mit bereits behandelten Tatbeständen überschneiden: So Verhältnisänderungen³, in der Person eines Kontrahenten oder außerhalb. Auch das Verhalten einer Partei, sei es vertragswidrig oder nicht. Wirkliche Beendigungsgründe jedoch sind diese Umstände – soweit nicht die besprochenen Sonderbestimmungen Platz greifen (S. 64–173) – nur dann, wenn sie «wichtige» Gründe sind.

Welche Umstände «wichtige» Gründe sind, hat der Rechtsanwendende im konkreten Fall selber zu entscheiden⁴. Dabei ist er durch den Ausdruck «wichtig» auf die erforderliche Wertung der Sachverhalte hingewiesen. Diese müssen von bestimmter Bedeutung sein: von solcher Bedeutung nämlich, daß sie die Gründe deutlich überwiegen, welche für

¹ Vgl. z. B. HANS ROGGWILLER; CUNO POZZY; ANDREAS SAXER; RUDOLF STAMMLER, Die Lehre vom richtigen Recht, S. 561 ff.

² Gesetzestechnisch liegt eine gewollte Lücke intra legem vor, die jedoch nicht nach Art. 1 Abs. 2 ZGB, sondern nach Art. 4 ZGB auszufüllen ist.

³ Insofern ist der Beendigungsgrund «wichtiger Grund» ein Anwendungsfall der clausula rebus sic stantibus. Nur als solcher und daher zu eng betrachtet wird er in BGE 60 II 292.

⁴ HANS ROGGWILLER, S. 39; zum Folgenden vgl. denselben, S. 37 und 38.

eine Aufrechterhaltung des Vertragsbestandes sprechen. Letztgenannte Gründe sind: die Interessen an Ordnung und Rechtssicherheit, aber auch jene der Gegenpartei an der Fortsetzung des Vertrages¹. Sie verlangen, daß es mit dem Entscheid über die Eignung der Umstände zur erstrebten Vertragsbeendigung nicht leicht genommen werde. Vielmehr muß diesen stets der Charakter des Besondern und Ausnahmsweisen anhaften, damit sie «wichtige Gründe» im Sinne der gesetzlichen Beendigungsordnung darstellen.

*2. Der «wichtige Grund» als Fall der Billigkeitsentscheidung
gemäß Art. 4 ZGB*

Der konkrete Entscheid über die «Wichtigkeit» eines Sachverhaltes öffnet der Ermessenstätigkeit ein weites Feld. Damit entsteht die Gefahr von Subjektivismus, von Belieben und Willkür in der Rechtsanwendung². Ihr begegnet das Gesetz in Art. 4 ZGB, wo es verlangt, über das Vorliegen «wichtiger Gründe» sei nach Recht und Billigkeit zu befinden. Damit soll eine objektive Entscheidung gewährleistet sein³:

«Recht und Billigkeit» bedeutet nichts anderes als billiges Recht (*ius aequum*) oder kurz – *Billigkeit*. Die Entscheidung nach Billigkeit aber ist die dem Einzelfall möglichst angemessene Entscheidung; sie berücksichtigt alle erheblichen Umstände des Falles; sie hat die individuell konkrete Interessenlage zum Gegenstand; sie ist die Entscheidung mit höchster Konkretisierung und Differenzierung (Fallrecht). Damit wird gesagt, daß der Entscheid objektiv, pflichtgemäß und sachlich begründet sein muß, wodurch er sich von einer kasuistischen Entscheidung nach Laune, Gnade, Mitleid oder Gefühl unterscheidet⁴.

Art. 4 ZGB wendet sich – wie die rein privatrechtlichen Normen des ZGB und OR überhaupt⁵ – unmittelbar an den Richter. Ihm gibt das Gesetz Anweisung, wie er bei der Feststellung «wichtiger Gründe» im Streitfall zu verfahren hat. Mittelbar wird dadurch aber auch das Ver-

¹ Vgl. BGE 62 II 36 unten.

² Vgl. HANS ROGGWILLER, S. 13 und 23.

³ MEIER-HAYOZ N. 10 zu Art. 4 ZGB.

⁴ Vgl. zum ganzen Abschnitt über «Recht und Billigkeit»: MEIER-HAYOZ N. 11, 12 und 14 zu Art. 4 ZGB, dessen Ausführungen wir – zum Teil wörtlich – übernommen haben. Vgl. auch HENRI DESCHENAUX, in Schweiz. Privatrecht II (Basel/Stuttgart 1967) S. 130 ff.

⁵ Vgl. PETER JÄGGI, Privatrecht und Staat.

halten der Privaten beeinflußt, welche ihrerseits – und zwar vor dem Richter – über das Bestehen «wichtiger Gründe» entscheiden müssen. Schon im Hinblick auf eine mögliche gerichtliche Auseinandersetzung werden sie sich dabei an die dem Richter erteilten Direktiven halten: sich also nach den Kategorien von Recht und Billigkeit fragen, ob sich ein konkreter Umstand nach Abwägung sämtlicher Interessen als «wichtiger Grund» qualifiziert. Insofern ist es richtig zu sagen, Art. 4 ZGB enthalte auch eine Anweisung an die Parteien¹.

3. Zur Begriffsbestimmung des Tatbestandes «wichtiger Grund» in Gesetz, Literatur und Judikatur

Art. 4 ZGB erteilt nach dem Gesagten dem Richter wie den Parteien zwar eine allgemeine Wegleitung für die Feststellung «wichtiger Gründe». Indessen enthält er *keine Definition* des (abstrakten) Tatbestandes, unter den sich die konkreten Sachverhalte logisch subsumieren ließen. Dies zu Recht; wäre doch eine derartige gesetzliche Definition ermessensfeindlich und widerspräche gerade der Natur und Funktion des «wichtigen Grundes» als elastischem Rechtsbegriff².

Natur und Funktion des «wichtigen Grundes» verhindern nicht bloß jede gesetzliche, sondern überhaupt jede, auch eine wissenschaftlich exakte Begriffsbestimmung, welche das Werturteil des Rechtsanwendenden ein für allemal von der Entscheidung ausschließen würde. Die in Literatur und Judikatur enthaltenen Umschreibungen des Tatbestandes können daher lediglich als Richtlinien, als leitende Prinzipien verstanden werden³, an denen sich der Rechtsanwendende orientieren soll. Sie enthalten mögliche Merkmale der Wichtigkeit: etwa «Gefährdung oder Erschwerung der Erreichung des Vertragszweckes»⁴, «Wegfall wesentlicher (persönlicher oder sachlicher) Voraussetzungen»⁵; oder sie verweisen ihrerseits wiederum auf Werturteile und Interessenabwägungen, indem

¹ Vgl. OSER/SCHÖNENBERGER N. 3 zu Art. 352 OR.

² Vgl. CUNO POZZY, S. 24; HANS ROGGWILLER, S. 41.

³ Vgl. OSER/SCHÖNENBERGER N. 6 zu Art. 352; BGE 16 777 und 19 317.

⁴ Vgl. BGE 16 777; 24 II 193; 30 II 462.

⁵ Vgl. für die einfache Gesellschaft: die in Anm. 4 zitierten BGE; für den Dienstvertrag: BGE 19 317; 45 I 339; BECKER N. 1 zu Art. 352 OR; für die Miete: BECKER N. 3 zu Art. 269 OR.

sie die Beendigung des Vertrages dort gestatten, wo dessen Fortsetzung von «allzu empfindlicher Härte»¹, «unerträglich»² oder «unzumutbar»³ wäre.

2. «Wichtiger Grund»: spezieller Beendigungsgrund im OR geregelter Dauerverträge

Das Gesetz kennt *keine allgemeine Vorschrift*, wonach der «wichtige Grund» Beendigungsgrund von Dauerverträgen wäre.

In den *speziellen* Bestimmungen des OR dagegen ist der «wichtige Grund» als Beendigungsgrund der Miete (Art. 269), der Pacht (Art. 291), des Dienst- (Art. 352/353) und Agenturvertrages (Art. 418r), der Verpfründung (Art. 527) sowie der einfachen Gesellschaft (Art. 545 Abs. 1 Ziff. 7 / Art. 545 Abs. 2) vorgesehen⁴. Damit befassen wir uns nachstehend, indem wir die Umschreibung und Rechtsfolgen des «wichtigen Grundes» nach den einzelnen Artikeln sowie dessen Anwendungsbereich besprechen.

A. Die Umschreibung des Tatbestandes «wichtiger Grund» in den speziellen Artikeln des OR

Was von der Begriffsbestimmung des «wichtigen Grundes» im allgemeinen gesagt wurde, gilt im besondern auch für eine solche durch die speziellen Artikel des OR: eine exakte Definition des Tatbestandes ist ausgeschlossen. Würde sie doch «in die bewußt gewährte Bewegungsfreiheit der Rechtsanwendung gerade jene Erstarrung bringen, die der Ausdruck seinem Wesen nach vermeiden will»⁵.

So enthält denn Art. 545 Abs. 2 OR (ihm entsprechend: Art. 545 Abs. 1 Ziff. 7 OR), wonach der «wichtige Grund» Beendigungsgrund der einfachen Gesellschaft ist, keine nähere Erläuterung des Tatbestandes. Und die Beendigungsbestimmungen der übrigen Dauerverträge begnügen sich

¹ Z. B. BGE 60 II 211.

² Vgl. HANS LANZ, S. 66.

³ Statt vieler: FICK N. 1 zu Art. 269 OR; CUNO POZZY, S. 26; ferner BGE 61 II 191 (allerdings für die Genossenschaft).

⁴ Und zwar zwingend: BGE 89 II 35.

⁵ HANS ROGGWILLER, S. 41.

damit, zur *Verdeutlichung des Begriffes «wichtiger Grund»* auf andere Wertbegriffe zu verweisen, mögliche positive Beispiele «wichtiger Gründe» zu nennen oder/und negativ zu bestimmen, was keine «wichtigen Gründe» sind.

1. Auf *andere Wertbegriffe* verweisen (mit Ausnahme des Art. 545 Abs. 2 OR) sämtliche speziellen Vorschriften des OR über den «wichtigen Grund»:

Gemäß Art. 269 Abs. 1 (Miete) und 291 Abs. 1 OR (Pacht) tritt die Rechtsfolge «Beendigungsrecht» dann ein, wenn «wichtige Gründe» eine Aufrechterhaltung des Vertrages «unerträglich» machen. Nach Art. 352 Abs. 2 OR (Dienstvertrag) und 418r Abs. 2 OR (Agenturvertrag) ist als «wichtiger Grund» namentlich jeder Umstand anzusehen, bei dessen Vorhandensein die Fortsetzung des Verhältnisses aus Gründen der «Sittlichkeit» oder nach «Treu und Glauben» nicht mehr «zugemutet» werden darf. Und Art. 527 Abs. 1 OR (Verpfändung) erhebt «Unerträglichkeit» oder «übermäßige Erschwerung» der Vertragsfortsetzung zum Kriterium des «wichtigen Grundes»¹.

Die eingefügten Begriffe wie «Sittlichkeit», «Treu und Glauben», «Unerträglichkeit» befreien den Rechtsanwendenden zwar nicht von der Ermessenstätigkeit²; indessen lenken sie ihn auf das hin, worauf es bei der Entscheidung über die Eignung konkreter Sachverhalte zur Vertragsbeendigung ankommt. Sie heben insbesondere den «Ausnahmecharakter» des «wichtigen Grundes» hervor (vgl. S. 175).

2. *Positive Beispiele* «wichtiger Gründe» machen die Art. 352 und 527 OR namhaft:

Gemäß Art. 527 Abs. 1 OR dürfen die Parteien den Pfundvertrag einseitig beenden, wenn das Vertragsverhältnis – von andern «wichtigen Gründen» abgesehen – «infolge von Verletzung der vertraglichen Pflichten» unerträglich geworden ist. Ob eine Vertragsverletzung vorliegt, kann

¹ Nach Art. 527 Abs. 1 OR kann sowohl der Pfründer wie der Pfrundgeber die Verpfändung einseitig beenden, «wenn infolge von Verletzung der vertraglichen Pflichten das Verhältnis unerträglich geworden ist oder wenn andere wichtige Gründe dessen Fortsetzung übermäßig erschweren oder unmöglich machen». Die «Unmöglichkeit» der Vertragsfortsetzung ist dabei als «Unerschwinglichkeit» oder «Unerträglichkeit» zu verstehen. Wird die Vertragsfortsetzung (d. h. die Pfundleistung) im Sinne des Art. 97 resp. 119 OR unmöglich, endet der Vertrag nach den Regeln über die nachträgliche Leistungsunmöglichkeit (vgl. S. 118 ff.).

² Ausdrücklich festgehalten wird dies in Art. 352 Abs. 3 OR.

im Einzelfall ohne Ermessenstätigkeit durch logischen Schluß ermittelt werden. Indessen qualifiziert sich nicht jede Verletzung vertraglicher Pflichten als «wichtiger Grund». «Wichtiger Grund» ist sie nur, wenn sie das Vertragsverhältnis unerträglich macht. Weil dies mit Rücksicht auf die zwischen den Parteien des Pfundvertrages bestehenden engen persönlichen Bindungen erfahrungsgemäß häufig zutrifft, wurde die «Vertragsverletzung» vom Gesetzgeber als typisches Beispiel eines möglichen «wichtigen Grundes» hervorgehoben.

Anders verhält es sich mit Art. 352 Abs. 2 OR. Danach ist «als wichtiger Grund ... namentlich jeder Umstand anzusehen, bei dessen Vorhandensein dem Zurücktretenden aus Gründen der Sittlichkeit oder nach Treu und Glauben die Fortsetzung des (Dienst-)Verhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf». In der Verwendung des Ausdruckes «namentlich» zeigt sich, daß das Gesetz damit nur auf das Beispiel eines «wichtigen Grundes» hinweisen will. Dies zu Unrecht: Ist doch jeder «wichtige Grund» stets ein derartiger Umstand, wie sich auch umgekehrt ein Umstand, der die Fortsetzung des Verhältnisses weder nach Treu und Glauben noch nach den Regeln der Sittlichkeit unzumutbar macht, nicht als «wichtiger Grund» qualifiziert. Art. 352 Abs. 2 OR enthält daher nur textmäßig, nicht aber inhaltlich das Beispiel eines «wichtigen Grundes». Inhaltlich umschreibt er lediglich den im ersten Absatz des Artikels erwähnten «wichtigen Grund» unter Verwendung anderer Wertbegriffe.

3. *Negativ* bestimmt schließlich Art. 352 Abs. 3 OR für den Dienstvertrag, was keine «wichtigen Gründe» sind. Nämlich: «unverschuldete Krankheit von verhältnismäßig kurzer Dauer oder die Leistung schweizerischen obligatorischen Militärdienstes». Die Vorschrift, welche auch auf den Agenturvertrag Anwendung findet (vgl. Art. 418r Abs. 2 OR), ist wohl ausschließlich für den Fall gedacht, daß sich die genannten Gründe in der Person des typischen Hauptleistungsschuldners (des Dienstpflichtigen oder Agenten) verwirklichen.

Beim Dienstvertrag erweist sich die Bestimmung, die das Ermessen bei der Feststellung «wichtiger Gründe» einschränkt, als gerechtfertigt; und zwar aus sozialpolitischen und humanen Erwägungen. Anders beim Agenturvertrag: Mit Rücksicht auf die selbständige Stellung des Agenten sind gleiche Überlegungen wie beim Dienstvertrag fehl am Platz. Vielmehr hat, wer selbständig arbeiten will, das damit verbundene Risiko auf sich zu nehmen. Wird er durch Krankheit oder Militärdienst an der Erfüllung

seiner Pflichten gehindert, ist daher nicht einzusehen, weshalb dem Auftraggeber a priori eine Vertragsauflösung aus «wichtigem Grunde» verwehrt sein soll. Die Tatsache, daß der Agent (trotz seiner Selbständigkeit) vielfach der wirtschaftlich schwächere Teil und möglicherweise auf eine gewisse Stabilität des Vertragsverhältnisses angewiesen ist, könnte im konkreten Entscheid über das Vorliegen eines «wichtigen Grundes» (der die Interessenlage beider Parteien zu berücksichtigen hat, vgl. S. 175) in Anschlag gebracht werden.

Zusammenfassend halten wir fest: Die Bestimmung, wonach «unverschuldete Krankheit von verhältnismäßig kurzer Dauer etc.» des Agenten zum vorneherein kein «wichtiger Grund» ist, erachten wir inhaltlich als ungerechtfertigt. Im übrigen sind die in den einzelnen Artikeln enthaltenen Erläuterungen zum Tatbestand «wichtiger Grund» (welcher für alle Dauerverträge derselbe ist) inhaltlich zwar richtig. Indessen besteht für die Verschiedenheit dieser Erläuterungen in den einzelnen Bestimmungen nur in zwei Fällen ein sachlicher Grund: Insofern erstens die «Vertragsverletzung» als typisches Beispiel eines «wichtigen Grundes» für den Pfundvertrag genannt und insofern zweitens der «unverschuldeten Krankheit von verhältnismäßig kurzer Dauer etc.» des Dienstpflichtigen die Qualifikation als «wichtiger Grund» (zwingend) aberkannt wird. Abgesehen davon beruhen die redaktionellen Abweichungen der entsprechenden Beendigungsvorschriften auf einer bloßen Zufälligkeit der Gesetzgebung, welche ihrerseits darauf zurückzuführen ist, daß die Beendigungsvorschriften nicht planmäßig geschaffen worden, sondern organisch gewachsen sind.

B. Das Beendigungsrecht: Die Rechtsfolge des «wichtigen Grundes»

Der «wichtige Grund» ist durchwegs nur mittelbarer (vgl. S. 26) Beendigungsgrund der Dauerverträge. Seine Rechtsfolge besteht im Beendigungsrecht jener Partei, die sich auf seine Verwirklichung berufen kann. Dieses Beendigungsrecht bildet Gegenstand der folgenden Erörterung, in welcher wir vorab die Ausübung des Rechts und anschließend deren Wirkung auf den Vertragsbestand besprechen. (Zur Bedeutung des Wortes «Vertragsende» vgl. S. 17f.)

1. Die Ausübung des Beendigungsrechts

Das infolge «wichtigen Grundes» entstehende Beendigungsrecht wird durch Willenserklärung ausgeübt, die in der Regel außergerichtlich, ausnahmsweise auf dem Prozeßweg zu erfolgen hat. Je nachdem ist das Beendigungsrecht ein Gestaltungsrecht oder ein Gestaltungs**klagere**cht (vgl. S. 28).

Zunächst befassen wir uns mit der Regel, nachher mit der Ausnahme:

1. Die *außergerichtliche Willenserklärung*, durch welche das Beendigungsrecht regelmäßig ausgeübt wird, bedarf bei keiner Vertragsart einer bestimmten Form (wie einfacher Schriftlichkeit etc.). Bei der Miete und Pacht aber unterliegt sie einer besondern Modalität, indem sie nur wirksam ist unter der Voraussetzung, daß dem Kündigungsempfänger eine Kapitalleistung angeboten wird. Danach muß sich die beendigungswillige Partei bereit erklären, die ihr bei Kündigung aus «wichtigem Grund» auferlegte gesetzliche Schadenersatzpflicht (Art. 269 Abs. 1 und 291 Abs. 1 OR) zu erfüllen¹, mindestens aber einen halben Jahreszins (bei Mieten auf ein Jahr oder mehr) bzw. einen ganzen Jahreszins (bei Pachtverträgen) zu leisten (Art. 269 Abs. 2 und 291 Abs. 2 OR)². Gegen diese Vorschrift haben wir ein Doppeltes einzuwenden: Einmal ist die genannte Leistungspflicht, wie hinten (S. 229 f.) gezeigt wird, nicht durchwegs begründet. Außerdem läßt sich auch kein sachlicher Grund erkennen, weshalb für die außerordentliche Auflösung der Miete und Pacht das Erfordernis einer Leistungsofferte besteht, während eine derartige Modalität für die vorzeitige Kündigung der übrigen Dauerverträge fehlt.

2. Die Ausnahme, wonach die Ausübung des Beendigungsrechts auf dem *Prozeßweg* zu erfolgen hat, gilt nur für die *einfache Gesellschaft* (Art. 545 Abs. 2 OR). Hier ist das Beendigungsrecht ein Klagerecht: die Gesellschafter können vom Richter die «Auflösung» der Gesellschaft verlangen. Unmittelbarer Grund der Vertragsbeendigung bildet das Urteil; es hat konstitutive Wirkung (BGE 74 II 173).

Diese Sonderregelung wird mit dem Hinweis begründet, die Vertragsbeendigung kraft richterlichen Entscheides schaffe für alle Beteiligten

¹ BGE 60 II 216.

² Vgl. S. 228 ff.

eine eindeutige, klare Ordnung¹. Dagegen aber wenden wir ein Zweifaches ein:

a) Erstens sind die Vertragsparteien nicht nur bei der einfachen Gesellschaft an einer eindeutigen Ordnung interessiert, sondern auch bei den übrigen Dauerverträgen. Weder darin noch sonstwie besteht zwischen den beiden Arten von Dauerverträgen eine solche Verschiedenheit, daß sich die besondere Regel des Art. 545 Abs. 2 OR genügend erklären ließe. Vielmehr liegt bei gleicher Interessenlage eine unterschiedliche gesetzliche Ordnung vor. Dies wurde bereits von ANDREAS SAXER erkannt und ausführlich dargelegt².

b) Dem Zweck des Art. 545 Abs. 2 OR, für alle Beteiligten eine klare und eindeutige Ordnung zu schaffen, entspricht es zweitens, das konstitutive Urteil des Richters mit Wirkung ex nunc auszugestalten. Die herrschende Meinung vertritt denn auch, wenigstens grundsätzlich, diesen Standpunkt³.

Die Wirkung ex nunc des Auflösungsurteils aber führt in vielen Fällen zu unbilligen Konsequenzen. Angesichts der oft äußerst langen Prozeßdauer werden dadurch die Gesellschafter gezwungen, jahrelang in einer Bindung zu verbleiben, deren Aufrechterhaltung ihnen bereits bei Klageeinreichung nicht mehr zugemutet werden konnte. Um solche Folgen auszuschließen, wird von einem Teil der Doktrin eine ausnahmsweise Rückwirkung der Urteilskraft (auf den Zeitpunkt der Klageeinreichung oder der Verwirklichung des «wichtigen Grundes»⁴) postuliert⁵. Daraus ergibt sich Folgendes:

¹ BGE 74 II 174; vgl. auch EUGEN BUCHER, S. 96, Anm. 27 (mit Bezug auf die Gestaltungsklage im allgemeinen).

² ANDREAS SAXER, S. 79 ff.

³ Vgl. BECKER N. 20 zu Art. 545 OR; SIEGWART N. 34 zu Art. 547 OR; JOSEPH FRAEFEL, S. 19 ff., 104, 112; CONRAD WESPI, Die stille Gesellschaft im schweizerischen Recht (Diss. Zürich 1930), S. 95. – Zum Postulat der ausnahmsweisen Rückwirkung des Urteils vgl. nachstehend im Text.

⁴ Nicht aber auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses (Aufhebung ex tunc). Eine derartige Rückbeziehung ist bei der einfachen Gesellschaft ausgeschlossen, sobald sie irgendwelche Wirkungen entfaltet hat. Vgl. STAUDINGER, Einl. vor § 241, O 65.

⁵ Nach Siegwart (N. 34 zu Art. 547) soll das Urteil immer dann rückwirkende Kraft haben, «wenn das Verhalten des Beklagten derart ist, daß die Weiterführung der Gesellschaft während des Prozesses unmöglich oder nur unter schweren Opfern möglich ist». HANS MERZ (in «Ius et Lex», Festschrift Max Gutzwiller, Freiburg 1959, S. 685 ff.) will hingegen die Bestimmung des Endzeitpunktes ganz dem Richter überlassen.

Wer für ein Auflösungsurteil ohne Rückwirkung eintritt, nimmt die genannten Unbilligkeiten im Hinblick auf das Interesse der Parteien an einer eindeutig klaren Ordnung in Kauf. Unseres Erachtens aber sind die aus einer solchen Urteilswirkung entstehenden nachteiligen Konsequenzen unverhältnismäßig schwerwiegender als eine allfällige Unsicherheit der Gesellschafter über die bestehende Rechtslage. Art. 545 Abs. 2 OR bekämpft daher das kleinere mit dem größeren Übel, worin seine Unzweckmäßigkeit zu Tage tritt.

Wird dagegen eine ausnahmsweise Rückwirkung des Gestaltungsurteils anerkannt¹, entsteht unter den Gesellschaftern jene Unsicherheit, welche Art. 545 Abs. 2 OR gerade vermeiden will: Ein Gesellschafter, der die Erfüllung seiner Vertragspflichten im Vertrauen auf die allfällig rückwirkende Kraft eines spätern Urteils einstellt, befindet sich in der gleichen Situation wie jener, der die Gesellschaft aus «wichtigem Grunde» kündigt, jedoch damit rechnen muß, daß die Kündigung in einem anschließenden Prozeß als unwirksam beurteilt wird. Die postulierte Anerkennung rückwirkender Urteilskraft bedeutet nichts anderes als den Versuch, die unglückliche gesetzliche Lösung zu korrigieren. Besser wäre die Korrektur des Gesetzes selbst im Sinne der Anerkennung eines außergerichtlichen Kündigungsrechts aus «wichtigem Grund»: eines vorzeitigen Kündigungsrechts also, das die Parteien schon *de lege lata*, in Abweichung von Art. 545 Abs. 2 OR, vereinbaren können (BGE 74 II 172).

2. Die Wirkung des ausgeübten Beendigungsrechts auf den Vertragsbestand

Mit der (wirksamen) Ausübung des Beendigungsrechts geht der betroffene Dauervertrag in der Regel unmittelbar, sofort und *ex nunc*² zu Ende (vgl. S. 17f.), ohne daß er in Form eines andern Dauervertrages weiterbestehen würde. Davon sind Ausnahmen in vierfacher Hinsicht zu verzeichnen:

¹ In BGE 74 II 173 ist von einer «grundsätzlichen» Wirkung *ex nunc* die Rede, womit die Möglichkeit von Ausnahmefällen angedeutet wird.

² Das Beendigungsrecht infolge «wichtigen Grundes» ist somit regelmäßig ein Kündigungsrecht. In den Marginalien zu den Art. 269, 291 und 352 OR spricht das OR fälschlicherweise von «Rücktritt».

Nicht unmittelbare Beendigung

Die erste Ausnahme beschlägt die einfache Gesellschaft. Ihr Ende (vgl. S. 18) schließt sich bloß mittelbar an die Ausübung des Beendigungsrechts. Unmittelbarer Beendigungsgrund ist hier – wie wir gesehen haben, zu Unrecht – das konstitutive Auflösungsurteil des Richters (Art. 545 Abs. 2 OR).

Nicht sofortige Beendigung

Die zweite Ausnahme betrifft den Miet- und den Pachtvertrag. Deren Ende tritt nicht sofort, sondern erst nach Ablauf der für die ordentliche Kündigung vorgesehenen Fristen ein (Art. 269 Abs. 1; 291 Abs. 1 OR). Diese Gleichbehandlung der ordentlichen mit der außerordentlichen Kündigung «aus wichtigem Grund» erachten wir als verfehlt¹. Sie beruht offenbar auf der falschen Ansicht, bei Miet- und Pachtverträgen seien solche «wichtige Gründe» ausgeschlossen, die eine Vertragsfortsetzung sofort mit ihrem Eintritt unzumutbar machen.

Nicht Beendigung nur ex nunc

Die dritte Ausnahme findet sich beim Verpfändungsvertrag. Gemäß dem Wortlaut des Art. 527 Abs. 1 und 2 OR endet dieser Vertrag ex tunc, sofern nicht der Richter nach Art. 527 Abs. 3 OR etwas anderes verfügt. Ob allerdings die vorgesehene Wirkung ex tunc auch nach Beginn der typischen Hauptleistung eintritt, ist – wie wir im vierten Kapitel zeigen werden² – fraglich. Vom Beendigungsgrund «wichtiger Grund» her gesehen, läßt sich jedenfalls die genannte Wirkung nicht rechtfertigen; gleichgültig, ob die typische Hauptleistung begonnen hat oder nicht.

Weiterbestand in Form eines andern Dauervertrages

Auf den Verpfändungsvertrag bezieht sich schließlich auch die vierte Ausnahme. «Anstatt den Vertrag vollständig aufzuheben, kann (hier) der Richter (nach dem Wortlaut des Art. 527 Abs. 3 OR) auf Begehren

¹ Vgl. S. 191.

² Vgl. S. 211 Anm. 1.

einer Partei oder von Amtes wegen die häusliche Gemeinschaft aufheben und dem Pfründer zum Ersatz dafür eine Leibrente zusprechen». Danach endet der Dauervertrag infolge richterlicher Umwandlung zwar in seiner Eigenschaft als Verpfändungsvertrag, besteht aber in Form eines dauernden Leibrentenvertrages weiter.

Die Bestimmung des Art. 527 Abs. 3 OR ist insoweit richtig, als sie die Umwandlung des Pfrundvertrages in eine Leibrente gestattet. Dadurch ermöglicht sie die Anpassung des Vertragsverhältnisses an veränderte oder sonstige Umstände, wobei dem Zweck der typischen Hauptleistung sowie den Interessen der Parteien Rechnung getragen wird. Die genannte Anpassung drängt sich insbesondere dort auf, «wo zwar die häusliche Gemeinschaft gescheitert ist, wo aber vom Standpunkt beider Parteien aus dem Pfründer die Annahme einer Rente zugemutet werden darf» (BGE 79 II 171).

Unrichtig dagegen ist die Wendung «anstatt den Vertrag aufzuheben». Sie drückt eine (auch vom Bundesrat vertretene¹) falsche Ansicht aus; und zwar einerseits über die Wirkung der Beendigungserklärung nach Art. 527 Abs. 1, andererseits über das Verhältnis zwischen der Vertragsbeendigung nach Abs. 1 und der Vertragsumwandlung nach Abs. 3 des Art. 527. Danach ist es der Richter, der den Vertrag nach Abs. 1 beendet («anstatt den Vertrag aufzuheben»); und Abs. 3 gibt dem Richter neben dieser Beendigung eine Umwandlungsmöglichkeit («anstatt ...»). In Wirklichkeit aber knüpft sich das Vertragsende gemäß Abs. 1 unmittelbar an die Beendigungserklärung der Partei; und die Vertragsumwandlung des Richters ist eine (negative) Bedingung für die Wirksamkeit dieser Beendigungserklärung: die Erklärung führt nur dann zum Vertragsende, wenn nicht der Richter in einem (anschließenden) Streitfall auf Vertragsumwandlung erkennt. Mit Rücksicht darauf fragt es sich, was gilt, falls der Kläger (ev. Widerkläger), ohne eine besondere Erklärung gemäß Abs. 1 abzugeben zu haben, vom Richter die Umwandlung des Pfrundvertrages verlangt. Bei der Lösung der Frage muß vom Willen des Klägers ausgegangen werden, welcher Wille durch Interpretation des Klagebegehrens zu ermitteln ist:

¹ In seinem Bericht an die B.Vers. betr. die Rev. des OR vom 1. Juni 1909 (BBl 1909 III, S. 755) führt er aus: «Weiter wurde dem Richter (in Abs. 3) die Befugnis erteilt, bei der Klage auf Aufhebung ... anstatt der Aufhebung des Vertrages bloß die Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft zu verfügen».

Will der Kläger entweder die Umwandlung des Vertrages (Abs. 3) oder aber – für den Fall einer Abweisung des Umwandlungsbegehrens – die Beibehaltung des Pfrundverhältnisses, demonstriert er, daß ihm die Vertragsfortsetzung nicht unerträglich ist. Mangels «wichtigen Grundes» hat daher der Richter das Begehren abzuweisen.

Will der Kläger hingegen die Vertragsumwandlung, in jedem Fall aber die Loslösung vom Pfrundverhältnis, ist die Bekanntgabe des Klagebegehrens an den Beklagten (z. B. durch Übersendung der Klageschrift) als Beendigungserklärung im Sinne des Art. 527 Abs. 1 OR aufzufassen. Bei Vorliegen «wichtiger Gründe» führt diese «private» Willenserklärung als solche zum Vertragsende (Abs. 1), sofern der Richter den Pfrundvertrag im eingeleiteten Prozeß nicht in eine Leibrente umwandelt (Abs. 3). Die Umwandlung erfolgt durch Gestaltungsurteil; der Eintritt des Vertragsendes nach Abs. 1 kann Gegenstand nur eines Feststellungsurteils sein.

C. Der Anwendungsbereich des Beendigungsgrundes «wichtiger Grund»

Der Anwendungsbereich des Beendigungsgrundes «wichtiger Grund» kann verschieden abgegrenzt werden, je nach den Gesichtspunkten, nach welchen die Abgrenzung vorgenommen wird. Wir beschränken uns auf *drei Gesichtspunkte*, die von praktischer Bedeutung sind:

Erstens fragen wir nach den durch «wichtigen Grund» auflösbaren Dauerverträgen. Zweitens grenzen wir den Anwendungsbereich des «wichtigen Grundes» gegenüber jenem der andern («besonders umschriebenen») außerordentlichen Beendigungsgründe ab. Und drittens befassen wir uns mit dem Verhältnis des «wichtigen Grundes» zu den «Mängeln in der Entstehung des Vertrages».

1. Die durch «wichtigen Grund» auflösbaren Dauerverträge

Hier sind zunächst (a) jene Dauerverträge, welche kraft ausdrücklicher Gesetzesbestimmung durch «wichtigen Grund» auflösbar sind, den andern Dauerverträgen gegenüberzustellen. Mit der dabei zum Ausdruck kommenden gesetzlichen Ordnung haben wir uns anschließend (b) kritisch auseinanderzusetzen. Endlich (c) wird sich die Frage stellen, ob sich der Anwendungsbereich des Beendigungsgrundes «wichtiger Grund» auf bestimmte einzelne Dauerverträge beschränkt.

a) «Wichtiger Grund»: *ausdrücklicher gesetzlicher Beendigungsgrund bestimmter, nicht aller Dauerverträge*

Die Vorschriften des OR sehen die Möglichkeit einer Vertragsbeendigung aus «wichtigem Grund» nur für bestimmte Dauervertragsarten und innerhalb bestimmter Dauervertragsarten nur für bestimmte Unterarten dieser Dauerverträge vor:

1. Ausdrücklich als Beendigungsgrund vorgesehen ist der «wichtige Grund» für folgende *Vertragsarten*: für die Miete (Art. 269 OR), die Pacht (Art. 291 OR), den Dienst- (Art. 352 f. OR) und den Agenturvertrag (Art. 418r OR), die Verpfändung (Art. 527 OR) sowie die einfache Gesellschaft (Art. 545 Abs. 1 Ziff. 7; Art. 545 Abs. 2 OR). Anders verhält es sich bei Gebrauchsleihe, Darlehen, Hinterlegung und Leibrente. Hier fehlen gesetzliche Bestimmungen, wonach die Verträge aus «wichtigem Grund» aufgelöst werden könnten.

Was insbesondere die Gebrauchsleihe und Hinterlegung betrifft, bedarf es einer speziellen Erörterung der Art. 309 Abs. 2 und 476 Abs. 1 OR:

Nach *Art. 309 Abs. 2 OR* kann der Verleiher die Sache vor Ablauf der vereinbarten Vertragsdauer zurückfordern, wenn er ihrer wegen eines unvorhergesehenen Falles dringend selbst bedarf. Und *Art. 476 Abs. 1 OR* gestattet dem Aufbewahrer¹, die anvertrauten Gegenstände vor Ablauf der bestimmten Zeit zurückzugeben, wenn ihn außerordentliche Umstände außerstande setzen, sie länger mit Sicherheit und ohne eigenen Nachteil aufzubewahren. In beiden Fällen besteht somit der Beendigungsgrund in einer Verhältnisänderung, welche in der Person des typischen Hauptleistungsschuldners eintritt. Weder hier noch dort handelt es sich aber um eine Beendigung aus «wichtigem Grund». Mögen auch die Tatbestände der Art. 309 Abs. 2 und 476 Abs. 1 OR nichts anderes als häufige Erfahrungstatsachen «wichtiger Gründe» sein, so sind sie eben doch relativ eng («besonders») umschrieben, was der Natur und Funktion des Beendigungsgrundes «wichtiger Grund» zuwiderläuft. Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, daß der Entscheid darüber, ob ein Fall «unvorhergesehen», ein Bedürfnis «dringend» oder ein Umstand «außerordentlich» ist, eine gewisse Ermessenstätigkeit einschließt.

¹ Sofern er nicht Lagerhalter ist (Art. 486 OR).

2. Beim Dienst-, Agentur- und Pfrundvertrag sowie bei der einfachen Gesellschaft unterliegen *sämtliche Verträge*, die diesen Vertragsarten angehören, dem ausdrücklichen gesetzlichen Beendigungsgrund «wichtiger Grund». Das im *Unterschied zur Miete und Pacht*:

Ausdrücklich angeordnet ist die Auflösbarkeit infolge «wichtigen Grundes» einzig für Miet- und Pachtverträge «auf bestimmte Zeit», wobei die Mietverträge erst noch eine unbewegliche Sache zum Gegenstand haben müssen (Art. 269 Abs. 1; Art. 291 Abs. 1 OR)¹. Das Fehlen einer entsprechenden Vorschrift für die Verträge «auf unbestimmte Zeit» läßt sich schon aus der Bestimmung erklären, wonach die Parteien bei der Kündigung von Miete und Pacht aus «wichtigem Grund» an die ordentlichen Kündigungsfristen gebunden sind². Diese Bindung machte es praktisch überflüssig, auch die Verträge «auf unbestimmte Zeit» dem «wichtigen Grund» zu unterwerfen; sind diese doch unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfristen ohnehin auflösbar (Art. 267 und 290 OR)³.

3. Das OR enthält keine Bestimmung, welche die Anwendung des «wichtigen Grundes» bei einem Dauervertrag ausdrücklich ausschließen würde.

b) Kritik der gesetzlichen Ordnung

Im Hinblick auf die gesetzliche Ordnung des «wichtigen Grundes» lassen sich zwei Gruppen von Dauervertragsarten unterscheiden:

¹ Die Auflösung des Miet- und Pachtvertrages aus «wichtigem Grund» wird von MERZ (N. 201 zu Art. 2 ZGB), wohl irrtümlich, als «fristlose» Kündigung bezeichnet.

² Vgl. S. 184.

³ Dabei ist indessen ein Zweifaches zu beachten:

Erstens ist die ordentliche Kündigung im Unterschied zur Kündigung aus «wichtigem Grund» vielfach nur auf bestimmte Termine zulässig (vgl. Art. 267 und 290 Abs. 2 OR). Insofern sind die Parteien der Verträge auf bestimmte Zeit bei Vorliegen «wichtiger Gründe» besser gestellt als die Parteien der Verträge auf unbestimmte Zeit. Anders als diese, können jene das Vertragsverhältnis auf jeden Zeitpunkt beenden.

Zweitens unterliegen der Kündigung «aus wichtigem Grund» nur solche Pachtverträge, die auf eine «bestimmte Anzahl von Jahren» (Art. 291 OR), also mindestens auf zwei Jahre, geschlossen wurden. Die Parteien von Pachtverträgen auf bestimmte Zeit, aber weniger als zwei Jahre, können sich daher, wenn «wichtige Gründe» eintreten, weder nach Art. 291 OR (Kündigung aus «wichtigem Grund») noch nach Art. 290 OR (ordentliche Kündigung) befreien.

Zur *ersten Gruppe* gehören neben der einfachen Gesellschaft der Dienst-, Agentur- und Pfrundvertrag. Alle Verträge dieser Vertragsarten lassen sich nach ausdrücklicher Vorschrift des OR infolge «wichtiger Gründe» beenden.

Zur *zweiten Gruppe* zählen die übrigen Dauervertragsarten. Ein Beendigungsrecht aus «wichtigem Grund» ist für sie im OR entweder überhaupt nicht (so bei Gebrauchsleihe, Darlehen, Hinterlegung, Leibrentenvertrag) oder nur bei gewisser Erscheinungsform (so bei der Miete und Pacht) vorgesehen.

Gestützt auf diese Gruppierung kritisieren wir die gesetzliche Beendigungsordnung wie folgt:

1. *Negativ* zunächst stellen wir fest, daß es kein Unterscheidungsmerkmal gibt, welches die mit Rücksicht auf den «wichtigen Grund» verschiedene Behandlung der beiden Vertragsgruppen rechtfertigt. Alle Dauerverträge setzen schon im Hinblick auf die längere Dauer der Vertragsbeziehungen ein allgemeines Vertrauensverhältnis voraus: «Jeder Vertragsteil muß sich darauf verlassen können, daß der andere auch während der längeren Dauer des Vertrages stets leistungsbereit bleibt, daß er alles tut, um plötzlich auftretende Schwierigkeiten beseitigen zu können; denn nur im gegenseitigen Vertrauen auf den Willen zur äußersten Leistungsbereitschaft können die Vertragsteile lange Bindungen eingehen ... und durchhalten» (STAUDINGER, Einl. vor § 241, O 27).

Über dieses allgemeine Vertrauensverhältnis hinaus erfassen allerdings die Verträge der ersten Gruppe die Persönlichkeit der Kontrahenten in besonderer Weise, indem ihr Vollzug ein persönliches Zusammenarbeiten oder gar Zusammenleben mit sich bringt¹. Sie begründen ein enges persönliches Verhältnis unter den Parteien, weshalb sie auf «wichtige Gründe» äußerst anfällig sind; ist es doch offensichtlich, wie leicht hier Störungen des Vertrauens und guten Einvernehmens eine Vertragsfortsetzung unzumutbar machen.

Wenn auch die Verträge der zweiten Gruppe derartige persönliche Beziehungen nicht (so bei Gebrauchsleihe, Darlehen, Hinterlegung, Leibrente) oder nur selten (so bei Miete und Pacht)² hervorbringen, so läßt

¹ Ist einer der Kontrahenten eine iur. Person, so kommt das «persönliche Verhältnis» nicht direkt zwischen ihr, sondern zwischen ihren Organen, Vertretern und Funktionären einerseits und dem Vertragspartner andererseits zustande.

² Nämlich nur dann, wenn die Miet- und Pachtverträge zwischen den Beteiligten eine Hausgemeinschaft begründen.

sich doch mit diesem Unterscheidungsmerkmal ihre mit Rücksicht auf den «wichtigen Grund» verschiedene Ordnung nicht begründen. Denn:

Einmal sind auch bei den Verträgen der ersten Gruppe «wichtige Gründe» zur vorzeitigen Vertragsbeendigung anerkannt, die nicht in der Störung der besonders persönlichen Verhältnisse bestehen¹. Gibt es aber derartige Beendigungsgründe, so erweisen sich die persönlichen Verhältnisse als untaugliches Unterscheidungsmerkmal, da sie für das Wirksamwerden «wichtiger Gründe» nicht unerlässlich sind.

Zum andern bringen zwar die Verträge der zweiten Gruppe nicht oder nur selten besondere persönliche Beziehungen hervor, beruhen aber zum Teil auf solchen. Wir denken an die unentgeltlichen Verträge: die Gebrauchsleihe, das unentgeltliche Darlehen, die unentgeltliche Hinterlegung und Leibrente. Sie alle entspringen in aller Regel der Zuneigung der Beteiligten: einem persönlichen Verhältnis, dessen Störung die Vertragsfortsetzung unerträglich machen kann, wie sich das in den Vorschriften über die Aufhebung der Schenkung, dem Urbild des unentgeltlichen Vertrages, deutlich manifestiert (Art. 249 f. OR). Die besonders persönlichen Beziehungen, welche hier die Basis des Vertrages bilden, sind daher wertmäßig ohne weiteres jenen Beziehungen gleichzustellen, die durch die Verträge der ersten Vertragsgruppe begründet werden. Damit ist wiederum dargetan, daß diese persönlichen Verhältnisse kein taugliches Unterscheidungsmerkmal hergeben, auf das sich die verschiedene Behandlung der Dauerverträge stützen könnte.

Da ein anderes Unterscheidungsmerkmal aber fehlt, erachten wir die unterschiedliche Behandlung der beiden Vertragsgruppen als ungerechtfertigt.

2. *Positiv* sodann sind wir der Ansicht, daß das OR auch die Verträge der zweiten Gruppe uneingeschränkt dem Beendigungsgrund «wichtiger Grund» unterwerfen sollte. Denn die im OR vorgesehene Möglichkeit, sämtliche Verträge der ersten Gruppe aus «wichtigen Gründen» zu beenden, ist unbestritten richtig. Eine verschiedene Behandlung der zu den

¹ Statt vieler Beispiele: «Unverschuldete und obj. notwendige Liquidation eines Unternehmens» (BGE 60 II 286 ff.; 44 II 412 ff.; Praxis IV 2; Max Nr. 619) und «unverschuldete Verhinderung zur Arbeitsleistung während längerer Zeit» (OSER/SCHÖNENBERGER N. 26 zu Art. 352 OR) als Beendigungsgrund des Dienstvertrages. Oder: «Absolute Unrentabilität» (BIHE 4, 141) als Beendigungsgrund für die einfache Gesellschaft.

beiden Gruppen gehörenden Dauerverträge aber erweist sich, wie dargetan, sachlich als ungerechtfertigt. Sind die Verträge beider Gruppen jedoch gleich zu behandeln, so muß die richtige Ordnung der ersten Gruppe auf jene der zweiten Anwendung finden und nicht umgekehrt.

Im einzelnen bedeutet das für den *Miet- und Pachtvertrag* Folgendes:

Erstens ist auch für solche Miet- und Pachtverträge, die auf *unbestimmte Zeit* geschlossen wurden, ein Beendigungsrecht infolge «wichtigen Grundes» im OR vorzusehen. Das erweist sich allerdings nur dann als sinnvoll, wenn zugleich jene Bestimmungen aufgehoben werden, wonach bei Vertragsbeendigung aus «wichtigem Grund» die ordentlichen *Kündigungsfristen* einzuhalten sind¹. Daß die Bindung an die ordentlichen Kündigungsfristen ungerechtfertigt ist, haben wir bereits früher festgestellt². Dasselbe Resultat ergibt sich auch aus dem Vergleich des Miet- und Pachtvertrages mit den Verträgen der ersten Gruppe (vgl. S. 189). Diese können bei Vorliegen «wichtiger Gründe» sofort, also ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist, beendet werden. Die Tatsache, daß sie regelmäßig intensivere persönliche Beziehungen begründen als die Miet- und Pachtverträge, genügt auch hier nicht zur Rechtfertigung des Unterschiedes. Denn die sofortige Vertragsbeendigung beschränkt sich bei der ersten Vertragsgruppe keineswegs auf Fälle, in denen die «wichtigen Gründe» in einer Störung dieser besonders persönlichen Beziehungen bestehen (vgl. oben)³.

¹ Vgl. S. 184.

² Vgl. S. 184.

³ Wir sind also der Ansicht, die Kündigungsfristen, welche *de lege lata* für die Auflösung des Miet- und Pachtvertrages aus «wichtigem Grunde» gelten, seien *de lege ferenda* aufzuheben. Dies, obwohl es bei einer derartigen Lösung in concreto Fälle gäbe, in denen einer Partei einerseits zwar eine Fortsetzung des Miet- oder Pachtvertrages über längere Zeit unzumutbar wäre, sich andererseits aber eine sofortige Vertragsauflösung nicht rechtfertigen würde. In solchen Fällen müßte geprüft werden, ob es dem Beendigungswilligen zuzumuten wäre, den Vertrag bis zum Wirksamwerden einer ordentlichen Kündigung resp. bis zum Eintritt des unabhängigen Willens eintretenden ordentlichen Vertragsendes auszuhalten. Bei einer Bejahung der Frage läge kein «wichtiger Grund» zur sofortigen Vertragsbeendigung vor. Bei deren Verneinung ergäbe sich eine Schwierigkeit, die auch bei den Verträgen der ersten Gruppe (z. B. beim Dienstvertrag; vgl. oben S. 189) vorkommt: Es würde sich weder eine sofortige Vertragsbeendigung rechtfertigen, noch eine Vertragsfortsetzung bis zum Wirksamwerden eines ordentlichen Beendigungsgrundes. Dieser Schwierigkeit könnte *de lege ferenda* mit einer Bestimmung des Inhaltes begegnet werden, die Kündigung «aus wichtigem Grund» sei sofort wirksam, sofern nicht der Richter (im Streitfall) etwas anderes bestimme. Damit

Zweitens ist im OR ein Beendigungsrecht infolge «wichtigen Grundes» auch für jene Mietverträge zu statuieren, deren Gegenstand eine *bewegliche Sache* darstellt. Der in diesem Zusammenhang einzig relevante Unterschied zwischen der Miete einer beweglichen und jener einer unbeweglichen Sache besteht darin, daß die Miete der beweglichen Sache kaum jemals ein besonderes persönliches Verhältnis zwischen den Parteien hervorbringt. Die Untauglichkeit dieses Unterscheidungsmerkmals zur Begründung einer verschiedenen Behandlung der Dauerverträge mit Bezug auf die «wichtigen Gründe» haben wir indessen allgemein festgestellt (vgl. S. 189 f.). Sie bestätigt sich hier erneut, indem doch nur eine relativ beschränkte Zahl von Mieten unbeweglicher Sachen zu persönlichen Beziehungen zwischen den Beteiligten führen.

c) «*Wichtiger Grund*»: *beschränkter Anwendungsbereich des Beendigungsgrundes im Hinblick auf die Dauerverträge*

Die Darstellung der gesetzlichen Beendigungsordnung ergab Folgendes:

Es gibt Dauerverträge, für die der «wichtige Grund» ausdrücklich als Beendigungsgrund vorgesehen ist. Für andere Dauerverträge fehlt eine entsprechende Anordnung. Bei keinem Dauervertrag aber wird ausdrücklich bestimmt, der «wichtige Grund» sei nicht Beendigungsgrund.

Die Würdigung dieser Ordnung führte zur Kritik des Umstandes, daß der «wichtige Grund» nicht als ausdrücklicher gesetzlicher Beendigungsgrund sämtlicher Dauerverträge wirkt.

Hier nun stellt sich *die Frage*, ob jene Dauerverträge, bei denen eine Beendigungsmöglichkeit aus «wichtigem Grund» nicht ausdrücklich vorgesehen wird, nicht gleichwohl aus «wichtigem Grund» beendet werden können.

Lautet die Antwort negativ (keine Beendigungsmöglichkeit), erweist sich der Anwendungsbereich des «wichtigen Grundes» als eingeschränkt.

Der Inhalt der Antwort hängt zunächst ab von der Bedeutung, die der Nichterwähnung «wichtiger Gründe» als gesetzlichen Beendigungsgründen zukommt. Diese Bedeutung ist durch Auslegung des Gesetzes zu ermitteln.

hätte es der Richter in der Hand, die dem Einzelfall adäquate Lösung zu treffen, was denn auch allgemein von Art. 4 ZGB für die Entscheide betr. «wichtige Gründe» gefordert wird.

α) Auslegung des Gesetzes

Die bei gewissen Dauerverträgen (z. B. bei der Leihe, Hinterlegung und Leibrente) fehlende ausdrückliche Anordnung einer gesetzlichen Beendigungsmöglichkeit aus «wichtigem Grund» kann ein Zweifaches bedeuten:

Erstens ist die Anordnung möglicherweise deshalb unterblieben, weil der Gesetzgeber die genannte Beendigungsmöglichkeit für die betreffenden Verträge ausschließen wollte. Sein Schweigen bezeichnen wir als in diesem Sinne «qualifiziert».

Zweitens ist denkbar, daß eine (echte) Gesetzeslücke vorliegt: das Gesetz gibt auf die Frage nach der Möglichkeit der diskutierten Vertragsbeendigung keine Antwort. Das Schweigen nennen wir ein «einfaches».

Das *Schweigen des OR* mit Bezug auf den «wichtigen Grund» ist bald ein qualifiziertes, bald ein einfaches:

a) Im *qualifizierten* Sinne schweigt das OR, soweit die Miete einer unbeweglichen Sache auf unbestimmte Zeit, die Miete einer beweglichen Sache überhaupt und die Pacht auf unbestimmte Zeit in Frage stehen. Das folgt e contrario aus Art. 269 Abs. 1 und 291 Abs. 1 OR. Hier werden die durch «wichtigen Grund» auflösbaren Verträge (nämlich: auf bestimmte Zeit geschlossene Miete einer unbeweglichen Sache bzw. auf bestimmte Anzahl von Jahren geschlossene Pacht) derart klar, ja prononciert, festgelegt, daß eine (echte) Gesetzeslücke ausgeschlossen ist. Im Hinblick auf die Verträge mit unbestimmter Dauer kann außerdem darauf verwiesen werden, daß die aus «wichtigem Grund» beendigungswilligen Parteien bei der Miete und Pacht an die ordentlichen Kündigungsfristen gebunden sind (vgl. S. 184). Auch deshalb drängt sich die Annahme auf, der Gesetzgeber habe hier die Verträge mit unbestimmter Zeit dem Beendigungsgrund «wichtiger Grund» nicht unterwerfen wollen; wäre dies doch zum vorneherein ohne großen praktischen Wert gewesen (vgl. S. 188).

b) Im *einfachen* Sinne dagegen schweigt das Gesetz bei der Ordnung der Gebrauchsleihe, des Darlehens, der Hinterlegung und Leibrente. Denn:

Ein «qualifiziertes» Schweigen kann zunächst nicht aus der Tatsache geschlossen werden, daß bei den übrigen Dauervertragsarten eine Möglichkeit zur Vertragsbeendigung infolge «wichtigen Grundes» vorgesehen ist. Eine solche Möglichkeit hat der Gesetzgeber bei jenen Verträgen

angeordnet, die sich auf «wichtige Gründe» besonders anfällig erweisen. Ein Wille, die andern Verträge von dieser Beendigungsmöglichkeit auszuschließen, ist aber daraus nicht ersichtlich. Dies umso weniger, als der spezielle Teil des OR und die darin geregelten Vertragsarten nicht planmäßig geschaffen wurden, sondern nach und nach gewachsen sind.

Dasselbe gilt sodann im besondern mit Rücksicht auf die spezielle Regelung der Gebrauchsleihe und Hinterlegung. Danach kann der Verleiher den Vertrag vorzeitig beenden, wenn er selbst «wegen eines unvorhergesehenen Falles der Sache dringend bedarf» (Art. 309 Abs. 2 OR). Das gleiche Recht hat der Verwahrer, «wenn unvorhergesehene Umstände ihn außerstande setzen, die Sache länger mit Sicherheit oder ohne eigenen Nachteil aufzubewahren» (Art. 476 Abs. 1 OR). In beiden Fällen knüpft sich das Beendigungsrecht an die Erfahrungstatsache eines «wichtigen Grundes» (vgl. S. 187). Daß diese eine Tatsache – wohl wegen ihrer relativen Häufigkeit – «besonders umschrieben» und zum außerordentlichen Beendigungsgrund erhoben wurde, gestattet keineswegs den Schluß, das Gesetz spreche andern Tatsachen die außerordentliche Beendigungswirkung ab, wenn sie sich im Einzelfall als «wichtige Gründe» qualifizieren.

β) Lückenausfüllung und Beschränkung des Anwendungsbereiches

Nach dem Gesagten hat das Gesetz eine vorzeitige Beendigungsmöglichkeit infolge «wichtigen Grundes» stillschweigend ausgeschlossen: für die Miete beweglicher Sachen, für die Miete unbeweglicher Sachen auf unbestimmte Zeit sowie für die Pachtverträge auf unbestimmte Zeit. Die gesetzliche Beendigungsordnung ist in dieser Beziehung also lückenlos. Eine Lückenausfüllung gibt es nicht.

Bei der Leihe (Gebrauchsleihe und Darlehen), Hinterlegung und Leibrente dagegen gibt das Gesetz auf die Frage nach der allgemeinen Beendigungsmöglichkeit aus «wichtigem Grund» keine Antwort. Es enthält somit (echte) Lücken, die der Richter gemäß Art. 1 Abs. 2 ZGB ausfüllen muß. Dieses Ausfüllen der Lücken führt auch hier zur Anerkennung «wichtiger Gründe» als Beendigungsgründe. Daß sich das rechtfertigt, haben wir dargetan (vgl. S. 188 ff.).

Demnach ist der Anwendungsbereich des Beendigungsgrundes «wichtiger Grund» insofern eingeschränkt, als der «wichtige Grund» infolge stillschweigender Anordnung des Gesetzes nicht Beendigungsgrund der

oben genannten Erscheinungsformen der Miet- und Pachtverträge ist ¹. Die Leihe (Gebrauchsleihe und Darlehen), Hinterlegung und Leibrente hingegen sind aus «wichtigen Gründen» auflösbar. Das praktische Bedürfnis hierfür ist allerdings nicht groß; schon deshalb nicht, weil dem unentgeltlich berechtigten Borger sowie dem Verleiher, Entlehner und Hinterleger nach der gesetzlichen Beendigungsordnung ein jederzeitiges ordentliches Kündigungsrecht auf sofort zusteht; dem Hinterleger sogar dann, wenn die Parteien etwas anderes vereinbart haben (vgl. S. 47).

2. Die Abgrenzung gegenüber dem Anwendungsbereich der « besonders umschriebenen » außerordentlichen Beendigungsgründe

Nachdem wir uns mit den Verträgen befaßt haben, die aus «wichtigen Gründen» beendet werden können, beschäftigen wir uns in diesem Abschnitt mit dem Verhältnis des «wichtigen Grundes» zu den andern, den « besonders umschriebenen » (vgl. S. 63 f.) außerordentlichen Beendigungsgründen des OR. Es stellt sich die Frage, ob der Anwendungsbereich des «wichtigen Grundes» durch jenen der andern Beendigungsgründe eingeschränkt ist oder umgekehrt. Die Antwort fassen wir in drei Punkte:

1. Vorab steht fest, daß der «wichtige Grund» die übrigen außerordentlichen Beendigungsgründe nur ergänzt, deren Anwendung aber nicht ausschließt. Verhielte es sich anders, hätte der Gesetzgeber im speziellen Teil des OR auf die Statuierung «besonders umschriebener» Beendigungsgründe dort verzichtet, wo er die Vertragsbeendigung aus «wichtigem Grunde» vorgesehen hat. Denn es wäre sinnlos, Beendigungsgründe aufzustellen, die zum vorneherein nicht zur Anwendung kommen könnten. Gleich wie die im speziellen sind in dieser Hinsicht auch die im allgemeinen Teil des OR «besonders umschriebenen» Beendigungsgründe zu behandeln. Sie unterscheiden sich von jenen lediglich dadurch, daß sie nicht einzelne Vertragsarten als solche betreffen. Dieser Unterschied rechtfertigt es indessen nicht, ihr Verhältnis zum «wichtigen Grund» anders zu gestalten als jenes der speziellen außerordentlichen Beendi-

¹ Bei Pachtverträgen tritt eine weitere, nicht sehr bedeutsame, Einschränkung hinzu: Auch Pachtverträge auf bestimmte Zeit sind nicht aus «wichtigen Gründen» auflösbar, wenn sie weniger als auf zwei Jahre geschlossen wurden (vgl. S. 188 Anm. 3).

gungsgründe. Das gilt insbesondere für die allgemeinen Beendigungsgründe der nachträglichen Unmöglichkeit und des Schuldnerverzugs¹.

2. Umgekehrt aber wird der Anwendungsbereich des «wichtigen Grundes» durch solche «besonders umschriebene» Beendigungsgründe eingeschränkt, mit deren Eintritt das dauernde Vertragsverhältnis ipso iure erlischt. Hier bleibt für die Ausübung eines infolge «wichtigen Grundes» entstehenden Beendigungsrechts kein Platz, da ein bereits beendeter Dauervertrag nicht nochmals beendet werden kann.

3. Was indessen die «besonders umschriebenen» Beendigungsgründe mit mittelbarer Wirkung betrifft, schließen sie unseres Erachtens die Anwendung des Beendigungsgrundes «wichtiger Grund» nicht aus². Qualifiziert sich ein «besonders umschriebener» Beendigungsgrund im konkreten Fall zugleich als «wichtiger Grund», kann daher der betroffene Dauervertrag auch nach dessen Regeln, beendet werden. Es ist nämlich nicht einzusehen, weshalb dem Beendigungswilligen eine Berufung auf den «wichtigen Grund» verwehrt sein soll, wenn für ihn ein Vorgehen nach den Vorschriften über diesen Beendigungsgrund (z. B. mit Rücksicht auf die Voraussetzungen des Beendigungsrechts, die Beweislage oder die Entschädigungsfolgen) in concreto günstiger ist. Erweist sich also eine bestimmte Vertragsstörung sowohl als «wichtiger Grund» wie als «besonders umschriebener» Beendigungsgrund, ist somit eine vorzeitige Vertragsbeendigung nach den Bestimmungen des einen oder des andern Beendigungsgrundes möglich.

3. Die Abgrenzung im Hinblick auf die Bestimmungen über die Mängel in der Entstehung des Vertrages

Nach Ansicht einiger Autoren sind die Bestimmungen über den «wichtigen Grund» auch dann anwendbar, wenn sich der geltend gemachte Grund schon *vor Vertragsabschluß* verwirklicht hat³. Diese Auffassung

¹ A. A. z. B. WIEMKEN, S. 43 ff.; BECKER N. 50 zu Art. 352 OR (nicht aber in N. 1 zu Art. 527 OR); vgl. ferner BGE 78 II 36 ff.

² A. A. offenbar OSER/SCHÖNENBERGER N. 7 zu Art. 269 OR; ferner auch FICK N. 4 und 5 zu Art. 269 OR.

³ Diese Ansicht ist nach JULIUS GEORG LAUTNER, S. 20, Anm. 12 sogar die herrschende. Vertreten wird sie z. B. von MAX GRÄSSLI, S. 38; CUNO POZZY, S. 111; OSER/SCHÖNENBERGER N. 10 zu Art. 352 OR; aus der Rechtsprechung vgl. SJZ 50 (1954), S. 100 und BJM 1962, S. 132.

teilen wir nicht. Vielmehr meinen wir, die Wirkung derartiger «Gründe» beurteile sich ausschließlich nach den Regeln über die Mängel in der Vertragsentstehung. Dabei stützen wir uns auf folgende Erwägungen:

1. Sachverhalte, die bereits vor Vertragsabschluß vorliegen, sind nach ihrer *Wirkung auf die Vertragsentstehung* dreifach zu unterscheiden:

a) Einmal gibt es Sachverhalte, bei deren Vorliegen der gewollte Vertrag nichtig ist (also Nichtigkeitsgründe: Art. 19 f. OR). Nichtigkeit bedeutet absolutes Fehlen von Verbindlichkeit¹: Das erstrebte Vertragsverhältnis bleibt aus. Dabei macht es keinen Unterschied, ob die Parteien um das Vorliegen des Sachverhaltes wußten oder nicht.

b) Sodann gibt es Sachverhalte, die zwar keine Nichtigkeitsgründe sind, aber den Vertrag nur suspensiv-bedingt entstehen lassen, sofern sich eine der Parteien bei Vertragsabschluß über deren Vorhandensein (oder Fehlen) im Irrtum (oder in Unkenntnis) befand². Die Bedingung besteht in der nachträglichen Vertragsgenehmigung durch den Irrenden (Art. 31 OR). Tritt sie ein, wird der Vertrag voll wirksam. Bleibt sie aus, fällt das bedingte Vertragsverhältnis dahin. Im Ergebnis liegt auch hier entweder ein voll wirksames Vertragsverhältnis vor oder keines³.

c) Schließlich gibt es vorvertragliche Sachverhalte, die – unabhängig von der Vorstellung der Parteien über sie – das Zustandekommen eines vollwirksamen Vertragsverhältnisses nicht hindern. Dabei ist möglich, daß der Inhalt des Vertragsverhältnisses vom Geschäftswillen einer (vgl. Art. 25 Abs. 2 OR) oder beider (vgl. Art. 20 Abs. 2 OR) Parteien abweicht.

2. Mit Rücksicht auf die vorvertraglichen Sachverhalte sind also drei Rechtslagen auseinanderzuhalten: a) es besteht kein Vertragsverhältnis; b) es besteht ein suspensiv-bedingtes Vertragsverhältnis; c) es besteht ein vollwirksames Vertragsverhältnis. In keinem dieser Fälle kommen vorvertragliche Sachverhalte als Beendigungsgründe in Frage. Denn:

a) Besteht *kein Vertragsverhältnis* (Nichtigkeitsgrund; mangelnde Genehmigung des bedingt entstandenen Vertrages), so sind Beendigungs-

¹ BRUNO VON BÜREN, S. 111.

² Der Irrtum ist alsdann «wesentlich» (Art. 23 OR), allenfalls weil durch Täuschung hervorgerufen (Art. 28 OR).

³ Vorausgesetzt, daß die irrende Partei ihren Irrtum jemals erkennt.

gründe zum vorneherein ausgeschlossen. Wo nichts ist, gibt es nichts zu beenden.

b) Besteht dagegen ein *suspensiv-bedingtes Vertragsverhältnis* (z. B. wesentlicher Irrtum), kann die eine Partei die Genehmigung des Vertrages verweigern, indem sie dem andern Teil innert gesetzlicher Frist eröffnet, daß sie den Vertrag nicht halte (Art. 31 Abs. 1 OR). Eine solche «Nicht-Genehmigung» ist der für diese Rechtslage ausschließlich vorgesehene Rechtsbehelf. Andere Rechtsbehelfe, insbesondere Beendigungsrechte, gibt es nicht ¹.

c) Besteht schließlich ein *vollwirksames Vertragsverhältnis* (kein Nichtigkeitsgrund; kein wesentlicher Irrtum; Genehmigung des bedingt entstandenen Vertrages), so wurde das Zustandekommen des Vertragsverhältnisses durch den angerufenen vorvertraglichen Sachverhalt nicht verhindert. Verträgt sich aber nach der Wertung des Gesetzes der Vertragsbestand mit dem Vorliegen des vorvertraglichen Sachverhaltes, so kann nicht derselbe Sachverhalt als gesetzlicher Beendigungsgrund wirken ². Wäre dem anders, widerspräche sich das OR selbst ³.

3. Im *Ergebnis* bestätigt sich somit, daß eine Vertragsbeendigung nach den Bestimmungen über den «wichtigen Grund» nur dort möglich ist, wo sich ein angerufener Grund nach Vertragsabschluß verwirklicht hat. Das schließt allerdings nicht aus, daß bei der Ausübung des Ermessens, ob dieser Grund ein «wichtiger» ist, auch vorvertragliche Sachverhalte ins Gewicht fallen können.

¹ Eine andere Frage ist, ob der nach begonnener typischer Dauerleistung bereits eingetretene Erfüllungsstatbestand bei «Nicht-Genehmigung» wiederum aufgehoben wird. Die Frage ist zu verneinen, und zwar aus den gleichen Gründen, die auch den Vertrags-Rücktritt nach Beginn der typischen dauernden Hauptleistung ausschließen (vgl. S. 209 ff.).

² Beruht der unbedingte Bestand des Vertragsverhältnisses auf nachträglicher Genehmigung, hat die irrende Partei durch die Genehmigung außerdem demonstriert, daß ihr eine Fortsetzung des Vertrages durchaus zuzumuten ist.

³ Einen derartigen Widerspruch enthält das OR allerdings insofern, als es in Art. 316 Abs. 2 und 526 solche Tatbestände, die eindeutig Mängel in der Vertragsentstehung sind, zu außerordentlichen Beendigungsgründen erhoben hat (zu Art. 316 Abs. 2 vgl. S. 100 Anm. 1). Mag hier auch ein besonderer Schutz für die beendigungsberechtigten Parteien angemessen sein, so ist doch die gewählte Rechtsfolge falsch am Platz. Richtig wäre es, die fraglichen Tatbestände auch von der Rechtsfolge her als Mängel in der Vertragsentstehung zu behandeln, wobei für die «Nicht-Genehmigung» des Vertrages längere oder überhaupt keine Fristen vorgesehen werden könnten.

3. Ergebnis

Die Untersuchung über den Beendigungsgrund «wichtiger Grund» führt in der Hauptsache zu folgendem Ergebnis:

De lege ferenda ist für sämtliche (im OR geregelten) Dauerverträge eine Beendigungsmöglichkeit aus «wichtigem Grund» vorzusehen (vgl. S. 188 ff.), und zwar zugunsten jeder Partei. Diese Beendigungsmöglichkeit hat in einem sofort wirksamen (vgl. S. 184; 191) Kündigungsrecht zu bestehen, dessen Ausübung keinerlei Modalitäten unterworfen werden darf (vgl. S. 181). Dabei könnte sich der Gesetzgeber allenfalls auf die Statuierung einer einzigen allgemeinen Norm im allgemeinen Teil des OR beschränken und gewissen Besonderheiten einzelner Dauerverträge (vgl. z. B. S. 179 f.) im speziellen Teil des OR Rechnung tragen. Der Tatbestand dieser allgemeinen Beendigungsbestimmung wäre theoretisch mit «wichtiger Grund» genügend bezeichnet. Aus praktischen Erwägungen würde sich jedoch auch hier eine Erläuterung des Tatbestandes aufdrängen (vgl. S. 177 ff.); zu dessen Verdeutlichung hätte der Gesetzgeber auf andere Wertbegriffe zu verweisen: z. B. auf den Begriff der «Unzumutbarkeit» einer Vertragsfortsetzung, welcher dem Begriff «Unerträglichkeit» deshalb vorzuziehen ist, weil er klarer auf die bei der Feststellung eines «wichtigen Grundes» notwendige Abwägung der beidseitigen Parteiinteressen hinweist (vgl. S. 174 f.).

VIERTES KAPITEL

VOM BEENDETEN DAUERVERTRAG

Im zweiten und dritten Kapitel war von den Gründen der Vertragsbeendigung die Rede. Im vierten handeln wir vom Ergebnis der Vertragsbeendigung als eines Vorganges: vom beendeten Dauervertrag. Dabei lassen wir solche Fälle außer acht, in denen sich ein Dauervertrag in eine andere Vertragsart umwandelt (vgl. Art. 527 Abs. 3 OR).

Zunächst (I.) erörtern wir die Bedeutung des Ausdrucks «beendeter Dauervertrag». Sodann (II.) befassen wir uns mit dem Vertragsende als Folge der Beendigungsgründe und schließlich (III.) mit den Abwicklungspflichten.

I. DER BEENDETE DAUERVERTRAG: BEDEUTUNG

Den Ausdruck «beendeter Dauervertrag» verstehen wir in einer dreifachen Bedeutung:

1. Im *weiten* Sinne sprechen wir von «beendetem Dauervertrag», wenn die typische Hauptleistungspflicht erloschen ist. Trotz Eintritt des Vertragsendes können hier die Parteien durch verschiedenartige Vertragspflichten verbunden bleiben.

2. Im *abgeschwächt engen* Sinne sodann verstehen wir unter «beendetem Dauervertrag» ein im weiten Sinne beendetes Dauervertragsverhältnis, das liquidiert oder nicht zu liquidieren ist. Was Liquidation des Vertragsverhältnisses heißt, werden wir in anderem Zusammenhang erörtern¹.

3. Im *engen* Sinne schließlich bedeutet «beendeter Dauervertrag» «vollständig erloschenes Dauervertragsverhältnis». Vollständig erloschen ist

¹ Vgl. S. 205.

das Vertragsverhältnis nach dem Untergang sämtlicher Rechtsfolgen des Vertragsschlusses¹.

Der im engen Sinne beendete Dauervertrag ist stets auch im abgeschwächt engen und weiten Sinne, der im abgeschwächt engen Sinne stets im weiten Sinne beendet, nicht aber umgekehrt.

Der dreifachen Bedeutung des Ausdrucks «beendeter Dauervertrag» entspricht die gleichartige Unterscheidung des Wortes «Vertragsende». Je nachdem, ob bei Eintritt des Vertragsendes der Dauervertrag im weiten, abgeschwächt engen oder engen Sinne beendet wird, sprechen wir von Vertragsende 1. im weiten, 2. im abgeschwächt engen oder 3. im engen Sinne. Den ersten und dritten Begriff (Vertragsende im weiten und engen Sinne) haben wir bereits früher (S. 17 f.) in unsere Arbeit eingeführt.

Alle drei Sachverhalte (Vertragsende im weiten, im abgeschwächt engen und im engen Sinne) stehen in einem bestimmten Zeitverhältnis; und zwar so, daß das Vertragsende im ersten Sinne nicht nach dem Vertragsende im zweiten und dritten Sinne, das Vertragsende im zweiten Sinne nicht nach dem Vertragsende im dritten Sinne eintritt. Im ersten Sinne ist das Vertragsende also ein frühester, im zweiten Sinne ein mittlerer und im dritten Sinne ein letzter Zeitpunkt, wobei zwei oder drei Zeitpunkte möglicherweise auch zusammenfallen, ihr zeitliches Verhältnis aber nicht umgekehrt sein kann².

II. VOM VERTRAGSENDE ALS FOLGE DER BEENDIGUNGSGRÜNDE

Beendigungsgründe sind, wie früher (S. 25) dargestellt, rechtserhebliche Tatsachen. Der Eintritt bewirkt das Vertragsende oder das Recht, den Vertrag zu beenden. Zu Ende geht der Dauervertrag mindestens im weiten, möglicherweise im abgeschwächt engen oder engen Sinne. Damit befassen wir uns nachstehend:

¹ Dem ursprünglichen Vertragsschluß gleichzusetzen sind später getroffene Vereinbarungen, durch die der Inhalt des Vertragsverhältnisses ergänzt wird.

² Der Terminus «Beendigung», wie er vom OR bei der Ordnung der Dauerverträge verwendet wird, bezieht sich regelmäßig schon auf das Vertragsende im weiten Sinne. Gleiches gilt für den gesetzlichen Ausdruck «endigt» (vgl. z. B. Art. 309 Abs. 1, 345,

1. Vertragsende im weiten Sinne – untergehende und fortdauernde Pflichten

Mittelbare oder unmittelbare Rechtsfolge der Beendigungsgründe bildet jedenfalls das *Vertragsende im weiten Sinne*: Zu Ende geht die typische dauernde Hauptleistungspflicht: die Pflicht zur Gebrauchsüberlassung (bei Miete, Pacht, Gebrauchsleihe, Darlehen), zur Arbeitsleistung (beim Dienst- und Agenturvertrag), zur dauernden Renten- und Pfrundleistung (beim Leibrenten- und Verpfändungsvertrag) sowie die Pflicht zur Bewirkung des vereinbarten Zwecks mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln (bei der einfachen Gesellschaft).

Trotz Untergangs der typischen Hauptleistungspflicht können die Parteien oder deren Rechtsnachfolger durch mannigfache Verbindlichkeiten verbunden bleiben. Zu denken ist an außervertragliche Pflichten (solche aus ungerechtfertigter Bereicherung, Delikt, Geschäftsführung ohne Auftrag), besonders aber an Vertragspflichten.

Hier interessieren die Vertragspflichten: Pflichten also, die sich direkt oder indirekt aus Vertragsschluß herleiten. Überdauern sie das Vertragsende im weiten Sinne, sprechen wir von «*fortdauernden Pflichten*»¹. Die Untersuchung ihrer Merkmale führt zur Unterscheidung drei hauptsächlicher Arten, nämlich: A. der Abwicklungspflichten, B. der vertraglichen Restanzpflichten und C. der nachvertraglichen Pflichten².

418p Abs. 1 OR) und Vertrags-«Schluß» (vgl. Art. 271 Abs. 1 OR). Bei der Regelung der einfachen Gesellschaft jedoch wird die gesetzliche Bezeichnung «Beendigung» in einem andern Sinne gebraucht. Nach Art. 545 ff. OR nämlich zerfällt die (vom OR so genannte) «Beendigung der Gesellschaft» (erstens) in deren Auflösung (Art. 545/546 OR) und (zweitens) in deren Liquidation (Art. 548–550 OR). Im Sinne des Gesetzes «beendet» ist danach nur das liquidierte Gesellschaftsverhältnis, weshalb sich der gesetzliche Terminus «Beendigung» auf das Ende der Gesellschaft mindestens im abgeschwächten engen Sinne bezieht. Die Beendigung der Gesellschaft im weiten Sinne dagegen nennt das OR «Auflösung» (vgl. S. 18).

¹ Die Erfüllung fortdauernder Pflichten kann (unter anderem) durch Retentionsrechte (vgl. Art. 895 ff. ZGB; Art. 272 ff. und 418o OR) gesichert sein.

² Unter keine dieser Arten lassen sich einordnen:

1. Die Pflicht des Dienstherrn zur Ausstellung eines Zeugnisses (Art. 342 OR).
2. Die Pflicht zur Benachrichtigung der Vertragsparteien über den Eintritt des Vertragsendes (für die einf. Gesellschaft vgl. Art. 547 Abs. 2 OR und SIEGWART N. 36 dazu; für die übrigen Dauerverträge: HANS RUDOLF BARTH, S. 57).
3. Die allfällige Pflicht des Gesellschafters (Art. 547 Abs. 2 und 3 OR) und Agen-

A. ABWICKLUNGSPFLICHTEN

Abwicklungspflichten sind Vertragspflichten, die ihrem Wesen nach gerade im Hinblick auf das Vertragsende bestehen. Sie bezwecken die Herstellung der Lage, wie sie zwischen den Parteien wegen des Erlöschens der typischen dauernden Hauptleistungspflicht eintreten soll¹.

So wird etwa der Zustand angestrebt, der vor Vertragsabschluß resp. Vertragsvollzug bestand (*status quo ante*)². Oder es soll umgekehrt jener Zustand herbeigeführt werden, der bestände, wenn der Vertrag nicht vorzeitig zu Ende gegangen wäre (sozusagen der «*status quo post*»)³. Außerdem gibt es Abwicklungspflichten, die sich auf die Rückgängigmachung zeitweiser Sach- und Wertverschiebungen richten⁴; oder auf Ersatz von Aufwand, den eine Vertragspartei gemacht hat⁵; usw. Der enge funktionelle Zusammenhang dieser Verbindlichkeiten mit dem Ende des Vertrages bildet den Grund, weshalb wir uns in einem besonderen Abschnitt mit ihnen befassen werden; vgl. hinten S. 206 ff.

B. VERTRAGLICHE RESTANZPFLICHTEN

Anders als bei den Abwicklungspflichten bildet das Vertragsende kein notwendiges Bestandesmerkmal der vertraglichen Restanzpflichten. Diese sind also Vertragspflichten, die auch dann beständen, wenn der Dauervertrag nicht zu Ende ginge. Das Ende des Vertrages im weiten Sinne überdauern sie nur, weil dieses vor ihrem eigenen Erlöschen ein-

ten (Analogieschluß aus Art. 405 Abs. 2 OR) sowie deren Erben zur vorübergehenden Fortsetzung der Geschäfte.

4. Die Befugnis des Gesellschafters (Art. 547 Abs. 1 OR) und Agenten (Analogieschluß aus Art. 406 OR), die Tätigkeit so lange fortzusetzen, als sie trotz Anwendung schuldiger Sorgfalt keine Kenntnis vom Vertragsende haben.

¹ Pro memoria: Fortdauernde Vertragspflichten sind die Abwicklungspflichten nur in jenen Fällen, in denen sie das Vertragsende im weiten Sinne überdauern.

² Diesem Zwecke dienen die Rückleistungspflichten (vgl. S. 206 ff.) und die infolge vorzeitiger Vertragsbeendigung entstehenden Pflichten zum Ersatz des negativen Vertragsinteresses (vgl. S. 223).

³ Diesem Zwecke dienen die infolge vorzeitiger Vertragsbeendigung entstehenden Pflichten zum Ersatz des positiven Vertragsinteresses (vgl. S. 223) oder zur Leistung anderer Surrogate (vgl. S. 220 ff.).

⁴ So die ordentlichen Rückgabepflichten (vgl. S. 212 ff.).

⁵ Vgl. S. 218 ff.

getreten ist, also weil sie vom Ende gewissermaßen «überholt» wurden; nicht aber, weil sie besondere Funktionen bei oder nach dessen Eintritt zu erfüllen hätten.

Als Beispiele solcher Verbindlichkeiten nennen wir zunächst die dauernden Gegenleistungspflichten, sofern sie ausnahmsweise das Vertragsende überstehen (vgl. z. B. S. 123 f.; 125 f.).

Weitere mögliche Beispiele bilden: Einzelleistungspflichten, welche der dauernden Haupt-¹ und Gegenleistungspflicht bis zum Vertragsende entsprungen sind; sodann die Pflicht zu einer einfachen Gegenleistung für die erhaltene Dauerleistung; schließlich die bis zum Eintritt des Vertragsendes entstandenen Pflichten zur Leistung von Verzugszinsen, von Schaden-² und Verwendungsersatz³. Solange diese Pflichten nicht durch Erfüllung, Verrechnung, Erlaß oder dergl. erloschen sind⁴, wirken sie fort: auch über das Vertragsende (im weiten Sinn) hinaus. Eine Ausnahme gilt allerdings für die zuerst genannten Einzelleistungs- und für die einfachen Gegenleistungspflichten: geht der Dauervertrag ex tunc zu Ende, so erlöschen sie mit Eintritt des Vertragsendes (vgl. Art. 109 Abs. 1 OR).

C. NACHVERTRAGLICHE PFLICHTEN

Nachvertragliche Pflichten schließlich sind solche relativ selbständige Verbindlichkeiten, die – ohne Abwicklungspflichten zu sein – für die Zeit nach Vertragsende (nicht im engen Sinne) bestehen. Ihre relative Selbständigkeit beruht darin, daß sie sich zwar aus dem Vertragsverhältnis herleiten, nach Erlöschen der typischen dauernden Hauptleistungspflicht

¹ Die typische Hauptleistungspflicht selber erlischt – wenigstens als Dauerleistungspflicht – begriffsnotwendig mit dem Vertragsende. Denn unter Ende des Dauervertrages (im weiten Sinne) verstehen wir den Untergang dieser Verbindlichkeit mindestens als dauernde Primärleistungspflicht (vgl. S. 17; S. 202).

Einzelleistungspflichten entspringen aus der typischen dauernden Hauptleistungspflicht beim Leibrentenvertrag; eventuell bei der Verpfändung (z. B. die Pflicht zur Entrichtung eines monatlichen Taschengeldes).

² Zu jenen Schadenersatzpflichten, die Abwicklungspflichten sind, vgl. S. 222.

³ Z. B. gemäß Art. 307 Abs. 2, 473 Abs. 1, 485 Abs. 1 und 2 und 418n OR. Diese Ersatzpflichten entstehen mit der Vornahme der ersatzpflichtigen Verwendung und werden – sofern nichts anderes vereinbart ist – sofort fällig (a. A. mit Bezug auf Art. 307 Abs. 2 OR: THEO GUHL, S. 319). Daneben gibt es Pflichten zu Verwendungsersatz, die wesensmäßig dem Ausgleich der Parteiinteressen bei Vertragsende dienen (vgl. hinten S. 218 ff.). Sie gehören zu den Abwicklungspflichten.

⁴ Solange sich also kein Beendigungsgrund der Obligation verwirklicht hat.

indessen eigenen Zwecken dienen. Hierher gehört etwa die Pflicht zur Entrichtung eines Ruhegehaltes (beim Dienstvertrag), zur Konkurrenzenthaltung oder zur Wahrung des Geschäftsgeheimnisses (beim Dienst- und Agenturvertrag).

2. Vertragsende im abgeschwächt engen Sinne – Liquidation des Dauervertrages

Als «im abgeschwächt engen Sinne beendet» bezeichnen wir den Dauervertrag, der liquidiert oder nicht zu liquidieren ist.

Liquidation bedeutet die Herstellung der rechtlichen und tatsächlichen Lage, wie sie zwischen den Parteien wegen des Vertragsendes (im weiten Sinne) bestehen soll. Diesem Zweck dienen die Abwicklungspflichten, die somit auch als Liquidationspflichten bezeichnet werden können. Dem Liquidationszweck dient außerdem die Beendigung der übrigen fortdauernden Verbindlichkeiten; allerdings mit Ausnahme der nachvertraglichen Pflichten (vgl. oben), die gerade dazu bestimmt sind, das Vertragsende (im weiten Sinne) zu überdauern.

Liquidiert resp. nicht zu liquidieren ist somit ein Vertragsverhältnis dann, wenn keine Rechtsfolgen des Vertragsschlusses¹ oder nurmehr nachvertragliche Pflichten vorhanden sind. Erübrigt sich eine Liquidation, haben die Beendigungsgründe (mittelbar oder unmittelbar) das Vertragsende im abgeschwächt engen Sinne zur Folge. Sonst bewirken sie zunächst das Ende des Vertrages nur im weiten Sinne, außerdem aber den Eintritt des Liquidationsstadiums.

3. Vertragsende im engen Sinne

Nur selten führen die Beendigungsgründe sogleich zum Vertragsende im engen Sinne. Dieses besteht (wie dargetan) darin, daß es keine Rechtsfolgen des Vertragsschlusses (auch keine nachvertraglichen Pflichten) mehr gibt. So verhält es sich z. B., wenn ein unentgeltlicher Leibrentenvertrag ordentlich zu Ende geht, dessen Gläubiger alle Raten rechtzeitig und die letzte zum voraus (vgl. Art. 518 Abs. 2 OR) erhalten hat.

¹ Vgl. 201 Anm. 1.

In den überaus meisten Fällen enden die Dauerverträge lediglich im weiten Sinne und treten alsdann in das Liquidationsstadium. Von diesem Stadium handeln wir im Folgenden unter dem Gesichtspunkt der Abwicklungspflichten.

III. VON DEN ABWICKLUNGSPFLICHTEN

Die Abwicklungspflichten bezwecken – wie dargetan¹ – die Herstellung der Lage, welche zwischen den Parteien wegen des Erlöschens der typischen Hauptleistungspflicht (Vertragsende im weiten Sinn) eintreten soll. Mit ihren wichtigsten Arten werden wir uns im einzelnen befassen², wobei wir jene der einfachen Gesellschafter – den speziellen Verhältnissen der Gesellschaft entsprechend – gesondert, und zwar zuletzt, behandeln wollen.

1. Pflicht zur Rückgabe der Vertragsleistungen: Rückleistungspflicht

Die Vertragsleistungen bilden Gegenstand der Obligationen. Sie bestehen in gewolltem äußern Verhalten des Schuldners zum Vorteil des Gläubigers, in einem Tun oder Unterlassen: in Gebrauchsüberlassung, Arbeit, Rentenzahlung, Konkurrenzenthaltung etc.

Ihr Zweck und damit auch der Zweck der Obligationen ist die Befriedigung von Gläubigerinteressen. Es versteht sich daher von selbst, daß der Gläubiger die erhaltene Vertragsleistung bei normalem Vertragsende nicht zurückzuerstatten hat: Der Vertrag endet, wie wir sagen, *ex nunc* (vgl. S. 29).

Verhielte es sich anders, wäre es sinnlos, Obligationen zu begründen. Stände doch zum vorneherein fest, daß die damit erstrebte Befriedigung der Gläubigerinteressen letzten Endes ausbleiben würde. Ausnahmsweise aber statuiert das Gesetz eine Pflicht der Parteien zur Rückgabe der

¹ Vgl. S. 203.

² Außerdem verweisen wir auf die Pflicht zur Herausgabe von Sachen und Werten, welche ein Kontrahent (z. B. der Agent oder Dienstpflichtige) von Dritten für Rechnung seines Vertragspartners empfangen hat; sowie auf die Verbindlichkeit des Pächters zur Zurücklassung von Stroh, Dünger und dgl. und die damit verbundenen Ersatzpflichten (Art. 301 OR).

erhaltenen Leistungen: nämlich in solchen Fällen von Vertragsbeendigung, in denen zwischen den Kontrahenten jener Zustand hergestellt werden soll, wie er zwischen ihnen vor Vertragsabschluß bestanden hatte (status quo ante). Diese Pflicht nennen wir Rückleistungspflicht.

A. RÜCKLEISTUNGSPFLICHT UND RÜCKTRITT IM ALLGEMEINEN

Gegenstand der Rückleistungspflicht bildet die Rückgabe der erhaltenen Vertragsleistung. Sie ist eine Abwicklungspflicht mit dem besondern Zweck, das Schuldverhältnis so zu liquidieren, daß der status quo ante hergestellt wird. Ihren unmittelbaren Rechtsgrund hat sie in der wirksamen Rücktrittserklärung. Dies bedeutet im einzelnen folgendes:

1. Mit der Rücktrittserklärung (nachstehend «Rücktritt» genannt) wird der erstrebte vorvertragliche Zustand nicht sofort hergestellt. Vielmehr führt der Rücktritt gleich wie die Kündigung (vgl. S. 29) zum Vertragsende im weiten Sinne (vgl. S. 17 f., S. 200, S. 202), unterscheidet sich von dieser aber dadurch, daß er außerdem Rückleistungspflichten entstehen läßt¹. Sie bilden das Merkmal der sogenannten Vertragsbeendigung ex tunc. Erst ihre Erfüllung bewirkt den status quo ante, dessen Herbeiführung der Zweck eines Rücktrittsrechtes ist (im Unterschied zu einem Kündigungsrecht).

Diese Betrachtungsweise ist verschieden von jener der wohl herrschenden Ansicht². Danach wird infolge Rücktritts die causa des Vertrages und mit ihr das ganze Schuldverhältnis mit rückwirkender Kraft aufgehoben, als hätte es nie bestanden. Dem halten wir entgegen:

Weder die Tatsache des Vertragsschlusses noch jene des Vertragsverhältnisses lassen sich nachträglich aus der Welt schaffen. Sie haben bestanden, waren Wirklichkeit, woran keine Gestaltungserklärung etwas ändern kann. Die angebliche Rückwirkung des Rücktritts mit Bezug auf

¹ Mit der Entstehung der Rückleistungspflichten wird der Rückleistungsberechtigte ohne weiteres von der Pflicht zur Erbringung der eigenen noch ausstehenden Leistung befreit (vgl. Art. 109 Abs. 1 OR). Müßte er sie erbringen, könnte er sie umgehend wieder zurückverlangen, was zu einem sinnlosen Hin und Her führen würde.

² Vgl. BRUNO VON BÜREN, S. 380; THEO GUHL, S. 242; HANS LANZ, S. 80; VON TUHR/SIEGWART, S. 597 f.; BGE 61 II 255 ff.; 60 II 28 und bereits 25 II 399 (zu Art. 124 aOR).

den Vertragsbestand ist deshalb eine Fiktion, als solche bedenklich¹, zudem überflüssig und vor allem *ohne sachlichen Rückhalt im Gesetz*. Im Gegenteil: das OR räumt in Art. 109 Abs. 2 jener Partei, welche vom Vertrag (infolge Schuldnerverzugs) zurücktritt, einen Anspruch auf Schadenersatz ein. Das aber läßt sich mit der genannten Fiktion nicht vereinbaren; ist doch die Schadenersatzpflicht des Rücktrittsgegners eine Pflicht aus Vertragsverletzung (vgl. BGE 61 II 257; 60 II 28). Vertragsverletzungen jedoch setzen notwendig den Bestand von Vertragspflichten voraus, weshalb es offensichtlich nicht so zu halten ist, als hätten die Leistungspflichten des durch Rücktritt beendeten Vertrages und damit das Vertragsverhältnis nicht bestanden^{2 3}.

2. Die Rückleistungspflicht qualifiziert sich somit nicht als Pflicht zur Herausgabe ungerechtfertigter Bereicherung⁴ infolge Wegfalls der primären Leistungspflicht ab initio. Vielmehr knüpft sie sich unmittelbar an die wirksame Rücktrittserklärung. Ihr Gegenstand besteht in der Rückgabe des Geleisteten, und zwar in natura. Das entspricht nicht nur dem Wortlaut des Art. 109 Abs. 1 OR (dem einzigen Artikel im allgemeinen Teil des Gesetzes, der sich mit dem Gegenstand der Rückleistungspflicht bei vorzeitiger Vertragsbeendigung befaßt)⁵. Das entspricht auch den

¹ «Fiktionen verzerren die Wirklichkeit. Sie sind bloße Durchgangspunkte des Denkens. Deshalb kann sich – wenn überhaupt – dann nur das Gesetz, nicht auch die Rechtswissenschaft auf Fiktionen berufen» (WOLFRAM MÜLLER-FREIENFELS, Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, Tübingen 1955, S. 80 f.).

² Wo wir in unserer Arbeit von einer «Rückwirkung» des Rücktritts sprechen, meinen wir daher, daß der Rücktritt die Herbeiführung des status quo ante durch Erfüllung der Rückleistungspflichten bezweckt, nicht aber, daß er das Schuldverhältnis mit rückwirkender Kraft aufhebt.

³ Vgl. zu diesem Argument auch KARL LARENZ, 1. Bd., S. 301. Das Bundesgericht allerdings hält an der Auffassung fest, durch Rücktritt nach Art. 109 OR werde der betroffene Vertrag unter Wegfall seiner causa ab initio aufgehoben (BGE 61 II 255 ff.; 60 II 28; 25 II 399), obwohl es behauptet, sowohl der Schadenersatzanspruch gemäß Art. 109 Abs. 2 OR wie auch der Rückerstattungsanspruch gemäß Art. 109 Abs. 1 OR (vgl. Anm. 5) seien Ansprüche vertraglicher Natur, die mittelbar auf Verletzung einer Vertragspflicht beruhen würden (BGE 60 II 28/29; vgl. auch BGE 61 II 257). Damit gerät das Bundesgericht mit sich selbst in Widerspruch; kann doch nicht einerseits gesagt werden, der Vertrag sei unter Wegfall seiner causa ab initio aufgehoben, andererseits aber, es gäbe noch Leistungspflichten vertraglicher Natur, die mittelbar auf der Verletzung vertraglicher Leistungspflichten beruhen würden. Trifft dieses zu, ist jenes, trifft jenes zu, ist dieses logisch ausgeschlossen.

⁴ A. A. z. B. BRUNO VON BÜREN, S. 380, Anm. 82; VON TUHR/SIEGWART, S. 597 f.

⁵ Selbst das Bundesgericht (nach dessen Auffassung der Vertrag infolge Rücktritts mit rückwirkender Kraft ab initio aufgehoben wird; vgl. oben Anm. 3),

Interessen insbesondere der zurücktretenden Vertragspartei, die in aller Regel nicht einfach eine wertmäßige Herbeiführung des status quo ante will, sondern das Geleistete in natura zurückerhalten möchte.

3. Knüpft sich die Rückleistungspflicht zwar direkt an die Rücktrittserklärung (vgl. oben), so ist sie doch indirekte Folge des Vertragsschlusses. Sie ist eine Vertragspflicht. Solange sie besteht, dauert das Vertragsverhältnis fort, nur mit verändertem Inhalt: als Abwicklungsverhältnis.

B. RÜCKLEISTUNGSPFLICHT UND RÜCKTRITT BEI DEN DAUERVERTRÄGEN DES OR

Den Dauerverträgen des OR ist – abgesehen vom Leibrentenvertrag – gemeinsam, daß ihre typische Hauptleistung (anders als die Gegenleistung) in fortgesetztem positivem Verhalten (wie z. B. Gebrauchsüberlassung und Arbeitsleistung), eventuell verbunden mit dauerndem Unterlassen (vgl. S. 10), besteht. Weder fortgesetztes positives Verhalten noch dauerndes Unterlassen können indessen vom Empfänger der Leistung in natura zurückerstattet werden. So vermag z. B. der Mieter dem Vermieter die «Gebrauchsüberlassung» oder der Dienstherr dem Dienstpflichtigen die «Dienste» nicht «zurückzugeben». Trifft dies aber zu, ist jede Pflicht des typischen Hauptleistungsgläubigers zur Rückerstattung des Erhaltenen in natura zum vorneherein ausgeschlossen. Denn: *impossibilium nulla obligatio est* (D 50, 17, 185). Anders verhält es sich lediglich beim Leibrentenvertrag: dessen typische dauernde Hauptleistungspflicht richtet sich auf periodisch wiederkehrende Leistungen von Geld oder

räumt ein, der Rückerstattungsanspruch gemäß Art. 109 Abs. 1 OR sei weder ein Bereicherungsanspruch nach Art. 62 Abs. 2 OR (vgl. BGE 61 II 258; 60 II 28), noch überhaupt inhaltlich ein reiner Bereicherungsanspruch (BGE 60 II 29). Vielmehr stelle er einen selbständigen gesetzlichen Anspruch vertraglicher Natur dar (vgl. BGE 61 II 257 f.; 60 II 28 f.). Dieser richtet sich nach Ansicht des Bundesgerichts grundsätzlich auf Rückgabe des Geleisteten in natura (vgl. BGE 60 II 29; 57 II 323); ist eine derartige Rückgabe ausgeschlossen, so geht er auf wertmäßige Rückerstattung nach Bereicherungsgrundsätzen (vgl. BGE 60 II 29; 57 II 323). Danach hat also ein und derselbe Rückforderungsanspruch des Art. 109 Abs. 1 OR einen zweifachen Gegenstand, indem er sich entweder (und zwar primär) auf Rückerstattung in natura oder (subsidiär) auf wertmäßige Rückerstattung nach Bereicherungsgrundsätzen richtet. Daß dem aber in Wirklichkeit nicht so ist, wird auf S. 210 gezeigt.

andern vertretbaren Sachen (also nicht auf fortgesetztes positives Verhalten oder dauerndes Unterlassen). Hier ist eine Rückerstattung des Geleisteten in natura und folglich die Entstehung entsprechender Rückleistungspflichten durchaus möglich.

Kann somit – infolge Rücktrittserklärung – nur beim Leibrentenvertrag eine Pflicht zur Rückgabe der typischen Hauptleistung in natura entstehen, so erhebt sich die Frage, ob bei den übrigen Dauerverträgen des OR an die Stelle der genannten Rückgabepflicht nicht eine Pflicht zur (bloß) wertmäßigen Rückerstattung der empfangenen Hauptleistung tritt. Die Frage ist zu verneinen. Denn erstens hat die Rückleistungspflicht nicht einen zweifachen Gegenstand in dem Sinne, daß sie sich primär auf Rückgabe des Geleisteten in natura (vgl. Art. 109 Abs. 1 OR), subsidiär auf wertmäßige Rückerstattung (nicht Schadenersatz!) richten würde. Einen derart doppelten Gegenstand wird nämlich vom OR weder für die Rückleistungspflicht im besondern vorgesehen (vgl. Art. 109 Abs. 1 OR); noch kennt das Obligationenrecht einen allgemeinen Satz des Inhaltes, daß bei Unmöglichkeit einer Schuldnerleistung ohne weiteres deren Wert zu erbringen ist (vgl. Art. 20 Abs. 1; 97 Abs. 1; 119 Abs. 1 OR). Zweitens kann sodann auch nicht auf die Regeln über die ungerechtfertigte Bereicherung (Art. 62 Abs. 2 OR) zurückgegriffen werden, da der Rücktritt den Dauervertrag (entgegen der wohl herrschenden Meinung) keineswegs unter Wegfall seiner causa ab initio aufhebt (vgl. S. 207 f.). Also können wir festhalten, daß es bei den Dauerverträgen des OR grundsätzlich (Ausnahme: Leibrentenvertrag) keine Rückleistungspflicht mit Bezug auf die typische dauernde Hauptleistung gibt: weder eine Pflicht zur Rückgabe der typischen Hauptleistung in natura (vgl. S. 209), noch eine auf wertmäßige Rückerstattung gerichtete Rückleistungspflicht.

Entsteht nun aber bei einem Vertragsverhältnis trotz Rücktrittserklärung keine Pflicht zur Rückgabe der erbrachten typischen Hauptleistung, kann es auch keine Pflicht zur Rückerstattung der (nicht typischen) Gegenleistung geben. Das nämlich widerspräche sowohl dem synallagmatischen Charakter des Vertragsverhältnisses als auch dem Institut des Rücktritts selbst, welches die gegenseitige (also beidseitige) Rückerstattung der erbrachten Vertragsleistungen bezweckt¹. Folglich

¹ Dies, obwohl Art. 109 Abs. 1 OR eine Rückgabepflicht der zurücktretenden Vertragspartei – fälschlicherweise – nicht erwähnt (vgl. S. 143 Anm. 2).

ist bei den Dauerverträgen des OR die Entstehung von Rückleistungspflichten regelmäßig nur so lange möglich, als mit der typischen dauernden Hauptleistung noch nicht begonnen wurde¹. Dieses Ergebnis entspricht dem Wesen der Dauervertragsverhältnisse schon deshalb, weil Dauerverträge sich nicht auf den Ausgleich widerstrebender Interessen beschränken, sondern im Erfüllungsstadium² eine relativ objektive Ordnung unter den Parteien herstellen (vgl. S. 7), welche definitiv, d. h. für die Zeit ihres Bestandes nicht mehr rückgängig zu machen ist³. Außerdem stimmt das genannte Ergebnis mit der Meinung einer Vielzahl von Autoren insofern überein, als sich auch diese (aus verschiedenen Gründen) direkt oder indirekt gegen die Entstehung von Rückleistungspflichten nach Beginn der typischen dauernden Hauptleistung aussprechen⁴.

¹ Pro memoria verweisen wir allerdings auf Art. 527 OR, nach dessen Wortlaut der Pfrundvertrag aus «wichtigen Gründen» ex tunc aufgehoben werden kann (Abs. 1), wobei eine «Rückgabe des Geleisteten» stattzufinden hat (Abs. 2). Da eine Rückgabe der typischen dauernden Hauptleistung (Gewährung von Unterhalt und Pflege) in natura hier ebenfalls ausgeschlossen ist, fragt es sich, ob die in Art. 527 OR vorgesehene Wirkung ex tunc auch nach begonnener typischer Hauptleistung eintritt. Die Frage kann jedenfalls nur dann bejaht werden, wenn sich die in Art. 527 Abs. 2 OR geordnete Rückleistungspflicht ausnahmsweise auf wertmäßige Rückerstattung des Geleisteten richtet.

Für eine Bejahung der Frage spricht außer dem Umstand, daß der historische Gesetzgeber die Wirkung ex tunc offensichtlich auch für das Erfüllungsstadium des Pfrundvertrages (Anm. 2) gewollt hat, lediglich der aleatorische Charakter des genannten Vertragsverhältnisses. Dieser erschwert es bei einer vorzeitigen Vertragsbeendigung ex nunc, das Maß der Gegenleistung (welche der Pfründer für die ganze Vertragszeit versprochen und in aller Regel erbracht hat) dem Umfang der vorzeitig abgebrochenen Vertragsdauer anzupassen.

Gegen eine Bejahung der Frage spricht zunächst der Umstand, daß in Art. 527 Abs. 2 OR lediglich von einer «Rückgabe des Geleisteten», also von einer Rückgabe in natura, nicht aber von einer wertmäßigen Rückerstattung die Rede ist. Sodann erscheint eine Rückerstattung des Geleisteten mit dem höchstpersönlichen Charakter des Pfrundvertrages als besonders unverträglich: Die Parteien sollen sich beim Scheitern ihrer Lebensgemeinschaft der eingegangenen Bindungen entledigen, nicht aber diese höchstpersönliche Lebensgemeinschaft gewissermaßen «wertmäßig» rückabwickeln können. Schließlich ist auch vom Beendigungsgrund «wichtiger Grund» her besehen, eine Beendigungswirkung ex tunc durch nichts gerechtfertigt (vgl. S. 184).

² In das «Erfüllungsstadium» gerät der Dauervertrag mit Beginn der typischen dauernden Hauptleistung.

³ Diese Eigenart manifestiert wohl am deutlichsten das «Dauervertragsverhältnis» der Ehe, welches selbst bei seiner Nichtigkeit stets ex nunc beendet wird (vgl. Art. 132 ZGB).

⁴ Vgl. z. B. HANS MERZ, ZSR 61 (1942), S. 435 a. f.; CHRISTIAN SCHMID, S. 67 und

Gibt es aber nach Beginn der typischen Hauptleistung keine Rückleistungspflichten (Ausnahme: Leibrentenvertrag), kann es auch – da die Rückleistungspflichten das besondere Merkmal des Rücktritts sind (vgl. S. 207) – keinen Rücktritt mehr geben. Indessen hindert der Ausschluß des Rücktritts nicht, daß der Vertrag infolge Ausübung des vom Gesetze eingeräumten «Rücktrittsrechts» dennoch zu Ende geht. Der «Rücktritt» wirkt alsdann als bloßer Beendigungsgrund (Beendigung *ex nunc*) und ist deshalb – terminologisch richtig – eine «Kündigung» (vgl. S. 29). In diesem Sinne kann man sagen, der Rücktritt werde bei den Dauerverträgen des OR zur Kündigung und das Rücktrittsrecht zum Kündigungsrecht, sobald die typische dauernde Hauptleistung begonnen habe (vgl. z. B. S. 29 f., S. 149 f., S. 171 f.)¹. Dies allerdings unter Vorbehalt des Leibrentenvertrages, von dem die Parteien auch nach Beginn der typischen Hauptleistung mit Wirkung *ex tunc* zurücktreten können: jedenfalls dann, wenn die Ausübung des Rücktrittsrechts nicht offenbar rechtsmißbräuchlich ist (Art. 2 Abs. 2 OR). Ob ein derartiger Rechtsmißbrauch vorliegt, ist insbesondere in jenen Fällen sorgfältig zu prüfen, in denen der betreffende Leibrentenvertrag während langer Zeit erfüllt wurde (vgl. bereits vorne, S. 168 f.).

2. Pflichten zur Rückgabe anderer Sachen und Werte, insbesondere des Vertragsgegenstandes: ordentliche Rückgabepflichten

Während eine Pflicht zur Rückgabe der erhaltenen Vertragsleistung nur ausnahmsweise und selten besteht², sind wegen des Vertragsendes (im weiten Sinne)³ häufig andere Sachen und Werte zurückzugeben. Die entsprechenden Pflichten nennen wir «ordentliche Rückgabepflichten».

69 (für den Schuldnerverzug); GÖSCHKE, ZBJV 60 (1924), S. 71; KARL LARENZ, 1. Bd., S. 308; OTTO VON GIERKE, Dauernde Schuldverhältnisse, S. 390 ff.; STAUDINGER, Einl. vor § 241, O 54 (vgl. auch O 62). Schließlich stellt sogar das Bundesgericht fest, der Vertragsrücktritt ..., der zur Rückerstattung aller Leistungen zwingt, sei bei einem während längerer Zeit vollzogenen Dauerschuldverhältnis praktisch unmöglich (BGE 78 II 37; vgl. auch BGE 89 II 34).

¹ Vgl. FRANZ GSCHNITZER, Schuldrecht, 1. Bd., S. 15.

² Vgl. S. 209 ff.

³ Vgl. S. 17 f.; 202.

A. VOM GEGENSTAND
DER ORDENTLICHEN RÜCKGABEPFLICHTEN IM ALLGEMEINEN

Den Gegenstand der ordentlichen Rückgabepflichten bildet die Rückgabe solcher Sachen und Werte, die einer Partei lediglich für den Zeitraum des Vertragsvollzuges¹ überlassen wurden². Zu denken ist etwa an die Rückgabe jener Sachen, die der typische Hauptleistungsschuldner zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit erhalten hat³; oder an die Rückleistung frei gewordener Kauttionen, mittels deren die Ansprüche einer Partei gesichert waren. Die wichtigste Rückgabepflicht bezieht sich auf den Vertragsgegenstand. Mit ihr befassen wir uns im besondern.

B. VON DER RÜCKGABE DES VERTRAGSGEGENSTANDES IM BESONDERN

Als Vertragsgegenstand bezeichnen wir alle Sachen, auf die sich das Verhalten des typischen Hauptleistungsschuldners bezieht: die Mietsache, die Pachtsache samt Inventar⁴, die Darlehenssumme, das Verwahrungsobjekt, das Rentengeld etc.

Solche Vertragsgegenstände gibt es bei den Verträgen auf Güterüberlassung sowie bei der Hinterlegung.

Dauerverträge auf Güterüberlassung richten sich entweder auf zeitlich unbeschränkte (Verpfändung, Leibrente) oder bloß zeitweise Überlassung des Vertragsgegenstandes. Während die überlassenen Sachen und deren Werte bei jenen endgültig in die Herrschaft des Vertragsgegners übergehen, sind sie bei diesen und bei der Hinterlegung wegen des Vertragsendes (im weiten Sinne) in natura oder wertmäßig zurückzuleisten. So hat der Mieter den Mietgegenstand zurückzugeben (Art. 271 OR), der Pächter den Pachtgegenstand (samt Inventar; Art. 298 und 299 OR), der Entlehner die ausgeliehene Sache (Art. 305 OR), der Borger die

¹ D. h. bis zum Eintritt des Liquidationsstadiums (S. 205).

² Vorbehalten bleiben die Retentionsrechte an beweglichen Sachen gemäß Art. 895 ff. ZGB. Für den Agenturvertrag vgl. Art. 418o und 418v OR.

³ Z. B. Werkzeug und (noch vorhandenes) Material (Art. 338 OR) zur Erfüllung der Dienstleistungspflicht; oder Preislisten, Muster, Modelle etc. zur Leistung der geschuldeten Agententätigkeit (Art. 418v OR).

⁴ Das OR hält den «Pachtgegenstand» und die «Inventarstücke» terminologisch auseinander (vgl. Art. 298 OR). Insofern gebraucht es den Ausdruck «Vertragsgegenstand» in einem engeren Sinne als wir.

Valuta (Art. 312 und 318 OR) und der Verwahrer den verwahrten Gegenstand (Art. 475 und 486 OR). Die Pflicht dieser Parteien zur Rückgabe des Vertragsgegenstandes ist entweder eine Spezies- oder eine Gattungsschuld, in allen Fällen aber das Korrelat zur typischen dauernden Hauptleistungspflicht des betreffenden Vertrages.

1. Rückgabepflicht: eine Spezies- oder eine Gattungsschuld

1. *Speziesschuld* ist die Pflicht zur Rückgabe des Vertragsgegenstandes bei der Miete, Gebrauchsleihe, regulären Hinterlegung (*depositum regulare*)¹ und in der Regel bei der Pacht²: der rückgabepflichtige Kontrahent muß seinem Vertragspartner dieselben Sachen (samt Zubehör) zurückgeben, die er von diesem empfangen hat³.

Bei der Miete (Art. 271 Abs. 1 OR), Gebrauchsleihe⁴ und Hinterlegung⁵ ist der Vertragsgegenstand grundsätzlich in dem *Zustand* zurückzugeben, wie ihn der Rückgabepflichtige empfangt⁶. Daraus folgt dessen Pflicht, die Vertragssache vor ihrer Rückgabe wieder instandzustellen, sofern sie sich während der Vertragsdauer verschlechtert hat. Diese für keine Vertragsart ausdrücklich vorgesehene *Instandstellungspflicht* charakterisiert sich ihrerseits als Abwicklungspflicht.

Die Pflicht zur Rückgabe des Vertragsgegenstandes, wie er empfangen wurde, und damit die Instandstellungspflicht bestehen nicht ausnahmslos:

¹ Eine Besonderheit ist für das Lagergeschäft zu verzeichnen. Hier darf der Verwahrer die ihm anvertrauten Sachen möglicherweise mit den Sachen anderer Hinterleger vermischen (Art. 484 Abs. 1 OR). Dennoch bleibt der Rückgabeanspruch eine Speziesforderung, hat aber zum Gegenstand den Bruchteil der Gesamtmenge, die dem Beitrag des einzelnen Hinterlegers entspricht (Art. 484 Abs. 2 OR; vgl. von TUHR/SIEGWART, S. 129).

² Gattungsschuld aber ist die Pflicht des Pächters zur Rückgabe des unter Schätzung übernommenen Inventars (Art. 299 Abs. 1 OR).

³ Den Pächter trifft außerdem eine Substitutionspflicht für Gerätschaften und Werkzeuge von geringem Wert (Art. 284 Abs. 2 OR).

⁴ FICK N. 29 zu Art. 305 OR.

⁵ Vgl. GAUTSCHI N. 2b zu Art. 473 OR.

⁶ Oder aber in einem bessern Zustand. So sind die Vertragssachen namentlich mit den Früchten (in Art. 475 Abs. 1 OR als «Zuwachs» bezeichnet) herauszugeben, soweit diese nach Vertrag nicht dem Rückgabepflichtigen zufallen sollen.

Was insbesondere die landwirtschaftliche Pacht betrifft, so hat der Pächter keinen Anspruch auf die bei Vertragsende (im weiten Sinne) noch nicht eingesammelten Früchte (Art. 300 Abs. 1 OR).

Erstens entfallen sie, jedenfalls als Primärleistungspflichten, wenn sich die Behebung der eingetretenen Mängel als unmöglich erweist (Art. 97 Abs. 1 und 119 Abs. 1 OR).

Das gleiche gilt zweitens, wenn der Rückgabepflichtige die Verschlechterungen nicht zu vertreten hat. Zu vertreten hat er regelmäßig¹ nur die infolge schuldhafter Verletzung einer Vertragspflicht entstandenen Mängel, also nicht zufällige², durch vertragsgemäße Benutzung bewirkte³ (vgl. Art. 271 Abs. 2 OR) und von Dritten⁴ oder vom Berechtigten selbst verschuldete.

Anders als bei der Miete, Gebrauchsleihe und Hinterlegung ist der Vertragsgegenstand bei der *Pacht* in dem Zustand zurückzugeben, in dem er sich (gerade) befindet (Art. 298 Abs. 1 OR). Hier gibt es daher keine Instandstellungspflicht.

2. Als *Gattungsschuld* qualifiziert sich die Rückgabepflicht beim Darlehens- und irregulären Hinterlegungsvertrag (*depositum irregulare*: Art. 481 OR) sowie bei der Pacht mit Rücksicht auf das unter Schätzung übernommene Inventar (Art. 299 OR). Der Vertragsgegenstand wird dem Borger, Verwahrer und Pächter übereignet, welche bei Vertragsende

¹ Mit den Ausnahmen befassen sich die nachstehenden drei Anmerkungen.

² Auch für zufällig eingetretene Mängel haben einzustehen:

1. Der Mieter und Entlehner, sofern es sich um untergeordnete Mängel handelt, deren Behebung zum ordentlichen Unterhalt des Vertragsgegenstandes gehört (Art. 263 Abs. 2, Art. 307 OR).

2. Der Mieter, wenn ihm die Mängelbehebung nach Ortsgebrauch obliegt (Art. 271 Abs. 1 OR).

3. Der Entlehner, wenn er die Sache vertragswidrig gebraucht oder einem Dritten vertragswidrig zum Gebrauche überläßt (Art. 306 Abs. 3 OR).

4. Der Aufbewahrer, sofern er die Vertragssache ohne Einwilligung des Hinterlegers gebraucht (Art. 474 Abs. 3 OR).

5. Mieter, Entlehner und Aufbewahrer, die mit der Erfüllung der Rückgabepflicht schuldhaft in Verzug geraten sind (Art. 103 Abs. 1 OR).

In den Fällen der Ziff. 3–5 hat der Rückgabepflichtige für die zufälligen Mängel nicht einzustehen, wenn er beweist, daß der Zufall den Vertragsgegenstand «auch sonst getroffen hätte» (Art. 103 Abs. 2, Art. 306 Abs. 3, Art. 474 Abs. 2 OR).

³ Auch für die durch vertragsgemäße Abnutzung hervorgerufenen Mängel haben der Mieter und Entlehner in den unter Ziff. 1 und 2 der vorstehenden Anmerkung genannten Fälle einzustehen.

⁴ Außer der Rückgabepflichtige habe für den Dritten gemäß Art. 101 Abs. 1 OR einzustehen, wie etwa der Mieter für seine Familienangehörigen, Dienstboten, Untermieter (ausdrücklich in Art. 264 Abs. 2 OR) etc. (vgl. BRUNO VON BÜREN, S. 397; VON TUHR/SIEGWART, S. 569).

gleichwertige Stücke (in gleicher Menge) zurückleisten müssen^{1 2}; und zwar auch dann, wenn sich die empfangenen Sachen ohne ihr Verschulden verschlechtert haben³. In diesem Sinne tragen sie, wie Art. 481 Abs. 1 OR sagt, deren «Gefahr».

2. Rückgabepflicht:

Korrelat zur zeitlichen Beschränkung der typischen dauernden Hauptleistungspflicht

Die Rückgabepflicht – mag sie Spezies- oder Gattungsschuld sein – ist ihrer Funktion nach in allen Fällen nichts anderes als das Korrelat zur zeitlichen Beschränkung der typischen dauernden Hauptleistungspflicht: Da der Vertragspartner, welcher den Vertragsgegenstand erhält, die Sachen oder deren Werte nicht für «ewig», sondern nur für die Dauer der typischen Hauptleistungspflicht bekommt, verliert er mit dem Ende dieser Pflicht das Recht auf sie. Er hat sie daher, was sich von selbst versteht, zurückzugeben.

Aus einer derartigen Betrachtung ergeben sich Folgerungen in dreifacher Hinsicht:

1. Einmal erweist sich jene Ansicht⁴ als unhaltbar, wonach im Hinterlegungsvertrag die Pflicht zu jederzeitiger Restitution die charakteristische Obligation bilde. Typische Hauptleistungspflicht des Hinterlegungsvertrages ist die dauernde Pflicht zur sichern Verwahrung der anvertrauten Vertrags Sache⁵. Ihre zeitliche Beschränkung bildet den Grund für die Rückgabepflicht. Hierin verhält es sich bei der Hinterlegung nicht anders als bei den Verträgen auf Gebrauchsüberlassung;

¹ Der Pächter darf statt dessen den Minderwert ersetzen (Art. 299 Abs. 1 OR). Seine Rückgabepflicht ist Wahlschuld.

² Eine derartige Abrede kann nach VON TUHR/SIEGWART, S. 129, auch bei der Miete und Gebrauchsleihe getroffen werden. Nach unserer Ansicht liegt dann ein Darlehen vor; außer die Befugnis zur Rückleistung anderer als der übergebenen Sachen sei eine facultas alternativa. In solchen Fällen aber bleibt die Rückgabepflicht Speziesschuld.

³ Eine besondere Befreiungsmöglichkeit ist für den Pächter vorgesehen (Art. 299 Abs. 2 OR).

⁴ BGE 58 II 351; GAUTSCHI N. 1e der Vorbem. zu Art. 472 ff. und N. 1a zu Art. 475.

⁵ Gleicher Ansicht jetzt auch das Bundesgericht in BGE 91 II 451.

nur daß der Rückleistungspflichtige hier der typische Hauptleistungsgläubiger (Mieter, Pächter, Entlehner, Borger), dort der Hauptleistungsschuldner (Verwahrer) ist.

2. Sodann ist mit Rücksicht auf die gleichartige Funktion der genannten Rückgabepflichten auch der Zeitpunkt ihrer Entstehung gleich festzulegen. Sie werden – was Art. 305 und 312 OR für die Leihe (Gebrauchleihe und Darlehen) ausdrücklich sagen – bei Vertragsabschluß begründet. Vorderhand sind sie nur latent vorhanden: zunächst unter der Bedingung, daß der rückgabepflichtige Vertragspartner die Vertrags Sache überhaupt erhält; dann unter der Bedingung der Vertragsbeendigung. Unbedingt und damit aktuell werden sie erst bei Vertragsende.

Diese gleichförmige Auffassung über das Werden sämtlicher Rückgabepflichten teilt das Bundesgericht nicht. Vielmehr unterscheidet es in BGE 91 II 451 zwischen der Rückgabepflicht des Verwahrers und der Rückerstattungspflicht des Borgers. Während diese von Anfang an *bestehen*, *entstehe* jene erst bei Vertragsende, weil die Erfüllung der Verwahrungspflichten und die Rückerstattung der Werte, welche Gegenstand dieser Pflichten seien, sich gegenseitig ausschließen. Eine solche Argumentation ist auf jeden Fall unrichtig:

Wird nämlich unter «Entstehen der Rückgabepflicht» deren Aktualisierung verstanden, so stimmt es zwar, daß sich die genannten Pflichten des Verwahrers gegenseitig ausschließen. Ebenso schließen sich aber auch die aktuelle Pflicht des Borgers zur Rückzahlung der Valuta und das Recht, diese zu gebrauchen, aus.

Versteht das Bundesgericht dagegen unter «entstandener Rückgabepflicht» auch die bloß latent vorhandene Pflicht, schließen sich die beiden Pflichten des Verwahrers gegenseitig nicht aus. Demonstriert wird das gerade beim Darlehen, wo sich das Recht zum Gebrauch der Valuta auch nach Ansicht des Bundesgerichts sehr wohl mit der (latenten) Pflicht zu deren Rückerstattung verträgt.

3. Schließlich steht fest, daß sich die Überlassung des Vertragsgegenstandes und dessen Rückgabe nicht im Austauschverhältnis befinden. Falsch ist daher die gesetzliche Umschreibung sowohl der Gebrauchleihe (Art. 305 OR) als auch des Darlehens (Art. 312 OR), in welcher die Rückgabepflicht offensichtlich als Synallagma zur typischen Dauerleistungspflicht erscheint. Die Rückgabe der Leih Sache oder Valuta ist so wenig Entgelt für die empfangene Dauerleistung, wie die Rückleistung des

Miet- und Pachtobjektes Entgelt für deren Überlassung ist (Art. 253 und 275 OR).

3. Die Pflicht zur Vergütung von Aufwand

Unter Aufwand verstehen wir in diesem Zusammenhang Anstrengungen, die eine Vertragspartei für eine fremde Sache oder für einen Vertragspartner unternimmt. Hat ihr Aufwand die freiwillige Verminderung des eigenen Vermögens zur Folge, sprechen wir von «Verwendung»¹ oder «Auslagen»¹. Eine solche Vermögensverminderung tritt ein, wenn der Aufwand im Verbrauch von Geld oder andern Sachen, in der Übernahme von Verbindlichkeiten, nicht aber immer², wenn er in Diensten besteht.

Aus dem Aufwand einer Partei können verschiedene Verbindlichkeiten der Gegenpartei entstehen: z. B. nach den Regeln über die ungerechtfertigte Bereicherung, über die Geschäftsführung ohne Auftrag oder schließlich aus Vertrag.

Hier interessieren die auf Vergütung des gemachten Aufwands gerichteten *Vertragspflichten*, soweit es sich um *Abwicklungspflichten* handelt. Abwicklungspflichten sind sie, wenn sie wesensmäßig dem Ausgleich der Parteiinteressen bei Vertragsende im weiten Sinne dienen³. Das trifft von Gesetzes wegen zu für die in Art. 298 Abs. 3, 299 Abs. 3, 300 Abs. 2, 418 u. und 475 Abs. 2 OR geordneten Verbindlichkeiten:

1. Art. 298 Abs. 3 und 299 Abs. 3 OR geben dem Pächter einen Ersatzanspruch, wenn die wegen des Vertragsendes im weiten Sinn zurückzugebenden Vertragssachen (Pachtgegenstand und Inventar) infolge seines Aufwandes verbessert (Art. 298 Abs. 3 OR) resp. wertvoller (Art. 299 Abs. 3 OR) als zu Beginn des Vertragsvollzuges sind. Der vom Verpächter geschuldete Ersatz bemißt sich zwar nach der Verbesserung resp. nach dem Mehrwert, stellt aber sachlich eine Aufwandvergütung dar. Diese ist nur zu leisten, wenn die Anstrengungen des Pächters das Maß einer ordentlichen Bewirtschaftung übersteigen (Umkehrschluß aus

¹ Vgl. BRUNO VON BÜREN, S. 83; VON TUHR/SIEGWART, S. 120. Unterscheidet man die beiden Begriffe (vgl. GAUTSCHI N. 11 a und b zu Art. 402 OR, N. 10 a und b zu Art. 475 OR), bedeutet «Auslage» Aufwand, der mit der Erfüllung des Vertrages verbunden ist. Die «Verwendung» dagegen ist alsdann der Aufwand, der zur Erhaltung und zum Unterhalt von Sachen gemacht wird.

² Sondern nur dann, wenn dem Aufwendenden dadurch ein nach gewöhnlichem Lauf der Dinge entstehender Gewinn entgeht (VON TUHR/SIEGWART, S. 121).

³ Vgl. S. 203.

Art. 298 Abs. 3 OR); außer der Pächter habe Inventarstücke unter Schätzung übernommen. Dann erweist sich mit Rücksicht auf den Mehrwert dieser Stücke jeder Aufwand (Verwendung und Arbeit: Art. 299 Abs. 3 OR) als ersatzfähig.

2. Bei der landwirtschaftlichen Pacht ist dem Pächter gemäß Art. 300 Abs. 2 OR außerdem der Aufwand¹ zu vergüten, den er auf die Erzeugung der bei Vertragsende (im weiten Sinne) noch nicht eingesammelten und daher dem Verpächter zukommenden (Art. 300 Abs. 1 OR) Früchte gemacht hat. Die nach richterlichem Ermessen festzusetzende Vergütung kann nach dem Wortlaut des Gesetzes nur durch Verrechnung auf den laufenden Pachtzins geltend gemacht werden. Unterbleibt eine derartige Verrechnung, ist daher der Pächter auf die Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung verwiesen².

3. In Art. 418u OR wird sodann dem Agenten bei Vertragsende (im weiten Sinne) unter bestimmten Voraussetzungen ein Recht auf Entschädigung für die dem Auftraggeber verschaffte und bleibende Kundschaft zugebilligt.

Dieser Anspruch läßt sich am ehesten mit der Überlegung rechtfertigen, daß der Agent den Kundschaftszuwachs durch seine Anstrengung bewirkt hat. Er befindet sich bei Vertragsende in einer ähnlichen Lage wie der Pächter, welcher dem Verpächter das Pachtobjekt samt den von ihm erarbeiteten Früchten überlassen muß. Mit dem Unterschied allerdings, daß das «Entgelt» für den Aufwand des Pächters (Arbeit, Verwendung) gerade in den Früchten liegt, die dem Verpächter abzutreten sind. Das Entgelt für den Aufwand des Agenten dagegen besteht normalerweise in der Bezahlung von Provisionen. Die besondere Entschädigung des Kundschaftserwerbs stellt sich daher als zusätzliche Gegenleistung dar³.

4. Schließlich muß der Hinterleger, der die Restitution des Verwahrungsobjektes vorzeitig verlangt, gemäß Art. 475 Abs. 2 OR den Aufwand ersetzen, den der Aufbewahrer mit Rücksicht auf die vereinbarte Zeit⁴ gemacht hat.

¹ Art. 300 Abs. 2 OR spricht gleichbedeutend von «Verwendung».

² BGE 55 II 266 ff.

³ Der gesetzliche Anspruch darauf ist eine Übertreibung des sozialen Schutzes für eine bestimmte Kategorie «selbständiger» Arbeitnehmer, welche dieses Schutzes am wenigsten bedürfen (GAUTSCHI N. Ia zu Art. 418u OR).

⁴ Den Verträgen auf vereinbarte Zeit sind in dieser Hinsicht jene Hinterlegungs-

Dabei kann es sich nicht um solchen Aufwand handeln, der für die Erfüllung der Aufbewahrungspflicht im Sinne von Art. 473 Abs. 1 OR gemacht wurde; ist dieser doch ohnehin zu vergüten. Der Aufwand des Art. 475 Abs. 2 OR besteht vielmehr in derartigen Verwendungen, die bei der entgeltlichen Hinterlegung als Generalunkosten in die Vergütung einkalkuliert sind: in der Erstellung oder Erweiterung von Anlagen, in der Einstellung von Personal usw.¹ Daraus folgt, daß der Anspruch auf dessen Ersatz bei vorzeitiger Beendigung des unentgeltlichen Hinterlegungsvertrages nicht entsteht. Denn «hätte der Aufbewahrer für eine Hinterlegung, wenn sie die ganze erwartete oder vereinbarte Zeit gedauert hätte, keine Vergütung erhalten, so kann er auch keinen Aufwandsersatz verlangen, wenn die Hinterlegung vorzeitig widerrufen wird»².

4. Surrogatsleistungen bei vorzeitiger Vertragsbeendigung

In vier Fällen vorzeitiger Vertragsbeendigung, die alle den Leibrenten- oder Verpfändungsvertrag betreffen, räumt das OR dem typischen Hauptleistungsgläubiger ein Recht auf geldmäßiges Äquivalent der typischen dauernden Hauptleistung ein, nämlich: Beim Konkurs des Leibrentenschuldners (Art. 518 Abs. 3 OR), beim Konkurs (Art. 529 Abs. 2 OR), der Pfändung (Art. 529 Abs. 3 OR) sowie beim Tod (Art. 528 Abs. 2 OR) des Pfrundgebers.

Das vom typischen Hauptleistungsschuldner des im weiten Sinne beendeten Vertrages zu erbringende Äquivalent ist zwar Surrogat der Dauerleistung, nicht aber Schadenersatz.

Beim *Konkurs* ergibt sich die Pflicht zur Surrogatsleistung – wie wir gesehen haben³ – aus den Grundsätzen des Vollstreckungsrechts. Bei der *Pfändung* soll es die genannte Pflicht dem Pfründer ermöglichen, als privilegierter Anschlußgläubiger an der Betreibung des Pfrundgebers

verträge ohne Dauerabrede gleichzustellen, bei denen der Aufbewahrer in guten Treuen mit einer längeren Dauer rechnen durfte (vgl. GAUTSCHI N. 10a zu Art. 475 OR).

¹ GAUTSCHI N. 10a zu Art. 475 OR.

² GAUTSCHI N. 10b zu Art. 475 OR.

³ Vgl. S. 113 f.

teilzunehmen¹. Hier wie dort endet der Dauervertrag gerade dadurch, daß die Forderung auf einmalige Surrogatsleistung jene auf dauerndes Verhalten verdrängt.

Anders verhält es sich mit Bezug auf die Surrogatsleistungspflicht, welche beim *Tod* des Pfrundgebers an die Stelle der dauernden Pfrundleistungspflicht tritt. Sie setzt die Vertragsbeendigung (im weiten Sinne durch Kündigung des Pfründers (nach Art. 528 Abs. 1 OR) voraus und trägt (richtigerweise!) dem Umstand Rechnung, daß der Pfrundvertrag die ökonomische Existenz des Pfründers zu sichern hat. Wenn diesem zwar die Fortsetzung des Pfrundverhältnisses mit den Erben des Pfrundgebers unerträglich ist, so soll er doch die vereinbarte Pfrundleistung wertmäßig erhalten, indem er (was zumutbar bleibt) eine entsprechende Kapitalforderung geltend machen kann (vgl. Art. 528 Abs. 2 OR und vorne S. 80) Da sich diese Forderung indessen auf eine einmalige Geldleistung richtet, wird mit ihrem Eintritt (an die Stelle des dauernden Pfrundanspruchs) der von den Parteien gewollte aleatorische Charakter des Vertragsverhältnisses zerstört und überdies die Stellung des Pfrundgebers resp. seines Rechtsnachfolgers erschwert (weil er nun die ganze Leistung in einem Male erbringen muß). Mit Rücksicht darauf würde es sich *de lege ferenda* rechtfertigen, dem Richter auch hier die Befugnis des Art. 527 Abs. 3 OR einzuräumen: nämlich dem Pfründer als Ersatz für die erloschene Hauptleistungspflicht eine Leibrente zuzusprechen. Von dieser Befugnis wäre unter Würdigung aller Umstände insbesondere dann Gebrauch zu machen, wenn der Pfründer nur am Aequivalent, nicht aber an der Vereinbarung eines neuen Pfrundvertrages (mit einem andern Pfrundgeber) interessiert, und wenn außerdem die Umwandlung des Pfrundvertrages in eine Leibrente beiden Parteien zumutbar wäre.

In allen vier Fällen bezweckt die Surrogatsleistungspflicht, jenen vermögensmäßigen Zustand herbeizuführen, in dem sich der Gläubiger befände, wenn der Dauervertrag ordentlich geendet hätte. Darin trifft sie sich mit der Schadenersatzpflicht infolge vorzeitiger Vertragsbeendigung (vgl. S. 222 ff.); vorausgesetzt, daß sich diese auf den Ersatz des Erfüllungsinteresses richtet (vgl. S. 223).

¹ Vgl. S. 114 f.

5. Fortdauernde Schadenersatzpflichten

Fortdauernde Schadenersatzpflichten brauchen nicht Abwicklungspflichten¹ zu sein. Vielmehr kann sich eine Schadenersatzpflicht, welche das Vertragsende (im weiten Sinne) überdauert, auch als vertragliche Restanzpflicht¹ oder als nachvertragliche Pflicht¹ qualifizieren. Beispiel: die fortdauernde Schadenersatzpflicht ist wegen zu später Überlassung des Mietobjektes entstanden oder wegen Verletzung eines Konkurrenzverbotes nach Auflösung des Dienstverhältnisses. Im ersten Fall liegt eine vertragliche Restanzpflicht vor; im zweiten Fall eine nachvertragliche Pflicht, begründet durch Verletzung einer andern nachvertraglichen Pflicht.

Im vorliegenden Zusammenhang (S. 206 ff.) interessieren indessen nur Schadenersatzpflichten, die *Abwicklungspflichten* darstellen. Sie können, müssen aber nicht, infolge vorzeitiger Vertragsbeendigung entstehen.

A. DIE SCHADENERSATZPFLICHTEN INFOLGE VORZEITIGER VERTRAGSBEENDIGUNG

Damit infolge vorzeitiger Vertragsbeendigung Schadenersatzpflichten entstehen, ist ein Zweifaches *vorausgesetzt*:

Erstens, daß eine Partei durch die vorzeitige Beendigung des Vertrages *geschädigt* wird.

Zweitens, daß die Gegenpartei für den Schaden (ganz oder teilweise) einzustehen, also dafür zu *haften* hat.

Nachstehend befassen wir uns zunächst mit dem Schaden infolge vorzeitiger Vertragsbeendigung, anschließend mit der Haftung.

1. Vom Schaden infolge vorzeitiger Vertragsbeendigung

Schaden ist (allgemein) unfreiwillige Vermögensverminderung. Diese besteht sowohl im *damnum emergens* als auch im *lucrum cessans*.

¹ Zum Begriff der Abwicklungspflichten, der vertraglichen Restanz- und der nachvertraglichen Pflichten siehe vorne, S. 203 f.

1. Die *Grundlage zur Berechnung* des infolge vorzeitiger Vertragsbeendigung entstandenen Schadens bildet entweder das positive oder das negative Vertragsinteresse. Nach der gesetzlichen Ordnung ist das letztere nur ausnahmsweise maßgebend: wenn der Dauervertrag bei Schuldnerverzug durch Rücktritt (allenfalls Kündigung; vgl. S. 212) zu Ende geht, hat der zurücktretende (bzw. kündigende) Teil Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses (vgl. Art. 109 Abs. 2 OR)¹.

Mit dem Ersatz des negativen Vertragsinteresses wird grundsätzlich jener Vermögensstand des Geschädigten angestrebt, der bestände, wenn der Vertrag gar nicht vereinbart worden wäre (*status quo ante*)². Der Anspruch auf Ersatz des positiven Vertragsinteresses (Erfüllungsinteresse) dagegen richtet sich auf die Herbeiführung der Vermögenslage, in der sich der Geschädigte befinden würde, wenn der Vertrag ordentlich zu Ende gegangen wäre («*status quo post*»). Das negative Vertragsinteresse ist in der Regel niedriger als das positive, kann dieses aber auch übersteigen.

Für den Dauervertrag ist eine Besonderheit festzuhalten, und zwar bezüglich jener Fälle, in denen er infolge Schuldnerverzuges nicht *extunc*, sondern *ex nunc* beendet wird (vgl. S. 149 f.). Hier ist der Dauervertrag bereits ins Erfüllungsstadium getreten; er hat zwischen den Parteien eine relativ objektive Ordnung hergestellt, welche definitiv, d. h. für die Zeit ihres Bestandes nicht mehr rückgängig zu machen ist (vgl. S. 211). Dem aber entspricht es, daß sich das negative Vertragsinteresse nicht danach richten kann, wie hoch der Vermögensstand des Geschädigten wäre, wenn dieser den Vertrag überhaupt nicht abgeschlossen hätte. Maßgebend ist vielmehr das Vermögen des Geschädigten, wie es bestände, wenn der vorzeitig aufgelöste Vertrag nicht auch für die Zeit nach Eintritt des vorzeitigen Vertragsendes vereinbart worden wäre.

¹ Und zwar deshalb, weil er es – wie MAX KELLER (S. 180 f.) ausführt – vorzieht, den Vertrag dahinfallen zu lassen, um sich so von der eigenen Leistungspflicht zu befreien. Daher könne er nicht berechtigt sein, trotzdem das zu verlangen, was er hätte, wenn der Vertrag erfüllt worden wäre.

Mit Rücksicht auf diese Zweckgedanken macht es keinen Unterschied, ob der Vertrag gestützt auf die allgemeinen (Art. 107–109 OR) oder die speziellen (Art. 254 Abs. 2, 255, 277 Abs. 2 resp. 265 und 293 OR) Verzugsbestimmungen beendet wird, und ob er durch Rücktritt oder (wo der Rücktritt nach Beginn der typischen Hauptleistung ausgeschlossen ist) durch Kündigung zu Ende geht. In allen Fällen ist das negative Vertragsinteresse zu ersetzen.

² Vgl. BGE 90 II 294.

2. *Keine Verminderung des Vermögens* hat, was sich von selbst versteht, die vorzeitige Vertragsbeendigung für solche Kontrahenten zur Folge, welche (wie der Verleiher) zu unentgeltlicher Leistung verpflichtet waren. Dasselbe gilt für die Parteien, welche an Stelle der erloschenen typischen Hauptleistung gleichwertige Surrogatsleistungen verlangen können (vgl. oben) oder die ihren ursprünglichen Anspruch trotz vorzeitigen Vertragsendes nicht verlieren. Der letztgenannte Fall verwirklicht sich bei nachträglicher Unmöglichkeit der typischen Hauptleistung, wenn der Hauptleistungsgläubiger entweder die Unmöglichkeit zu vertreten oder die Gefahr zu tragen hat: Hier ¹ wie dort ² geht der Hauptleistungsschuldner des versprochenen Entgelts bei Eintritt des Vertragsendes (im weiten Sinne) nicht verlustig.

3. «*Unfreiwillig*» im Sinne des Schadenersatzrechts ist auch jene Vermögensverminderung, welche eine Partei dadurch erleidet, daß sie den Vertrag gestützt auf außerordentliche (mittelbare) Beendigungsgründe selber beendet. Das ergibt sich (u. a.) aus dem Gesetze selbst, welches dem zurücktretenden bzw. kündigenden Teil z. B. in Art. 109 Abs. 2 OR einen Anspruch auf Ersatz des infolge vorzeitiger Vertragsbeendigung entstandenen Schadens einräumt.

2. Von der Haftung

Wird eine Partei infolge vorzeitiger Vertragsbeendigung geschädigt, erhebt sich die Frage, ob die Gegenpartei (ganz oder teilweise) dafür einzustehen hat. Die Antwort ergibt sich vorzüglich aus den Vorschriften des vertraglichen Schadenersatzrechts. Danach kann eine entsprechende Haftung, von Vereinbarungen abgesehen, sowohl als Verschuldens- wie als Kausalhaftung gegeben sein.

a) Verschuldenshaftung: die Regel

Verschuldenshaftung ist diejenige Art der Haftung, bei der die Verantwortung für zugefügten Schaden neben dem (adäquaten) Kausalzusammenhang ³ ein persönliches Verschulden des Haftpflichtigen vor-

¹ Vgl. S. 125 f.

² Vgl. S. 123 f.

³ Daß der (adäquate) Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten einer Partei

aussetzt¹. Das Verschulden besteht nach vertraglichem Schadenersatzrecht darin, daß eine Partei Vertragspflichten absichtlich oder fahrlässig verletzt.

Wie überhaupt im Bereich des vertraglichen Schadenersatzrechts, steht das OR auch bei der vorzeitigen Vertragsbeendigung auf dem Boden des Verschuldensprinzips: Die Haftung einer Partei für den entstandenen Schaden beruht danach regelmäßig auf ihrem *Verschulden* (im dargestellten Sinne):

1. Diese Regel bestätigt sich zunächst bei vorzeitiger Vertragsbeendigung infolge *nachträglicher Unmöglichkeit* der typischen Hauptleistung (vgl. S. 118 ff.). Der Hauptleistungsschuldner muß hier gemäß Art. 97 Abs. 1 OR den Schaden des Hauptleistungsgläubigers ersetzen, wenn er nicht beweist, daß er schuldlos ist. Keine Haftung trifft ihn dagegen, soweit seine Leistung durch Umstände unmöglich wurde, die er nicht zu vertreten hat (Art. 119 OR).

2. Für den *Schuldnerverzug* sodann bestimmt der allgemeine Art. 109 Abs. 2 OR: Wer vom Vertrag zurücktritt, hat «Anspruch auf Ersatz des aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenen Schadens, sofern der Verzugsschuldner nicht beweist, daß ihm keinerlei Verschulden zur Last falle». Dasselbe gilt, wenn der Vertrag deshalb beendet wird, weil sich die Miet- oder Pachtsache in vertragswidrigem Zustand befindet (Art. 254 Abs. 2 und 3, 255, 277 Abs. 2 OR) oder weil der Mieter bzw. Pächter mit der Zinszahlung im Rückstand ist (Art. 265, 293 OR). Von den speziellen Verzugsbestimmungen, welche diese Tatbestände regeln², erwähnt allerdings nur Art. 255 Abs. 2 OR die genannte Pflicht zur Leistung von Schadenersatz. Die andern Vorschriften setzen sie als selbstverständlich voraus.

Statt vom Vertrag zurückzutreten oder ihn zu kündigen (vgl. S. 149 f.), kann bekanntlich der vertragstreue Teil gemäß Art. 107 Abs. 2 OR auf die nachträgliche Leistung des Verzugsschuldners unter Aufrechterhaltung der Leistungsrelation in abstracto verzichten. Dadurch geht – wie

und dem infolge vorzeitiger Vertragsbeendigung entstehenden Schaden auch dann vorliegt, wenn das Verhalten bloß mittelbar (also über eine Gestaltungserklärung) zum Vertragsende führt, zeigt Art. 109 Abs. 2 OR.

¹ KARL OFTINGER, Schweiz. Haftpflichtrecht, 1. Bd., S. 11.

² Vgl. vorne, S. 157 ff.

wir gesehen haben ¹ – der Dauervertrag allenfalls (im weiten Sinne) zu Ende, wobei der Verzugsschuldner zur Leistung von Schadenersatz verpflichtet wird. Eine Exkulpationsmöglichkeit ist zwar nicht vorgesehen, nach herrschender und richtiger Ansicht ² indessen gegeben, weshalb sich auch die Haftung nach Art. 107 Abs. 2 OR als Verschuldenshaftung erweist.

3. Eine Verschuldenshaftung trifft ferner die Mieter und Pächter, deren *vertragswidriger Gebrauch der Vertragssache* gemäß Art. 261 Abs. 2 resp. 294 OR einen mittelbaren Beendigungsgrund abgibt ³. Zwar bestimmt Art. 261 Abs. 2 OR nur, der Vermieter könne nebst der Vertragsauflösung Schadenersatz verlangen, während sich Art. 294 OR über die Pflicht zur Leistung von Schadenersatz überhaupt ausschweigt. Doch gilt die Regel des Art. 261 Abs. 2 OR auch für Art. 294 OR, wobei sich Mieter und Pächter durch Nachweis ihrer Schuldlosigkeit der Leistungspflicht entledigen können.

4. Keine Pflicht zum Ersatz des infolge vorzeitiger Vertragsbeendigung entstehenden Schadens sehen jene Bestimmungen vor, welche die außerordentlichen Beendigungsgründe «*Gläubigerverzug*» (Art. 91 ff. OR), «*Tod*» (z. B. Art. 270, 297, 355 Abs. 1 ⁴, 418s OR) ⁵, «*Handlungsunfähigkeit*» (Art. 418s Abs. 1 OR), «*Zahlungsunfähigkeit*» (Art. 83 Abs. 2, 266, 316 Abs. 1, 354 OR) und «*Konkurs*» (z. B. Art. 295, 418s Abs. 1 OR) ⁶, ordnen ⁷. Auch darin manifestiert sich der aufgezeigte Grundsatz der Verschuldenshaftung; fehlt doch eine Statuierung von Schadenersatzpflichten gerade deshalb, weil der Eintritt der erwähnten Beendigungs-

¹ Vgl. vorne, S. 166 f.

² Vgl. statt vieler: BECKER N. 40 zu Art. 107 OR; VON TUHR/SIEGWART, S. 596; CHRISTIAN SCHMID, S. 32. A. A. offenbar BGE 43 II 796.

³ Mittelbarer Beendigungsgrund ist auch der vertragswidrige Gebrauch einer ausgeliehenen Sache (Art. 309 Abs. 2 OR). Doch erwächst hier dem Verleiher durch die vorzeitige Vertragsbeendigung kein Schaden (vgl. S. 224).

⁴ Fällt der Dienstvertrag allerdings mit dem Tod des Dienstherrn dahin (Art. 355 Abs. 2 OR), kann der Dienstpflichtige für den Schaden infolge vorzeitiger Vertragsbeendigung billigen Ersatz verlangen (Art. 355 Abs. 3 OR; vgl. S. 230 f.).

⁵ Zu Art. 311 OR vgl. S. 227 Anm. 1.

⁶ Zu Art. 518 Abs. 3 und 529 Abs. 2 OR vgl. S. 227 Anm. 1.

⁷ Art. 270 OR, der vom Tod des Mieters handelt, schließt die Entstehung einer Schadenersatzpflicht infolge vorzeitiger Vertragsbeendigung sogar ausdrücklich aus (vgl. S. 227 Anm. 3).

gründe regelmäßig keine Vertragsverletzung darstellt¹; selbst dann nicht, wenn eine der Vertragsparteien den Eintritt gewollt herbeiführt. Denn die durch den Vertrag bewirkten Bindungen gehen nicht so weit, daß sie die «freie» Disposition des Schuldners über Leben, Handlungsfähigkeit und Vermögen generell ausschließen würden. Und was den Gläubigerverzug betrifft, so ist die Annahme der Leistung regelmäßig nicht Gegenstand einer Verbindlichkeit.

Führt allerdings eine Partei ihren Tod, ihre Handlungsunfähigkeit oder ihren Vermögenszerfall (Zahlungsunfähigkeit, insbesondere Konkurs) gerade deshalb herbei, um sich oder ihre Rechtsnachfolger von der eingegangenen Verpflichtung zu befreien oder ihren Vertragspartner zu schädigen, handelt sie treulos und damit vertragswidrig. Ihr Verhalten verpflichtet sie, resp. ihre Rechtsnachfolger, nach den Regeln der Verschuldenshaftung zum Ersatz des infolge vorzeitigen Vertragsendes erwachsenen Schadens². Dies, obwohl eine derartige Schadenersatzpflicht in der speziellen Regelung der entsprechenden Beendigungsgründe nicht besonders vorgesehen ist³.

5. Für Verschulden haften schließlich auch jene Parteien, welche die «wichtigen Gründe» verursachen, aus denen der Dienst- (Art. 353 Abs. 1 OR), der Agentur- (Art. 418r Abs. 2 OR) und der Pfrundvertrag (Art. 527 Abs. 2 OR) zu Ende gehen. Davon gibt es allerdings einige Ausnahmen, die wir im folgenden Abschnitt erörtern.

¹ Im Fall des Art. 311 (Tod des Entlehners), 518 Abs. 3 (Konkurs des Leibrentenschuldners) und 529 Abs. 2 und 3 OR (Konkurs und Pfändung des Pfrundgebers) ist eine Schadenersatzpflicht jedoch schon deswegen ausgeschlossen, weil dem Vertragspartner des verstorbenen bzw. falliten oder gepfändeten Teils infolge vorzeitiger Vertragsbeendigung kein Schaden erwächst (vgl. S. 224).

² Weiter geht VON TUHR/SIEGWART, der auf S. 555, Anm. 5 ausführt: «... wenn der Schuldner durch Selbstmord die Erfüllung seiner Verpflichtungen vereitelt, scheint es ... richtig, seine Erben haften zu lassen, auch wenn dem Schuldner kein Vorwurf daraus gemacht werden kann, daß er bei seinem Entschluß an die Interessen seines Gläubigers nicht gedacht hat.»

³ Die in Art. 270 OR ausgesprochene Negation einer Entschädigungspflicht (vgl. S. 226 Anm. 7) bezieht sich nur auf den Normalfall, in dem der Mieter seinen Tod nicht gerade deshalb herbeiführt, um den Vermieter zu schädigen oder sich und seine Erben von der eingegangenen Verbindlichkeit zu befreien.

b) *Ausnahmen von der Verschuldenshaftung*

Nach dem Gesagten muß eine Partei für den infolge vorzeitiger Vertragsbeendigung entstandenen Schaden ihres Vertragspartners grundsätzlich einstehen, wenn sie das vorzeitige Vertragsende und damit den Schaden verschuldet hat. Von dieser Regel sind Ausnahmen in zweifacher Hinsicht zu verzeichnen, wobei alle Ausnahmen, außer einer, die Vertragsbeendigung aus «wichtigen Gründen» betreffen:

1. Einerseits gibt es Fälle, in denen eine Partei (oder deren Rechtsnachfolger) für den Schaden ihres Partners haftet, obwohl sie das vorzeitige Vertragsende und damit den Schaden nicht verschuldet hat. Haftung, die kein persönliches Verschulden des Haftpflichtigen voraussetzt, ist *Kausalhaftung*.

aa) Eine Kausalhaftpflicht trifft zunächst jene Partei, welche den *Miet- oder Pachtvertrag* aus «wichtigen Gründen» kündigt. Sie hat ihrem Vertragspartner (dem Kündigungsempfänger) den infolge vorzeitiger Vertragsbeendigung entstandenen Schaden zu ersetzen (Art. 269 Abs. 1; Art. 291 Abs. 1 OR), mindestens aber die Hälfte eines jährlichen Mietzinses resp. den ganzen Betrag eines jährlichen Pachtzinses zu bezahlen (Art. 269 Abs. 1; 291 Abs. 2 OR). Die Verbindlichkeit zur Leistung der Mietzinssumme besteht allerdings nur bei Mieten auf ein Jahr oder mehr.

Die Pflicht des kündigenden Teils, dem Kündigungsempfänger infolge vorzeitiger Vertragsbeendigung mindestens einen halben bzw. einen ganzen Jahreszins zu entrichten, ist keine Schadenersatzpflicht und somit auch keine «Haftpflicht». Die Leistung des entsprechenden Minimalbetrages qualifiziert sich vielmehr als eine Art von «Reuegeld»; nur dessen Bezahlung erlaubt es einer Vertragspartei, den Miet- oder Pachtvertrag aus «wichtigen Gründen» zu beenden. Dies unabhängig davon, ob und in welchem Maße der Kündigungsempfänger geschädigt ist¹.

Verlangt also der Kündigungsempfänger den in Art. 269 Abs. 2 resp. 291 Abs. 2 OR festgelegten Minimalbetrag, braucht er einen Schaden so wenig darzutun wie (z. B.) der Verzugsgläubiger bei der Geltendmachung

¹ FICK N. 17 zu Art. 269 OR; BGE 28 II 283. Vorbehalten ist immerhin der Fall, daß der Kündigungsempfänger die vorzeitige Vertragsbeendigung selbst verschuldet.

von Verzugszinsen (Art. 104 OR)¹. Nur wenn er mehr verlangt als die entsprechende Minimalleistung, hat er nachzuweisen, daß ihm infolge vorzeitiger Vertragsbeendigung ein Schaden entstanden ist, der die Summe eines halben bzw. eines ganzen Jahreszinses übersteigt (vgl. analog Art. 106 OR). Für diesen zusätzlichen Schaden haftet der kündigende Teil kausal: Er muß ihn selbst dann ersetzen, wenn die «wichtigen Gründe» nicht auf sein Verschulden zurückzuführen sind². Und zwar ist er nach dem Wortlaut des Gesetzes (Art. 269 Abs. 1; 291 Abs. 1 OR) zu «vollem Ersatz» verpflichtet.

Mit der Wendung «voller Ersatz» bringt das Gesetz in diesem Zusammenhang lediglich zum Ausdruck, der Kündigungsempfänger habe Anspruch auf das positive Vertragsinteresse. Also wird damit nicht etwa eine Reduktion der Schadenersatzpflicht nach Art. 99, 43 und 44 OR ausgeschlossen (BGE 61 II 261). Einer derartigen Reduktion unterliegt zum vorneherein aber nur die Pflicht zum Ersatz des «zusätzlichen» Schadens, nicht jedoch die Pflicht zur Erbringung des gesetzlichen Minimalbetrages.

Die behandelten Vorschriften über die Vermögensfolgen bei vorzeitiger Beendigung des Miet- und Pachtvertrages aus «wichtigen Gründen» befriedigen nicht. Denn:

Erstens wahren sie einseitig bloß die Interessen des Kündigungsempfängers. Dem kündigenden Teil werden keine Ansprüche eingeräumt. Er geht leer aus; selbst dann, wenn sich die «wichtigen Gründe» in der Person seines Vertragspartners verwirklicht haben (vgl. S. 231).

Zweitens hat die Vertragspartei, welche das Miet- und Pachtverhältnis rechtmäßig (aus «wichtigen Gründen») beendet, eine Art von «Reuegeld» zu erbringen, ohne daß hierfür ein triftiger Grund bestände³. Dadurch ist sie wesentlich schlechter gestellt als eine Partei, welche den Vertrag

¹ Fordert er die Minimalleistung, obwohl ihm kein oder ein geringer Schaden entstanden ist, verhält er sich nicht rechtsmißbräuchlich. Wäre dem anders, hätten die Art. 269 Abs. 2 und 291 Abs. 2 OR keinen Sinn.

² Vgl. z. B. die Fälle in BGE 61 II 259 ff.; 60 II 205 ff.; 46 II 168 ff. Gleicher Ansicht offenbar auch MERZ N. 201 zu Art. 2 ZGB.

³ Der angestrebte Zweck der Minimalansätze besteht – wie BECKER (N. 8 zu Art. 269 OR) ausführt – darin, eine mißbräuchliche Anrufung des «wichtigen Grundes» zu verhindern. Beruft sich indessen eine Partei mißbräuchlich auf ein Beendigungsrecht infolge «wichtigen Grundes», so geht der Vertrag mangels «wichtigen Grundes» (vgl. Art. 4 ZGB und vorne S. 174 ff.) gar nicht zu Ende. Vgl. außerdem Art. 2 Abs. 2 ZGB.

rechtswidrig (ab-)bricht oder das Vertragsobjekt gemäß Art. 257 resp. 279 OR (Unmöglichkeit der Benützung) nicht gebraucht (obwohl ihr eine Vertragsfortsetzung zuzumuten wäre).

Diese unbilligen und unzweckmäßigen Konsequenzen rufen einer Änderung der besprochenen Bestimmungen in dem Sinne, daß die Interessen beider Parteien gewahrt und die Minimalansätze entfernt werden¹. Eine vorbildliche Regelung enthalten in dieser Hinsicht die Vorschriften über den Dienst- und Agenturvertrag:

bb) Enden der *Dienst- und Agenturvertrag* aus «wichtigem Grund», haften die Parteien primär für Verschulden (Art. 353 Abs. 1 OR, worauf Art. 418r Abs. 2 OR verweist). Sie haben unter dieser Voraussetzung ihrem Vertragspartner vollen Schadenersatz zu leisten².

Liegen indessen die «wichtigen Gründe» nicht im schuldhaften Verhalten eines Beteiligten³, kann der Richter die vermögensrechtlichen Folgen nach seinem Ermessen (Art. 4 ZGB), unter Würdigung der Umstände und des Ortsgebrauches, bestimmen (Art. 353 Abs. 2 OR; Art. 418r Abs. 2 OR). Diese Vorschrift ermöglicht es, derjenigen Partei eine Ausgleichspflicht beschränkten Umfanges aufzuerlegen, in deren Person oder Bereich sich der Beendigungsgrund verwirklicht hat⁴: Eine Möglichkeit, die nicht nur dem Rechtsgefühl, sondern auch im Gesetze selbst enthaltenen Tendenzen entspricht. So steht dem Unternehmer im Werkvertrag gemäß Art. 378 Abs. 1 OR ein Vergütungsanspruch für bisher geleistete Arbeit und gehabte Auslagen zu, wenn die Vollendung des Werkes durch einen beim Besteller eingetretenen Zufall unmöglich wird. Den Werkvertrag zählen wir allerdings nicht zu den Dauerverträgen.

cc) Dieselbe Tendenz kommt aber auch – mit Bezug auf einen Dauervertrag – in Art. 355 Abs. 3 OR zum Ausdruck. Danach hat der Dienstpflichtige Anspruch auf billigen Ersatz des Schadens, wenn der *Dienst-*

¹ Solange die gesetzlichen Minimalansätze der Art. 269 Abs. 2 und 291 Abs. 2 OR gelten, sind sie nach ihrem unmißverständlichen Wortlaut für die Festlegung der bei Vertragsbeendigung aus «wichtigen Gründen» eintretenden Vermögensfolgen maßgebend. Daran läßt sich durch (noch so berechnete) Zweckmäßigkeitserwägungen nichts ändern.

² Der nach Art. 99 resp. 43 und 44 OR zu berechnen ist.

³ Den «wichtigen Gründen», die im schuldhaften Verhalten einer Partei liegen, sind jene gleichzustellen, die durch schuldhaftes Verhalten entstanden sind.

⁴ MERZ N. 201 zu Art. 2 ZGB. Zur Illustration vgl. BGE 60 II 291/292.

vertrag beim Tod des Dienstherrn *ispo iure* erlischt (Art. 355 Abs. 2 OR). Immerhin ist zu bemerken, daß diese Kausalhaftung des Dienstherrn resp. seiner Erben, in starkem Maße von sozialpolitischen Erwägungen getragen wird: Sie dient dem Schutz des ausgeprägt schwächeren Partners, des Dienstpflichtigen. Dies zeigt sich insbesondere darin, daß weder dem Dienstherrn beim Tode des Dienstpflichtigen (Art. 355 Abs. 1 OR), noch dem Agenten beim Tode des Auftraggebers (Art. 418s Abs. 2 OR, der Art. 355 Abs. 2 OR entspricht) ein gleicher Schadenersatzanspruch zusteht.

2. In den bisher behandelten Fällen bestand die Ausnahme vom Prinzip der Verschuldenshaftung darin, daß eine Haftung auch ohne Verschulden Platz greift (Kausalhaftung). Andererseits gibt es Fälle, die vom Verschuldensprinzip dadurch abweichen, daß *trotz Verschuldens keine Haftung* eintritt:

aa) Der erste derartige Fall betrifft die schon erwähnte Beendigung des Miet- und Pachtvertrages aus «wichtigem Grund». Hier muß der Kündigungsempfänger den Schaden des kündigenden Vertragspartners nicht ersetzen, auch wenn der «wichtige Grund» auf sein Verschulden zurückzuführen ist (vgl. S. 228 f.).

Diese Regelung ist völlig ungerechtfertigt (vgl. S. 229); mag sich auch ihre Anwendung in der Praxis meistens (nicht immer!) durch Anrufung anderer Beendigungsgründe (z. B. des «Schuldnerverzugs» oder des «vertragswidrigen Gebrauchs der Vertragsache») umgehen lassen.

bb) Der zweite Fall findet sich in Art. 527 Abs. 2 OR geregelt. Danach hat der schuldige Teil bei Aufhebung des *Pfundvertrages* aus «wichtigem Grund» eine (angemessene) Entschädigung¹ nur dem schuldlosen Vertragspartner zu leisten. Bei Verschulden des Geschädigten besteht also trotz des Verschuldens des Schädigers keine Ersatzpflicht.

Mit anderen Worten ist hier das Mit- resp. Selbstverschulden des Geschädigten Haftausschließungsgrund; und zwar in Abweichung der für die Verschuldenshaftung im allgemeinen geltenden Regeln, wonach das Mitverschulden des Geschädigten als bloßer Reduktionsgrund (Art. 99

¹ Die Entschädigung muß eine (den Umständen) «angemessene» sein. Der Richter hat somit, zwar nicht grundsätzlich, jedoch quantitativ, eine Billigkeitsentscheidung (Art. 4 ZGB) zu treffen. Beachte auch hier (vgl. außerdem unten im Text) die Parallele zu Art. 151 ZGB.

resp. 43 und 44 OR) wirkt¹. Diese Abweichung hängt offenbar mit dem höchstpersönlichen Charakter des Pfrundvertrages zusammen und beruht auf der (auch in Art. 151 Abs. 1 ZGB konkretisierten) Idee, daß das vorzeitige Ende einer höchstpersönlichen Lebensgemeinschaft die Entstehung von Schadenersatzpflichten nur dann rechtfertigt, wenn einer der Beteiligten eine besonders ausgeprägte Verantwortung am Scheitern des Verhältnisses trägt. Indessen ist das Erfordernis der Schuldlosigkeit des ersatzberechtigten Teils zu starr, weshalb es im Einzelfall zu unbilligen Konsequenzen führen kann: besonders dort, wo ein Vertragspartner während langer Zeit den Verpfändungsvertrag unter Opfern aufrecht erhielt, bevor auch er sich gehen ließ und das endgültige Scheitern des Verhältnisses mitverschuldete². De lege ferenda sollte das Verschulden des Berechtigten als bloßer Reduktionsgrund wirken, wie dies bei der Verschuldenshaftung im allgemeinen der Fall ist.

B. SCHADENERSATZPFLICHTEN,
DIE NICHT INFOLGE VORZEITIGER VERTRAGSBEENDIGUNG ENTSTEHEN
(UND DENNOCH ABWICKLUNGSPFLICHTEN SIND)

Zu den Abwicklungspflichten³ zählen auch gewisse Schadenersatzpflichten, welche nicht infolge vorzeitigen Vertragsendes entstehen.

Solche Abwicklungspflichten sind z. B. jene Ersatzpflichten, die als Sekundärleistungspflichten an die Stelle primärer Abwicklungspflichten, etwa der ordentlichen Rückgabepflichten, treten (Beispiel: BGE 43 II 645 f.).

Eine weitere Abwicklungspflicht dieser Art ist die in Art. 298 Abs. 2 OR statuierte Pflicht des Pächters, für Verschlechterungen des zurückzugebenden Vertragsgegenstandes (Pachtgegenstand und Inventar) aufzukommen. Da der Pächter die entsprechenden Sachen in dem Zustand zurückleisten darf, in dem sie sich befinden (Art. 298 Abs. 1 OR), gründet seine Schadenersatzpflicht zum vorneherein nicht in der ganz oder teilweise ausbleibenden Erfüllung der Restitutionsobligation. Sie beruht vielmehr unmittelbar auf der Verletzung der gebotenen Sorgfalt, die sich nach den Kriterien einer gehörigen Bewirtschaftung (Art. 298 Abs. 2 OR) richtet

¹ Wobei allerdings die Reduktion im Einzelfall zur vollständigen Verneinung der Ersatzpflicht führen kann.

² Vgl. HANS HINDERLING, Das schweiz. Ehescheidungsrecht, 3. Aufl. (Zürich 1967), S. 141 f., zum analogen Fall des Art. 151 ZGB.

³ Zum Begriff vgl. S. 203.

6. Abwicklungspflichten der einfachen Gesellschafter

Die einfache Gesellschaft zeichnet sich von den andern Dauerverträgen dadurch aus, daß die Parteien regelmäßig durch gemeinsames Vermögen verbunden sind. Dessen Aktiven gehören ihnen gesamthänderisch; für die Passiven haften sie solidarisch.

Mit Eintritt des Vertragsendes (im weiten Sinne; vgl. S. 17., ; 202 ff.) erlischt die Pflicht der Gesellschafter zur Erstrebung des gemeinsamen Zweckes¹. Das Vermögen, welches lediglich im Hinblick auf diesen Zweck besteht, ist daher aufzulösen und in die Individualsphäre der Beteiligten zurückzuführen. Die hiezu erforderlichen Maßregeln haben die Gesellschafter gemeinsam vorzunehmen² (Art. 550 Abs. 1 OR). Diese Verbindlichkeit ist eine Abwicklungspflicht.

Wie die Abwicklungspflicht erfüllt werden soll, können die Gesellschafter bzw. ihre Rechtsnachfolger grundsätzlich selbst bestimmen. Kommt keine Einigung darüber zustande, gelangen die gesetzlichen Vorschriften zur Anwendung³. Darnach sind zunächst die Schulden zu tilgen, wozu das Vermögen – soweit erforderlich – zu versilbern ist. Hierauf erhalten die Gesellschafter ihre Einlagen dem Werte nach⁴ zurück (ordentliche Rückgabepflichten), entweder in Sachwerten oder in Geld, je nach weiterer Vermögensversilberung. Der verbleibende Rest wird als Gewinn, eventueller Ausfall als Verlust verteilt (vgl. Art. 548 und 549 OR).

Weitere Abwicklungspflichten (solche zur Rückgewähr der Vertragsleistungen, zur Vergütung von Aufwand, zur Leistung von Surrogaten oder von Schadenersatz) sieht das Gesetz nicht vor.

¹ Die Gesellschaftertätigkeit ist indessen so lange fortzusetzen, als es der Zweck der Abwicklung verlangt.

² Und zwar entweder selbst oder durch die von ihnen bezeichneten Liquidatoren (vgl. aber Art. 550 Abs. 2 OR).

³ Vgl. zum Folgenden SIEGWART N. 24 zu Art. 548–550 OR.

⁴ Ein Anspruch auf Rückgabe der eingebrachten Sachen in natura besteht nur, wenn dies vertraglich vorgesehen ist.

FÜNFTES KAPITEL

GESAMTBETRACHTUNG DER RECHTSLAGE MIT BEZUG AUF DIE BEENDIGUNG VON DAUERVERTRÄGEN DES OR

Im ersten Kapitel haben wir uns mit dem Dauervertrag im allgemeinen (mit seinem Begriff, seiner Dauer etc.) befaßt. Im zweiten und dritten Kapitel stellten wir gesetzliche Beendigungsgründe der im OR geregelten Dauerverträge systematisch dar, und im vierten Kapitel die Rechtslage bei beendetem Dauervertrag. Hier nun gilt es, rückblickend, wichtige Punkte unserer Ausführungen aufzugreifen und neu zu ordnen, um so das gewonnene Bild von der Beendigung der Dauerverträge abzurunden. Ausgangspunkt dieser abschließenden und zusammenfassenden Gesamtbetrachtung bildet wiederum der Dauervertrag im allgemeinen.

1. Der *Dauervertrag* ist (nach unserer Begriffsbestimmung, S. 1 ff.) ein vertragliches Schuldverhältnis (vgl. S. 2 ff.), das sich durch die besondere Zeitrelation seiner typischen Hauptleistungspflicht vom «einfachen» (d. h. nicht dauernden) Vertragsverhältnis unterscheidet (vgl. S. 4 ff.). Diese Hauptleistungspflicht qualifiziert sich als Dauerschuld und ist als solche nicht auf das Ende durch Erfüllung angelegt, sondern auf (sinnvolles) Dasein in der Zeit: auf ihre Dauer. Aus diesem Grunde trägt der Dauervertrag sein Ende regelmäßig (vgl. aber S. 36) nicht in sich, weshalb es ihm gewissermaßen von außen gesetzt werden muß (vgl. S. 19, S. 36). Dies geschieht (u. a.) dadurch, daß die Parteien oder das Gesetz bestimmte Sachverhalte festlegen, an deren Verwirklichung sich die Rechtsfolge «Vertragsende» oder «Beendigungsrecht» (einer Partei) knüpft. Solche Sachverhalte nennen wir «Beendigungsgründe» (vgl. S. 25). Sie stehen in

einer Wechselbeziehung (vgl. S. 32) zur Vertragsdauer (vgl. S. 16 f.) und führen mittelbar (mit Zutun der Parteien; vgl. S. 26) oder unmittelbar (ohne Zutun der Parteien; vgl. S. 26) zum Ende eines vollwirksamen (vgl. S. 25) Dauervertrages: und zwar zum Ende mindestens im weiten Sinne, d. h. zum Erlöschen der typischen dauernden Hauptleistungspflicht (wenigstens) in ihrer Eigenschaft als Dauerschuld (vgl. S. 17 f., S. 200 und 202 ff.).

Trotz des Vertragsendes im weiten Sinne können die Parteien durch mannigfache Verbindlichkeiten (sogenannte «fortdauernde» Pflichten: vgl. S. 202) verbunden bleiben: durch Abwicklungspflichten (vgl. S. 203, S. 206 ff.), vertragliche Restanzpflichten (vgl. S. 203) und nachvertragliche Pflichten (vgl. S. 204 f.) usw. (vgl. S. 202 Anm. 2). Solange Abwicklungs- und vertragliche Restanzpflichten «fortdauern», befindet sich der im weiten Sinne beendete Dauervertrag im Liquidationsstadium: der Zustand, den die Parteien wegen des Vertragsendes im weiten Sinne herbeiführen sollen, ist noch nicht eingetreten; ihn gilt es durch Erfüllung insbesondere der fortdauernden Abwicklungs-, aber auch anderer fortdauernder Pflichten (nicht jedoch der nachvertraglichen Pflichten) herzustellen (vgl. S. 203, S. 205).

Beim Eintritt des genannten Zustandes endet der Dauervertrag im abgeschwächt engen Sinne. Im abgeschwächt engen Sinne beendet ist also ein liquidierter Dauervertrag (vgl. S. 200, S. 205), aber auch ein im weiten Sinne beendeter Dauervertrag, der zum vorneherein nicht zu liquidieren ist (vgl. S. 200, S. 205). Dessen Parteien können weiterhin durch nachvertragliche Pflichten verbunden bleiben (vgl. S. 205). Sind auch die nachvertraglichen Pflichten (und damit sämtliche obligatorischen Rechtsfolgen des Vertragsschlusses) vollständig erloschen, ist das Vertragsende im engen Sinne eingetreten (vgl. S. 17, S. 200 f., S. 205 f.).

Zwischen dem Vertragsende im weiten, abgeschwächt engen und engen Sinne besteht ein bestimmtes Zeitverhältnis; und zwar so, daß das Vertragsende im weiten Sinne nicht vor dem Ende im abgeschwächt engen oder engen Sinne, das Vertragsende im abgeschwächt engen Sinne nicht vor jenem im engen Sinne eintreten kann. Im weiten Sinne markiert das Vertragsende also einen frühesten, im abgeschwächt engen Sinne einen mittleren und im engen Sinne einen letzten Zeitpunkt, wobei zwei oder drei Zeitpunkte möglicherweise zusammenfallen, ihr zeitliches Verhältnis aber nicht umgekehrt sein kann (vgl. S. 201). Das Vertragsende im weiten Sinne z. B. fällt mit dem Ende im abgeschwächt engen Sinne (zeitlich)

dann zusammen, wenn der Dauervertrag beim Erlöschen seiner typischen Hauptleistungspflicht (mindestens in ihrer Eigenschaft als Dauerschuld) bereits liquidiert ist oder wenn es zum vorneherein überhaupt nichts zu liquidieren gibt (vgl. S. 205).

2. Das *Obligationenrecht* enthält für die von ihm geregelten Dauerverträge (Miete, Pacht, Gebrauchsleihe, Darlehen, Dienstvertrag, Agenturvertrag, Leibrente, Pfrundvertrag und einfache Gesellschaft: vgl. S. 9 ff.) keine allgemeine, in sich abgeschlossene Beendigungsordnung. Vielmehr finden sich dessen Bestimmungen über die Beendigung (zum Begriff vgl. S. 18) der Dauerverträge im ganzen Gesetz verstreut, und zwar im allgemeinen wie im speziellen Teil.

a) Was zunächst die *Beendigungsbestimmungen des allgemeinen Teils* betrifft, so befassen sie sich regelmäßig (vgl. aber S. 38 Anm. 5 Abs. 2) mit außerordentlichen (vgl. S. 27) Beendigungsgründen: nämlich mit der einseitigen nachträglichen Zahlungsunfähigkeit (vgl. S. 93), dem Gläubigerverzug (vgl. S. 169), der nachträglichen (vollständigen und dauernden) Leistungsunmöglichkeit (vgl. S. 118) und dem Schuldnerverzug (vgl. S. 141).

Während die Beendigungsgründe «Zahlungsunfähigkeit» und «Gläubigerverzug» als (mittelbare) Beendigungsgründe «ganzer Vertragsverhältnisse» (vgl. S. 26) wirken, ist die nachträgliche (vollständige und dauernde) Leistungsunmöglichkeit primär ein (unmittelbarer) Beendigungsgrund der einzelnen Obligation (vgl. S. 26, S. 120 f., S. 123 ff.). Der Schuldnerverzug dagegen führt entweder zum Ende einer einzelnen Obligation oder des ganzen Vertragsverhältnisses; und zwar je nachdem, ob der Verzugsgläubiger von seinem Umwandlungs- (vgl. S. 143, S. 151 ff.) oder von seinem Rücktrittsrecht (vgl. S. 143, S. 149 ff.) Gebrauch macht (vgl. S. 145 f., S. 166 f.). Als Beendigungsgründe von Dauerverträgen erweisen sich die Beendigungsgründe einzelner Obligationen (also Leistungsunmöglichkeit, ev. Schuldnerverzug) nur dann, wenn sie die typische dauernde Hauptleistungspflicht eines dauernden Vertragsverhältnisses beschlagen (vgl. S. 17f.).

Die genannten allgemeinen Beendigungsbestimmungen des OR sind zu sehr auf einfache Vertragsverhältnisse zugeschnitten (vgl. z. B. S. 96, S. 146), was insbesondere darin zum Ausdruck kommt, daß als Folge der Beendigungsgründe ganzer Vertragsverhältnisse ausschließlich ein Rück-

trittsrecht vorgesehen ist (vgl. S. 96, S. 143, S. 169). Bei ihrer Anwendung auf Dauerverträge muß daher im Einzelfall den Eigenarten Rechnung getragen werden, welche sich aus dem Dauer-Charakter der geschuldeten Leistungen ergeben: z. B. dem Umstand, daß sich das Rücktrittsrecht nach Beginn der typischen dauernden Hauptleistung in ein Kündigungsrecht verwandelt (vgl. S. 29 f., S. 97, S. 149 f., S. 172, S. 209 ff.); oder der Tatsache, daß die (Gläubiger-)Verzugsregeln auf den Verzug des typischen Hauptleistungsgläubigers nur ausnahmsweise zur Anwendung gelangen (vgl. S. 170 ff.).

b) Die *Beendigungsbestimmungen des speziellen Teils* sodann befassen sich sowohl mit Beendigungsgründen (vgl. 2. und 3. Kap.) als auch mit Abwicklungs-, vertraglichen Restanz- und nachvertraglichen Pflichten (vgl. 4. Kap.). Sie sind nicht planmäßig geschaffen worden, sondern mit den einzelnen Dauervertragsarten organisch gewachsen (vgl. z. B. S. 53, S. 180).

1. Trotz ihrer Entstehungsgeschichte lassen aber die speziellen Beendigungsbestimmungen des OR in vielen Punkten eine gewisse *Systematik* der (im Ergebnis) vorliegenden Beendigungsordnung (oder wenigstens den Ansatz einer solchen Systematik) erkennen: So etwa in der grundsätzlichen Zweiteilung der Beendigungsgründe einerseits in eine ordentliche Kündigung (vgl. S. 27 und 36 ff.) und andererseits in außerordentliche Beendigungsgründe (vgl. S. 27 und 63 ff.), wobei die letzteren regelmäßig sowohl als «wichtiger Grund» (= generell umschriebener Beendigungsgrund; vgl. S. 63 f. und S. 173 ff.) als auch als «besonders umschriebene» (vgl. S. 63 f.) Beendigungsgründe vorkommen. Oder darin, daß der Tod einer Partei in der Regel ausdrücklicher außerordentlicher Beendigungsgrund ist, wenn deren Person für das Vertragsverhältnis irgendwelche wesentliche Bedeutung hat (vgl. S. 67, S. 82 f.). Eine gewisse Systematik der speziellen Beendigungsordnung zeigt sich ferner z. B. in der Art, wie diese der besondern typischen Sachleistungspflicht der Verträge auf Gebrauchsüberlassung (vgl. S. 70 f., S. 134 f., S. 162 f.) sowie dem besondern Charakter der einfachen Gesellschaft (vgl. S. 36, S. 82, S. 89 f., S. 115 f., S. 126 f.) Rechnung trägt. Dasselbe gilt für die Tatsache, daß die speziellen Beendigungsgründe, denen ein Unmöglichkeitstatbestand zugrunde liegt, immer mit unmittelbarer Beendigungswirkung ausgestattet sind (vgl. S. 73, S. 74, S. 76, S. 77, S. 126 f.). Schließlich sei auf die Tendenz des Gesetzes

verwiesen, umso längere ordentliche Kündigungsfristen vorzusehen, je stabiler das aufzulösende Vertragsverhältnis tatsächlich ist oder seinem Wesen nach sein soll (S. 53 ff.).

2. In anderer Hinsicht dagegen enthalten die speziellen Beendigungsbestimmungen des OR verschiedene *Mängel*, die (u. a.) auf die fehlende Systematik in der Entstehung der Beendigungsordnung zurückzuführen sind.

Derartige Mängel weist z. B. die sprachliche Fassung der Beendigungsvorschriften auf: so wird etwa das Wort «Rücktritt» synonym mit dem Ausdruck «Kündigung» resp. «Auflösung» gebraucht (vgl. S. 183 Anm. 2 und S. 140). Oder der Terminus «Beendigung» (auch «Ende»), vom OR regelmäßig im weiten Sinne (vgl. S. 17f., S. 202) verwendet (vgl. S. 201 Anm. 2), bezieht sich bei der Ordnung der einfachen Gesellschaft auf das Vertragsende mindestens im abgeschwächt engen Sinne (vgl. S. 200), während die Beendigung der Gesellschaft im weiten Sinne als «Auflösung» bezeichnet wird (vgl. S. 18 und S. 201 Anm. 2). Auch geht aus der Fassung einzelner spezieller Artikel nicht klar hervor, in welchem Verhältnis diese Artikel zu den ihnen entsprechenden allgemeinen Vorschriften des OR stehen (vgl. S. 160, S. 164, S. 165 f.) oder zu den Vorschriften des SchKG (vgl. S. 114 Anm. 1). Schließlich sind einzelne Beendigungsbestimmungen für verschiedene Dauervertragsarten verschieden redigiert, obwohl sie inhaltlich übereinstimmen und auch sonst kein Grund für eine abweichende Redaktion besteht (vgl. S. 138, S. 139, S. 141, S. 163 f., S. 226, S. 138 Anm. 1, S. 160 Anm. 2).

Als weiteren Mangel der speziellen Beendigungsordnung verzeichnen wir, daß nicht alle Beendigungsbestimmungen den Eigenarten Rechnung tragen, welche sich aus dem Dauer-Charakter der geordneten Verträge ergeben (vgl. z. B. S. 103). Dies ist offensichtlich der Fall, wo als Rechtsfolge spezieller Beendigungstatbestände lediglich ein Rücktrittsrecht (Beendigung *ex tunc*) vorgesehen wird (vgl. S. 99, S. 159), obwohl der in Frage stehende Vertrag nach Beginn der typischen dauernden Hauptleistung nur mehr *ex nunc* beendet werden kann (vgl. S. 29 f., S. 209 ff.).

Ferner ist die spezielle Beendigungsordnung unvollständig, indem sie für gewisse Fälle keine (vgl. S. 72, S. 80f., S. 186 ff.; vgl. auch S. 38 Anm. 5 Abs. 2 und 3 sowie S. 59 Anm. 4) oder keine ausdrücklichen (vgl. unten) Bestimmungen enthält, obgleich sie derartige Bestimmungen enthalten müßte. Aber auch das Umgekehrte kommt vor: daß die spezielle Beendi-

gungsordnung Vorschriften aufweist, welche entweder überhaupt nicht (vgl. S. 112 f.), nicht mit dem gegenwärtigen Inhalt (vgl. S. 93) oder nicht im OR (vgl. S. 113 f., S. 114 f.) bestehen sollten.

Unvollständig ist vor allem die spezielle Beendigungsordnung der unentgeltlichen Dauerverträge (Gebrauchsleihe sowie unentgeltlicher Darlehens-, Hinterlegungs- und Leibrentenvertrag); und zwar deshalb, weil sie der Unentgeltlichkeit dieser Verträge regelmäßig keine Rechnung trägt (vgl. aber S. 68 f.; S. 134 f. und dazu S. 136 f. und 138). So ist bei den genannten Vertragsverhältnissen der Tod des typischen Hauptleistungsgläubigers (ausgenommen jener des Entlehners: vgl. S. 71) in keinem Fall ausdrücklich mit vorzeitiger Beendigungswirkung ausgestattet (vgl. S. 68 f.). Dasselbe gilt für den Tod (vgl. S. 78, S. 79, S. 81) und den Konkurs (vgl. S. 109 f.) des typischen Hauptleistungsschuldners. Diese Mängel der Beendigungsordnung sind (*de lege lata*) durch analoge Rechtsanwendung zu korrigieren. Analoge Anwendung finden (je nach dem in Frage stehenden Tatbestand) entweder die Bestimmungen über den Tod des Entlehners (vgl. S. 68 f., S. 83 f.) oder jene über den Tod (vgl. S. 78, S. 79, S. 81, S. 83) resp. (in gewissen Fällen) über den Konkurs (vgl. S. 109 f.) des Schenkers. Dabei ist das Schenkungsrecht jedenfalls nur dann (analog) anzuwenden, wenn der betreffende unentgeltliche Dauervertrag nicht in Erfüllung einer sittlichen Pflicht vereinbart wurde (vgl. Art. 239 Abs. 3 OR).

Endlich verweisen wir im besondern auf einige Mängel in der gesetzlichen Ordnung über den «wichtigen Grund»: Einmal ist der «wichtige Grund» nicht für alle Dauerverträge als Beendigungsgrund vorgesehen (Unvollständigkeit der Beendigungsordnung; vgl. oben sowie S. 186 ff.), wobei gewisse Dauerverträge dem Anwendungsbereich des «wichtigen Grundes» sogar stillschweigend entzogen sind (vgl. S. 192 ff.). Zum andern erscheint das aus «wichtigem Grund» entstehende Beendigungsrecht bei der einfachen Gesellschaft (ungeschickterweise) als Gestaltungs-klagerecht (vgl. S. 181 ff.), während es sich bei den andern Dauerverträgen (zweckmäßig) als ein (gewöhnliches) Gestaltungsrecht qualifiziert (vgl. S. 28, S. 181). Im Unterschied zu den übrigen Dauerverträgen gehen schließlich der Miet- und Pachtvertrag infolge Kündigung aus «wichtigem Grund» erstens nur nach Ablauf einer Kündigungsfrist (vgl. S. 184, S. 191) und zweitens nur unter der Voraussetzung zu Ende, daß dem Kündigungsempfänger eine Kapitaleistung angeboten wird (vgl. S. 181), welche (drittens) in gewissen Fällen (aber in beschränktem Umfang) den Charakter eines gesetzlichen Reuegeldes hat (vgl. S. 228). Dabei lassen

sich diese Sonderheiten bei der vorzeitigen Auflösung des Miet- und Pachtvertrages (Kündigungsfristen, Leistungsofferte, Reuegeld) durch nichts rechtfertigen. Ungerechtfertigt ist insbesondere auch die Regelung, wonach bei der Beendigung des Miet- und Pachtvertrages aus «wichtigem Grund» Vermögensfolgen lediglich im Interesse des Kündigungsempfängers vorgesehen sind (vgl. S. 229, S. 231). Eine vorbildliche Ordnung enthalten in dieser Beziehung die Vorschriften über die vorzeitige Beendigung des Dienst- und Agenturvertrages (vgl. S. 230).

3. *De lege ferenda* sind die in unserer Arbeit erkannten Mängel in der gesetzlichen Beendigungsordnung der Dauerverträge zu beheben. Die Mehrzahl dieser Mängel würde ohne weiteres entfallen, wenn der Gesetzgeber die Beendigungsbestimmungen (auch jene des allgemeinen Teils, soweit sie die Beendigung der Dauerverträge betreffen) in ein bewußt geschaffenes System einordnen und sie sowohl inhaltlich wie redaktionell aufeinander abstimmen würde. Dabei wäre zu überlegen, ob nicht die Regelung des generellen Beendigungsgrundes «wichtiger Grund» herausgehoben und in den allgemeinen Teil des OR versetzt werden könnte (vgl. S. 199). Davon abgesehen, würde sich jedoch eine Reduktion der Beendigungsbestimmungen auf wenige allgemeine Vorschriften auch dort nicht empfehlen, wo sie möglich wäre (etwa – im Extremfall – eine Reduktion sämtlicher außerordentlicher Beendigungsgründe auf die beiden Beendigungsgründe «wichtiger Grund» und «nachträgliche Leistungsunmöglichkeit»). So hat z. B. die spezielle Beendigungsordnung den Vorteil, daß sie bei aller wünschbaren Systematik die Eigenart jedes geordneten Dauervertrages berücksichtigen kann und durch ihre konkretisierende Wirkung das Verständnis und die Handhabung des Gesetzes erleichtert. Zwar führt sie – soll sie vollständig sein – zu einer gewissen Ausführlichkeit des Gesetzes. Doch: «Ob ein Gesetz mehr oder weniger ausführlich gehalten ist, fällt für seine Beurteilung nicht stark ins Gewicht. Maßgebend ist, daß sein Inhalt sachlich richtig, seine Fassung möglichst klar und, trotz Ausführlichkeit, übersichtlich ist» (PETER JÄGGL, Grundfragen der Privatrechtsentwicklung, S. 164).

GESETZESREGISTER

Die in der Arbeit zitierten Artikel des OR
(Hauptstellen sind kursiv gesetzt)

<i>Art.</i>	S.	<i>Art.</i>	S.
1	1 f.; 25	115	27
11 Abs. 2	25	116	27
16	25	119	74 Anm. 1; 86; 92;
19	24; 197 f.		92 Anm. 1; <i>118 ff.</i> ;
20	24; 25; 118; 197 f.		127; 128 ff.; 147 ff.;
21	25		210; 225
25 Abs. 2	25	154	20; <i>43 f.</i>
31	25; 197 f.	250 Abs. 2	<i>109 f.</i>
34	47 Anm. 3	252	78; 79; 81 f.
35	86; 92 Anm. 2	253–274	10
38	25	254	117 f., <i>157 ff.</i> ; 160
81	<i>38 Anm. 5</i> ; 45 Anm. 2;		Anm. 2; 223 Anm. 1;
	59 Anm. 4		225
82	170 Anm. 2	255	117 f.; <i>157 ff.</i> ; 160
83	94		Anm. 2; 223 Anm. 1;
83 Abs. 2	<i>94 ff.</i> ; <i>96 ff.</i> ; 99;		225
	100 ff.; 102 ff.; 104 f.;	256 Abs. 2	157 Anm. 6
	105; 106; 107 f.; 226 f.	257	170
91–96	<i>169–173</i> ; 226 f.	261 Abs. 2	<i>132–141</i> ; 226
97	86; 92; 92 Anm. 1;	263 Abs. 2	215 Anm. 2 und 3
	<i>118 ff.</i> ; 127; 128 ff.;	264	137 f.; 215 Anm. 4
	131; 147 ff.; 210; 225	265	<i>161 ff.</i> ; 223 Anm. 1;
101 Abs. 1	215 Anm. 4		225
102–109	142 ff.	266	98; <i>105 ff.</i> ; 226 f.
103	148 Anm. 1;	267	37; 39 ff.; 188
	215 Anm. 2	267 Abs. 1	19 Anm. 2
107–109	133 Anm. 2; <i>141–157</i> ;	267 Abs. 2	52 f.; 53; 55 ff.; 57 f.
	160 Anm. 3; 161 ff.;	269	177 ff.; 187 ff.
	163 ff.; <i>166 ff.</i>	269 Abs. 1	178; 181; 184; 188 ff.;
107 Abs. 2	96; <i>149 Anm. 1</i> ; 160;		193; <i>228 ff.</i>
	165 f.; 225 f.	269 Abs. 2	181; <i>228 ff.</i> ;
108	144; 160; 165;		230 Anm. 1
	165 Anm. 3	270	<i>67 f.</i> ; <i>70 f.</i> ; 226 f.;
109 Abs. 1	29 f.; 204; <i>207 f.</i> ;		227 Anm. 3
	208 Anm. 5; <i>209 ff.</i>	271	213 ff.
109 Abs. 2	96; 208; 208 Anm. 3;	271 Abs. 1	214 ff.; 201 Anm. 2;
	223; 225 f.		215 Anm. 2 und 3
114 Abs. 1	6 Anm. 1 und 6	271 Abs. 2	215

<i>Art.</i>	<i>S.</i>	<i>Art.</i>	<i>S.</i>
275-304	10	318	37 f.; 38 Anm. 5; 41 Anm. 2; 44 Anm. 4; 50 Anm. 3; 52 f.; 60; 214 ff.
277	117 f.; 157 ff.; 223 Anm. 1; 225	319-362	12
278	10 Anm. 3	327 Abs. 2	73 Anm. 2
279	170	332	170
284	10 Anm. 3	345	21 f.; 61 f.; 201 Anm. 2
285	10 Anm. 3	347	37
289	137 f.	347 Abs. 1	21 f.; 39 ff.; 44
290	37; 39 Anm. 1; 45 Anm. 1; 188	347 Abs. 2	54 f.; 56 f.
290 Abs. 1	52 f.	347 Abs. 3	52 Anm. 1
290 Abs. 2	56 f.	348	54
291	177 ff.; 187 ff.	348 Abs. 1	52; 56 f.
291 Abs. 1	178; 181; 184; 188; 193; 228 ff.	348 Abs. 2	52 Anm. 1
291 Abs. 2	181; 228 ff.; 230 Anm. 1	349	52 Anm. 1
293	161 ff.; 223 Anm. 1; 225	351	45 f.
294	132-141; 226	352	177 ff.; 187 ff.
295	111 f.; 226 f.	352 Abs. 2	178; 179
297	67 f.; 70 f.; 71 Anm. 2; 226 f.	352 Abs. 3	178 Anm. 2; 179 f.; 353; 187 ff.
298	213 ff.	353 Abs. 1	227; 230
298 Abs. 1	215; 232	353 Abs. 2	230
298 Abs. 2	232	354	98 f.; 226 f.
298 Abs. 3	218 f.	355 Abs. 1	76 f.; 226 f.; 231
299	213 ff.	355 Abs. 2	73 f.; 231
299 Abs. 1	214 Anm. 2; 216 Anm. 1	355 Abs. 3	74 Anm. 1; 266 Anm. 4; 230 f.
299 Abs. 3	218 f.	363-379	11 Anm. 5 Abs. 2
300 Abs. 2	218; 219	378 Abs. 2	230
304	39 ff.; 58 Anm. 1	380-393	11 Anm. 5 Abs. 3
305-311	11	394-406	11 Anm. 5 Abs. 4
305	213 ff.; 217	404 Abs. 1	47 Anm. 3
306	215 Anm. 2	418a-418v	13
307	215 Anm. 2 und 3	418n	204 Abs. 3
307 Abs. 2	204 Anm. 3	418p Abs. 1	21 f.; 61 f.; 201 Anm. 2
309 Abs. 1	201 Anm. 2	418q	37; 39 ff.; 55; 56 f.
309 Abs. 2	132; 132-141; 187; 194; 226 Anm. 3	418q Abs. 1	21 f.; 44; 56 f.
310	21 f.; 37 f.; 38 Anm. 5; 59	418q Abs. 2	52; 52 Anm. 1; 56 f.
311	69; 77; 227 Anm. 1	418q Abs. 3	52 Anm. 1
312-318	11	418r	85; 85 Anm. 2; 177 ff.; 187 ff.
312	101; 214 ff.; 217	418r Abs. 2	178; 179 f.; 227; 230
316 Abs. 1	98; 100 ff.; 226 f.	418s	226 f.
316 Abs. 2	95; 100 Anm. 1; 198 Anm. 2	418s Abs. 1	77; 84 ff.; 112 f.
		418s Abs. 2	74; 231
		418u	218; 219
		418v	213 Anm. 2 und 3
		472-491	13 ff.

<i>Art.</i>	<i>S.</i>	<i>Art.</i>	<i>S.</i>
473 Abs. 1	204 Anm. 3	527 Abs. 2	184; 211 Anm. 1; 227; 231
474 Abs. 2	215 Anm. 2	527 Abs. 3	184 ff.; 221
475	214 ff.	528 Abs. 1	80 f.; 221
475 Abs. 1	37 f.; 47; 59; 59 Anm. 3; 60; 78	528 Abs. 2	80; 220 f.
475 Abs. 2	218; 219 f.	529 Abs. 2	114 f.; 220 f.; 227 Anm. 1
476 Abs. 1	187; 194	529 Abs. 3	114 f.; 220 f.; 227 Anm. 1
476 Abs. 2	37 f.; 39 ff.; 167	530-551	15 f.
481	14; 215	530 Abs. 1	22
484	214 Anm. 1	531 Abs. 3	127
485 Abs. 1	204 Anm. 3	545	30 f.; 201 Anm. 2
485 Abs. 2	204 Anm. 3	545 Abs. 1 Ziff. 1	22; 36; 126 f.; 130
486 Abs. 1	37 f.; 47; 78; 214 ff.	545 Abs. 1 Ziff. 2	82
492-512	13 Anm. 4	545 Abs. 1 Ziff. 3	84; 88 ff.; 91; 115 f.
516-520	14 f.	545 Abs. 1 Ziff. 4	27
516 Abs. 1	45; 61; 75	545 Abs. 1 Ziff. 5	61 f.
516 Abs. 2	75	545 Abs. 1 Ziff. 6	37; 39 ff.; 48 ff.
516 Abs. 3	75	545 Abs. 1 Ziff. 7	28; 177 f.; 187 ff.
518 Abs. 2	205	545 Abs. 2	28; 91; 177 ff.; 181 ff.; 184; 187 ff.
518 Abs. 3	113 f.; 220 f.; 227 Anm. 1	546	37; 201 Anm. 2
521-529	14 f.	546 Abs. 1	39 ff.; 48 ff.; 52 f.
521 Abs. 1	45; 61; 75	546 Abs. 2	56 ff.; 58
521 Abs. 2	63 Anm. 1	548	201 Anm. 2; 233
526	198 Anm. 2	549	233
527	80 f.; 177 ff.; 187 ff.; 211 Anm. 1	550	233
527 Abs. 1	132; 178 f.; 184; 185 f.		

