
Die verschiedenen Bedeutungsstufen des Vorvertrages

I. Abgrenzung

Unter *Vorvertrag* soll hier verstanden werden der schuldrechtliche Vertrag, der zum Abschluss eines weiteren schuldrechtlichen Vertrages (des. sog. Hauptvertrages) verpflichtet, der seinerseits entweder zwischen den gleichen Vertragsparteien geschlossen werden soll (zweiseitiger Vorvertrag) oder aber von einem der Partner des Vorvertrages mit einem Dritten (einseitiger Vorvertrag).

Die nachfolgenden Überlegungen wollen zeigen, dass die Erscheinung des Vorvertrages nicht ein einheitliches Phänomen ist und die an Vorverträge zu knüpfenden Rechtsfolgen (bloss Schadenersatz, Klage auf Abschluss des Hauptvertrages oder gar direkte Exekution des zu schliessenden Hauptvertrages?) differenzierend zu betrachten sind. Um wenigstens im Ausgangspunkt einen einheitlichen Untersuchungsgegenstand zu gewinnen, ist der Vorvertrag vorweg gegen verwandte Erscheinungen abzugrenzen¹. Aus der Betrachtung haben auszuscheiden:

- die sog. *Punktationen*, d. h. die Fixierung eines im Verlauf von Vertragsverhandlungen erreichten Zwischenergebnisses, das sich vom Vorvertrag dadurch unterscheidet, dass die Parteien sich damit nicht zum Abschluss des endgültigen Vertrages verpflichten, sondern in der Grundsatzentscheidung, ob überhaupt ein Vertrag zu schliessen sei, frei bleiben;
- die bei Abschluss eines Vertrages vereinbarte Pflicht, einen bereits formlos geschlossenen Vertrag schriftlich (oder in anderer qualifizierter Form) zu fixieren. Hier liegt der Vertragsschluss bereits vor; das Nachholen

¹ Der Terminus Vorvertrag war der älteren Pandektistik (so z. B. SAVIGNY in seinem Obligationenrecht, Bd. II Berlin 1853, p. 245) noch unbekannt; er wurde anscheinend (als Übersetzung des altbekannten *pactum de contrahendo*) von HEINRICH THÖL in der dritten Auflage (1854) seines Handelsrechts, Bd. I § 62, geprägt (so die Hinweise von WINDSCHEID Pandekten Bd. II § 310 A. la, ROTH, p. 2 und WABNITZ, p. 6). Der Ausdruck hat sich seiner Kürze wegen halten können, ist im übrigen jedoch unglücklich gewählt und zu recht kritisiert worden; so etwa von WABNITZ, p. 8 und den dort Genannten sowie die unter Ziff. III genannten schweizerischen Autoren.

- der Fixierung des Vertrages hat nur beweisrechtliche Bedeutung, soll aber an der materiellen Rechtslage nichts ändern²;
- der schuldrechtliche Vertrag, der zu einer *Verfügung* (Eigentumsübertragung, Pfandbestellung, Zession od. dgl.) zwingt, die ihrerseits rechtsgeschäftlichen (vertraglichen) Charakter hat, aber nicht schuldrechtlich ist (nicht zu einer Leistung verpflichtet, sondern vielmehr selber eine – in Vollzug eines schuldrechtlichen Vertrages ergehende – Leistung darstellt);
 - der Vertrag, der dem einen Partner eine Wahlbefugnis hinsichtlich der eigenen Leistung oder jener des Gegners einräumt: Es wird hier zwar dem Wahlberechtigten die Möglichkeit gegeben, den Vertragsinhalt in bestimmten Grenzen nach seinem Belieben zu konkretisieren, die vertragliche Bindung als solche besteht jedoch von Anfang an und vor Ausübung des Wahlrechts;
 - durch einseitige, auf Vertragsabwicklung gerichtete Willenserklärung eines Partners *bedingte Verträge*, die dem entscheidungsbefugten Partner eine sog. *Option* (z. B. Kaufrecht, Recht zum Abschluss oder der einseitigen Verlängerung eines Mietvertrages u. dgl.) einräumen und die sich von Vorverträgen dadurch unterscheiden, dass der Hauptvertrag als solcher, wenn auch unter die Willensbedingung eines Partners gestellt, bereits geschlossen ist und insbesondere nicht mehr der rechtsgeschäftlichen Erklärung des durch die Option belasteten Partners bedarf;
 - der *Vorrechtsvertrag*, mit dem ein Vorkaufsrecht od. dgl. eingeräumt wird und der sich von der Einräumung einer Option dadurch unterscheidet, dass die Vertragsgültigkeit zusätzlich durch den "Vorrechtsfall" (beim Vorkaufsrecht z.B. der "Vorkaufsfall"), d. h. den Abschluss eines entsprechenden Vertrages seitens des Belasteten mit einem Dritten bedingt ist, der erst dem Berechtigten die Ausübung seines Vorrechts ermöglicht³;
 - der von der Doktrin zur Begründung einer Haftung aus *culpa in contrahendo* allenfalls konstruierte Vertrag, der, wenn man dieser Auffassung folgt, vertragliche oder vertragsähnliche Treuepflichten im Hinblick auf

² Im Falle der Nichterfüllung scheidet daher ein Schadenersatzanspruch aus, ebenso die Klage auf Erfüllung (d. h. Erstellung des Vertragsdokumentes). Denkbar wäre, ein Feststellungsinteresse vorausgesetzt, lediglich eine Klage auf Feststellung, dass der Vertrag in geschehenem Sinn geschlossen wurde.

³ Wobei sich im Zusammenhang der Vorverträge die Frage stellt, ob der Abschluss eines Vorvertrages oder erst der Abschluss des Hauptvertrages den Vorrechtsfall, insbesondere Vorkaufsfall, ausmache. Vergleiche dazu MEIER-HAYOZ, Berner Komm. Sachenrecht N 178 f. zu Art. 681 ZGB.

die Vertragsverhandlungen begründet, nicht jedoch die Pflicht zum Abschluss eines bestimmten Vertrages impliziert;

- ein als "*Grundvertrag*" oder ähnlich bezeichneter Vertrag, der von den Parteien geschlossen wird im Hinblick auf künftige "Einzelverträge" ("Objektverträge", "Lieferverträge" oder wie sie immer genannt werden mögen, welche eine konkrete Transaktion zum Gegenstand haben und die zu erbringenden Leistungen spezifizieren), der zwar den rechtlichen Rahmen der Einzelverträge abstecken will (Festlegung von Liefer- und Zahlungsbedingungen, Rechtswahl- und Schiedsklauseln u. dgl.), indessen nicht zum Abschluss derartiger Einzelverträge verpflichtet⁴. In der Literatur wird gelegentlich der Begriff des Vorvertrages auf den *Vorvertrag im engeren Sinne* (auch "zweiseitiger Vorvertrag" genannt) eingeschränkt, bei dem die Parteien des Vorvertrages und des Hauptvertrages dieselben sind⁵, während der Vorvertrag im weiteren Sinn (auch "einseitiger Vorvertrag"; das *pactum de contrahendo cum tertio*), der bloss den einen Vertragspartner zum Kontrahieren zwingt, und zwar mit einem am Vorvertrag nicht beteiligten Dritten, ausgenommen wird. Im Hinblick auf die nachfolgenden Überlegungen besteht zu einer derartigen Einschränkung kein Anlass; allerdings können die beim *pactum de contrahendo cum tertio* sich stellenden Sonderprobleme hier nicht erörtert werden⁶.

II. Gesetzliche Regelung (OR 22)

Während das alte Obligationenrecht keine entsprechende Bestimmung kannte, führte die Revision in OR 22 eine *gesetzliche Regelung des Instituts des Vorvertrags* ein, derzufolge "durch Vertrag ... die Verpflichtung zum Abschluss eines künftigen Vertrages begründet werden" kann (Abs. I) und wonach zum Schutz der Vertragsschliessenden aufgestellte Formvorschriften auch für den Vorvertrag gelten (Abs. II).

⁴ Zu Grundverträgen in diesem Sinne kann indessen das Element eines Vorvertrages hinzutreten, wenn die Parteien einen bestimmten Minimalumfang ihrer Geschäftsbeziehungen festlegen, der eine Partner z. B. zu Warenbezügen in bestimmtem Umfang, der Gegner zu entsprechenden Lieferungen verpflichtet wird.

⁵ So etwa WABNITZ, p. 2 Anm. 2.

⁶ Ob der Drittkontrahent aus dem Vorvertrag selbständig Ansprüche erheben kann, bestimmt sich nach den Regeln von OR 112. Bei Weigerung des Dritten, zu kontrahieren, liegt eine Unmöglichkeit der Erfüllung i. S. von OR 119 vor, die den Schuldner befreit. Wenn der Partner des Vorvertrages seinerseits die Abschlussbereitschaft des Dritten zugesichert hat, kann ihn eine Ersatzpflicht nach OR 111 treffen.

Die gesetzliche Verankerung des Instituts des Vorvertrags in *Absatz I* ist um so beachtlicher, als das deutsche BGB, auf dessen Vorbild die meisten inhaltlichen Neuerungen der Revision zurückgehen, keine entsprechende Vorschrift aufstellt. Zur Zeit der Revision war das Institut des Vorvertrages in der Praxis fest verankert, wie eine Reihe von Entscheidungen des Bundesgerichts zeigen⁷. Die Statuierung des Grundsatzes von Absatz I muss daher, vom historischen Gesetzgeber aus betrachtet, als Ausfluss der Absicht verstanden werden, die damalige Praxis und theoretischen Auffassungen, soweit sie sich zugunsten des Instituts des Vorvertrages aussprachen, "festzuschreiben", d. h. zu fixieren und in der Gesetzgebung sichtbar zu machen⁸. Diese Feststellung erlangt in der Folge Bedeutung, wenn sich erweist, dass die heutigen Tendenzen im Verständnis und der Handhabung des Instituts des Vorvertrages denjenigen zur Zeit der Revision des OR, d. h. der Jahre um die Jahrhundertwende, gänzlich entgegengesetzt sind. Dazu weiter unten. – Als *überflüssig* darf der neu eingefügte Art. 22/I OR schon deshalb nicht bezeichnet werden, weil die Möglichkeit des Vorvertrages, wie auch die Diskussion im vergangenen Jahrhundert beweist, nicht zwangsläufig im Grundsatz der Vertragsfreiheit mitenthalten ist: Diese könnte dahin verstanden werden, dass Gegenstand vertraglicher Pflichten nur direkte vertragliche Leistungen, nicht aber die Bildung eines vertraglichen oder sonstwie rechtsgeschäftlichen Willens zum Inhalt haben könne, dieser vielmehr wesensmässig auf freiem Entschluss beruhen müsse. Rechtsvergleichendes Anschauungsmaterial liefert das *englische Recht*, das – ohne gesetzliche Grundlage, sondern aufgrund allgemeiner rechtlicher Überlegungen – Vorverträge ablehnt⁹.

⁷ BGE 31 II 644 E. 2; 25 II 453 E. 2; 21 p. 633 E. 4; 18 p. 899 E. 2; 15 p. 767 E. 3 f.

⁸ Der Blick in die zeitgenössische Literatur vermag weitgehend auch zu erklären, weshalb der Gesetzgeber des BGB in den Neunzigerjahren glaubte, auf eine Erwähnung des Vorvertrages verzichten zu können, der Gesetzgeber der Revision des OR im ersten Jahrzehnt unseres Jahrhunderts dagegen nicht: Gegenüber Vorbehalten in der älteren Pandektistik (vgl. als wichtigsten SAVIGNY, a. a. O.) hatte sich in der neueren Theorie eine die Vorverträge vorbehaltlos bejahende Auffassung durchgesetzt (vgl. statt vieler WINDSCHEID, Pandekten Bd. II § 310, von den monographischen Abhandlungen die vielbeachtete von DEGENKOLB), wie auch die Praxis die Vorverträge anerkannte (vgl. die obigen Hinweise auf die bundesgerichtliche Praxis, die sich in der Tendenz nicht von der deutschen unterscheiden haben dürfte). Es war erst SCHLOSSMANN, der im Jahre 1903 einen Frontalangriff gegen das Institut führte und mit seinen aufsehenerregenden Ausführungen eine unsichere theoretische Lage schuf. Der in diesen Jahren geschaffene Art. 22 rev. OR muss demnach als "*Anti-Schlossmann-Paragraph*" verstanden werden, mit dem die bisherige Auffassung von Theorie und Praxis gegenüber Schlossmanns Angriffen für die Zukunft sichergestellt werden sollten.

⁹ Siehe HENRICH, p. 69 ff. und die dortigen Hinweise auf die englische Judikatur.

Die in Absatz II vorgesehene *Ausdehnung von vertraglichen Formvorschriften auf Vorverträge* wird uns im folgenden nicht weiter beschäftigen; immerhin dürfen auch dazu einige Bemerkungen angebracht werden. Vorab ist festzuhalten, dass diese aus der Befürchtung von Umgehungsmöglichkeiten heraus geborene Regel¹⁰ zu schematisch ist und eher Probleme schafft als solche beseitigt. Beim wichtigsten Beispiel, dem Grundstückkauf, ist OR 22/II überflüssig, da die Regel von OR 216/II bereits das Notwendige sagt. In den anderen Fällen (d. h. bei vorgeschriebener einfacher Schriftlichkeit) besteht kaum ein Interesse zur Umgehung der vorgeschriebenen Form; beim Kauf nach den Sonderregeln gem. OR 226-228 oder dem Bürgschaftsvertrag erscheint ein formfreier Vorvertrag nach dem Gehalt dieser Bestimmungen zum vornherein ausgeschlossen. Probleme schafft OR 22/II etwa beim *Auftrag* zum Abschluss eines formbedürftigen Vertrages durch den Beauftragten in dessen eigenem Namen: Da der Begriff des Vorvertrages auch diesen Auftrag erfasst, müsste an sich der Auftrag zum Erwerb eines Grundstückes als Vorvertrag zu einem Grundstückkauf öffentlich beurkundet werden, was indessen sinnlos ist, da der Zweck des Schutzes der Parteien dies keineswegs fordert, kann doch gemäss OR 404 sowohl der Auftraggeber wie der Beauftragte jederzeit vom Auftrag Abstand nehmen. Die rechtliche Bedeutung einer derartigen Auftragserteilung liegt nicht im Zwang zur Vornahme des fraglichen Geschäfts, sondern in der Regelung der Geschäftsfolgen (Anspruch auf Auslagenersatz, allenfalls Honorar seitens des Beauftragten, Anspruch auf Herausgabe des Erlangten seitens des Auftraggebers); soweit allerdings der Auftrag zur Weiterübereignung des auftragsgemäss gekauften Grundstückes zwingen würde (*actio mandati directa*) und dieser Anspruch auch geltend gemacht wird, rechtfertigt es sich, die Auftragserteilung zum Grundstückkauf dem Formzwang von OR 216/I zu unterstellen¹¹.

¹⁰ Dabei ist zu beachten, dass das Institut des Vorvertrages historisch gerade aus dem Bedürfnis heraus, die als überholt empfundene Gültigkeitserfordernisse zu überspielen, die stärksten Impulse empfangen hat. Vor allem sollte bei den *Realkontrakten* (Darlehen und Leihe, Hinterlegung, Pfandbestellung und weitere), bes. dem Darlehen, der Vertrag schon vor Sachübergabe wirksam werden, was durch die Vorstellung des (konsensualen) Vorvertrages zum Darlehensvertrag usw. erreicht wurde. Das bleibt auch dann noch richtig, wenn in diesem Zusammenhang die Figur des Vorvertrages in seiner Zulässigkeit bestritten war. Vergleiche hiezuhin die Hinweise bei WABNITZ, p. 48 ff. und HENRICH, p. 8 Z. 4, 47, 78, sodann als Kritiker bes. SCHLOSSMANN, *passim*, bes. p. 68, weiterhin DEGENKOLB, bes. p. 54-58; K. ADLER, *Realcontract und Vorvertrag*, in Jherings *Jahrbücher f. d. Dogmatik*, Bd. 31 (Jena 1892), p. 190-279.

¹¹ So wie hier in der Grundhaltung BGE 58 II 504; es wird – ohne abschliessende Antwort – die Geltung des Formerfordernisses beim Auftrag zum Grundstückkauf in Frage gestellt (p. 506) und im übrigen aus der Tatsache, dass der Beauftragte zur Weiterveräußerung des zu erwerbenden Grundstückes verpflichtet war, richtigerweise gefolgert, dass der dazu verpflichtende Auftrag öffentlich beurkundet werden muss. – Für den Fall der freiwilligen Erfüllung, vgl. den folgenden

Vor allem scheint mir das Formerfordernis gem. OR 22/II nur dahin verstanden werden zu dürfen, dass es die Kontrahenten vor Zwang der Vertragsausführung (d. h. des Abschlusses des Hauptvertrages bzw. dessen Abwicklung) bewahrt, nicht dagegen eine absolute Vertragsnichtigkeit statuiert, die – im Falle freiwilliger Erfüllung – den Anspruch auf vorvertragsgemässe Gegenleistungen ausschliesst. Verpflichtet sich z. B. jemand zur entgeltlichen Begründung einer Bürgschaft (welcher Vertrag vom künftigen Bürgen sowohl mit dem Gläubiger, dem Schuldner oder einem Dritten geschlossen werden könnte), folgert aus OR 22/II nur, dass kein Anspruch auf Abschluss des Hauptvertrages, d. h. Begründung der Bürgschaft, bzw. im Falle des Nichtabschlusses keine Schadenersatzpflicht wegen Nichterfüllung besteht. Wenn indessen der Bürge, ungeachtet der Unverbindlichkeit des Vorvertrages, die Bürgschaft begründet, besteht unter dem Gesichtspunkt des Schutzzweckes von OR 22/II nicht der geringste Anlass, den Bürgen seines Entschädigungsanspruchs verlustig gehen zu lassen, obwohl dieser nicht Ausfluss des Bürgschaftsvertrages, sondern des zu diesem verpflichtenden Vorvertrages ist. Gleiches muss in allen anderen Fällen gelten; so kann auch derjenige, der in einem nicht öffentlich beurkundeten Vorvertrag sich zum Kauf oder Verkauf eines Grundstückes verpflichtet und dieses Geschäft abschliesst, die ihm zugesicherte Entschädigung geltend machen: Der Vorvertrag ist nur hinsichtlich des Elementes der Verpflichtung zum Abschluss des Hauptvertrages, nicht hingegen hinsichtlich der Zusicherung einer Gegenleistung für den Abschluss (oder Vollzug) des Hauptvertrages ungültig. Diese Zusammenhänge wurden hier, bei dem dem Rechtshandlungsauftrag zugrundeliegenden *pactum de contrahendo*, kurz angedeutet, weil die an dieser Stelle zutage tretende Regel, wonach je nach den Rechtsfolgen, die aus dem *pactum* abgeleitet werden sollen, dessen Gültigkeitsvoraussetzungen verschieden sind, sich als allgemeines Charakteristikum der *pacta de contrahendo* erweisen wird¹².

Abschnitt. In BGE 64 II 228 lit. c wird zur Begründung des richtigen Ergebnisses das Fehlargument gebraucht, der Mandatar bedürfe nicht des Formschutzes, da er in fremdem Interesse handle.

Zutreffend stellt dagegen BGE 65 II 164 (Nr. 31) auf OR 404 ab.

¹² Vergleiche unten die Ziff. 5 und 6: die dort exemplifizierte Regel, dass je nach der Bestimmtheit des Vorvertrages im Falle der Nichterfüllung der Kontrahierungspflicht entweder nur auf Schadenersatz oder allenfalls (wenigstens dem Grundsatz nach) auch auf Realexekution geklagt werden kann, ist dasselbe Prinzip, nur von der anderen Seite her betrachtet.

III. Standpunkt der Schweizerischen Doktrin

Die landläufige "Übersichtsliteratur" zum schweizerischen Vertragsrecht ist gegenüber der Figur des Vorvertrages ablehnend-kritisch eingestellt. GUHL bezeichnet den Begriff als "widerspruchsvoll": "Ist man durch den Vorvertrag schon zur Übernahme bestimmter Verbindlichkeiten verpflichtet, so ist der Hauptvertrag kein Vertrag mehr, und ist man noch nicht dazu verpflichtet, so ist der Vorvertrag noch kein Vertrag"¹³. Der Grundgedanke wird in der Nachfolgedition von MERZ beibehalten, wenn auch in schlüssigere Form gebracht¹⁴; immerhin verkennt dieser Autor nicht, dass der Vorvertrag als einseitiger Vorvertrag (mit dem Beispiel der "mit einem Landverkauf verbundenen Abmachungen, wonach die Werkverträge für die Überbauung mit bestimmten Firmen abzuschliessen seien") praktische Bedeutung haben kann.

In gleicher Richtung geht, mit grösserer Konsequenz, v. BÜREN: Für ihn ist der Vorvertrag "bloss ein Wort, ein Begriff ohne realen Hintergrund"¹⁵; Vorverträge i. e. S. des zweiseitigen Vorvertrages "gibt es nun eben nicht. Jedenfalls gibt es sie nicht in sinnvoller, rechtlicher Sanktion werter Art und Weise. Denn der neue Vertrag würde nur wiederholen, was schon im ersten steckt, ein Vorgang, dessen Zwecklosigkeit offenbar ist"^{15a}. Ablehnend schliesslich auch v. TUHR, der wohl eher bedauernd feststellt, dass es der Gesetzgeber der Revision für nötig befunden hat, Art. 22 einzuführen und der nur in zwei Fällen "die Annahme eines Vorvertrages" für "begründet" hält: Bei Verpflichtung zu einem Liegenschaftenerwerb oder -verkauf unter Voraussetzungen, die eine genaue Bezeichnung des Grundstückes derzeit noch nicht zulassen, schliesslich die Verpflichtung zur Ausstellung eines abstrakten Schuldscheines (mit dem Hauptbeispiel des *pactum de cambiando*, der Verpflichtung, einen Wechsel zu begeben)¹⁶.

¹³ *Theo Guhl*, Schweizerisches Obligationenrecht, 5. Aufl. Zürich 1956, p. 94.

¹⁴ a. a. O., 6. Aufl. Zürich 1972, p. 113. Es wird vorsichtiger nicht der "Begriff", sondern die "Bezeichnung" Vorvertrag als widerspruchsvoll hingestellt, im übrigen dieser nicht mehr auf die "Übernahme bestimmter Verbindlichkeiten", sondern auf den "Leistungsgegenstand" bezogen.

¹⁵ Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964, p. 213, wobei der Autor nicht übersieht, dass einseitige Vorverträge (mit dem Beispiel der Reiseagentur), und Verträge, mit denen die Parteien sich gegenseitig zum Abschluss eines gemeinsamen Vertrages mit einem Dritten verpflichten oder der eine Partner sich verpflichtet, einen Dritten zum Vertragsschluss mit dem anderen zu bestimmen, praktische Bedeutung erlangen können.

^{15a} v. BÜREN, a. a. O., p. 214.

¹⁶ v. TUHR, Allgemeiner Teil des schweiz. Obligationenrechts, Bd. I Tübingen 1924, p. 236 und p. 237 oder 3. Aufl., Zürich 1979 (bearbeitet von H. Peter), p. 275 und p. 276.

Auf der Ebene des Vollstreckungsrechts übernimmt KUMMER die Linie von GUHL und MERZ, indem er im Falle eines Vorvertrages die Klage auf Herstellung des Hauptvertrages für unzulässig hält und annimmt, bei hinreichender Bestimmung der Leistung könne direkt auf diese geklagt werden, so dass die Herstellung des Hauptvertrages ein "unnötiger Umweg" und die darauf gerichtete Klage mangels Rechtsschutzinteresses unzulässig sei¹⁷.

Näheres Zusehen zeigt, dass die hier vorgetragene Kritik nicht selbständig neue Gedanken entwickelt, sondern altehrwürdige Topoi der Kritik weiterführt. V. BÜREN bezieht sich auf den sehr kritischen SCHLOSSMANN (1903), der seinerseits von einem "hohlen" Begriff spricht, den er zu den "überflüssigen und unhaltbaren Kategorien" rechnet (p. 2). Die Auffassung, dass ein genügend bestimmter Vorvertrag bereits den Hauptvertrag konstituiere (GUHL, MERZ, KUMMER), findet sich nicht nur bei SCHLOSSMANN¹⁸, sondern lässt sich bis zu den Kommentatoren zurückverfolgen¹⁹; sie scheint bereits zur Zeit eines ZASIUS wie später bei STRYK, HELLFELD oder HÖPFNER geradezu ein Gemeinplatz gewesen zu sein²⁰. Die Bedenken v. TUHRs sind bereits bei SAVIGNY zusammenfassend formuliert: "(pactum de contrahendo): Was man so nennt, ist oft nichts anderes, als ein unfertiger, in der Vorbereitung begriffener Vertrag, der natürlich noch keine rechtliche Wirkung haben kann. – In anderen Fällen ist es ein völlig abgeschlossener Vertrag mit bloss aufgeschobener Erfüllung. So, wenn Jemand verspricht, sein Haus in sechs Monaten verkaufen zu wollen um eine gleich jetzt bestimmte Summe"²¹.

IV. Kritik der Kritiker

Zum vornherein ist einzuräumen, dass vieles, was von den Parteien als Vorvertrag bezeichnet wird, in der Tat auf andere Erscheinungen zurückgeführt werden muss, von denen SAVIGNY gewiss die beiden wichtigsten genannt

¹⁷ *Kummer*, Die Klage auf Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung, in *Zeitschr. f. Schweiz. Recht* 73/1954, p. 163-205, hier p. 173.

¹⁸ SCHLOSSMANN, p. 89, der im Falle hinreichender Bestimmtheit des Vorvertrages den Schuldner nicht zum Abschluss des Hauptvertrages, sondern direkt zu der in diesem vorgesehenen Leistung verpflichtet hält, was, konsequent zu Ende gedacht, das Ergebnis der Position von GUHL und MERZ ist.

¹⁹ Vergleiche die Hinweise bei WABNITZ, p. 30 f., 35 f.

²⁰ Vergleiche die Hinweise bei WABNITZ, p. 37/38.

²¹ SAVIGNY, *Obligationenrecht*, Bd. II Berlin 1853, p. 245.

hat: noch nicht verbindliche "Traktationen" oder aber ein in seinen Wirkungen aufgeschobener gewöhnlicher Vertrag, bei welchem die Formel "verpflichte mich, Dir in sechs Monaten zu verkaufen" nur *falsa demonstratio* ist und gelesen werden muss als "verkaufe Dir heute, liefere in sechs Monaten"²².

Es berührt seltsam, wie sehr die an sich nicht zu leugnende und wohl auch nicht selten verwirklichte Möglichkeit, dass unter dem Gewande eines Vorvertrages etwas anderes sich verbirgt, in der Literatur von SAVIGNY bis zu den genannten schweizerischen Autoren immer wieder Anlass gegeben hat, dem Vorvertrag im eigentlichen Sinn entweder auszuweichen oder dessen "Existenz" kurzerhand zu leugnen. Dabei kann es im Ernst nicht fraglich sein, dass eine vertragliche Vereinbarung nach dem Muster "Ich will Dir zwar heute noch nicht verkaufen, verpflichte mich aber, Dir in sechs Monaten zu verkaufen" möglich, d. h. rechtsgültig ist. Diese Möglichkeit der vertraglichen Begründung einer Abschlussverpflichtung ist in Deutschland im Rahmen einer mit der schweizerischen identischen Vertragsrechtstradition aufgrund der Vertragsfreiheit heute als Selbstverständlichkeit anerkannt, obwohl eine gesetzliche Grundlage fehlt²³; um so schwerer ist zu verstehen, wie angesichts von OR 22 in der Schweiz Vorbehalte im Grundsätzlichen bestehen können. Das seit SCHLOSSMANN gerne in den Vordergrund gestellte Argument, dass Vorverträge tatsächlich kaum vorkommen würden, geht am Kern der Sache vorbei und liegt auf der Ebene des Rechtstatsächlichen; selbst wenn diese Annahme zutreffend wäre (was sie, wie im folgenden in Ziff. V zu zeigen sein wird, nicht ist),

²² Wobei hier unter dem Einfluss der Translativwirkung schuldrechtlicher Übereignungsverträge im französischen Code Civil, bei entsprechender Interessenlage besonderer Anreiz besteht, einen Vorvertrag zu schliessen, weil dieser dann lediglich obligatorisch wirken würde, ohne das Eigentum zu übertragen. Vor diesem Hintergrund ist die Tradition der "*promesse de vente*" zu sehen, welche anscheinend in der Westschweiz in der Kautelarpraxis des Grundstückkaufs auch heute noch häufig an die Stelle der "vente" selber tritt, obgleich die Parteien nichts anderes als einen Kaufvertrag wollen; vgl. in diesem Sinne die Hinweise bei v. TUHR/PETER, p. 275. Auch in Frankreich war und ist diese Tendenz wohl wirksam, wobei allerdings zu beachten ist, dass die "*promesse de vente*" als einseitige Verkaufsverpflichtung (im Ergebnis der Option verwandt) zu verstehen ist und im übrigen durch die Regel "*La promesse de vente au vente ...*" (CC art. 1589/I) in ihrer Bedeutung eingeschränkt wird (Einzelheiten umstritten). Vergleiche dazu die französische Literatur zu CC 1589 sowie M. FERID, Das französische Zivilrecht, Bd. I (Frankfurt a.M. 1971), p. 596 ff., N. 2 F 110-ff; HENRICH, p. 20 ff.; WABNITZ, p. 120-145.

²³ Statt vieler sei hier nur hingewiesen auf die neuesten Kommentare zum BGB: KRAMER im Münchener Komm. zum BGB Bd. I (München 1978) N. 33-39 vor § 145; H. LANGE/HEFERMEHL in Soergel, Komm. BGB Bd. I (11. Aufl. Stuttgart usw. 1978) N. 39-49 vor § 145.

würde sie keinen Beitrag zur theoretischen Erfassung des Phänomens "Vorvertrag" leisten; hier (ähnlich wie bei dem abstrakten Schuldbekennnis oder der Novation) führt der Hinweis auf fehlendes Vorkommen in der Praxis vom Erfassen der Dinge weg.

Ins Zentrum der Problematik scheint mir indessen das andere Argument zu führen, ein in allen Punkten inhaltlich bestimmter Vorvertrag stelle auch bereits den Hauptvertrag dar, den zu schliessen man sich vorvertraglich verpflichtet habe, denn warum soll das, was (auf rechtlich-normativer-Ebene) getan werden soll, nicht von der Rechtsordnung als bereits getan fingiert werden²⁴?

In der Tat ist es recht seltsam, wenn der aus dem Vorvertrag Berechtigte zuerst auf Abschluss des Hauptvertrages klagen soll, um allenfalls in einer weiteren Klage erst die gemäss Hauptvertrag geschuldete Leistung zu fordern. Daher kann man die Stimmen verstehen, die den Vorvertrag automatisch in einen Hauptvertrag umgewandelt sehen wollen und die damit ihm höchstens transitorische Existenz zubilligen²⁵. Aber diese Konsequenz steht nicht nur in Widerspruch zum Gesetz, das in OR 22/I Vorverträge ausdrücklich anerkennt und sich damit eindeutig von einer Auffassung distanziert, welche zu einer Auflösung der Figur führen würde. Vor allem lässt sich diese Konzeption nicht mit dem *Willen der Parteien* des Vorvertrages vereinbaren, die, man kann es drehen und wenden wie man will, sich zwar verpflichtet haben, künftig einen bestimmten Vertrag zu schliessen, die aber gerade deshalb jene Pflichten, die durch den Hauptvertrag begründet werden sollen, mit dem Vorvertrag noch nicht übernommen haben²⁶.

Das *Bundesgericht* hat richtigerweise eine direkte Klage auf die Leistung aufgrund eines Vorvertrages mit wünschbarer Deutlichkeit abgelehnt²⁷; gleich ist die heutige Rechtsauffassung in Deutschland²⁸.

²⁴ So wie eine Maxime des englischen Equity-Rechts lautet: "Equity looks on that as done which ought to be done" (vgl. die Lehrbücher zu Equity, z. B. SNELL's Principles of Equity, 27. Aufl. von Megary/Baker, London 1973, p. 40, Kap. 3 Ziff. 10), oder so wie umgekehrt ein gem. OR 20 sittenwidriger Vertrag, der *nicht* hätte geschlossen werden sollen, von der Rechtsordnung als nicht geschlossen betrachtet wird.

²⁵ Vergleiche etwa die Hinweise bei WABNITZ, p. 51 oder die Auffassung von KUMMER, a. a. O.

²⁶ Was wohl bereits die Meinung von COCCEJUS ist, wenn er in *Ius controversum civile II/XIV quaestio XI* unter Nr. 5 schreibt: "Obligatio oriatur ex consensu partium ... Cum vero nostro casu propositum sit partibus in futurum contrahere, non possunt adhuc dici obligati esse, quia id quod ipsis propositum erat, nondum est perfectum" (zit. nach WABNITZ, p. 53).

²⁷ BGE 97 II 52 (im Hinblick auf ZGB 665/I).

²⁸ Vergleiche KRAMER, a. a. O. N. 39 und Anm. 132, LANGE/HEFERMEHL, a. a. O. N. 49, je mit Hinweisen.

Die unausweichlichen Folgerungen daraus, dass man den Willen der Parteien ernst nimmt und sie nicht über ihren eigentlichen Verpflichtungswillen hinaus als verpflichtet hält, ist eine *Widersprüchlichkeit des Ergebnisses*, die dem Prozessualisten am meisten auffallen muss und die es verständlich macht, dass KUMMER eine direkte Klagbarkeit aus dem Vorvertrag annimmt. Es liegt ein seit je von der Literatur bemerkter "*circuitus inutilis*" vor²⁹, der in Widerspruch zu den sonst wirkenden Mechanismen der Durchsetzung privatrechtlicher Rechtslagen steht³⁰. Diese Widersprüchlichkeit ist es, welche, gewissermassen tiefenpsychologisch betrachtet, die negative Haltung gegenüber Vorverträgen veranlasst, die ihrerseits sich auf verschiedene Art manifestieren kann: Zu sagen, derartiges würde nicht vorkommen (SAVIGNY, SCHLOSSMANN, v. BÜREN) oder aber, ein Vorvertrag als solcher sei gleich auch als Hauptvertrag zu verstehen (v. TUHR, GUHL, MERZ, KUMMER). Indessen besteht keine Notwendigkeit, einen Fluchtweg zu suchen; weshalb sich nicht eingestehen, dass auf dem Kontinent und besonders deutlich im deutschen Sprachbereich einerseits die Vertragsfreiheit, so wie sie hier verstanden wird, und die Möglichkeit der Realexekution von Verträgen anscheinend zu einer Widersprüchlichkeit der Ergebnisse führt, die man einfach zur Kenntnis nimmt? Praktische Folgerungen sind keine zu ziehen ausser jener einen: angesichts der ohnehin bestehenden sachlichen Einschränkung der Möglichkeit der Realexekution von Vorverträgen diese *einschränkend* zu fassen, d. h. im Zweifel auf reale Durchsetzbarkeit eines Vorvertrages zu verzichten und den Berechtigten auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung des Vorvertrages zu verweisen. Dazu auch unten Ziff. VI.

V. Erscheinungsformen der Vorverträge

Die in Literatur und Gerichtspraxis erscheinenden Vorverträge sind vor allem solche zu Kaufverträgen, insbesondere Kaufverträgen über Grundstücke,

²⁹ M. KUMMER, a. a. O. p. 172 f.; DERS., ZBJV 109, p. 149 f.; v. TUHR, a. a. O. p. 235.

³⁰ Das gelangt auch im *Prozessualen* zum Ausdruck. Es muss möglich sein, die Klage auf Herstellung des Hauptvertrages mit der Klage auf die gemäss Hauptvertrag geschuldete Leistung zu verbinden (so ausdrücklich die Auffassung in Deutschland; vgl. LANGE/HEFERMEHL, a. a. O. N. 49, KRAMER, a. a. O. N. 39, je mit Hinweisen). Wenn dem so ist, müsste man eigentlich, um einen nicht zu rechtfertigenden prozessualen Formalismus zu vermeiden, in eine direkt auf die Leistung des Hauptvertrages gerichtete Klage die Klage auf dessen Herstellung hineininterpretieren und über dessen Voraussetzungen vorfrageweise entscheiden?

neben die ergänzend Tausch und Schenkung treten; weiterhin spielen (heute vor allem in der Doktrin) die traditionellen Realverträge (Darlehen, Leihe, Hinterlegung, Pfandbestellung) eine Rolle. Diesen Verträgen ist gemeinsam, dass sie zu einer Verfügung verpflichten. Allerdings kommen, wenn wohl auch bloss in zweiter Linie, andere Verträge, wie Miete und Pacht, Arbeitsvertrag, Gesellschaftsvertrag in Frage³¹.

Diese die theoretische Auseinandersetzung bestimmende Typologie scheint mir die heutzutage praktisch wichtigen Anwendungsfälle nicht zu erfassen. In der Praxis ist lediglich *ein* Tatbestand aufgetaucht, der als Beispiel für den gesamten Typus erscheinen kann: Die Architektenverpflichtung, wie sie insbesondere in Verbindung mit Kaufverträgen über Grundstücke abgeschlossen wird³².

Für die weitere Betrachtung wird nicht die Architektenverpflichtung ins Auge gefasst, weil diese dem Auftragsrecht unterliegt und daher, wie vom Bundesgericht im genannten Entscheid bestätigt, beide Parteien jederzeit den Auftrag widerrufen können, das die hier besonders interessierende Problematik der Möglichkeit einer Erzwingung des Abschlusses des Hauptvertrages gegenstandslos werden lässt. Als Untersuchungsgegenstand soll vielmehr die mit der Architektenverpflichtung oft parallel laufende und unter gleichen äusseren Umständen ebenfalls häufig angetroffene "*Baumeisterverpflichtung*" dienen, kraft derer sich jemand (meist der Erwerber) verpflichtet, die bei der geplanten Überbauung des Grundstückes anfallenden Baumeisterarbeiten einem bestimmten Bauunternehmer anzuvertrauen. Als Beispiel einer von den Parteien verwendeten Formel mag jene dienen, die in BGE 98 II 306 die Architektenverpflichtung begründen sollte. Auf den anderen Sachbereich angepasst würde sie dann wie folgt lauten: "Die Käuferin verpflichtet sich, für sämtliche Baumeisterarbeiten bezüglich des Kaufareals die Baufirma N.N. zu Bedingungen des Verbandes X zu berücksichtigen." Die gleiche rechtliche Struktur, die hier im Falle der Baumeisterverpflichtung vorliegt und die vom Bundesgericht zutreffend als Vorvertrag diagnostiziert worden ist³³, liegt auch bei *anderen*

³¹ Näheres zu den aktuellen Erscheinungsformen des Vorvertrages, insbesondere bei HENRICH, a. a. O. p. 84 ff.; ROTH, a. a. O. p. 128 ff.

³² BGE 98 II 307; weiterhin auch ZWV 93, p. 323 ff. Das grundsätzlich Neuartige dieses Typus ist von der Theorie nicht beachtet worden.

³³ BGE 98 II 307 E. 1. Der Umstand, dass ein "Vorvertrag zugunsten Dritter" (d. h. ein "einseitiger" Vorvertrag, ein "Vorvertrag im weiteren Sinn" in traditioneller Terminologie) spielt unter den hier betrachteten Aspekten keine Rolle. Im Hinblick auf das Folgende können die Verhältnisse auch so betrachtet werden, wie wenn die Baumeisterverpflichtung zugunsten der anderen Vertragspartei, d. h. der Verkäuferschaft begründet worden wäre.

Exklusivverträgen vor, mit denen sich z. B. Erfolgsautoren und Künstler an einen bestimmten Verlag oder Produzenten binden und letztere sich verpflichten, bestimmte Werke unter Mitwirkung des Vertragspartners zu realisieren. Den genannten Vorverträgen an die Seite zu stellen sind aber auch alle möglichen *Bezugs- und Lieferverpflichtungen*, wie sie zwischen Fabrikanten und deren Zulieferanten, zwischen Brauern und Wirten und in allen möglichen weiteren Zusammenhängen abgeschlossen werden mögen³⁴.

Bei der Beurteilung des hier skizzierten Bereichs von Beispielen ist im Ausgangspunkt festzustellen, dass dieselben zwar unter den Begriff des Vorvertrages fallen oder wenigstens fallen können, soweit nämlich eine Pflicht der Parteien statuiert wird, künftig bestimmte Verträge (zur Produktion eines bestimmten Filmes oder einer Schallplatte, zur Lieferung bestimmter Zubehörteile, von Bier od. dgl.) zu schliessen. Andererseits wird aber auch sichtbar, dass Verträge aus dem genannten Beispielbereich sich der Figur des Vorvertrages mehr oder weniger entziehen und dass diese sich jedenfalls nicht in der Verpflichtung, einen künftigen Vertrag zu schliessen, erschöpfen: Bereits die vom Bundesgericht beurteilte "Architektenklausel", aber alle anderen genannten Beispiele verpflichten nicht bloss zur Herstellung einer bestimmten künftigen Vertragsbeziehung mit dem Vertragspartner des Vorvertrages, sondern zusätzlich und vor allem enthalten sie die negative Pflicht, keine entsprechenden Verträge mit Dritten zu schliessen. Was wohl im Hintergrund bei den Vorverträgen im herkömmlichen Sinn (insbesondere den Vorverträgen zu Kauf, Pfandbestellung, Leihe oder Hinterlegung, Miete oder Arbeitsvertrag) zwar nicht rechtlich verabredet ist, in den meisten Fällen sich jedoch als sachlogische Konsequenz der Erfüllung des Vorvertrages ergibt (der Kauf-, Pfand-, Hinterlegungs- oder Mietgegenstand ist nur einmal vorhanden; der Arbeitnehmer kann nur eine Stelle antreten), wird hier zum wichtigsten Teil des Vertragsinhaltes erhoben: Neben das *pactum de contrahendo* tritt ein *pactum de non contrahendo cum tertio*, die für Verträge des hier diskutierten Beispielbereichs, die deshalb auch alle als "*Exklusivverträge*" bezeichnet werden können, charakteristische Verpflichtung, *mit Dritten nicht Verträge der in Frage stehenden Art zu schliessen*. Die beiden Elemente, erstens die Pflicht, mit dem Partner des Vorvertrages einen Hauptvertrag zu schliessen und zweitens die Pflicht, einen gleichgerichteten Vertrag nicht mit Dritten einzugehen, sind im Ansatzpunkt zwar beide vorhanden, können aber in allen denkbaren Abstufungen verschiedenes Gewicht haben.

³⁴ Als weiteres Anschauungsmaterial mögen die in meinem Grundriss des OR, Allg. Teil (Zürich 1979) in § 15/VII/3/c aufgeführten Beispiele von Bezugspflichten dienen.

Dabei mag der Zweck des der Kontrahierungsverpflichtung überlagerten Verbots des Kontrahierens mit Dritten (d. h. der Zweck des hier sog. pactum de non contrahendo cum tertio, das dem pactum de contrahendo zur Seite tritt) ein verschiedener sein: Das Verbot kann um seiner selbst willen interessieren (so, wenn es einem Film- oder Schallplattenproduzenten weniger darum geht, Filme oder Platten mit dem unter Vertrag genommenen Künstler herauszubringen als vielmehr, diesen für die Konkurrenz zu sperren), oder aber dieses Verbot kann auch als indirekter Zwang wirken sollen, um den Verbotsbelasteten zum Abschluss mit dem Vertragspartner zu zwingen. Welches der beiden Motive für den Berechtigten beim Kontrahieren im Vordergrund steht, wird oft nicht leicht auszumachen sein und soll rechtlich auch nicht entscheidendes Gewicht erlangen. Von grundlegender Bedeutung ist aber die Feststellung, dass bei den hier interessierenden Vorverträgen beide Elemente des Vertragsinhaltes sich sachlich gegenseitig bedingen, d. h. dass erstens das pactum de contrahendo ein Verbot des Vertragsschlusses mit Dritten impliziert (man kann nicht sich verpflichten, einen Bau durch einen bestimmten Architekten oder Baumeister ausführen zu lassen, ohne sich gleichzeitig zu verpflichten, einen entsprechenden Vertrag nicht mit einem Dritten zu schliessen; gleich bei allen anderen hier genannten Beispielen) und dass es zweitens (innerhalb der von ZGB Art. 27 vorgezeichneten Schranken) ein legitimes Vorgehen ist, auf den Vertragspartner einen indirekten Zwang zum künftigen Kontrahieren mit einem selber auszuüben, indem man mit ihm ein Verbot des Kontrahierens mit Dritten vereinbart³⁵.

Es liegt auf der Hand, dass die hier behandelten Beispiele von Vorverträgen ausserhalb des herkömmlichen Verständnisses dieser Figur bleiben und insbesondere von der wissenschaftlichen Diskussion, die sich auf die herkömmlichen Beispiele des Vorvertrags zu Kauf u. dgl. beschränkt hat, auch nicht erfasst werden. Dass die genannten Beispiele indessen unter den Vorvertragsbegriff fallen, ist offenkundig, wobei allerdings das vorvertragliche Element, die positive Verpflichtung zum Kontrahieren, mehr oder

³⁵ Im Falle der Baumeisterverpflichtung ist ein derartiges Vorgehen der einzige Weg, um das Anliegen der Parteien der Reservierung der Bauausführung für einen bestimmten Unternehmer zu verwirklichen, wenn einerseits die Pläne des zu errichtenden Baues noch nicht bestehen, andererseits der Käufer sich zur Bauausführung selber nicht verpflichten kann oder will: ist weder die konkrete Bauaufgabe festgelegt noch der Entscheid, binnen bestimmter Frist überhaupt einen Bau auszuführen, gefallen, kann eine Baumeisterklausel immerhin im negativen Verständnis vereinbart werden, dass wann und was auch immer gebaut werden möge, kein anderer als nur der Begünstigte mit der Ausführung betraut werden dürfe.

weniger vom negativen Element, dem Verbot des Kontrahierens mit Dritten, überlagert wird³⁶.

Die in Frage kommenden Tatbestände von Liefer- und Bezugsverpflichtungen und alle Spielarten von Exklusivverträgen haben im modernen Wirtschaftsleben grosse und zunehmende praktische Tragweite. Es sind gleichzeitig jene Vertragstypen, die sich erst in neuerer Zeit entwickelt haben und weder vom Gesetzgeber noch von der Privatrechtsdogmatik in ihrer Bedeutung erkannt wurden. Im folgenden soll versucht werden, zu zwei zentralen Problemen: erstens der Frage der *hinreichenden Bestimmtheit* des Vorvertrages und zweitens der Frage der *Realexécution* des Vorvertrages i. S. der Herstellung des Hauptvertrages, einige Gedanken zusammenzutragen. Dabei ist zur Ausgangslage festzuhalten, dass es ein einheitliches Erscheinungsbild eines Vorvertrages in den hier behandelten Sachbereichen nicht gibt, sondern dass die zu betrachtenden Verträge neben dem negativen Element in verschiedenen quantitativen Abstufungen noch die positiven Merkmale des Vorvertrages i. S. einer Verpflichtung zu künftigem Vertragsschluss aufweisen, ohne dass eine scharfe Grenzziehung möglich wäre. Eine Abgrenzung des Phänomens "Vorvertrag" ist nicht nur nicht möglich, sondern auch nicht notwendig, ja nicht zulässig, sind doch alle Übergangsformen rechtlich gleichermassen zulässig als Ausfluss des Grundsatzes der Vertragsfreiheit, der durch die Anerkennung der Vorverträge in OR 22 nicht eingeschränkt, sondern ausgeweitet wird.

VI. Erstes Problem: Hinreichende Bestimmtheit von Vorverträgen im Hinblick auf Schadenersatzansprüche

Ein Gemeinplatz der Doktrin des Vorvertrages ist die Forderung, dass dessen Inhalt "*hinreichend bestimmt*" sein müsse³⁷.

Diese Forderung leuchtet ohne weiteres ein, wenn der in Frage stehende Vorvertrag Grundlage einer Klage auf Herstellung des Hauptvertrages bzw.

³⁶ Der Bereich der vom Vorvertragsbegriff erfassten Tatbestände ist ohnehin umfassender als gemeinhin angenommen wird. So beinhaltet z. B. jede Schiedsklausel ein Pactum de contrahendo in dem Sinne, dass sich die Parteien verpflichten, im Streitfall sich nicht nur dem Spruch eines Schiedsgerichts zu unterwerfen, sondern auch mit den zu ernennenden Schiedsrichtern einen entsprechenden Vertrag (das sog. *receptum arbitri*) zu schliessen.

³⁷ v. TUHR/PETER, p. 275 und A. 7; BECKER, Komm. OR 22 N. 4; OSER/SCHÖNENBERGER, Komm. OR 22 N. 8; BGE 97 II 307 E. 1 Absatz 2. – Für Deutschland vgl. KRAMER, a. a. O. N. 26; LANGE/HEFERMEHL, a. a. O. N. 44.

der Erzwingung der im Hauptvertrag vorzusehenden Leistung sein soll. Wenn es auch als fraglich erscheint, ob es richtig ist, an die inhaltliche Bestimmung diesfalls die *genau* gleichen Anforderungen zu stellen wie an den zu schliessenden Hauptvertrag selber³⁸, kann es im Ergebnis doch nicht zweifelhaft sein, dass der Vorvertrag, sofern er Grundlage einer Klage auf Abschluss eines Hauptvertrages sein will, hinsichtlich der inhaltlichen Bestimmtheit sich von diesem selber nicht grundlegend unterscheiden kann, d. h. die wesentlichen Elemente bestimmen oder wenigstens bestimmbar machen muss; es kann dem Richter, der den Hauptvertrag durch sein Urteil herzustellen hätte³⁹, nicht überlassen bleiben, wesentliche Vertragselemente ohne entsprechende Grundlage in der Vereinbarung der Parteien frei zu ergänzen. Ist die Bestimmtheit des Vorvertrages durch die Notwendigkeit bedingt, dem richterlichen Urteil hinreichende sachliche Grundlagen zu geben, stellt sich das Erfordernis gänzlich anders dar, wenn der Vorvertragsberechtigte *lediglich auf Schadenersatz* klagt. Das sei an Beispielen illustriert: Wollte aufgrund einer sog. Baumeisterklausel die eine oder andere Partei auf Realexekution des Vorvertrages im Sinne der Herstellung des Hauptvertrages und anschliessend auf Erfüllung des Hauptvertrages klagen, so ist einleuchtend, dass hier – alle anderen im folgenden unter Ziff. VII darzulegenden Bedenken vorerst beiseite gesetzt – eine Realexekution nur in Frage käme, wenn bereits wenigstens in Übersichtsplänen die Umriss des zu errichtenden Baues und ebenso die genauen Preise für alle Elemente der in Frage kommenden Bauleistungen vertraglich festgelegt wären. Geht indessen die Klage nur auf Schadenersatz, sind die Anforderungen geringer: Beauftragt der Bauherr in Verletzung der übernommenen Baumeisterverpflichtung einen anderen Baumeister, lässt sich der dem Vorvertragsberechtigten erwachsende Schaden i. S. entgangenen Gewinns mit aller wünschbaren Genauigkeit und ohne unzulässige Ausdehnung des richterlichen Ermessensbereiches aufgrund des vom Konkurrenten tatsächlich ausgeführten Baues bestimmen. Grundlage des Anspruchs ist nicht das positive pactum de contrahendo, sondern das in ihm unausgesprochen enthaltene pactum de non contrahendo cum tertio, das als Klagegrundlage hinreichend auch dann bestimmt ist, wenn die Umriss des geplanten Baus bei der Vereinbarung der Klausel noch nicht feststehen, ja wenn der Bauherr sich nicht positiv zur Bauausführung verpflichten wollte, sondern die Baumeisterverpflichtung nur eventualiter, für den Fall

³⁸ So wohl die Mehrzahl der vorstehend zitierten Autoren. Zurückhaltend in dieser Frage zu Recht LANGE/HEFERMEHL.

³⁹ Vergleiche dazu sogleich Ziff. VII.

seines Entschlusses zu bauen, auf sich nahm. Nach dem gleichen Schema können alle anderen hier genannten Beispiele abgehandelt werden: Verpflichtet sich ein Automobilfabrikant, die für seine Produktion benötigten Kühler in den nächsten zehn Jahren bei einem bestimmten Fabrikanten einzukaufen, kann hier mangels hinreichender quantitativer und qualitativer Bestimmtheit der Lieferungen weder für die eine noch die andere Seite eine Klage auf Realexekution des Vor- und Hauptvertrages in Betracht fallen, wohl aber können, nach mit aller Wünschbarkeit genau bestimmten tatbeständlichen Grundlagen, beide Partner auf Schadenersatz klagen, wenn der Abnehmer in Verletzung der übernommenen Verpflichtung die Kühler bei einem Dritten bezieht oder der Lieferant die benötigten Einheiten sich zu liefern weigert.

Die Frage der hinreichenden Bestimmtheit eines Vorvertrages kann nicht losgelöst von den aus ihm abgeleiteten rechtlichen Ansprüchen betrachtet werden; sie ist demnach grundlegend verschieden, je nachdem auf Realexekution oder aber bloss auf Schadenersatz geklagt wird. Ist nur letzteres der Fall, so ist nicht einzusehen, weshalb man daran, dass die von einer Klage auf reale Durchsetzung des Vorvertrages (d. h. Klage auf Herstellung des Hauptvertrages bzw. auf dessen Erfüllung) vorausgesetzte Bestimmtheit fehlt, Anstoss nehmen dürfte. Dies wird ganz besonders deutlich bei denjenigen Verträgen, bei denen die Parteien explizit die Rechtsfolgen der Verletzung auf Schadenersatz begrenzen⁴⁰.

In der Literatur wird dieser Unterschied, soviel ich sehen kann, kaum beachtet, vielmehr wird das Bestimmtheitserfordernis bei Vorverträgen, wie diese überhaupt ganz allgemein, unter dem Gesichtspunkt der Realexekution gesehen, welche jedoch bei den hier betrachteten und heute praktisch im Vordergrund stehenden Fällen kaum eine Rolle spielt⁴¹.

Das Bundesgericht hat im "Architektenklausel-Entscheid" die Frage hinreichender Bestimmtheit der Klausel offen lassen können und auch offen gelassen. Dies mit dem Gespür, dass die herkömmliche unbedachte Anwendung des Bestimmtheitserfordernisses (dem in anderen Zusammenhängen das Bundesgericht gerne Raum gibt), nicht zum richtigen Ergebnis führen könnte. Die Bestimmtheit, wie traditionell auf die Erfüllungs-Durchsetzung bezogen, hätte verneint werden müssen, ohne dass unter

⁴⁰ Unter Ziff. VII wird zu zeigen sein, dass dieser Parteiwille, auch wenn unausgesprochen, regelmässig bei der Verabredung von Vorverträgen in Fällen, in denen bereits der Hauptvertrag geschlossen werden könnte, unterstellt werden muss.

⁴¹ Vergleiche für Deutschland und Österreich statt vieler KRAMER, a. a. O. N. 36 mit zahlreichen Hinweisen; für die Schweiz die in BGE 98 II 307 E. 1 Genannten.

diesem Blickwinkel der geringste Anlass bestand, den in casu allein geltend gemachten Schadenersatzanspruch abzuweisen.

Das Erfordernis hinreichender inhaltlicher Bestimmtheit darf nicht nur bei Vorverträgen, sondern in allen denkbaren vertraglichen Zusammenhängen nicht schematisch unter dem abstrakten und blutleeren Blickwinkel der "*Vertragsgültigkeit an sich*" betrachtet werden; vielmehr ist es im Zusammenhang der von den Parteien gestellten Ansprüche zu sehen. Hinreichende Bestimmtheit liegt vor, wenn der Vertragsinhalt, so wie im Prozess nachgewiesen, die zur Begründung der Klage erforderlichen sachlichen Elemente liefert, während ein Konsens in weitergehendem Umfang nicht gefordert werden darf. Dieser Mechanismus wird, wie ich in meinem Grundriss⁴² zu zeigen versuchte, etwa beim Beispiel des Mäklervertrages sichtbar: Hat der Mäkler Vermittlungsleistungen erbracht, erübrigt sich eine Beweisabnahme zur Frage, ob Nachweis- oder bloss Vermittlertätigkeit geschuldet war. Unmöglich dürfte eine Klage des Mäklers, der Vermittlertätigkeit entfaltet hat, deshalb abgewiesen werden, weil die hinreichende Bestimmtheit des Vertragsinhalts (Nachweis- oder Vermittlermäkelei?) fehlt; diese Frage erlangt erst dann Bedeutung, wenn der Mäkler aufgrund blossen Nachweises einer Gelegenheit zum Vertragsschluss bereits eine Provision fordert⁴³.

Für die hier entwickelte Auffassung, dass es unzulässiger Schematismus und Verhaftung in einem überholten "normativen" Vertragsverständnis ist, wenn man die Gültigkeit eines Vertrages "ein und für allemal", statt mit Blick auf die von den Parteien erhobenen Ansprüche beurteilt, wurden bereits oben Ziff. II (gegen Schluss) Beispiele geliefert: Die Gültigkeit eines Vorvertrages wegen Nichtbeachtung von Formvorschriften darf i. S. von OR 22 nur dann verneint werden, wenn auf Herstellung des Hauptvertrages oder auf Schadenersatz wegen fehlender Bereitschaft zum Abschluss des Hauptvertrages geklagt wird, nicht jedoch, wenn bei abgeschlossenem und abgewickeltem Hauptvertrag die dem Vorvertragsbelasteten für seine Leistung zukommende Entschädigung eingeklagt wird. Ebenso ist die Formbedürftigkeit des zu einem Liegenschaftenerwerb verpflichtenden

⁴² a. a. O. § 10/II/2/b.

⁴³ In der Sache richtig entschieden *BGE 90 II 103*, weil im fraglichen Entscheid vom Mäkler Vereinbarung von Nachweismäkelei behauptet und Mäklerlohn aufgrund blossen Nachweises gefordert wurde. Falsch würde die vom Bundesgericht in E. 6 Al. 1 verwendete Formel "Der Mäklervertrag ist daher gem. OR 2 nur verbindlich, wenn die Parteien über diesen Punkt (sc. ob Nachweis oder Vermittlungsmäkelei gemeint sei) einig wurden" im umgekehrten Fall, nämlich bei geleisteter Vermittlung, wo in "diesem Punkt" misslungener Beweis einer Einigung den Mäkler sicher nicht um seine Provision bringen dürfte.

Auftrags nicht allgemein zu entscheiden, sondern in Abhängigkeit davon, welche Ansprüche die Parteien aus diesem Auftrag tatsächlich ableiten. Die Formbedürftigkeit i. S. von OR 216/II wäre dann zu bejahen, wenn die eine oder andere Partei in Abwicklung des Mandates eine bestimmte Eigentumsübertragung am fraglichen Grundstück verlangen würde^{43a}; dabei dürfte weniger massgebend sein, ob das Mandat derartige Ansprüche auf Eigentumsübertragung verleiht als vielmehr, ob im konkreten Fall dieselben klageweise geltend gemacht werden⁴⁴.

VII. Zweites Problem: Erzwingung der Realerfüllung des Vorvertrages?

Vor allem die deutsche Lehre und Praxis steht auf dem Standpunkt, dass die *Erfüllung von Vorverträgen erzwungen werden kann*, wobei diese Erzwingung in zwei Stufen vor sich geht: erstens Herstellung des Hauptvertrages durch richterliches Urteil entsprechend deutscher ZPO § 894, sodann Erzwingung der Leistung des Hauptvertrages⁴⁵.

Nach Schwanken in früheren Jahrzehnten neigt heute die Praxis in der Schweiz dem gleichen Standpunkt zu: In BGE 97 II 51 hat das Bundesgericht – als obiter dictum, da im Ergebnis die Klage aus anderen Gründen abzuweisen war – sich für eine Vollstreckbarkeit ausgesprochen, wobei diesem Entscheid eine "promesse de vente" zugrunde lag, bei der, wie gesehen, die Umdeutung in einen Hauptvertrag in Reichweite liegt. – Im folgenden soll abschliessend gezeigt werden, dass die "Offenheit" der Figur des Vorvertrages eine generelle Annahme der Erzwingbarkeit aller Vorverträge ausschliesst und dass in sämtlichen Fällen grosse Zurückhaltung angezeigt ist. Der Schreibende mag auch nicht seine Überzeugung verschweigen, dass die Zulassung der realen Leistungserzwingung, immer bedenklich, ihm bei Vorverträgen besonders wenig sachgerecht und sympathisch

^{43a} Weil dann das Mandat funktionell an die Seite der übrigen auf Eigentumsübertragung gerichteten Verträge treten würde (Kauf, Tausch, Schenkung), die dem Formerfordernis unterstellt sind.

⁴⁴ Auch hier dürfte in keinem Fall mangelnde öffentliche Beurkundung etwa Grund sein, bei im übrigen abgewickelter Mandatsverhältnis Honoraransprüche des Mandanten im Hinblick auf das wegen Formmangels ungültige Mandatsverhältnis abzuweisen.

⁴⁵ Vergleiche dazu die Hinweise oben Anm. 23 sowie O. K. NIETSCH, § 894 ZPO; Das Urteil auf Abgabe einer Willenserklärung als privatrechtsgestaltender Staatsakt unter besonderer Hervorhebung seiner Ersatzfunktion. Diss. Hamburg 1965; H. DILCHER, Die Vollstreckung der Abgabe einer Willenserklärung, ZJP 67, p. 210 ff.

erscheint. In allen Fällen scheidet die Erzwingung des Vorvertrages aus, wenn die Erzwingbarkeit nicht vom Vertragswillen der Parteien erfasst wird, was sehr oft der Fall sein dürfte.

1. Bei allen oben beispielshalber angezogenen Vorverträgen, die mit einem *pactum de non contrahendo cum tertio* einhergehen, wie die Baumeisterklauseln, Bezugs- und Lieferverpflichtungen und sonstige Exklusivverträge, ist die Realexekution der gemäss Hauptvertrag geschuldeten Leistung meist weder prozessual möglich noch der Interessenlage der Parteien angemessen; man wird demnach einen stillschweigenden vertraglichen Verzicht oder Ausschluss der Erzwingung in natura annehmen dürfen, so dass die Parteien im Falle der Nichterfüllung auf Schadenersatzansprüche verwiesen sind, die denn auch ihre Interessen hinreichend wahren. Dies gilt bei der beispielsweise angeführten Baumeisterverpflichtung⁴⁶, aber i. d. Regel auch bei den übrigen der angeführten Beispiele. Während beim traditionellen Vorvertrag die Zwangsdurchsetzung auf die "charakteristische Leistung" des Vertrags (Lieferung der Kaufsache, Bestellung des Pfandes usw.) geht, stellt sich die Interessenlage bei den hier betrachteten Beispielen von Exklusivverträgen mit dem Hauptgewicht auf dem negativen *pactum de non contrahendo* gerade umgekehrt dar: der Schuldner der "charakteristischen Leistung" des Vorvertrages (der Architekt, Baumeister, Lieferant einer bestimmten Ware) ist im Normalfall erfüllungswillig, und es geht darum, den Vertragsgegner zur Entgegennahme der Leistung und dem Unterlassen eines Kontrahierens mit Dritten zu bewegen. Reale Durchsetzung des Vorvertrages käme daher eher auf der Ebene des Verbots des Kontrahierens mit Dritten in Frage. Indessen darf man angesichts der Interessenlage der Parteien bei Vertragsschluss wohl nicht annehmen, dass der Belastete einer derartigen weitgehenden Verpflichtung zustimmen wollte, so dass die Verletzung des *pactum de non contrahendo cum tertio* nur zu Schadenersatzansprüchen führt, während eine Unterlassungsklage (z. B. auf Unterlassung der Bauausführung durch einen Dritten, auf Unterlassung der Belieferung eines Drittabnehmers oder des Einkaufs bei Dritten) als ausgeschlossen (d. h. durch den Verpflichtungswillen der Parteien nicht gedeckt) zu gelten hat⁴⁷.

⁴⁶ Da hier, wie gezeigt, das negative *pactum de non contrahendo cum tertio*, die Exklusivklausel, im Vordergrund steht, käme an sich eine Realdurchsetzung des Verbots, mit Dritten zu kontrahieren, in Betracht (der begünstigte Bauunternehmer könnte auf Unterlassung der Bauausführung durch Dritte klagen). Aber etwas Derartiges muss als ausserhalb des Verpflichtungswillens der Parteien liegend betrachtet werden; vgl. dazu das Folgende.

⁴⁷ Im übrigen müsste ein derartiger Vertragswille, selbst wenn nachgewiesen, in vielen Fällen als Verstoß gegen ZGB 27 aufgefasst werden, bindet sich doch der eine Vertragspartner in einem Ausmass, für das die Gegenseite, deren Interessen mit Schadenersatzansprüchen hinreichend gewahrt

2. Auch wenn wir in den Bereich der angestammten Beispiele von Vorverträgen zurückkehren und z. B. den Vorvertrag zu Kauf- oder Mietvertrag betrachten, erscheint die Zulassung der Realexekution i. S. der Herstellung des Hauptvertrages durch richterliches Urteil als bedenkenregend.

a) Betrachten wir den *Vertragsinhalt und den Verpflichtungswillen der Parteien*, erscheint die Vereinbarkeit der zwangsweisen Herbeiführung des Hauptvertrages immer dann als fraglich, wenn im Zeitpunkt des Abschlusses des Vorvertrages bereits auch der Hauptvertrag hätte geschlossen werden können. Hier erlangen all die Argumente, die von der Literatur gegen den Sinn und die Zulassung von Vorverträgen angeführt werden⁴⁸, neues Gewicht: Wenn man soweit als möglich dem rechtsgeschäftlichen Verhalten der Parteien einen Sinn beilegen und ihre Absicht, nicht den Hauptvertrag selber, sondern erst einen Vorvertrag hiezu zu schliessen, ernst nimmt und mit rechtlichem Gehalt zu füllen versucht, kann die Antwort eigentlich nur jene sein, dass man einen *geschwächten Verpflichtungswillen* annimmt, und diese Abschwächung der Verpflichtung kann, soviel ich sehe, nur darin bestehen, dass im Falle nicht freiwilliger Erfüllung der die vorvertragliche Pflicht verletzende Partner zwar Schadenersatzpflichtig werden, jedoch keine Erzwingung der Leistung erfolgen soll⁴⁹.

Den Parteien steht es frei, die Folgen der Nichterfüllung der von ihnen geschlossenen Verträge abweichend vom Gesetz zu regeln; der Abschluss eines Vorvertrages in einer Situation, in der bereits der Hauptvertrag hätte geschlossen werden können, begründet die Vermutung, die Parteien hätten die für den Hauptvertrag charakteristische Realexekution ausschliessen wollen.

Diese Überlegungen führen dazu, dass auch bei jenen Vorverträgen, bei denen an sich eine Durchsetzung in natura an sich möglich erschiene, immer die Frage gestellt werden muss, ob wirklich ein dahingehender Verpflichtungswille nachgewiesen ist, wobei die Beweislast eines dahingehenden Verpflichtungswillens beim Ansprecher liegt, da im Falle der Vereinbarung eines Vorvertrages eine natürliche Vermutung in diesem Sinne nicht vorliegt.

sind, kein legitimes Bedürfnis besitzt. Vergleiche im übrigen den Gedanken von OR 404, der in abgeschwächter Form auch bei Werkverträgen usw. über ZGB 27 Beachtung erfordert.

⁴⁸ Vergleiche oben Ziff. III.

⁴⁹ Die Schadenersatzpflicht setzt nicht, wie die reale Durchsetzung der Leistung, eine vorgängige Herstellung des Hauptvertrages voraus: der Anspruch wird nicht aus der Verletzung des Hauptvertrages, sondern jener des Vorvertrages abgeleitet.

Unter dem Gesichtswinkel der Interpretation des Vertragsinhaltes und der Tragweite des Verpflichtungswillens muss jeder Tatbestand gesondert untersucht werden, während allgemeine Regeln nicht aufgestellt werden können. Immerhin dürfte, wenn der Vorvertrag in seiner Andersartigkeit des Verpflichtungsinhaltes erkannt wird und man sich von der Vorstellung trennt, dass der Vorvertrag wie im Normalfall jeder Vertrag⁵⁰ realiter durchgesetzt werden kann, in vielen Fällen der Nachweis eines entsprechenden Verpflichtungswillens der Parteien fehlen, aufgrund des Beweisergebnisses die Zwangsvollstreckung zu versagen und der verletzte Vertragspartner auf Schadenersatz zu verweisen sein.

b) Abschliessend soll doch die Grundsatzfrage aufgeworfen (wenn auch nicht abschliessend beantwortet) werden, ob man nicht Vorverträgen unabhängig von einer Ermittlung des Vertragswillens, d. h. sogar beim Nachweis eines entsprechenden Verpflichtungswillens der Partner, die Realexekution versagen sollte⁵¹.

Die Frage ist in den grösseren Zusammenhang der Realexekution von Verträgen im allgemeinen zu stellen. *Rechtsvergleichend* lässt sich festhalten, dass die Rechtsordnungen, welche eine zwangsweise Durchsetzung der Realerfüllung zulassen, sich in einer Minderheitsposition befinden: im *römischen Recht* galt der Grundsatz "*omnis condemnatio pecuniaria*", d. h. die Klage konnte nur auf Schadenersatz gehen. Ähnlich stellt sich die Lage heute noch im angloamerikanischen Bereich dar, wo auf der Ebene des Common Law (hier als formales Recht verstanden) ebenfalls nur Schadenersatzansprüche möglich sind, während Klage auf "*specific performance*" nur auf der *Ebene des equity-Rechts* (unter zusätzlichen Voraussetzungen einer nicht nur formalrechtlich, sondern auch moralisch abgesicherten Rechtsposition) möglich ist, dies jedoch nur in einem engen Sachbereich unersetzlicher und nicht austauschbarer Güter, wozu vor allem Grundstücke zählen⁵².

Im *französischen Recht* gilt der Satz: "Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur". Damit wird, soweit der Abschluss des Hauptvertrages

⁵⁰ Hier jedoch unter den Vorbehalten, wie gleich im folgenden unter lit. b. dargelegt.

⁵¹ Ausgenommen sind hier jene Tatbestände, bei denen die Parteien im Grunde bereits den Hauptvertrag schliessen wollten; vgl. die Fälle der "promesse de vente" und die Bemerkungen v. TUHRs dazu.

⁵² Vergleiche für das *römische Recht* M. KASER, *Römisches Privatrecht*, 10. Aufl. München 1977, § 35 I 2, p. 144 f.; für das *englische Recht* die Lehrbücher zum Vertragsrecht und Equity-Recht zum Stichwort "specific performance" sowie P. R. SCHOBER, *Die Realerfüllung*, insbesondere nach angloamerikanischem Recht. Diss. Bern 1952.

als ein "faire" betrachtet wird, die Klage auf Abschluss des Hauptvertrages ausgeschlossen⁵³.

Diese Regel hat das schweizerische Recht beeinflusst und zu *alt OR Art. 111* geführt: "Jede Verbindlichkeit, etwas zu tun, löst sich, wenn die Nichterfüllung dem Schuldner zur Last fällt, in eine Verbindlichkeit zum Schadenersatz auf." In Anwendung dieser Vorschrift konnte das Bundesgericht noch feststellen, dass "... bei Verbindlichkeiten, etwas zu tun oder zu unterlassen, ein direkter oder indirekter Zwang gegen die Person des Schuldners behufs Naturalerfüllung unstatthaft ist ... und der Grund hievon wird übereinstimmend darin gefunden, dass ein solcher Zwang auf dem Gebiete der Zivilrechtsverfolgung dem sittlichen Postulat der persönlichen Freiheit zuwider wäre ... Auf das deutsche Recht (Deutsche ZPO Art. 888 ff.), das bei Verpflichtungen, etwas zu tun oder nicht zu tun, im Anschluss ans gemeine Recht und in Übereinstimmung mit germanischen Rechtsanschauungen ... auf dem Standpunkt der Realexekution auch gegen die Person des Schuldners steht, kann ... nicht abgestellt werden" (BGE 32 I 662). Es kann nicht den Gründen des Gesinnungswandels nachgeforscht werden, der in der Revision des OR zu einer Wendung der Auffassungen i. S. der Zulassung von Realexekution auch gegen die Person des Schuldners geführt hat. Und es soll auch nicht untersucht werden, wie es zur Auffassung kam, dass nicht bloss, ein schuldnerisches Verhalten realiter zu erzwingen sei, sondern dass dieses erzwungene Verhalten auch in einer rechtsgeschäftlichen Willenserklärung, einem Vertragsschluss bestehen könne⁵⁴. Es

⁵³ In der praktischen Anwendung erfährt dieser Grundsatz allerdings eine entscheidende Abschwächung durch die Regel "La promesse de vente vaut vente ..." (CC art. 1589/I); vgl. dazu oben Anm. 22.

⁵⁴ Vergleiche BGE 97 II 50-52 und Bundes-ZPO Art. 78. – Die Geschichte der Möglichkeit der Realexekution auf Sachleistung und persönliches Verhalten (das allerdings auch heute noch, von den Sonderfällen der Angabe einer Willenserklärung, im Falle positiven Tuns durch die altherwürdige Regel: "nemo praecise cogi potest ad factum" eingeschränkt wird) verdient eine historische Untersuchung; der Schreibende vermutet, dass eher als die in BGE 32 I 662 angenommenen altgermanischen und gemeinrechtlichen Einflüsse historisch wirksamer Grund dieser Regelung ein vorab *falsch verstandener Perfektionismus* war, der glaubt, die beste Rechtsordnung sei jene, welche die geschlossenen Verträge am wirksamsten realiter durchsetze. – Vergleiche zur Geschichte auch A. HEUSLER, *Der Zivilprozess der Schweiz*, Mannheim usw. 1923, p. 184-188 sowie BIZürch. Rechtspr. Bd. VI Nr. 44; J. KOHLER, *Ungehorsam und Vollstreckung im Zivilprozess*, AcP 80 (1893), p. 141-300; TH. KIPP, *Die Verurteilung zur Abgabe von Willenserklärungen und zu Rechtshandlungen*, Kiel und Leipzig 1892 (Sonderabdruck aus Festgabe der Kieler Juristenfakultät zu Rudolf von Jherings fünfzigjährigem Doktorjubiläum); EUGEN HUBER, *Recht und Rechtsverwirklichung*, 2. Aufl. Basel 1925, pp. 362 ff., bes. p. 364 und A. 2; K. SIEGRIST, *Probleme aus dem Gebiet der Realexekution*, Diss. Zürich 1958.

kann aber festgehalten werden, dass eine *historische Betrachtung von Art. 22 OR* vielleicht zum Ergebnis führen würde, dass der historische Gesetzgeber, wenn er die Zulässigkeit von Vorverträgen festhielt, diese Vorverträge gerade als nicht realiter vollstreckbar, d. h. zwangsweise in Hauptverträge überführbar verstand: In BGE 15 (1889) p. 770 E. 4 als einzigen einschlägigen Entscheid wird die Vollstreckung von Vorverträgen unter Hinweis auf aOR 111 ausdrücklich abgelehnt.

In BGE 31 (1905) II 645 wird zwar in Anlehnung an deutsche Autoren (p. 645, 649/50) die Möglichkeit der Realexekution eines Vorvertrags erwogen, ohne dass ein entsprechendes Urteil ergangen wäre. Jedenfalls konnte in den Beratungen der Expertenkommission vom 5.5.1908 BERTONI zu Art. 1037 (jetzt OR 22) zur Begründung seiner Auffassung, eine besondere Formvorschrift gem. heute OR 22/II sei nicht erforderlich, vom Zweck eines Vorvertrages sagen "... qui ne consiste que dans la constitution d'une obligation en dommages-intérêts pour le cas d'inexécution"; bei den damaligen Beratungen, in denen anscheinend noch nicht die spätere Unterdrückung von aOR 111 vorausgesehen wurde, gingen die Redaktoren von OR 22 offenbar davon aus, es stünden bei Vorverträgen nur Schadenersatzansprüche auf dem Spiel.

Wenn man in der Einfügung von OR 22 in das OR eine Festschreibung der in der Bundesgerichtspraxis vorgezeichneten und von den Beratern des Gesetzes als feststehend angenommenen Auffassung erblicken wollte, welche die Nichterfüllungsfolgen von Vorverträgen auf Schadenersatz beschränkt, bekäme diese Norm plötzlich ein ganz neues Gesicht. Sie würde nicht bloss nicht, wie die Literatur annimmt, ein zweckloses Institut im Gesetz verankern, sondern vielmehr einem Institut, das, in seinen Nichterfüllungsfolgen den übrigen Verträgen gleichgestellt, in der Tat als widersprüchlich und fragwürdig erscheinen kann, einen neuen Sinn geben, indem der Vorvertrag i. S. von OR 22 die Möglichkeit vertraglicher Bindung unter Ausschluss der Realexekution gewährleisten und damit den Parteien ein Instrument zusätzlicher Differenzierung der Vertragsgestaltung verleihen würde.

VIII. Zusammenfassung

Die Thesen, die mit dem Vorhergehenden in die wissenschaftliche Diskussion eingeführt werden möchten, lassen sich wie folgt zusammenfassen:

1. Das den Vorvertrag ausmachende Element vertraglicher Verpflichtung zu künftigen Vertragsschluss (das *pactum de contrahendo*) wird keineswegs

nur in den von der traditionellen Doktrin hauptsächlich erwogenen Zusammenhängen, insbesondere des Vorvertrages zu Kauf oder Darlehen (bzw. anderen Realkontrakten der gemeinrechtlichen Tradition), angetroffen, sondern heute auch bei Verträgen, die auf der Linie von "Architektenklauseln" oder "Baumeisterverpflichtungen" liegen und "Exklusivverträge darstellen (mit weiteren Beispielen von Liefer- und Bezugsverpflichtungen und anderen), welche die Parteien *positiv* zu einem bestimmten Ausmass künftiger gegenseitiger Geschäftsbeziehungen verpflichten, andererseits *negativ* den Parteien den Abschluss von Verträgen mit Dritten, welche die fraglichen Geschäftsbeziehungen ausschliessen würden, untersagen. Es tritt mit anderen Worten neben die positive Kontrahierungspflicht die negative Verpflichtung, bestimmte Vertragsschlüsse zu unterlassen. Angesichts der Vertragsfreiheit sind Verträge in jeglichem denkbaren Mischungsverhältnis der positiven Kontrahierungspflicht und der negativen Exklusivklausel möglich. Verträge mit Verpflichtungselementen in letzterem Sinn sind heute häufig und von grosser wirtschaftlicher Bedeutung. Doktrin und Praxis sollten künftig das Phänomen "Vorvertrag" nicht ohne Blick auf diesen erweiterten Erscheinungsbereich behandeln.

2. Je mehr das negative Element des Verbots des Kontrahierens mit Dritten gegenüber der positiven vorvertraglichen Verpflichtung Gewicht erhält, um so eher wird im Falle der Nichterfüllung als Sanktion nur ein Schadenersatzanspruch, nicht aber ein Anspruch auf Realexekution (d. h. Herstellung des Hauptvertrages und Erzwingung der in diesem vorgesehenen Leistung) in Frage kommen. Der Verpflichtung zur "vertragscharakteristischen Leistung" wird es oft an der für eine Exekutionsklage erforderlichen Bestimmtheit mangeln, ohne dass daraus eine Ungültigkeit des Vertrages (d. h. eine Verwirkung von Schadenersatzansprüchen) gefolgert werden dürfte; der Schuldner dieser Leistung (d. h. der Architekt, Baumeister, Lieferant von Bier usw.) wird in der Regel auch erfüllungswillig sein, während der Partner nicht abnehmen, eventuell eher mit einem Dritten kontrahieren will. Eine Durchsetzung des Negativanspruchs (des *pactum de non contrahendo cum tertio*) i. S. einer Untersagung des Kontrahierens mit Dritten wird in aller Regel ausser Betracht fallen, weil eine derartige Sanktion ausserhalb des vertraglichen Bindungswillens der Parteien liegen dürfte und der Berechtigte auch kaum einen Rechtsschutzanspruch besitzt, dem nicht durch Schadenersatzleistung Genüge getan würde.

3. Scheidet der Anspruch auf Herstellung des Hauptvertrages und dessen Realexekution bei den hier betrachteten vorvertraglichen Sachverhalten meist zum vornherein aus, stellt sich die Grundsatzfrage, ob diese Rechtsfolgen nach schweizerischem Recht angesichts von OR 22 bei Vorverträgen

im herkömmlichen Verständnis (mit dem Hauptbeispiel des Vorvertrages zu Kauf oder Realkontrakten der gemeinrechtlichen Tradition) überhaupt angemessen sei. Wie die Argumente der Autoren, welche der Figur des Vorvertrages aus grundsätzlichen Erwägungen ablehnend gegenüberstehen, richtig hervorheben, hat die Vereinbarung eines Vorvertrages in einer Lage, in der die Parteien bereits den Hauptvertrag schliessen könnten, wenig Zweck, wenn man von der Möglichkeit der Zwangsdurchsetzung ausgeht. Einen Sinn erlangen derartige Vorverträge dagegen dann, wenn man in ihnen eine vertragliche Bindung eigener Art, nämlich eine solche mit vertraglichem Ausschluss der Realexekution im Nichterfüllungsfall sieht. Da bei Vorverträgen vom Typus der Exklusivverträge ein die Realexekution zulassender Vertragswille der Parteien kaum in Betracht fällt, indessen zahlreiche Übergangsformen denkbar sind, muss bei allen Vorverträgen untersucht werden, ob der Vertragswille der Parteien die Möglichkeit der Realexekution einschliesst, oder ob nicht vielmehr in der Tatsache des Abschlusses eines Vorvertrages anstelle des Hauptvertrages eine Wegbedingung der Realexekution und eine Beschränkung der Nichterfüllungsfolgen auf Schadenersatz zu erblicken ist.

4. Der historische Gesetzgeber hat bei der Einführung von OR 22 in der Revision die bisherige Praxis zu den Vorverträgen gegenüber neueren Angriffen (insbesondere jenen von SCHLOSSMANN) sichern wollen. Dabei ging er von einem Vorvertragsmodell aus, bei dem gemäss der Praxis (BGE 15 p. 770) und angesichts von aOR 111 Realexekution ausgeschlossen und der Berechtigte auf Schadenersatz verwiesen war. Wenn man OR 22 als eine "Festschreibung" des bis zur Revision geltenden Rechtszustandes versteht, muss jeglichem Vorvertrag, sofern dieser von den Parteien wirklich als solcher gewollt ist und sich nicht hinter ihm (z. B. bei einer "promesse de vente") der mehr oder weniger deutliche Wille des Abschlusses des Hauptvertrages verbirgt, die Möglichkeit der realen Durchsetzung (Herstellung des Hauptvertrages und Erzwingung dessen Leistung) abgesprochen werden. Wenn man sich entschliesst, dieser Auffassung zu folgen, ist die Realexekution von Vorverträgen generell und ohne Untersuchung des Parteiwillens abzulehnen, während die Nichterfüllungsfolgen auf Schadenersatz beschränkt bleiben.

Literatur zum Vorvertrag

E. BÉGUELIN, Vertrag. Allgemeines, in SJK 89, p. 7 f.

DEGENKOLB, Zur Lehre vom Vorvertrag, AcP 71 (1887), p. 1 ff.

F. FUEYO LANERI, Derecho Civil, Tomo V, Vol II/1 (Contratos Preparatorios usw.), 2. Aufl., Santiago de Chile 1964 (mit Verweisung auf die gesamte reichhaltige spanischsprachige Literatur).

D. HENRICH, Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag. Eine dogmatisch-systematische Untersuchung der vertraglichen Bindungen vor und zu einem Vertragsschluss, in Beiträgen zum ausländischen und internationalen Privatrecht, Bd. 32, Berlin/Tübingen 1965.

H. ROTH, Der Vorvertrag. Eine zivilistische Studie unter besonderer Berücksichtigung von Art. 22 des schweizerischen Obligationenrechts, in Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Bd. 37, Bern 1928.

SCHLOSSMANN, Über den Vorvertrag und die rechtliche Natur der sogenannten Realkontrakte, in Jherings Jb., Bd. 45 (Jena 1903), p. 1 ff.

B. WABNITZ, Der Vorvertrag in rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Betrachtung, Diss. Münster 1962.