

<b>§ 7 Übertragene Anwendung von Bestimmungen des Obligationenrechts auf andere zivilrechtliche Verhältnisse (ZGB 7)</b>	71
I. Einleitende Bemerkungen	71
II. Die von der Verweisung erfassten Normen	72
III. Der Bereich der übertragenen Anwendung	72
IV. Anwendungsmodus	73
V. Zu den übertragbaren Normbereichen im einzelnen	74
1. Auslegungsregeln	74
2. Willensmängel	74
3. Beifügung einer Bedingung	77
4. Stellvertretung	78

## § 7 Übertragene Anwendung von Bestimmungen des Obligationenrechtes auf andere zivilrechtliche Verhältnisse (ZGB 7)

### Literatur

H. DESCHENAUX, Der Einleitungstitel, SPR Bd. II insbes. p. 50 ff., mit zahlreichen Hinweisen,  
H. GIESKER-ZELLER, Die Auslegung von Artikel 7 des schweizerischen Zivilgesetzbuches, ZSR 30 (1911) p. 153 ff.; H.-P. FRIEDRICH, Berner Komm. Einleitungsartikel, ZGB 7 (p. 571-611).

### I. Einleitende Bemerkungen

Der schweizerische Privatrechtsgesetzgeber hat darauf verzichtet, allgemeine, für das gesamte Privatrecht Geltung beanspruchende Prinzipien in einem «Allgemeinen Teil» zusammenzufassen und vorab zu regeln<sup>1</sup>. Dieser Verzicht besteht jedoch mehr in einem formalen Sinn. Ein Allgemeiner Teil wird in funktionaler Hinsicht weitgehend ersetzt einerseits durch das Personenrecht (Regelung von Rechts- und Handlungsfähigkeit, Wohnsitz, allgemeine Bestimmungen über juristische Personen etc.), andererseits durch das gesetzestechnische Vorgehen, mittels Verweisungen Grundsätze, die formal für bestimmte Tatbestände konzipiert wurden, auf andere Bereiche anwendbar zu machen. Generelle Verweisungsnorm ist Art. 7 ZGB<sup>2</sup>, der «die allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechtes über die Entstehung, Erfüllung

---

<sup>1</sup> Einen «Allgemeinen Teil» enthält insbesondere das BGB von 1900. Vgl. im übrigen die rechtsvergleichende Übersicht bei FRIEDRICH, ZGB 7 N 2 ff. Zur Diskussion über Vorzüge und Schwächen eines Allgemeinen Teils vgl. FRIEDRICH, ZGB 7 N 7 ff.; RABEL, Streifzüge im Schweizerischen ZGB, in: Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozessrecht 4 (1912), p. 135 ff., insbes. p. 139 ff. (= Gesammelte Aufsätze, Bd. I, p. 210 ff., insbes. 214 ff.); SCHWARZ, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch in der ausländischen Rechtsentwicklung, Zürich 1950, p. 25 ff.; ZWEIGERT/KÖLZ, Bd. I, § 12/II, p. 171 ff.; DESCHENAUX, p. 3 ff.

<sup>2</sup> Neben der (allgemeinen) Verweisungsnorm von ZGB 7 enthält die Privatrechtskodifikation noch spezielle Verweisungen (z. B. ZGB 638, 663). Vgl. im einzelnen, insbesondere zum Verhältnis von ZGB 7 zu diesen besonderen Verweisungsnormen FRIEDRICH, ZGB 7 N 65 ff., DESCHENAUX, p. 52. Der ausdrücklichen Verweisung gleichzustellen ist die Verwendung von Begriffen, die einen im OR genau umrissenen (technischen) Sinngehalt besitzen (Verjährung, Schaden, Vertrag, Solidarität etc.). Hier gilt die Regel, dass diese Begriffe auch im übrigen Privatrecht den gleichen Sinngehalt aufweisen, sofern sie in einem technischen Sinn verwendet werden.

und Aufhebung der Verträge» auf andere zivilrechtliche Verhältnisse anwendbar erklärt<sup>3</sup>.

## II. Die von der Verweisung erfassten Normen

Der Gesetzestext nennt als Gegenstand der Verweisung die Bestimmungen über Entstehung, Erfüllung und Aufhebung der Verträge. Der Wortlaut von ZGB 7 ist jedoch zu eng. Eine wörtliche Befolgung würde ohne sachliche Rechtfertigung die Anwendbarkeit weiterer schuldrechtlicher Grundsätze, wie sie etwa in den Vorschriften über die besonderen Verhältnisse bei Obligationen (OR 143 ff.), Forderungsabtretung oder Schuldübernahme enthalten sind, ausschliessen<sup>4</sup>. Aus Sinn und Zweck von ZGB 7 ist zu folgern, dass alle diejenigen Bestimmungen des OR, denen eine allgemeine, d. h. in ihrem Aussagegehalt eine über ihren spezifischen Anwendungsbereich hinausgehende Bedeutung zukommt, im gesamten Privatrecht potentielle Geltung haben<sup>5</sup>. Ausser den oben erwähnten schuldvertraglichen Bestimmungen können unter die Verweisung von ZGB 7 damit auch Grundsätze über unerlaubte Handlungen (z. B. die Möglichkeit der Schadenersatzreduktion bei Mitverschulden des Geschädigten gemäss OR 44/I oder die Sicherstellungspflicht bei Scheidungsrenten i. S. von ZGB 151 gemäss OR 43/II; BGE 107 II 396 ff.) sowie ungerechtfertigte Bereicherung, jedoch auch Bestimmungen des «Besonderen Teiles» des OR fallen, sofern und soweit diese von allgemeiner Bedeutung sind (z. B. Geschäftsführung ohne Auftrag)<sup>6</sup>.

## III. Der Bereich der übertragenen Anwendung

Unter den weit zu fassenden Begriff «andere zivilrechtliche Verhältnisse» im Sinne von ZGB 7 können grundsätzlich alle vom Regelungsanspruch des Privatrechts

---

<sup>3</sup> Die gesetzgeberische Bedeutung von ZGB 7 ist (m. E. zu Unrecht) angefochten. Vgl. FRIEDRICH, ZGB 7 N 33 (m. w. H.) und N 34.

<sup>4</sup> Zugunsten einer extensiven Auslegung von ZGB 7 sprechen auch die Gesetzesmaterialien. Vgl. etwa Art. 9 des bundesrätlichen Entwurfes vom 20. Mai 1904: «Die allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechtes finden auch auf andere zivilrechtliche Verhältnisse Anwendung.»

<sup>5</sup> Allgemein zur Entstehungsgeschichte von ZGB 7 und dem bis dahin getenden kantonalen und eidgenössischen Recht GIESKER-ZELLER, p. 153 ff.; FRIEDRICH, ZGB 7 N 19 ff.

<sup>6</sup> Vgl. ausführlicher FRIEDRICH, ZGB 7 N 38 ff.; kritisch gegenüber der herrschenden Auslegung DESCHENAUX, p. 52 ff.; EGGER, ZGB 7 N 4. - Für eine über den von ZGB 7 umrissenen Bereich hinausgehende Anwendung schuldrechtlicher Grundsätze auch BGE 81 II 438/39.

erfassten Materien, d. h. alle Tatbestände des Privatrechts fallen<sup>7</sup>. In diesem Sinne sind alle nicht-schuldrechtlichen Verträge (Ehe-, Erbvertrag, dinglicher Vertrag, wohl auch Gesellschaftsverträge), einseitige bzw. mehrseitige Rechtsgeschäfte unter Einschluss der rechtsgeschäftsähnlichen Handlungen und der sogenannten Realakte usw. (auch wenn im OR geregelt) hinsichtlich der auf Schuldverträge zugeschnittenen Grundsätze des OR «andere zivilrechtliche Verhältnisse» im Sinne von ZGB 7.

#### IV. Anwendungsmodus

Anwendung allgemeiner Bestimmungen des OR auf andere zivilrechtliche Verhältnisse ist jedenfalls ausgeschlossen, wenn letztere eine eigene Regelung aufweisen, die abschliessend sein will. Im übrigen erfolgt die Anwendung nur «*sinngemäss*» (analog, entsprechend)<sup>8</sup>. Dies ergibt sich nicht direkt aus ZGB 7, jedoch aus historischer und teleologischer Gesetzesauslegung<sup>9</sup>. Auch hier muss gelten, dass ZGB 7 nicht eine schematisch-formale Regel enthält, sondern materiale Verweisungsnorm ist. Die Frage der Anwendbarkeit einer im OR vorgefundenen Regel ist daher wertend, insbesondere mit Rücksicht auf die Besonderheiten der betreffenden Rechtsmaterie, zu entscheiden. Eine Übertragung ist in diesem Sinne nur gerechtfertigt, wenn ein sachlicher Zusammenhang, eine ähnliche Interessenlage besteht<sup>10</sup>. Unter Umständen ist die vorgefundene Regel nur teilweise bzw. modifiziert anwendbar<sup>11,12</sup>.

---

<sup>7</sup> Zu eng der ital. Text («*rapporti*»). Zutreffend hingegen der frz. Wortlaut von ZGB 7: «*matières*» (FRIEDRICH, ZGB 7 N 43). Die Verweisung von ZGB 7 betrifft nicht nur das ZGB, sondern auch die privatrechtliche Sondergesetzgebung (VVG, z. T. SVG, UWG, KG usw.).

<sup>8</sup> Dazu BGE 101 II 208, 102 Ib 21.

<sup>9</sup> Zur historischen Auslegung vgl. insbesondere den oben Anm. 4 zitierten Art. 9 des bundesrätlichen Entwurfs von 1904.

<sup>10</sup> Vgl. hierzu EGGERS Warnung vor «*künstlicher Schaffung <konstruktiver> Zusammenhänge*» in ZGB 7 N. 13.

<sup>11</sup> ZGB 7 gewährt insofern dem Richter einen weiten Spielraum: die Wahl zwischen Anwendung *talae* quale, Nicht-Anwendung, teilweiser bzw. modifizierter Anwendung der vorgefundenen Regelung. Zur Frage, wann von vorgefundener Lösung abgewichen werden darf vgl. BGE 101 II 208: Eine Abweichung (von OR 23 ff.) rechtfertigt sich nur, wenn sie sich *gebieterisch* aufdrängt.

<sup>12</sup> Eine beherzigenswerte Zusammenstellung der bei methodischem Vorgehen sich stellenden Fragen gibt FRIEDRICH, ZGB 7 N 64.

## V. Zu den übertragbaren Normbereichen im einzelnen

### 1. Auslegungsregeln

Schuldverträge sind, sofern kein tatsächlicher, übereinstimmender Wille der Parteien nachweisbar ist, nach dem *Vertrauensgrundsatz*<sup>13</sup> auszulegen. Diese Regel ist in dem Sinne zu generalisieren, als objektivierende Auslegung immer dann Platz greifen muss, wenn neben den Interessen des Erklärenden solche eines (unmittelbaren) Erklärungsempfängers, unter Umständen der Allgemeinheit, zu schützen sind und die besondere Natur des konkreten Rechtsverhältnisses dies zulässt. In diesem Sinne haben Lehre<sup>14</sup> bzw. Rechtsprechung Auslegung nach dem Vertrauensprinzip etwa bejaht bei Eheverträgen, Erbverträgen<sup>15</sup>, einseitigen, empfangsbedürftigen Rechtsgeschäften<sup>16</sup>, aber auch bei erklärungsähnlichen Tatbeständen wie schriftlichen Vollmachtsurkunden im Sinne von OR 33/III<sup>17</sup>, bei Statuten einer Genossenschaft, jedenfalls insofern, als vermögensrechtliche Verpflichtungen der einzelnen Genossenschafter betroffen sind<sup>18</sup>. Andererseits ist vermehrt der tatsächliche Wille des Erklärenden zu ermitteln bei einseitigen, nicht empfangsbedürftigen Rechtsgeschäften wie letztwilligen Verfügungen, Errichtung einer Stiftung *inter vivos*<sup>19</sup>.

### 2. Willensmängel

Die Folgen von Willensmängeln im Zusammenhang zivilrechtlicher Sonderprobleme sind vom Gesetzgeber nur ausnahmsweise explizit geregelt worden, so namentlich

---

<sup>13</sup> Zum Vertrauensgrundsatz unten § 10/III, § 12/III.

<sup>14</sup> Vgl. etwa SCHÖNENBERGER/JÄGGI, OR 1 N 191.

<sup>15</sup> Die Zulässigkeit der Auslegung von Erbverträgen nach dem Vertrauensgrundsatz ist allerdings umstritten. Für vermehrtes Abstellen auf den subjektiven Willen des Erblassers insbesondere die Kommentare von TUOR, Vorbemerkungen vor ZGB 481 N 15 und ESCHER, Einleitung vor dem 14. Titel des ZGB, N 14. Für Anwendung des Vertrauensgrundsatzes auch auf Erbverträge PIOTET, *Droit successoral*, *Traité de droit privé suisse*, Bd. IV, Fribourg 1975, p. 191; DERS. *Les vices de la volonté dans le pacte successoral*, in FS Schönenberger, Freiburg 1968, p. 329 II; BGE 99 II 385 f.

<sup>16</sup> MERZ, ZGB 2 N 161; TANDOGAN, *Notions préliminaires à la théorie générale des obligations*, Genève 1972, p. 78.

<sup>17</sup> Für das deutsche Recht ENNECERUS/NIPPERDEY, *Allg. Teil*, § 205/I/6, p. 1252.

<sup>18</sup> BGE 87 II 95 E. 3. Zur Auslegung der Statuten einer AG vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ, *Einführung in das Schweizerische Aktienrecht*, 3. A. Bern 1984, § 11 N 35 ff., p. 122 f. und D. HÜPPI, *Die Methode zur Auslegung von Statuten*, Diss. Zürich 1973.

<sup>19</sup> MERZ, ZGB 2 N 162; PIOTET, a.a.O., p. 191 f. (Auslegung von Testamenten); RIEMER, ZGB 89-89bis, *Systematischer Teil* N 77 ff. (Auslegung der Stiftungsurkunde).

in ZGB 124 (Anfechtbarkeit einer unter Willensmängeln geschlossenen Ehe), ZGB 469 (Ungültigkeit einer unter Willensmängeln errichteten Verfügung von Todes wegen, sofern Erblasser diese nicht binnen Jahresfrist seit Entdeckung des Mangels genehmigt), ZGB 519/II (nach dem Tode des Erblassers klage- bzw. einredeweise durchgesetzte Ungültigkeitserklärung von Verfügungen von Todes wegen, die auf mangelhaftem Willen des Erblassers beruhen), ZGB 260 a/II (Anfechtung der Anerkennung eines Kindes). Mangels ausdrücklicher gesetzlicher Regelung ist daher gemäss ZGB 7 die Anwendbarkeit der (überwiegend auf vertragliche Verhältnisse zugeschnittenen) Regeln von OR 23 ff. auf weitere Willenserklärungen zu prüfen<sup>20</sup>.

a) Umstritten ist die Möglichkeit der Willensmängel-Anfechtung beim *Ehevertrag*, der sich von Schuldverträgen vor allem insofern unterscheidet, als er mit Eintragung ins Güterrechtsregister und Veröffentlichung Wirkungen im Aussenverhältnis (insbes. gegenüber Gläubigern der Ehegatten) entfaltet. Ein vorbehaltloses Zulassen der Anfechtung mit Wirkung *ex tunc* würde die Gläubiger damit unter Umständen unzulässig benachteiligen<sup>21</sup>.

b) Ob und wieweit eine *Scheidungskonvention* angefochten werden kann, ist umstritten, ebenso deren Rechtsnatur<sup>22</sup>. Nach dem Bundesgericht wird die Konvention mit Genehmigung des Gerichts in toto Bestandteil des Scheidungsurteils<sup>23</sup> und nimmt an dessen Rechtskraft teil. Eine Anfechtung wird damit nur unter den besonderen Voraussetzungen und mit den Mitteln des Prozessrechtes zulässig, wobei vor allem das Rechtsmittel der Revision in Frage kommt (BGE 60 II 82). Demgegenüber wollen ein Teil der kantonalen Rechtsprechung und der Doktrin<sup>24</sup> Anfechtung der gerichtlich genehmigten Scheidungskonvention jedenfalls insoweit zulassen, als sich der Willensmangel auf eine Nebenfolge der Scheidung bezieht, über welche die Parteien frei verfügen können (güterrechtliche Auseinandersetzung, Kostenverteilung). Kontrovers ist hier immerhin die Form der Anfechtung<sup>25</sup>.

---

<sup>20</sup> Zur Anfechtung *familienrechtlicher Rechtsgeschäfte* wegen Willensmängeln im allg. vgl. BGE 101 II 205 E. 2/b, sodann M. METZLER, Die Unterhaltsverträge nach dem neuen Kindesrecht (ZGB 287 und 288), Diss. Freiburg 1980.

<sup>21</sup> LEMP, ZGB 248 N 56 postuliert daher, bei Anfechtung eines Ehevertrages wegen Willensmängeln Löschung der Eintragung im Güterrechtsregister nur mit Wirkung *ex tunc* zuzulassen. Ähnlich im Ergebnis R. JUCKER, Zur Anwendung der Allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechtes auf Rechtsverhältnisse zwischen Ehegatten (Art. 7 ZGB), Diss. Basel 1972, p. 50 ff., insbs. p. 72.

<sup>22</sup> Vgl. dazu im einzelnen A. STAEHELIN, Rechtsnatur und Anfechtung der Scheidungskonvention, Festschrift für Hans Hinderling, Basel 1976, p. 281 ff.; H. HINDERLING, Schw. Ehescheidungsrecht, Zürich 1967 p. 184 ff. - Zu Rechtsnatur und Anfechtung der Scheidungskonvention vor der gerichtlichen Genehmigung vgl. STAEHELIN, a.a.O., p. 290.

<sup>23</sup> BGE 60 II 82; vgl. auch BGE 95 II 387 E. 2.

<sup>24</sup> Übersicht bei STAEHELIN, a.a.O., p. 295.

<sup>25</sup> Für eine Anfechtung auf dem Wege der Urteilsrevision insbes. die kant. Judikatur; so ZR 52/56 und 65/135; BJM 1974, p. 50 ff. - Demgegenüber für Anfechtung nach den Regeln der Anfechtung eines gerichtlichen Vergleiches insbes. STAEHELIN, a.a.O., p. 295 ff.

c) Die Besonderheiten des *Sachenrechts* bei der Übertragung von Fahrniseigentum schliessen eine Anwendung der Grundsätze über Willensmängel auf die *dingliche Einigung* («dinglicher Vertrag») nicht aus, die auch bei anderen Verfügungen (z. B. der Zession) als anwendbar erachtet werden. Zu beachten ist indessen die bei Verfügungen gegenüber den Verpflichtungsgeschäften *radikale Einschränkung des Bereichs des Geschäftswillens*, die eine Anfechtung zur Hauptsache auf Fälle des Irrtums hinsichtlich der Identität der übereigneten Sache oder des Empfängers reduziert.

d) Anfechtung eines *Gesellschaftsvertrages* als Grundlage einer Personengesellschaft ist insbesondere dann problematisch, wenn die Gesellschaft bereits aktiv geworden ist. Lehre und Rechtsprechung tragen diesen gesellschaftsrechtlichen Besonderheiten insofern Rechnung, als sie die Grundsätze über Willensmängel bei Schuldverträgen nur differenziert auf Personengesellschafts-Verträge<sup>26</sup> übertragen<sup>27</sup>.

e) Die *Zeichnung von Aktien* im Rahmen der Gründung einer Gesellschaft oder der Kapitalerhöhung kann vom Zeichnenden nur bis zum Zeitpunkt der Eintragung ins Handelsregister durch Erklärung gemäss OR 31 angefochten werden. Die Begründung für diese Modifikation liegt im Schutz des Vertrauens insbesondere der Gesellschaftsgläubiger auf das Vorhandensein eines bestimmten Haftungssubstrates<sup>28</sup>. Der Vorgang kann nur durch Auflösung der AG oder Kapitalherabsetzung rückgängig gemacht werden<sup>29</sup>.

---

<sup>26</sup> Vgl. hingegen die aktienrechtliche Bestimmung in OR 643/II.

<sup>27</sup> FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ, Grundriss des Schweizerischen Gesellschaftsrechts, 5. A., Bern 1984, § 1 N 33 ff., p. 37 f. unterstellen die wegen Unverbindlichkeit des Gesellschaftsvertrages nicht zustande gekommene Personengesellschaft bis zu deren tatsächlicher Liquidierung den Regeln über *faktische Gesellschaften* (vgl. dazu auch unten § 16). Die herrschende Meinung in Deutschland gewährt mit ähnlichem praktischem Ergebnis die Möglichkeit der Auflösung der Gesellschaft mit *Wirkung ex nunc* (sowohl im Aussen- wie im Innenverhältnis) in den Formen, in denen sich nach geltendem Recht die Auflösung der Gesellschaft zu vollziehen hat (Kündigung, evtl. Auflösungsklage). Vgl. LEHMANN-DIETZ, Gesellschaftsrecht, 3. A., Berlin 1970, p. 47 ff.; REINHARDT/SCHULTZ, Gesellschaftsrecht, 2. A., Tübingen 1981, p. 109 ff.; BGHZ 3, p. 285 (allerdings mit gewissen Einschränkungen). Dies ermöglicht etwa Liquidation im Innenverhältnis nach den gesetzlichen Vorschriften bzw. den konkreten Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages (letzteres nach LEHMANN-DIETZ jedoch nur unter der Voraussetzung, dass dies nicht in besonderem Masse Treu und Glauben widerspricht). Kritisch gegenüber der herrschenden Meinung FLUME, Allg. Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. I/1, Die Personengesellschaft, Berlin 1977, § 2/III, p. 21 f., 26 ff. – Ähnlich W. VON STEIGER, SPR VIII/1, Basel 1976, p. 365 ff.: im Aussenverhältnis Schutz der Gläubiger nach Gutglaubensgrundsatz vorrangig, im Innenverhältnis nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen Auflösung ex nunc zulässig.

<sup>28</sup> BGE 64 II 281; BJM 1975, p. 79, 84; einer Rückzahlung der Aktionärsleistungen steht auch das Rückzahlungsangebot von OR 680/II entgegen. Nach deutschem Recht bei Kapitalgesellschaften Ausschluss der Anfechtung von Beitrittserklärungen und Zeichnungen zu Kapitalerhöhungen wegen Willensmängeln, vgl. z. B. FLUME, a.a.O., p. 16 m. w. H.

<sup>29</sup> BGE 102 Ib 24. Ähnlich müsste wohl entschieden werden, wenn nur einzelne Aktionäre ihre Stimmabgabe anfechten und deswegen der Kapitalerhebungsbeschluss ex tunc als nicht zustande gekommen zu betrachten wäre.

f) Anfechtung eines *Gesellschaftsbeschlusses*: Stimmabgabe ist nach wohl herkömmlicher Lehre einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung. Allgemein wird grundsätzlich die Möglichkeit der Anfechtung einer Stimmabgabe wegen Willensmangels durch den einzelnen Stimmenden bejaht<sup>30</sup>.

g) Weiterhin wurde vom Bundesgericht etwa die Anfechtung eines *Rückzugs des Patentgesuches* wegen Irrtums, allerdings nur, sofern dieser unverschuldet ist, als zulässig erklärt<sup>31</sup>.

### 3. Beifügung einer Bedingung

Willenserklärungen können grundsätzlich auch ausserhalb eines Schuldvertrages bedingt erfolgen, d. h. die Erklärungswirkungen unter eine Bedingung stellen. Der Privatautonomie sind immerhin Grenzen gesetzt durch ausdrückliche gesetzliche Verbote<sup>32</sup>, durch die Natur der Sache (z. B. bei den meisten familienrechtlichen Geschäften) bzw. durch die Rücksichtnahme auf den Geschäftspartner. Bedingungsfeindlich in diesem Sinne sind etwa, ohne dass dies im Gesetz ausdrücklich erwähnt wird, Eheschluss und Grundbucheintrag<sup>33</sup>.

Bei der *Ausübung von Gestaltungsrechten* besteht keine generelle Bedingungsfeindlichkeit. Als Regel muss gelten, dass die bedingte Ausübung eines Gestaltungsrechtes immer dann unzulässig ist, wenn dadurch eine für den Geschäftspartner

---

<sup>30</sup> In dieser Richtung (mindestens hinsichtlich Beschlüssen bei Personengesellschaften) VON STEIGER, a.a.O., p. 279 f.; LEHMANN-DIETZ, a.a.O., p. 57.

Anders wohl die sog. Gesamttaktstheorie (vgl. zu diesem Begriff VON STEIGER, a.a.O., p. 273 Anm. 46); Anfechtbarkeit der einzelnen Stimme erscheint nach dieser Theorie fraglich, da nur dem Beschluss (als Gesamttakt) rechtsgeschäftliche Bedeutung zukommt. Eine vorbehaltlose Zulassung der Anfechtbarkeit der Stimmabgabe bei Beschlüssen erscheint immerhin dann problematisch, wenn dadurch ein Beschluss ex tunc aufgehoben würde, nachdem bereits für Dritte erkennbar entsprechend disponiert wurde (Schutz von Gläubigerinteressen). Jedenfalls ist die Anfechtungsfrist gemäss ZGB 75 oder OR 706/IV auf einen bzw. zwei Monate begrenzt.

<sup>31</sup> BGE 102 Ib 115 ff.

<sup>32</sup> Etwa ZGB 570/II: Unzulässigkeit bedingter Ausschlagung einer Erbschaft; OR 991 Ziff. 2, 1096 Ziff. 2, 1100 Ziff. 2, 1016: Bedingungsfeindlichkeit gewisser wechsel- bzw. scheckrechtlicher Erklärungen.

<sup>33</sup> Unzulässig sowohl Eintragung eines bedingten Rechts wie auch bedingte Anmeldung beim Grundbuchamt (zu letzterer ausdrücklich Art. 12 GBV). Vgl. HOMBERGER, ZGB 958 N 6 ff., BGE 85 II 615 f. E. 4 sowie die in Grenzbereichen einschränkende BGE 106 II 331 E.c; 109 II 298. Dies entspricht den Besonderheiten des Immobilienrechtes und darf nicht dahingehend generalisiert werden, dass bedingte Verfügungsgeschäfte schlechthin unzulässig seien. Zulässig daher etwa Bedingungen bei Schuldverlass, Stundung und Zession (BGE 84 II 363), Übertragung von Fahrniseigentum unter Eigentumsvorbehalt; LIVER, SPR V/1, p. 340 ff.; OR/BT §3/V/5.

unzumutbare Rechtsunsicherheit entstehen würde<sup>34</sup>. Die Beifügung einer Bedingung erscheint im allgemeinen als zulässig, wenn eine Potestativbedingung gesetzt wird und der Entscheid in der Macht des Erklärungsempfängers liegt<sup>35</sup> oder wenn der Adressat vor Ablauf der für die Ausübung des Gestaltungsrechts geltenden Frist (z. B. vor Beginn einer sog. Kündigungsfrist) Kenntnis vom Eintritt oder Nichteintritt der Bedingung erhält.

Grundsätzlich wohl zulässig ist die Verknüpfung einer Bedingung mit sonstigen Willenserklärungen wie Einwilligung<sup>36</sup>, Zustimmung<sup>37</sup>, Vollmachterteilung<sup>38</sup>.

#### 4. Stellvertretung

Stellvertretung im Sinne von OR 32-39 ist nicht bloss bei schuldrechtlichen Verträgen, sondern bei allen (einseitigen<sup>39</sup> oder mehrseitigen<sup>40</sup>) Rechtsgeschäften zulässig, sofern die höchstpersönliche Natur des fraglichen Geschäftes stellvertretungsweise Handeln nicht ausschliesst. Höchstpersönlich und damit stellvertretungsfeindlich sind in der Regel familien- und erbrechtliche Geschäfte, wie z. B. Eheschliessung oder Testament.

Stellvertretung ist regelmässig auch möglich bei rechtsgeschäftsähnlichen Handlungen (z. B. Mahnung, Fristansetzung nach OR 107/I).

---

<sup>34</sup> v. T./E., § 84/VI, p. 262 f.; L'HUILLIER, La notion du droit formateur en droit Privé suisse, thèse Genève 1947, p. 246 f.; zum Teil abweichend G./M./K., p. 15, 51.

Vgl. auch BGE 79 II 145, wo Verbindung der Anfechtungserklärung gemäss OR 31 mit einer Bedingung in casu zwar als unzulässig erklärt wurde, immerhin angedeutet wird, dass unter Umständen anders zu entscheiden wäre, wenn Entscheid über Bedingung vom Erklärungsadressaten abhängig wäre.

Nach LARENZ dürfte dies sogar die Regel sein. Dieser Ansicht zufolge (s. Allg. Teil, § 25/II, p. 486) sind allgemein bedingungsfeindlich: Anfechtung, Widerruf, Rücktritt, Wahlerklärungen etc. Ähnlich auch FLUME, § 38/5, p. 697 und L'HUILLIER, a.a.O., p. 246.

<sup>35</sup> Kündigung eines Mietvertrages für den Fall, dass der Adressat einer vorgeschlagenen Vertragsänderung o. dgl. nicht zustimmt oder rückständigen Mietzins binnen bestimmter Frist nicht bezahlt (In diesem Sinne SJZ 1986, p. 29).

<sup>36</sup> LARENZ, § 25/II, p. 486.

<sup>37</sup> Möglichkeit bedingter Zustimmung des gesetzlichen Vertreters im Rahmen von ZGB 19/I zu Rechtsgeschäften einer beschränkt handlungsunfähigen Person (BUCHER, ZGB 19 N. 44 f.); bedingte Zustimmung der Eltern des zu Adoptierenden zur Adoption (HEGNAUER, ZGB 265 a N. 43 ff.; zu den Grenzen der Zulässigkeit: N. 45-47).

<sup>38</sup> LARENZ, § 25/II, p. 486. Nach diesem jedoch bedingungsfeindlich die nachträgliche Genehmigung vollmachtslos vorgenommener Geschäfte.

<sup>39</sup> Z. B. Errichtung einer Stiftung, Kündigung.

<sup>40</sup> So z. B. bei der Eigentumsübertragung und anderen dinglichen Verträgen.