

§ 10	Zustandekommen des Vertrages	110
I.	Gültigkeitsvoraussetzungen im allgemeinen	110
	1. Konsens	110
	2. Verpflichtungswille	112
	3. Äusserung des Vertragswillens	113
	4. Rechtsfähigkeit der Vertragspartner	114
	5. Geschäftsfähigkeit der Parteien	115
	6. Eventuell: Beachtung von Formvorschriften	115
	7. Hinweis: Beachtung der Schranken inhaltlicher Gestaltung	115
	8. Wirkungen des Fehlens eines Erfordernisses	116
	9. Zusammenfassende Würdigung	116
II.	Bereich notwendigen Konsenses; Offenlassen von Nebenpunkten	117
	1. Die traditionelle Einteilung der Vertragsbestandteile	117
	2. Der objektiv notwendige Konsensbereich («essentialia»)	117
	3. Der subjektiv notwendige Konsensbereich (OR 2)	119
	4. Bezugspunkt des Konsenses der Parteien (OR 24/III)	120
	5. Herstellung von Konsenswirkungen kraft Rechtsmissbrauchsverbots (ZGB 2)	121
III.	Wille, Willensäusserung, Vertrauensprinzip	121
	1. Ausgangssituation	121
	2. Die Lösung des heutigen OR	122
	3. Modifikation und Ausweitung des Vertrauensprinzips in der heutigen Praxis	123
	4. Kasuistik	124
IV.	Offerte und Akzept	125
	1. Terminologie	125
	2. Offerte und Akzept im Verhältnis zum Vertragskonsens	126
	3. Definitionen	126
	4. Gemeinsame Vorschrift für Offerte und Akzept: Widerruflichkeit bis zum Eintreffen (OR 9)	128
V.	Die Wirkung der Offertstellung	129
	1. «Gebundenheit» des Offerenten	129
	2. Einladung zur Offertstellung (OR 7)	132
VI.	Probleme der Annahmeerklärung	133
	1. Rechtzeitigkeit des Eintreffens der Annahmeerklärung	133
	2. Rechtslage bei verspätetem Eintreffen	133
	3. Annahme durch Stillschweigen, durch konkludentes Verhalten	134
VII.	Zeitpunkt des Eintritts der Vertragswirkungen (OR 10)	137
	1. Begriff und Bedeutung der Vertragswirkungen gemäss OR 10	137
	2. Zeitpunktbestimmung	137
	3. Praktische Bedeutung	138
VIII.	Exkurs: Wirksamwerden empfangsbedürftiger Willenserklärungen im allgemeinen	138
	1. Fragestellung	138
	2. «Eintreffen» der Erklärung im Bereich des Adressaten massgebend für das «Ob» und das «Wann» der Wirksamkeit	138
	3. Widerruflichkeit bis zum Eintreffen (analog OR 9)	141
	4. Beweisfragen	141
IX.	Insbesondere die Bedeutung von Bestätigungsschreiben und Tatsachenfeststellungen	141
	1. Allgemeiner Grundsatz; schriftliche Bestätigung eines mündlichen Vertragsschlusses	141
	2. Tatsachenfeststellungen	143
X.	Übersicht über die Tatbestände von Dissens	143
	1. Der Dissensbegriff	143
	2. Rechtsfolgen	145
XI.	Mentalreservation und Scherzerklärung	146
XII.	Simulation	146
XIII.	Auslobung, Preisausschreiben (OR 8)	148
	1. Rechtsnatur	148
	2. Voraussetzungen des Anspruchs auf Belohnung	149
	3. Wirkungen	150
XIV.	Sonderprobleme bei Vertragsschluss unter Bezugnahme auf Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) und dergleichen	151
	1. Problemstellung und Begriff	152
	2. Geltungsgrund	153
	3. Hinweis: AGB und gesetzliche Regelungen	155
	4. Derzeitiger Schutz vor unbilligen AGB in der Schweiz	156
	5. Beiderseitige Verwendung von AGB	158
	6. Auslegung allgemeiner Geschäftsbedingungen	159

§ 10 Zustandekommen des Vertrages

Literatur

E. EHRLICH, Die stillschweigende Willensäußerung, Berlin 1983 (Nachdruck 1970); R. SCHLESINGER (Ed.), Formation of Contracts, 2 Bde., London 1968; M. WEY, Der Vertragsschluss beim internat. Warenkauf nach UNICITRAL- und schweizerischem Recht, Diss. Basel 1984; W. YUNG, L'acceptation par le silence d'une offre de contracter, Mélanges Roger Secrétan, 1964, p. 339 ff.

I. Gültigkeitsvoraussetzungen im allgemeinen

1. Konsens

a) *Konsens als Willensübereinstimmung*

Die wichtigste, selbstverständliche und in jeder Schuldrechtsordnung im Zentrum stehende Voraussetzung des Vertrags ist der *Konsens* der Parteien, d. h. die Übereinstimmung des Willens der Vertragspartner darüber, dass ein Vertrag mit bestimmtem Inhalt ihre rechtliche Beziehung regeln soll¹.

Der *Wille* wie er im Vertragsrecht (und daneben in vielen Bereichen der Rechts- und Sozialordnung) eine zentrale Rolle spielt, erschöpft sich nicht in einem psychischen Sachverhalt. «Wille» ist nur bedingt eine Realität im Sinne der Individualpsychologie; der menschliche Sinn ist gleichzeitig von vielen, sich konkurrenzierenden Strebungen erfüllt; oft fühlt man zwei, wenn nicht mehr Seelen in seiner Brust. Wille ist das *Resultat* einer psychischen Leistung, des gegenseitigen Abwägens der verschiedenen Strebungen und der Gewinnung eines Standpunktes, bei dem behaftet zu werden man bereit ist², und nur diese als feste Grösse aufzufassende Resultante

¹ Konsens von lat. consensus, con-sentire (der Wortstamm von lat. sen- und sent- ist urverwandt mit deutsch «Sinn»). - Dig. 2, 14, 1, 2: «pactio duorum pluriumve in idem placitum et consensus.» Ebendort auch Hinweis auf Zusammenhang «pactum» («pactio») mit «pax» (Friede).

² Der Wille im juristischen Sinn als ein *gesellschaftliches Phänomen* ist kaum zu trennen von der *Äusserung des Willens*, da nur der nach aussen tretende Wille gesellschaftlich relevant sein kann. Vgl. dazu auch BUCHER, ZGB 16 N. 39, 60. - Die Einsicht, dass «Wille» nur bedingt individualpsychologische Realität ist, vielmehr einen gesellschaftlichen Bezug aufweist, wird erst durch neuere psychologische Einsichten möglich und ist der naturrechtlichen Rechtstheorie wie der Rechtslehre des 18. oder 19. Jahrhunderts noch fremd, was einen Teil der dort anzutreffenden Übersteigerungen eines Voluntarismus erklärt.

psychischer Vorgänge wird rechtlich in Rechnung gestellt³. Nach dem *Vertrauensprinzip* (dazu unten Ziff. III) ist sodann massgebend nicht das tatsächlich Gewollte, sondern der Sinn, den der Partner der Willenserklärung nach den gegebenen Umständen in guten Treuen beilegen durfte, welche Auffassung teilweise bereits in einem richtig verstandenen Willensbegriff angelegt ist.

Darf bereits der Wille nicht vorbehaltlos als eine psychologische Realität verstanden werden, gilt dies noch mehr für den *Konsens i. S.* der Willensübereinstimmung der kontrahierenden Parteien. Ein kollektiver Wille Mehrerer ist eine *Fiktion*, eine «mystische Anschauung»⁴, die mehr juristischem Abstraktionsbedürfnis als der Wirklichkeit entspricht. Diese Feststellung hindert nicht an dieser unentbehrlichen Vorstellung weiterhin festzuhalten, auch wenn man sich vergegenwärtigen sollte, dass in verschiedenen Zusammenhängen ein Zurückgehen auf die individuellen Willenserklärungen der Kontrahenten angezeigt sein könnte.

b) Bedeutung des Wissens und tatbeständlicher Annahmen

Allerdings können neben dem Willen einer Vertragspartei psychische Sachverhalte rechtlich eine Rolle spielen, die sich nicht in den Willensbegriff einbeziehen lassen: *tatbeständliche Annahmen* einer Vertragspartei, deren *Wissen* oder *Nichtwissen* um einen Sachverhalt (vor allem erheblich im Zusammenhang der Willensmängel-Regelung, unten § 13), so dass in einem weitesten Sinn unter Vertragskonsens die Summe des vertraglichen Willens und der weiteren rechtserheblichen psychischen Sachverhalte verstanden werden kann⁵.

c) Abweichungen vom starren Konsens-Erfordernis

Der Begriff des *Konsenses* erfährt gegenüber einer überspannten voluntaristischen Vorstellung, wie sie insbesondere in der Aufklärungsphilosophie entwickelt wurde und im ganzen 19. Jahrhundert spürbare Auswirkungen zeitigte, wichtige

³ In der Literatur wird der im Rahmen eines Rechtsgeschäfts geäusserte Wille in verschiedene Elemente zerlegt. Besonders wird der Erklärungswille vom Geschäftswillen unterschieden; vgl. etwa v. T./P., § 21/I/1, p. 158, FLUME, § 4, p. 45-49.

⁴ So auch etwa v. TUHR, BGB II, p. 225. Vgl. dazu auch BUCHER, AcP 186, p. 20 f.

⁵ Freilich besteht eine Wechselbeziehung zwischen tatbeständlichen Annahmen und Willensbildung. Nicht nur hängt die Willensbildung vom Wissensstand ab, sondern es kann beispielsweise von den Parteien eine willentliche Regelung in einem bestimmten Sinne unterlassen werden, weil die (unrichtige) Auffassung besteht, dass die fragliche Regelung die ohnehin geltende sei. Dann muss man sich fragen, ob nicht die (unrichtige) tatbeständliche Annahme hinsichtlich einer Regelung einen entsprechenden vertraglichen Regelungswillen zu ersetzen vermöge. Im Zusammenhang des Verhältnisses von Wissen und Wollen ist auch die Frage zu sehen, ob ein rechtserheblicher Wille dem Wollenden bewusst sein müsse; unter dogmatischen Einflüssen scheint mir die Lehre gelegentlich sachlich nicht gerechtfertigte Hemmungen zu haben, unbewussten Vorstellungen der Parteien rechtsgestaltende Kraft zuzugestehen (dazu auch unten § 12/I/2c.)

Einschränkungen. Vor allem wird *nicht* am Erfordernis festgehalten, dass die Vertragsparteien im *gleichen Zeitpunkt* einen gleichen Vertragswillen haben müssen; die Zulassung *bindender Offerten* macht es möglich, dass der Empfänger einer Offerte einen Vertragswillen erst in einem Zeitpunkt bildet, in dem der Offerent bereits seine Meinung geändert hat (zur Frage der stufenweisen Bildung des Vertragskonsenses unten Ziff. IV)⁶.

2. Verpflichtungswille

Als Bestandteil des Vertragskonsenses im weitesten Sinn aufzufassen, jedoch auch als *Gültigkeitserfordernis eigener Art* zu verstehen, ist der Wille der Parteien, nicht bloss eine bestimmte Regelung ihrer tatsächlichen Beziehungen auszuhandeln, sondern dieser Beziehung den *Charakter des rechtlich Verbindlichen* beizulegen. Im Rahmen der Vertragsverhandlungen ist zu unterscheiden zwischen dem Aushandeln des Vertragsinhalts und dem Bilden des Verpflichtungswillens; die Tatsache der Einigung der Parteien in allen Sachpunkten muss noch nicht Vertragsschluss bedeuten; dieser hängt vielmehr davon ab, ob beide Partner sich entschliessen, die ausgehandelte Lösung zur tatsächlich geltenden Regelung zu erheben⁷. Dieses Erfordernis wird im Gesetz (bes. OR 1 und 2) nicht ausdrücklich genannt, kann aber nicht zweifelhaft sein. Dabei muss auch der Verpflichtungswille ausdrücklich oder konkludent *erklärt* werden⁸. Rechtliche Überlieferung und Brauch tragen dem Umstand Rechnung, dass der Entschluss, verbindlich einen Vertrag eingehen zu wollen, vom Aushandeln des Vertragsinhaltes zu trennen ist und gesondert sinnfällig gemacht werden muss: zu denken an die Übung des *Handschlags*⁹ oder andere Formen des Sichtbarmachens des Vertragsschlusses (einschliesslich der Erbringung einer vorläufigen Leistung, die ihrerseits die verschiedensten rechtlichen Folgewirkungen

⁶ Weitere Beispiele der Annahme eines Konsenses, obwohl möglicherweise zu keinem Zeitpunkt die Parteien dasselbe wollten: Im Falle eines *Irrtums* kann der Partner des Irrtenden den Vertrag gegenüber der Irrtumsanfechtung erhalten, wenn er bloss den Vertrag bei der Irrtumsanfechtung so gelten lässt, wie ihn der Irrende bei Vertragsschluss verstanden hat (OR 25/II dazu unten § 13/IV/4b), selbst wenn der Irrende dann den Vertrag auch im ursprünglich gemeinten Sinn nicht mehr will. Gleiches muss m. E. auch bei *verstecktem Dissens* gelten; vgl. dazu unten Ziff. II/5; X/1b.

⁷ Eine ausgehandelte (schriftlich fixierte) Vereinbarung eines Vertragsinhalts ohne Einigung hinsichtlich deren Vertragsgeltung wurde früher etwa als «*Punktation*» bezeichnet.

⁸ Festzuhalten ist, dass auch das Element des Verpflichtungswillens dem *Vertrauensprinzip* unterliegt (dazu unten Ziff. III), dass es also genügt, wenn das gesamte Verhalten des Vertragspartners den Schluss zulässt, dieser wolle sich binden.

⁹ Der *Handschlag* als Ausdruck der Verbindlichkeit eines Versprechens scheint in die rechtliche Vorgeschichte zurückzureichen; das lateinische *pro-mittere* (versprechen) soll auf die Vorstellung des «Vorstreckens» (sc. der Hand zum Händedruck) zurückgehen. So LIEBS, Römisches Recht, Göttingen 1975, p. 193.

haben kann; dazu unten § 29)¹⁰. Die Nichtbeachtung eingebürgerter Vertragsschluss-Formen unter Einschluss der Schriftform, wo diese üblich ist, hindert nicht an sich die Vertragsgültigkeit, bildet indessen im Bestreitungsfall ein Indiz gegen den Verpflichtungswillen der Parteien und damit das Zustandekommen des Vertrages¹¹.

Haben sich die Parteien i. G. geeinigt, soll der Vorbehalt einer noch zu erzielenden Einigung in Nebenpunkten die Verbindlichkeit insgesamt nicht hindern (OR 2/I, unten Ziff. II/3). Haben die Parteien indessen bei mündlicher Einigung die Errichtung einer *Vertragsurkunde* verabredet, ist zu vermuten, dass sie bis dahin nicht gebunden sein wollen (so noch ausdrücklich PGB § 913). Umgekehrt ist der Verpflichtungswille wohl meist bei jener Partei als gegeben anzunehmen, die mit der *Ausführung des Vertrages* beginnt, aber auch bei jener, die ohne Vorbehalt diese entgegennimmt.

Das Erfordernis des Verpflichtungswillens schliesst *nicht* zwangsläufig ein das Erfordernis des Bewusstseins des Vertragsschlusses; eine Abmachung kann bindend gewollt sein, ohne dass sich die Parteien bewusst sind, dass das von ihnen Abgemachte einen Antrag konstituiert¹².

3. Äusserung des Vertragswillens

Entgegen naturrechtlichen voluntaristischen Auffassungen, die geneigt sein mochten, Vertragswirkungen bereits aufgrund eines übereinstimmenden inneren Willens zweier Personen eintreten zu lassen, verlangt die neuere Lehre und ihr folgend das Gesetz (OR 1/I) ausdrücklich eine *Äusserung* des Vertragswillens, damit ein Vertrag zustande kommt, welche Lösung unter praktischen Gesichtspunkten die einzig mögliche scheint. Die Äusserung muss sich an den Vertragspartner richten; Erklärung gegenüber einem Dritten genügt nicht¹³.

Wenn Rechtserheblichkeit eines Willens dessen Äusserung voraussetzt, so ist doch andererseits *nicht* verlangt, dass der Wille *ausdrücklich* kundgetan werde. Vielmehr liegt eine Äusserung auch dann vor, wenn er bloss aus den Umständen erschlossen werden kann, sich als «*konkludente*» (von *concludere*, schliessen) Willensäusserung (auch «*stillschweigende*», «*schlüssige*» Willensäusserung u. dgl.) darstellt. Wer eine als entgeltlich angebotene Leistung in Anspruch nimmt, bringt damit seinen Willen zum Ausdruck, den die Leistungsentgegennahme rechtfertigenden Vertrag zu schliessen; wer noch nicht verfallene Darlehens- oder Mietzinse entgegennimmt,

¹⁰ Die Trennung von Aushandeln des Vertragsinhalts einerseits, Bildung bzw. Erklärung des Verpflichtungswillens andererseits wird sichtbar, wenn die für eine Vertragspartei Verhandelnden die *Ratifikation* des Vertragsschlusses durch übergeordnete Instanzen vorbehalten.

¹¹ Für die Bedeutung der Schriftform bei Mietverträgen über Liegenschaften vgl. BGE 100 II 23.

¹² Dies ist insbesondere denkbar in Fällen von Verträgen im Sinne eines erweiterten Vertragsbegriffs; dazu oben § 9/VI.

¹³ Ebenso für England *Felthouse v. Bindly* (1862) All.E. R.

stimmt implizite einer Verlängerung des Darlehens oder der Miete zu¹⁴, derjenige, der Schuldschein oder Pfand seinem Schuldner zurückgibt, scheint auf seinen Anspruch zu verzichten¹⁵.

Gegen Rückschlüsse, die aus dem eigenen Verhalten gezogen werden können, vermag man sich durch *Verwahrung*, d. h. entgegengesetzte ausdrückliche Erklärung (sog. *protestatio facto contraria*) zu schützen. Dies ist allerdings unter Umständen nur dann möglich, wenn der erklärte Wille mit dem tatsächlichen Verhalten rechtlich zu vereinbaren ist. Dies trifft zu im letzteren Beispiel, da es sehr wohl erlaubt ist, Pfand oder Schuldschein zurückzugeben und trotzdem die zugrunde liegende Forderung nicht zu erlassen, während die in der Beanspruchung einer entgeltlichen Leistung liegende Willenserklärung vielleicht nicht durch Verwahrung unwirksam gemacht werden kann¹⁶.

Eine konkludente Willenserklärung kann insbesondere auch in blossem *Stillschweigen* liegen. In diesem praktisch wohl wichtigsten Fall konkludenter Willenserklärung wird der Inhalt der «stillschweigenden Erklärung» immer mehr oder weniger durch eine Willenserklärung der Gegenpartei bestimmt: Man wird verpflichtet, weil man einem Vorschlag der Gegenpartei mangels Widerspruchs zuzustimmen (d. h. eine von der Gegenpartei unterbreitete Offerte anzunehmen) scheint. Stillschweigen als Zustimmung zu deuten ist allerdings nur unter ganz bestimmten Umständen zulässig, wenn nämlich eine *Pflicht der expliziten Ablehnung eines gegnerischen Standpunktes* im Falle des Nicht-Einverständnisses angenommen werden darf, die im Normalfall nicht besteht (vgl. eine Zusammenstellung möglicher Fälle stillschweigender Annahmen von Offerten unten Ziff. VI/3).

4. Rechtsfähigkeit der Vertragspartner

Verträge setzen grundsätzlich die Rechtsfähigkeit der sie schliessenden Vertragsparteien voraus: von nicht-rechtsfähigen Gebilden geschlossen müssen sie als nichtig gelten. Ausnahmen gelten für den *nasciturus* (ZGB 31/II) und die in Gründung begriffenen juristischen Personen. Die letzteren werden bei nachträglicher

¹⁴ Beispiel aus Dig. 2, 14, 57, oder Dig. 44, 4, 2, 6; auch zit. bei FLUME, § 5/3, p. 69.

¹⁵ So PAULUS in Dig. 2, 14, 2, 1: «sed etiam tacite consensu convenire intellegitur: et ideo si debitori meo reddiderim cautionem, videtur inter nos convenisse ne peterem.»

¹⁶ Dies die Auffassung insbesondere von FLUME, § 5/5 p. 76, § 8/2 p. 98, während andere besonders LARENZ, zit. bei Flume p. 98 Anm. 8 und LARENZ, Allg. Teil, § 28/II, p. 493, sowie BGHZ 21, p. 319 (sog. Parkplatzentscheid) annehmen, eine Willenserklärung sei infolge Verwahrung nicht gegeben, der die Leistung Beanspruchende jedoch «aus sozialtypischem Verhalten» im Sinne der Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen verpflichtet. Vgl. dazu unten § 16.

Entstehung durch Genehmigung des Geschäftes verpflichtet, andernfalls jedoch die Handelnden in Pflicht sind (OR 645, 783/II, III, 838/II, III)¹⁷.

5. Geschäftsfähigkeit der Parteien

Verträge sind bloss unter der Voraussetzung gültig, dass die Parteien bei Abgabe der vertragsbegründenden Willenserklärung handlungsfähig waren, d. h. den für das fragliche Geschäft erforderlichen Grad der Geschäftsfähigkeit¹⁸ besaßen. Die Geschäftsfähigkeit ist nicht im Vertragsrecht des OR¹⁹, sondern im Personenrecht des ZGB (Art. 12-19) geregelt und ist im Vertragsrecht nicht zu behandeln²⁰. Im BGB ist die Geschäftsfähigkeit im Rahmen der Rechtsgeschäftslehre des Allgemeinen Teils geregelt (§§ 104-115).

6. Eventuell: Beachtung von Formvorschriften

Das heutige Vertragsrecht von OR und BGB ist vom Grundsatz der Formfreiheit beherrscht in dem Sinn, dass im Regelfall ein Vertrag gültig ist, wenn er bloss den vorstehend beschriebenen Anforderungen genügt, während die Beachtung bestimmter Förmlichkeiten bei Vertragsschluss nicht gefordert ist. Es bestehen Ausnahmen von diesem Grundsatz, die indessen nur in begrenzten Teilbereichen wirksam werden. Dazu unten § 11.

7. Hinweis: Beachtung der Schranken inhaltlicher Gestaltung²¹.

Es versteht sich von selbst, dass die Freiheit inhaltlicher Gestaltung von Verträgen nicht schrankenlos ist. Der Gesetzgeber in der Schweiz wie in Deutschland

¹⁷ Vgl. auch BUCHER, Komm. ZGB 11 N. 73, 112 ff. Der für eine nichtexistierende (natürliche oder juristische Person Handelnde ist dem vollmachtlosen Stellvertreter gleichzusetzen (OR 39).

¹⁸ Die subjektiven Anforderungen sind insofern verschieden, als bei höchstpersönlichen Geschäften lediglich Urteilsfähigkeit, nicht aber auch Mündigkeit vorausgesetzt wird (ZGB 19/II). Die an die Urteilsfähigkeit gestellten Anforderungen sind je nach der Natur des Geschäfts verschieden hoch.

¹⁹ Anders noch, neben der Regelung des Handlungsfähigkeitgesetzes vom 22.6.1881, das aOR in Art. 29-35.

²⁰ Vgl. dazu v. T./P., § 27, p. 206-214, und die personenrechtliche Literatur, z. B. A. EGGER oder BUCHER, Komm. zu ZGB 12-19.

²¹ Vgl. dazu unten § 15.

fasst jedoch die inhaltliche Zulässigkeit eines Vertrages nicht als positive Gültigkeitsvoraussetzung auf, sondern erklärt umgekehrt (entsprechend dem Grundsatz der Vertragsfreiheit) jeden Vertrag als gültig, der nicht gegen gewisse Schranken verstösst²². Demnach sind die inhaltlichen Schranken der Verträge als *negative Gültigkeitshindernisse* und nicht als positive Gültigkeitsvoraussetzungen zu behandeln²³.

8. Wirkungen des Fehlens eines Erfordernisses

Die vorstehend genannten Elemente sind *notwendige* Bedingungen des Zustandekommens eines Vertrages. Fehlt eine Voraussetzung, besteht kein Vertrag; die Dinge sind so zu betrachten, als sei nichts geschehen (*«nihil actum est»*)²⁴. Anders allerdings bei Fehlen eines Konsenses über *essentialia*: Nach abgewickelter Vereinbarung können Vertragsfolgen (insbes. Preiszahlungspflicht) nicht an fehlendem Konsensumfang scheitern (vgl. unten Anm. 36).

9. Zusammenfassende Würdigung

Indem der Gesetzgeber jegliche von Konsens und Verpflichtungswille der Parteien getragene Vereinbarung als gültigen Vertrag betrachtet und keine weiteren Erfordernisse aufstellt, insbesondere auch nicht die Möglichkeit der Zuordnung zu festen Vertragstypen voraussetzt oder Beobachtung von Formalien oder Sachübergabe verlangt, wird die Vertragsfreiheit in ihrem tiefsten Sinn verwirklicht und das Modell des *Konsensualvertrages*, das im römischen Kontraktsystem auf bestimmte Vertragstypen beschränkt gewesen war²⁵, zum allgemeinen Grundsatz erhoben. *Realkontrakte*²⁶ sind im heutigen Recht lediglich ganz vereinzelt durch Sondervorschriften

²² Anders der französische CC, der die *«cause licite»* als positive Gültigkeitsvoraussetzung versteht; dazu oben § 5/II/b, 2.

²³ Vgl. zu OR 20 und ZGB 27 unten § 15. - Auch der Sache nach ist es nicht möglich, die zulässigen Vertragsinhalte zu beschreiben, sondern nur - in einer Annäherung - den Bereich unzulässiger Inhalte.

²⁴ Zu den Rechtsfolgen vgl. bei Dissens unten Ziff. X/2/a, bei Formmangel § 11/IV/2b. - Der Begriff des *«nichtigen Vertrages»* ist genau besehen eine *contradictio in adiecto*. Meist wird er bezogen auf Tatbestände, bei denen die Parteien immerhin zu einem *Konsens* gelangt sind und einen Verpflichtungswillen erklärt haben, der Vertrag jedoch wegen Nichtbeachtung von Formvorschriften oder Widerrechtlichkeit des Inhalts ungültig ist.

²⁵ Konsensualkontrakte, d. h. Verträge, die durch blossen Konsens und ohne Erfüllung weitere Voraussetzungen zustande kamen, waren die *«emptio venditio»* (Kauf), *«locatio conductio»* (Miete/Pacht, Werkvertrag/Dienstmiete), *«mandatum»* (Auftrag) und *«societas»* (Gesellschaftsvertrag).

²⁶ Im Gegensatz zu den Konsensualkontrakten setzten die *Realkontrakte* neben Konsens weiter hin die Sachübergabe (Übergabe des Vertragsgegenstandes) voraus, so das *«mutuum»* (Darlehen), *«commodatum»* (Leihe) und *«pignus»* (Pfandbestellung).

angeordnet²⁷, während zu den Verbal- und Litteralkontrakten des Römischen Rechts im OR und BGB keine direkten Entsprechungen bestehen.

Weitere als die genannten Voraussetzungen werden vom Gesetzgeber nicht statuiert und sollen auch nicht von der Doktrin entwickelt werden, was mir insbesondere von der Vorstellung des *Rechtsgrundes* (*causa*) des Vertrages zu gelten scheint (vgl. oben § 511, II/2).

II. Bereich notwendigen Konsenses; Offenlassen von Nebenpunkten

1. Die traditionelle Einteilung der Vertragsbestandteile

Grundsätzlich gilt ein Vertrag als geschlossen, wenn sich die Parteien über die objektiv wesentlichen (begriffsnotwendigen) Elemente des Geschäfts geeinigt haben. Es sind dies nach der gemeinrechtlichen Einteilung die *essentialia negotii*²⁸. Das dispositive Recht regelt in Ergänzung der rechtsgeschäftlichen Ordnung Punkte, die zur Bestimmung des Vertragstyps nicht erforderlich sind, aber regelmässig oder wenigstens bei unvorhergesehenen Entwicklungen (Unfällen, Leistungsstörungen) einer Ordnung bedürfen, die von der Rechtstradition bzw. vom Gesetzgeber aus der «Natur der Sache» heraus geregelt werden und als *naturalia negotii* bezeichnet werden²⁹.

Accidentalia negotii schliesslich sind von den Parteien getroffene Regelungen, die nicht begriffswesentliche Elemente des Vertrages betreffen. Sie stellen entweder Abweichungen von den «naturalia» dar oder sie regeln zusätzliche Nebenpunkte. Beispiel: von OR 188 abweichende Regelung der Übergabekosten, Abrede einer Konventionalstrafe, Bedingungen beim Kauf.

2. Der objektiv notwendige Konsensbereich («essentialia»)

a) Grundsatz

Das Gesetz bestimmt den Mindestinhalt, über den sich die Parteien einigen müssen, damit überhaupt ein Vertrag im Sinne von OR 1 zustande kommt, nicht

²⁷ Vgl. die Hinweise bei ENGEL, p. 125/26. - Gelegentlich steht der Vorgang der Sachübergabe wahlweise neben der Erfüllung einer Formvorschrift: Handschenkung gegenüber Schenkungsversprechen, OR 242/243, Realteilung gegenüber Erbteilungsvertrag, ZGB 634.

²⁸ Zum Beispiel beim Kauf der Kaufgegenstand, der Preis und die Eigentumsübertragung (OR 184/I). Diese «essentialia» bezeichneten im Rahmen des *romanistischen Kontraktsystems* weniger den Bereich notwendigen Konsenses, sondern waren, als Elemente, welche die Zuordnung zu einem bestimmten Kontraktstypus ermöglichten, *materielle Gültigkeitsvoraussetzungen*.

²⁹ Solche «naturalia» sind beispielsweise beim *Kauf*:- Vermutung der Barzahlungspflicht (OR 184/II, 213/I), Übergang von Nutzen und Gefahr (OR185), Transportkosten (OR 189).

direkt, sondern verlangt lediglich, dass «sich die Parteien über *alle wesentlichen Punkte*» einigen (OR 2/I). Diese objektiv «wesentlichen Punkte» (Umschreibung der «*essentialia negotii*») sind bei den gesetzlich geregelten Vertragstypen meistens in der Legaldefinition (vgl. OR 184 für Kauf, OR 253 für Miete, OR 275 für Pacht usw.) enthalten, bei Innominatkontrakten muss wenigstens der Sinn des Vertrages erkennbar sein. Im einzelnen gehört die Lehre vom notwendigen Konsensbereich nicht in den Allgemeinen Teil, da sich keine generellen Aussagen machen lassen, sondern dies nur im Zusammenhang mit einzelnen Vertragstypen möglich ist³⁰.

Mit der negativen Feststellung, dass ein bestimmter Punkt nicht zu den wesentlichen Vertragsbestandteilen gehöre, ist auch festgestellt, dass ein Fehlen der Einigung (sei es, dass diese darauf beruht, dass die Parteien nicht an die Frage gedacht haben, sei es, dass sie vermeintlich zu einer Einigung gekommen sind, während sie im Grunde dissentierten, sog. latenter Dissens) die Vertragsgültigkeit nicht hindern kann. Welche Regel diesfalls zwischen den Parteien Recht macht, hat der Richter zu entscheiden (dazu auch unten Ziff. 3)³¹.

Es darf nicht übersehen werden, dass das Requisit des Konsenses hinsichtlich der Essentialien aus dem römischen Kontraktssystem stammt (wo die Einigung über *essentialia* die Zuordnung zu einem bestimmten Kontraktstypus möglich macht und die Abmachung zum klagbaren Kontrakt erhebt), im heutigen System der Vertragstypenfreiheit (dazu oben § 9/II/5) jedoch diese Bedeutung nicht mehr haben kann: Gefordert ist ein minimaler Konsensinhalt, damit die Abmachung nicht infolge allzugrosser Unbestimmtheit unverbindlich bleibt.

NOTA: Das Erfordernis des Konsenses hinsichtlich der «*essentialia*» ist *streitlagebezogen* zu betrachten und ist hauptsächlich eingeschränkt auf Auseinandersetzungen über den Bestand eines Vertrages *vor* dessen Abwicklung (vgl. Hinweise unten Anm. 36).

b) Relativierung des Bereichs notwendigen Konsenses

Das Bundesgericht hat insbesondere bei Kaufverträgen dem Erfordernis des Konsenses in den wesentlichen Vertragspunkten grundsätzliche und weittragende Bedeutung zuerkannt³², während bei Dauerschuldverhältnissen die Anforderungen

³⁰ Vgl. zur Abgrenzung BGE 71 II 270, 68 II 233 E. 1 (mit Hinweisen) und 97 II 55 E. 3. Besonders der letztere Entscheid weist in Richtung einer Relativierung der Grenzziehung und auf ein vermehrtes Abstellen auf subjektive Momente.

³¹ Mit dem Begriff der «Wesentlichkeit» eines Vertragspunktes soll demnach nicht bloss die Abgrenzung von gültigen Verträgen gegenüber solchen Abmachungen hergestellt werden, die mangels hinreichender Bestimmtheit ungültig sind, sondern auch gegenüber solchen, die trotz fehlender Einigung in Nebenpunkten gültig sind (vgl. unten Ziff. X/2/b).

³² Vgl. etwa die Praxis zu Kaufverträgen über Grundstücke hinsichtlich der Bestimmtheit des Kaufgegenstandes (BGE 90 II 21 f., 95 II 42/43) und der Verurkundung des (richtigen!) Kaufpreises (BGE 78 II 223 f., 86 II 400, 87 II 30, 90 II 156 E. 1, 92 II 324; zur Frage sodann OR/BT § 5/III/2/d; K. SPIRO, BJM 1965, p. 213-232), weiterhin ZBJV 101 (1965), p. 427 f., 110 (1974), p. 331 E. 2; unten § 11/II/2, Anm. 9; § 30 Anm. 15.

vergleichsweise geringer sind³³. Man muss sich hüten, dem Erfordernis des Konsenses im Bereich der «essentialia» ein ihm nicht zukommendes Gewicht beizumessen³⁴. Im Prozess darf man vom Ansprecher nicht mehr verlangen als den grundsätzlichen Nachweis eines Verpflichtungswillens der Parteien, hinsichtlich der konkreten Abmachungen der Parteien jedoch nur soviel, als im einzelnen Fall zur *Begründung des erhobenen Anspruchs* notwendig ist, während die Frage des Konsenses in einem noch so wesentlichen Vertragspunkt beiseite bleiben muss, wenn er nicht Anspruchsgrundlage bildet und das Zustandekommen des Vertrages an sich unbestritten ist³⁵. Gleiches muss beim Kauf gelten, falls eine Preisvereinbarung in genauer Höhe nicht nachgewiesen werden kann; die Klage auf Kaufpreiszahlung darf nicht unter der Annahme fehlenden Vertragskonsenses gänzlich abgewiesen, sondern muss auf Verlangen des Klägers wenigstens im Umfang des geleisteten Nachweises (z. B. in der Höhe des Kaufpreises, den vereinbart zu haben der Beklagte behauptet) gutgeheissen werden; bei überhaupt fehlender Preisabsprache hat, im Falle erfolgter Lieferung, der Richter den Preis festzusetzen³⁶.

3. Der subjektiv notwendige Konsensbereich (OR 2)

Probleme können sich ergeben, wenn sich die Parteien zwar über die objektiv unentbehrlichen Elemente des Vertrages geeinigt haben, aber zusätzliche Punkte

³³ Vgl. z. B. BGE 100 II 330: Vereinbarung der Verlängerung eines Mietvertrages ohne Festsetzung des Mietzinses ist gültig; die fehlende vertragliche Preisbestimmung ist durch richterliche Lückenfüllung festzulegen. Vgl. auch unten § 12, Anm. 34, § 12/V/2 und § 16/II/2c.

³⁴ In BGE 90 II 103 E. 6 wird etwa (obiter) angenommen, dass die Einigung der Parteien darüber, ob der von ihnen geschlossene Mäklervertrag sogenannte Nachweis- oder Vermittlungsmäkelei zum Gegenstand habe, «ein wesentlicher Punkt» und der «Mäklervertrag ... daher gemäss Art. 2 OR nur verbindlich» sei, «wenn die Parteien über diesen Punkt einig wurden». Dies kann nicht richtig sein; eine konsequente Anwendung dieses Prinzips würde dazu führen, dass ein Makler, der die weitergehenden Leistungen eines Vermittlungsmäklers erbracht hat, seines Lohnes verlustig gehen würde, bloss weil er die Erzielung eines Konsenses darüber, ob er nicht vielleicht durch blossen Nachweis verdient gehabt hätte, nicht zu erbringen vermag. Vgl. dazu BUCHER, AcP 186, p. 49 f.

³⁵ Dies bedeutet, dass der Makler dann den Beweis vereinbarter Nachweismäkelei führen muss, wenn er lediglich Nachweis einer Gelegenheit zum Vertragsschluss geleistet, jedoch keine Vermittlertätigkeit ausgeübt hat, während er im Fall geleisteter Vermittlung sich nicht entgegenhalten lassen muss, die Parteien seien nicht über den Umfang der zu leistenden Mäklertätigkeit einig geworden. So sinngemäss auch BGE 76 II 149 und 40 II 529. - Damit ist verwandt der Auslegungsgrundsatz «in dubio mitius» (vgl. dazu unten § 12/VII/1), d. h. die Regel, die zwar besagt, dass bei Ungewissheit über den genauen Vertragsinhalt der den Verpflichteten weniger belastenden Auslegung der Vorzug zu geben, nicht aber, dass der Anspruch überhaupt abzuweisen sei. - Zum Grundsätzlichen auch BUCHER in AcP p. 49 f.

³⁶ Vgl. dazu auch unten Ziff. 5 und dortige Hinweise. - Das Vorliegen einer Preisvereinbarung ist richtig gesehen wohl nur Voraussetzung der Vertragsgültigkeit bezogen auf «*executory contracts*», nicht im Zusammenhang von «*executed contracts*» (oben § 9/V/3), d. h. wenn der Streit, vor Erfüllung, um den Bestand des Vertrages geht, nicht jedoch in einem Streit nach (einvernehmlicher) Vertragsabwicklung. Vgl. dazu OR/BT § 3/I/4/b/bb; § 10/IV/2/d; zu den Art. 14 und 55 des «Wiener Kaufrechts» OR/BT § 5/VIII/5.

(Nebenpunkte im Sinne von OR 2), die bei den Vertragsverhandlungen zur Diskussion standen, nicht bereinigt wurden. Entscheidend ist der *Wille der Parteien*: bestand beiderseits ein Verpflichtungswille (vgl. oben Ziff. I/2) schon vor der Einigung über die Nebenpunkte, ist der Vertrag gültig geschlossen; hat umgekehrt eine Partei die Einigung über einen Nebenpunkt zur Bedingung des Abschlusswillens gemacht (subjektiv wesentlicher Punkt) und durfte die Gegenpartei aus den Umständen nicht auf einen vorherigen Verpflichtungswillen schliessen, ist kein Vertrag zustande gekommen. OR 2/I stellt hier eine Vermutung dahingehend auf, dass fehlende Einigung über einen «vorbehaltenen Nebenpunkt» den Verpflichtungswillen nicht hindere. Dies heisst praktisch, dass (im Falle eines im übrigen bestehenden Anscheins des Verpflichtungswillens) diejenige Partei, die einen fehlenden Verpflichtungswillen behauptet, zu beweisen hat, dass die in einem besprochenen Nebenpunkt ausstehende Einigung in einer für den Gegner erkennbaren Weise zur Voraussetzung des Vertragsschlusses gemacht wurde³⁷.

4. Bezugspunkt des Konsenses der Parteien (OR 24/III)

Bei komplexen Verträgen, bei denen sowohl einzelne Berechnungselemente wie ein darauf beruhendes Endresultat (z. B. eine Reihe von Einzelpreisen mit einem daraus berechneten Gesamtpreis) Gegenstand des Vertragskonsenses sind, stellt sich die Frage, welche Elemente im Falle eines *Widerspruchs innerhalb des Vertrages* den Vorrang haben sollen. In diesen Zusammenhang ist die Norm von OR 24/III zu stellen, die nicht die Irrtumsregeln der Art. 23 ff. ergänzt, sondern eine *Konsensregel* darstellt. Aus ihr scheinen mir zwei Grundsätze zu folgen: erstens, dass ein innerer Widerspruch des Vertrages dessen Gültigkeit nicht hindert und zweitens, dass bei der Beseitigung des Widerspruchs die Vermutung zu gelten hat, dass der Vereinbarung von einzelnen Berechnungspositionen im Vertragswillen der Parteien Vorrang zukommt gegenüber derjenigen eines Endresultates³⁸. Eine Berichtigung im Sinne von OR 24/III ist nur solange zulässig, als die Parteien die einzelnen Berechnungselemente (neben dem Gesamtpreis) zum Gegenstand ihrer Vereinbarung gemacht haben und sich diese nicht bloss auf den Gesamtpreis bezog; im letzteren Fall stellen unterlaufene Fehler ein Internum der betreffenden Partei dar, die nicht einer Berichtigung, sondern höchstens einer Irrtumsanfechtung unterliegen³⁹.

³⁷ Vgl. auch BGB §§ 154 und 155 sowie BGE 103 II 193.

³⁸ Diese Regel, die für den Fall von «Rechnungsfehlern» aufgestellt ist, kann wohl in einem weiteren Bereich, und zwar immer dann Anwendung finden, wenn vertragliche Abmachungen in einem formalen Verfahren aus einzelnen Vertragselementen hergeleitet sind. OR 24/III ist wörtlich PGB § 830 nachgebildet.

³⁹ So zutreffend BGE 102 II 82. - Ein Kalkulationsirrtum stellt meist einen (nicht zur Anfechtung berechtigenden) Irrtum im Motiv (OR 24/II) dar.

5. Herstellung von Konsenswirkungen kraft Rechtsmissbrauchsverbots (ZGB 2)

In Fällen, in denen die Parteien glauben, zu einem Konsens gelangt zu sein, während eine Willensübereinstimmung nicht erreicht wurde («versteckter Dissens»; vgl. unten Ziff. X/1b), kann das Rechtsmissbrauchsverbot unter ganz bestimmten Voraussetzungen einen der Vertragspartner hindern, sich auf den Konsensmangel zu berufen; er muss den Vertrag nachträglich in dem Sinne als geschlossen gelten lassen, welcher dem eigenen ursprünglichen Willen entsprach. Diese Regel, die eine aus ZGB 2 abgeleitete Entsprechung zur für Irrtumsfälle aufgestellten Sondernorm von OR 25/II darstellt, führt im Ergebnis zu Konsenswirkungen trotz fehlenden «natürlichen» Konsenses mit etwa den folgenden praktischen Auswirkungen:

- Wenn die Parteien sich im *Umfang der Vertragswirkungen missverstanden haben* (z. B. der Käufer nur 100 kaufen wollte, während der Verkäufer 200 zu verkaufen meinte oder umgekehrt), muss der Vertrag im Umfang der Willensübereinstimmung aufrechterhalten bleiben, wenn nicht anzunehmen ist, der Partner, dem man eine Abweichung von seiner Lesart des Vertrages zumutet, hätte den Vertrag in anderem Umfang nicht geschlossen. Im genannten Beispiel kann sich (bei sinkenden Preisen) der Käufer beispielsweise nicht unter Berufung auf fehlenden Konsens weigern, die von ihm ursprünglich gewollten 100 abzunehmen⁴⁰.
- Wenn die Parteien trotz sich anscheinend deckender Erklärungen zu keinem Konsens gelangten, weil jede die für sie ungünstigere Lesart im Sinne hatte (im Grunde demnach «*überschiessender Konsens*» bestand, z. B. der Verkäufer den billigeren, der Käufer den höheren Preis meinte), muss jeder Partner die Möglichkeit haben, den anderen auf der eigenen, für den Gegner also günstigeren, Lesart zu behaften: Der Verkäufer, der zu 100 zu verkaufen bereit war, kann (bei auf 130 gestiegenem Preis) sich nicht weigern, den Kauf auf der Basis von 110 abzuwickeln, auf welcher der Käufer zu kaufen glaubte⁴¹.

III. Wille, Willensäußerung, Vertrauensprinzip

1. Ausgangssituation

In ursprünglichen Rechtsordnungen ist massgebend das gesprochene (formelle) Wort; der innere Wille bleibt unberücksichtigt. Erklärungen erfolgen in

⁴⁰ In diesem Sinne JÄGGI, OR 1 N. 387 ff., FLUME, § 34/4, p. 623 und Anm. 13. - Bereits der Dresd. E. enthält in Art. 61 Satz 2 eine Bestimmung, die wohl dieses Resultat anordnen will («... Vertrag giltig ... in Ansehung der geringeren Menge oder Summe.»). Je nachdem, welche Partei gegen den Willen der anderen auf der Vertragsabwicklung im Sinne des Verständnisses der Gegenseite beharrt, erlangt das eine oder andere Konsensverständnis für beide Parteien bindende Wirkung.

⁴¹ Vgl. dazu auch BUCHER in AcP 186, bes. p. 53 f.

starrten Formeln und entfalten ihre Wirkung unerachtet des wirklichen Willens der Parteien⁴².

Gegenposition wäre der «*Voluntarismus*» des *Naturrechts der Aufklärungszeit*, nach dem die Form der Erklärung an Bedeutung hinter dem subjektiven Willen zurücktritt; es ist der freie Wille des Individuums, der Berge versetzt, d. h. rechtliche Wirkungen auslöst. Diese Auffassung ist noch in der sogenannten *Willenstheorie* der Pandektistik wirksam, derzufolge es bei Vertragsschluss auf den tatsächlichen inneren Willen des sich rechtsgeschäftlich Erklärenden ankommen soll⁴³. Dieser Auffassung tritt die sogenannte *Erklärungstheorie* gegenüber, die, im Interesse einer vermeintlich gefährdeten Verkehrssicherheit, auf die äussere, für den Erklärungsempfänger sichtbare Erklärung abstellt.

2. Die Lösung des heutigen OR

Entgegen dem Wortlaut von OR 18, der auf eine gesetzgeberische Lösung im Sinne der Willenstheorie schliessen liesse, steht die schweizerische Praxis heute grundsätzlich auf dem Standpunkt der «*Vertrauenstheorie*», die im Kern, in der Frage der Konsensbildung bei Vertragsschluss, mehr oder weniger die Position der *Erklärungstheorie* verwirklicht. Es kommt nicht auf den inneren Willen des Erklärenden an, sondern vielmehr darauf, welches der Sinn seiner Erklärung ist, die diese bei einem (als redlich und vernünftig vorausgesetzten) Empfänger erwecken muss⁴⁴. Aus dieser Konzeption ergibt sich, dass bei Auseinanderfallen von Wille und Bedeutung des Erklärten das letztere den Vorrang erhält und Konsenswirkungen eintreten, ohne dass ein wirklicher Konsens vorliegen würde. Die neuere Lehre⁴⁵ unterscheidet denn auch von einem «natürlichen» (d. h. auf einem tatsächlichen Willen der Parteien beruhenden) Konsens einen «*normativen* Konsens», der lediglich infolge rechtlicher Anordnung als vorliegend betrachtet wird und Vertragswirkungen auslöst, nämlich dann, wenn die eine Partei die Erklärung des Gegners als mit dem eigenen Willen übereinstimmend verstehen durfte. - Wird der von der Erklärung abweichende *tatsächliche innere Wille* im Stadium des Vertragsschlusses nicht berücksichtigt,

⁴² Vgl. etwa im altgermanischen Recht: «Ein Mann - ein Wort».

⁴³ In dieser Sicht macht z. B. ein Erklärungsirrtum (etwa durch Falschübermittlung) einen Vertrag nichtig.

⁴⁴ Nach der Praxis ist eine Willenserklärung so zu verstehen, «wie sie nach Treu und Glauben im Verkehr von der Gegenpartei aufgefasst werden durfte; der Erklärende ist nicht gebunden weil er einen bestimmt gearteten inneren Willen hatte, sondern weil er ein Verhalten an der Tag gelegt hat, aus dem die Gegenseite in guten Treuen auf das Vorhandensein eines bestimmten Willens schliessen durfte» (BGE 69 II 322), oder: «Selon le principe dit de la confiance la déclaration de volonté doit être comprise dans le sens que de bonne foi son destinataire peu lui donner raisonnablement» (BGE 95 II 328/29 mit zahlreichen Hinweisen; ferner 97 II 74).

⁴⁵ Vgl. vor allem ERNST A. KRAMER, Grundfragen der vertraglichen Einigung, München/Salzburg 1972, z. B. p. 57, 97, 176.

so kommt er umgekehrt im Rahmen der *Irrtumsanfechtung* zum Zuge, wo derjenige, der «einen anderen Vertrag eingehen wollte als denjenigen, für den er seine Zustimmung erklärt hat», gestützt auf OR 24/I Ziff. 1 im Rahmen der Anfechtung wegen sogenannten Erklärungsirrtums den Vertrag unwirksam machen kann⁴⁶.

3. Modifikation und Ausweitung des Vertrauensprinzips in der heutigen Praxis

In einem ursprünglichen Sinn soll das Prinzip das «Vertrauen» des Erklärungsempfängers, der Erklärende wolle auch wirklich das, was er durch sein Verhalten ausdrückt, schützen. Heute wird indessen das Prinzip zum Teil in umgekehrtem Sinn angewendet: der Erklärungsempfänger ist verpflichtet (Treuepflicht aus dem Vertragsverhandlungsverhältnis), alle ihm aus den Umständen erkennbaren Tatsachen zu berücksichtigen, um einen möglichen Erklärungsfehler der Gegenpartei zu erkennen und die gegnerische Erklärung entsprechend dem tatsächlichen Willen zu verstehen. Diesfalls wird eine Lösung verwirklicht, die im praktischen Ergebnis der *Willenstheorie* nahekommt⁴⁷; jedenfalls wird das sogenannte Vertrauensprinzip so verstanden, dass beiden Parteien eine Treuepflicht aus dem Vertragsverhandlungsverhältnis erwächst⁴⁸. Von Bedeutung ist weniger das subjektive Verständnis der

⁴⁶ Die Verwirklichung der Postulate der Willenstheorie im Rahmen der Irrtumsregelung und der Erklärungstheorie in der Frage der Vertragsentstehung hat die Formel veranlasst, das schweizerische Recht habe einen Kompromiss zwischen beiden Auffassungen verwirklicht. So v. T./P., § 36/I, p. 299. - Nicht beizutreten ist der Auffassung von JÄGGI, OR 1 N. 208, die Anwendung des Vertrauensprinzips schliesse die Berufung auf Erklärungsirrtum aus: nicht nur sind die Folgen des Irrtums andere als jene des Dissenses (Notwendigkeit der Anfechtung, allenfalls Schadenersatzpflicht, OR 31/I, 26), sondern es würden mit dieser (nicht im Gesetzestext und noch weniger in der Entstehungsgeschichte eine Stütze findenden) Auffassung die eigentlichen Anwendungsfälle des Erklärungsirrtums von der Irrtumsanfechtung ausgeschlossen. - Der Übergang von der pandektistischen «Willenstheorie» zur Erklärungs- bzw. Vertrauentheorie muss vor dem Hintergrund der erstmaligen Verwirklichung der Willensmängel-Anfechtung im OR von 1883 gesehen werden, die zu einer *Zweistufigkeit* der Prüfung des Vertragswillens führt (vgl. dazu unten § 13). Während in der pandektistischen Überlieferung die Frage nach Vorliegen von Konsens bzw. Dissens die endgültige Entscheidung über die Wirksamkeit des Vertrages brachte und damit eine Berücksichtigung des inneren Willens unentbehrlich war, hat heute die Entscheidung Konsens/Dissens nur vorläufigen Charakter, da bei Annahme des Konsenses immer noch Willensmängel-Anfechtung möglich ist. Es ist daher folgerichtig, im Hinblick auf die Frage der Vertragsentstehung (Konsens?) dem äusseren Ablauf der Ereignisse den Vorrang zu geben (Vertrauens- oder Erklärungstheorie), während im Rahmen der Willensmängel-Anfechtung das Willensprinzip rein verwirklicht wird.

⁴⁷ Bei der Beurteilung der Willenstheorie darf nicht ausser acht gelassen werden, dass diese aus *beweisrechtlichen Gründen* nicht häufig zu einer echten Gefährdung der Verkehrssicherheit werden konnte, musste doch der Erklärende eine Abweichung des inneren Willens vom Inhalt der Erklärung beweisen.

⁴⁸ So BGE 95 II 328 f. (Décharge-Erteilung darf vom Erklärungsempfänger - Verwaltungsrat - nur entsprechend dem Wissensstand der Aktionäre geltend gemacht werden).

beiden Vertragspartner als vielmehr der objektive Gehalt, der aus dem Erklärten und dem Verhalten als Gesamtheit entnommen werden kann. Aufgrund der ständigen Zunahme der Massenverträge und der AGB und der damit verbundenen Auslegungsregel - in dubio contra stipulatorem - wächst die Zahl der Fälle, die zu Gunsten des Empfängers ausgelegt werden. In einigen Fällen wird der subjektive Wille wieder erheblich, wenn bei objektiver Auslegung der Umstände der wirkliche Wille objektiv erkennbar Vertragsbestandteil oder Vertragsvoraussetzung bildete.

4. Kasuistik

a) Auslegung unter Abstellen auf das objektiv Erklärte und die äussere Kundgebung⁴⁹

- Vgl. 32 II 286 E. 6 (zu berücksichtigen Verhalten während Vertragsvorverhandlungen, insbes. Stillschweigen nach Erhalt des Bestätigungsschreibens);
- 32 II 386 E. 4 (eine nicht sinngemäss erfasste Erklärung wird nach allgemeinem französischem Sprachgebrauch ausgelegt);
- 64 II 11 m. w. H. (unter gegebenen Umständen und nach Auslegung der abgegebenen Erklärungen war ein erteilter Architektenauftrag, wie allgemein üblich, entgeltlich, Annahme beidseitiger Sorgfaltspflichten);
- 77 III 74 E. 4 (Bedeutung der Namensnennung in Begünstigungsklausel; massgebend ist nicht die subjektive Vorstellung des Erklärenden, sondern das objektive Verständnis des Ausdruckes (Ausschluss aller namentlich nicht Genannten);
- 87 II 242 («ungefähr Mitte September»; Auslegung nach Verkehrssitte und allgemeinem Sprachgebrauch in kaufmännischen Kreisen).

b) Auslegung nach objektiven Kriterien wie Wortlaut, Verkehrssitte, Handelsbrauch, Vertragszweck und Verhalten der Parteien ohne Berücksichtigung des subjektiven Willens

- Vgl. 50 II 18 (Usanz des internationalen Eierhandels als bekannt vorausgesetzt; Antragsteller bei dringlichem Telegrammwechsel Übungsgemäss 24 Stunden an Offerte gebunden);
- 60 II 443 f. E. 4 («Gewährleistung ist wegbedungen», im zürcherischen Grundstücksverkehr nur noch traditionelle Formel ohne rechtliche Wirkung; Berufung darauf widerspricht Treu und Glauben; vgl. dazu auch 73 II 218);
- 95 II 328 E. 3 (Décharge bei AG, Sachverhaltskenntnis bestimmt Umfang der Entlastung);

⁴⁹ Zur Sonderfrage der ungelesen unterzeichneten Vertragsurkunde vgl. OFTINGER, Festgabe für A. Simonius, Basel 1955, p. 263-272. D. HENDRICH, *Rabels Zeitschrift* 35 (1971), p. 55-71 unten Ziff. XIV und die unter Anm. 127 Genannten.

- 95 II 439 ff. (Mietvertrag mit Zusicherung der Nichtkonkurrenz verpflichtet zu Verhinderung von Konkurrenz),
- 99 II 294 E. 6 (Bemessung des Mietzinses nach «geänderten Verhältnissen» hat bei Verlängerung usanzgemäss nach Liegenschaft, Ort, Entwicklung Liegenschaftsmarkt zu erfolgen, wenn beide Parteien Mitverfasser der mehrdeutigen Klausel);
- 100 II 149 E. 3c/4 (Klausel «Dokumentenakkreditiv mit aufgeschobener Zahlung» wie eigentlicher Handelsbrauch auszuwerten; nach Entstehungsgeschichte, Sinn und Zweck des Instituts obliegt Bank bloss Dokumentenprüfung); vgl. im übrigen noch 101 II 279 E. 1a/1b und 101 II 330 E. 2/3b. Aus Kaufpreisvereinbarung, Gesetz und Verkehrssitte ist Errichtung weiterer Schuldbriefe unzulässig; Käufer soll lastenfreie Liegenschaft erwerben.

c) Auslegung aufgrund der Erkennbarkeit des wirklich Gewollten im konkreten Tatbestand

- Vgl. 41 II 458 (Erklärender wollte erkennbar nicht per Saldo, sondern für eine Anzahlung quittieren, daher keine Schlussabrechnung);
- 64 II 212 ff. (beiden Parteien bekannte Umstände betr. Charakter der Hauptschuld bestimmen die Bürgenhaftung);
- 94 II 104 f. E. 2/3 (Einverständnis des Gläubigers mit Zahlungsaufschub ist im Sinne der früheren Schreiben und Erklärungen des Schuldners zu verstehen),
- 94 II 333 ff. (Wille zur vollständigen Erbschaftsteilung ergibt sich aus Vertragszweck, dem Verhalten während des Vertragsschlusses usw.);
- 100 II 330 m. w. H. (Vereinbarung über Vertragsverlängerung ohne Regelung Mietzinshöhe bedeutet in casu nach Lebenserfahrung Zustimmung zur Erhöhung des Mietzinses für neue Vertragsdauer);
- 100 II 347 E. 1 m. w. H. (Darlehens- und Kaufvertrag; nach Wortlaut der Vereinbarung und Verhalten der Parteien ist wirtschaftlicher Zweck des Darlehens gewollt);
- SJZ 34 (1938), p. 12 Nr. 6 (Unverbindlichkeit der Quittierung «per saldo» durch Dienstnehmer, der den Sinn dieser Formel nicht kennt und dem man sie nicht erklärt).

IV. Offerte und Akzept

1. Terminologie

<i>Offerte:</i>	Angebot, Antrag	
Personen:	Offerent	- Oblat
	Anbietender	- Angebotsempfänger
	Antragender/Antragsteller	- Antragsempfänger

Akzept:	Akzeption, Annahme (sc. der Offerte)	
Personen:	Akzeptant	- Akzeptempfänger
	Annehmender	- Annahmempfänger

2. Offerte und Akzept im Verhältnis zum Vertragskonsens

Nach einer weltweit eingebürgerten Formel entsteht ein Vertrag durch *Offerte* und korrespondierendes Akzept⁵⁰. Diese Modellvorstellung wird den Verhältnissen oft nicht gerecht, da bei Bagatellgeschäften des Alltags wie bei in kompliziertem Verfahren ausgehandelten Grossverträgen sich regelmässig nicht die Stellung einer Offerte bzw. deren Annahme feststellen lassen. Im Normalfall ist rechtlich allein das Resultat, der erzielte Konsens, wesentlich. Bei unbestrittenem Konsens nachträglich Offerte und Akzept zu rekonstruieren, ist unfruchtbare intellektuelle Übung; insbesondere könnte ein Vertrag nicht deshalb ungültig sein, weil sich nachträglich nicht Offerte und Akzept isoliert nachweisen lassen.

Die Begriffe von Offerte und Akzept werden nur in einer besonderen Problemstellung sinnvoll, wenn nämlich im *zeitlichen Ablauf* der Vertragsverhandlungen sich die Frage stellt, ob die jeweiligen Willenserklärungen auf eine gültige vorgängige Gegenerklärung des Partners getroffen sind, d. h. die Annahmeerklärung auf eine «offene» (noch wirksame) Angebotsklärung (dazu unten Ziff. V, VI).

3. Definitionen

a) Offerte

ist eine *Erklärung des Vertragswillens, die inhaltlich soweit bestimmt ist, dass der Oblat durch einfache Zustimmung den Vertrag zustande bringen kann*⁵¹; die Offerte muss somit wenigstens die objektiv wesentlichen Punkte des Vertrages sowie den Verpflichtungswillen formulieren⁵². Dagegen muss die Offerte *nicht* notwendig auch,

⁵⁰ Vgl. zum Vorgang des Vertragsschlusses P. PIOTET, *La formation du contrat*, Bern 1956; R. SCHLESINGER (Ed.), *Formation of Contracts*, 2 Bde., London 1968; R. SCHMIDT, *Der Abschluss des Vertrages nach italienischem ZGB (1942)*, Festschrift für H. C. Nipperdey, I, München/Berlin 1965, p. 701 ff.

⁵¹ Dies im Unterschied zur blossen Einladung zur Offertstellung, unten Ziff. V/2.

⁵² Die Offerte kann, wie das Akzept, je als *einseitiges Rechtsgeschäft* verstanden werden. Diese Feststellung steht nicht im Widerspruch zur anderen Feststellung, dass der Vertrag ein zweiseitiges Rechtsgeschäft ist. Bei letzterer Feststellung wird der Vertrag als (durch zwei Willenserklärungen herbeigeführte) *Rechtsslage* verstanden, während die erstere Feststellung das Rechtsgeschäft als *Akt* auffasst (vgl. zu diesem Gegensatz beim Vertragsbegriff oben 9/IV/1). Die gelegentlich angetroffene Feststellung, dass die Offerte eine empfangsbedürftige Willenserklärung sei (z. B. v. T./P., § 22/I, p. 167, § 24/II, p. 182) ist eine Leerformel, denn nicht aus rechtlichen, sondern tatsächlichen Gründen kann eine den Oblaten nie erreichende Offerte nicht angenommen werden.

bereits die *Person des Vertragspartners* bezeichnen, sondern kann, wenn diese dem Offerenten gleichgültig sein darf, auch *ad incertas personas* erfolgen (z. B. eine Bürgschaftserklärung die Person des Bürgschaftsgläubigers unbestimmt lassen; BGE 45 II 172/3).

b) Akzept

ist die Erklärung des Oblaten, die vorliegende Offerte annehmen zu wollen, die per definitionem den Vertrag unmittelbar zustande kommen lässt. Sie lautet im Kern immer: «*ja, einverstanden*»⁵³; eine inhaltliche Erweiterung gegenüber der Offerte ist höchstens in *quantitativer Hinsicht* möglich, wenn die Offerte diese offen liess (bestimmte Menge eines generellen Kaufangebots vertretbarer Sachen).

Die Annahme muss grundsätzlich mit dem Antrag korrespondieren. Wird in der Annahmeerklärung ein Inhaltselement abgeändert oder auch bloss ein weiteres beigefügt («*ja – aber ...*»), so bedeutet dies grundsätzlich Ablehnung des Antrags, verbunden mit der Stellung einer Gegenofferte⁵⁴.

Falls der Offerent bestimmte Bedingungen gestellt hat, müssen diese erfüllt sein, damit die Annahme wirksam wird. Der Offerent kann die Erfüllung bestimmter Formerfordernisse (z. B. Unterzeichnung einer Vertragsurkunde) verlangen, indessen sind auch andere Bedingungen denkbar, wie das Beibringen von Sicherheiten, die Eröffnung eines Akkreditives oder der Abschluss eines weiteren Vertrages durch den Oblaten, wobei erst Erfüllung der Bedingung die Annahme wirksam werden lässt.

c) Ausweitung des Begriffs der Offerte

Eine lange Reihe von Willenserklärungen, die vom Erklärenden weder in der Absicht noch im Bewusstsein, ein Angebot zu unterbreiten, abgegeben werden, sind in Offerten umzudeuten

aa) *Erstens* alle rechtsgeschäftlichen Erklärungen, die aus irgendeinem Grund den vom Erklärenden angestrebten rechtlichen Erfolg nicht durch einseitige Erklärung herbeizuführen vermögen, aber, in eine Offerte umgedeutet, im Falle der Zustimmung des Empfängers den beabsichtigten Erfolg auslösen:

- die eine Modifikation oder Zusatzbedingung enthaltende Annahmeerklärung (oben lit. b); oder die Annahmeerklärung, die infolge verspäteten Eintreffens keinen Vertrag entstehen lässt (BGB § 150/I, unten Ziff. VI/2, 3);
- ungerechtfertigte (nicht frist- oder termingerechte bzw. überhaupt nicht begründete) *Kündigung*, die in eine Offerte zur vertraglichen Auflösung des Schuldverhältnisses

⁵³ «Nur die reine, nicht auch eine bedingte oder beschränkte Annahme bringt den Vertrag zum Abschluss», wie PGB § 909 sagte.

⁵⁴ Die Möglichkeit des Oblaten, durch Akzept einseitig einen Vertrag zustande zu bringen, kann als *Gestaltungsrecht* aufgefasst werden (oben § 4/IV) und das Akzept als dessen Ausübung.

umzudeuten ist, kann doch der Kündigende vom Empfänger bei seiner Erklärung behaftet werden;

- der (an sich nicht mögliche) *Widerruf einer bereits erfolgten Kündigung* stellt eine Offerte zu neuem Vertragsschluss im Sinne der Wiederherstellung des bisherigen Schuldverhältnisses dar;
- die Behauptung, es sei zwischen den Parteien kein Vertrag zustande gekommen bzw. Anfechtung eines Vertrages wegen Willensmängeln wie eine Wandelungserklärung beim Kauf kann umgedeutet werden in eine Offerte zur Vertragsauflösung;
- die Rechnungstellung (bei ermessensabhängigem Rechnungsbetrag) stellt Offerte zur Liquidierung auf Basis des Fakturapreises dar;
- die Lieferung eines «aliud» kann als Offerte zu einer diese rechtfertigenden Vertragsänderung gedeutet werden (vgl. OR/BT § 5/1/6/c).

bb) *Zweitens* sind hier zu nennen Erklärungen, die infolge des Grundsatzes, dass Rechte und Pflichten nur durch Vertrag, nicht aber einseitiges Rechtsgeschäft geschaffen werden können, nicht als einseitige Erklärungen bereits (wie dem äusseren Anschein zufolge angenommen würde) den Erklärenden verpflichten, sondern nur im Falle der hinzutretenden Annahme seitens des Adressaten, so dass die den Erklärenden einseitig belastende Willensäußerung rechtlich als eine von diesem ausgehende Offerte zu qualifizieren ist⁵⁵:

- *einseitige Schuldverpflichtung*, die nur durch Hinzutreten einer Annahme bindend wird;
- *einseitig belastende Verfügungen*, die als Verträge auch der Zustimmung der Begünstigten bedürfen: Schulderlass oder Stundung (OR 115, unten § 22/I bzw. II), Abtretung (unten § 31), Handschenkung (OR 242), dinglicher Vertrag zur Übertragung eines dinglichen Rechts.

d) *Ausweitung des Begriffs der Annahme*

Wie der Begriff der Offerte, ist auch jener der Annahme einer Ausweitung zugänglich; vgl. dazu unten Ziff. VI/3 (Annahme durch Stillschweigen oder durch konkludentes Verhalten).

4. Gemeinsame Vorschrift für Offerte und Akzept: Widerruflichkeit bis zum Eintreffen (OR 9)

Das Gesetz statuiert den Grundsatz, dass sowohl Offerte wie Akzept durch eine *überholende schnellere Erklärung* unwirksam gemacht werden können, eine

⁵⁵ Vgl. dazu auch oben § 9/III.

Regel, die als selbstverständlich erscheint und in der Natur der Willenserklärung begründet ist, dementsprechend auch auf *sämtliche Willenserklärungen* angewendet werden kann (inhaltlich übereinstimmend BGB § 130/I, S. 2)⁵⁶.

Der Widerruf muss *nicht in der gleichen Form* erfolgen wie die revozierte Erklärung; der mündliche Widerruf einer schriftlich übermittelten Erklärung wird sogar den Hauptanwendungsfall der Regel ausmachen. Dagegen kann eine auf andere Weise als durch Erklärung des Widerrufenden bewirkte Kenntnis (z. B. Wissen des Empfängers, dass die zum Kauf gebotene Sache anderweitig verkauft und übereignet wurde) nicht als Widerruf gelten, geht es doch darum, eine rechtsgeschäftliche Erklärung unwirksam zu machen, nicht ein Wissen zu zerstören.

Ein (auch bloss ganz kurz) nach der zu widerrufenden Erklärung eintreffender Widerruf ist unwirksam⁵⁷. Spätester Zeitpunkt der Wirksamkeit ist bei *Gleichzeitigkeit der Kenntnisnahme* gegeben; da der psychologische Sachverhalt massgebend ist, kann späteres Eintreffen im Bereich des Empfängers nicht schaden, falls der Widerruf vor der widerrufenen Erklärung zur Kenntnis genommen wird (der Widerrufende telefoniert zu einem Zeitpunkt, in dem der widerrufene Brief zwar beim Adressaten eingetroffen, von diesem aber noch nicht gelesen ist). Umgekehrt muss der Grundsatz, dass eine Erklärung im Zeitpunkt des Eintreffens im Bereich des Empfängers wirksam wird, bei gleichzeitigem Eintreffen den Vorrang haben: wenn der Widerruf mit derselben Post wie die widerrufenen Erklärung eintrifft, muss sich der Erklärende nicht entgegenhalten lassen, dass die zu widerrufende Ersterklärung zuerst, der Widerruf an zweiter Stelle zur Kenntnis genommen wurde⁵⁸.

Die *Beweislast* für die Rechtzeitigkeit des Widerrufs liegt beim Widerrufenden.

V. Die Wirkung der Offertstellung

1.«Gebundenheit» des Offerenten

a) Begriff der Gebundenheit

Gebundenheit des Offerenten bedeutet, dass er den Antrag, sobald ihn der Oblat zur Kenntnis genommen hat, nicht mehr widerrufen und daher nicht hindern

⁵⁶ Als Widerruf im Sinne von OR 9 ist auch jede *Abänderung* einer abgegebenen Erklärung zu verstehen, da eine solche als Widerruf der früheren Erklärung und deren Ersetzung durch eine neue Erklärung zu verstehen ist.

⁵⁷ Immerhin ist in analoger Anwendung von OR 5 bzw. der Regeln über stillschweigende Annahmen von Offerten anzunehmen, dass im Falle einer Verzögerung in der Übermittlung eines rechtzeitig abgesandten Widerrufs der die Verzögerung erkennende Empfänger gehalten ist, dem Partner Anzeige zu machen, wenn er den Widerruf nicht gelten lassen will. So auch JÄGGI, OR 9 N. 33.

⁵⁸ So auch JÄGGI, OR 9 N. 29.

kann, dass der Vertrag durch rechtzeitig eintreffende Annahme auch gegen seinen Willen zustande kommt⁵⁹.

b) Ausschluss der Bindungswirkungen durch den Offerenten

Die im OR statuierte Bindungswirkung der Offerte ist nicht selbstverständlich. Im Römischen und im Gemeinen Recht (wie auch heute noch im englischen Recht⁶⁰) war eine bindende Offertstellung nicht möglich. Nach der Praxis zum französischen und argentinischen CC und zum Beispiel im italienischen Recht wird die bindende Offerte zwar zugelassen, aber der Bindungswille nicht vermutet; in anderen romanischsprachigen Kodifikationen wird dagegen unter gemeinrechtlichem Einfluss die Regel der Bindungswirkung aufgestellt⁶¹.

Das OR statuiert die *Gebundenheit als Normalfall*, so dass hier Gebundenheit und Gültigkeit zusammenfallen (OR 3). Es kann jedoch der Offerent durch entsprechende Erklärung («Widerruf vorbehalten» oder dgl.) die Bindungswirkung ausschliessen⁶², ohne dass deshalb die Offerte rechtlich bedeutungslos würde: Erklärt der Oblat während der «Gültigkeitsdauer», d. h. vor Ablauf oder Widerruf der Offerte, deren Annahme, so kommt der Vertrag zustande; es liegt demnach eine echte Offerte, nicht bloss eine Einladung zur Offertstellung (OR 7, unten Ziff. 2) vor⁶³. Die Gültigkeit der Offerte kann auch an eine *Bedingung* geknüpft werden.

c) Dauer der Gebundenheit kann vom Offerenten frei bestimmt werden (OR 3/I)

Der Offerent ist nicht gehalten, die übliche Bedenkzeit zu gewähren; er kann auch eine unvernünftig kurze Frist setzen. Mit Ablauf der «Gültigkeitsdauer» erlischt das Angebot, d. h. es kann nicht mehr gegen den Willen des Offerenten durch Annahmeerklärung ein Vertrag zustande gebracht werden.

⁵⁹ Weiterhin kann man m. E. als Ausfluss der Gebundenheit des Offerenten in Erwägung ziehen, dass im Falle der Annahme der Offerte der Offerent vom Zeitpunkt der Offertstellung an nach Vertragsgrundsätzen haftet, so dass z. B. im Falle des Untergangs des angebotenen Kaufobjekts der Verkäufer nicht nach OR 20 infolge anfänglicher Unmöglichkeit frei, sondern (bei Verschulden) schadenersatzpflichtig wird.

⁶⁰ Vgl. dazu § 5/VIII.

⁶¹ Für das französische Recht FERID, Bd. 1, 1 E 94, p. 270, *italienischer CC* art. 1328, *argentinischer CC* art. 1150. Im Gegensatz dazu die Unwiderruflichkeit etwa im *brasilianischen CC* art. 1080 f., im *peruanischen CC*, art. 1330.

⁶² Die Möglichkeit, Widerruflichkeit der Offerte vorzubehalten, beruht nicht auf Gesetz, sondern der Selbstverständlichkeit, dass der Offerent, wie den Inhalt der Offerte, auch derer Tragweite frei bestimmen kann.

⁶³ Die widerrufliche Offerte ist erst mit Eintreffen der Widerrufserklärung aufgehoben; kreuzt sich diese mit der bereits versandten Annahmeerklärung, ist der Vertrag zustande gekommen.

d) Dauer der Gebundenheit nach dispositivem Gesetzesrecht

aa) Antrag unter Anwesenden (OR 4)

Eine unter Anwesenden gestellte Offerte behält ihre Gültigkeit nur während der Dauer des Gesprächs und besitzt keinerlei Bindungswirkung, d. h. kann jederzeit zurückgenommen werden; allerdings kann gemäss ausdrücklichem Vorbehalt eine Bindungswirkung auch in einer mündlich gestellten Offerte zugesichert werden. OR 4/I hat hauptsächlich Beweisfunktion. - Dass dem persönlichen Gespräche auch die telefonische Unterredung gleichsteht (OR 4/II), ist selbstverständlich⁶⁴.

bb) Antrag unter Abwesenden (OR 5/I, II)

Für den häufigen Fall der Stellung eines Angebots an einen Abwesenden ohne Ansetzung einer Frist zur Annahme muss der Gesetzgeber eine Regel aufstellen; diese lautet dahin, dass der Offerent so lange gebunden bleibt, bis eine «ordnungsgemäss und rechtzeitig» abgesandte Annahmeerklärung bei ihm eingetroffen ist (OR 5/I). Dabei wird dem Oblaten eine angemessene *Überlegungs- und Prüfungsfrist* zugestanden. Diese Frist bemisst sich «nach Inhalt und Tragweite der Offerte sowie nach den persönlichen, dem Offerenten bekannten Umständen des Adressaten mit Rücksicht auf die Verkehrssitte»⁶⁵.

Die vom Offerenten gewählte Beförderungsart (Brief, Telegramm usw.) kann ebenfalls Hinweis auf die Eilbedürftigkeit sein; der Oblat soll grundsätzlich gleicherart Annahme erklären⁶⁶. Durch die Wahl eines schnelleren Transportmittels für die Annahmeerklärung vermag der Oblat die Überlegungsfrist zu verlängern oder das verspätete Eintreffen der Offerte wettzumachen, denn nach OR 5/I ist die Gesamtfrist (für Übermittlung des Angebots, Überlegung und Übermittlung des Akzepts) massgebend. Im übrigen bewirkt aber eine *Verzögerung in der Übermittlung der Offerte* keine Fristverlängerung (OR 5/II).

Ohne ausdrückliche Gesetzesvorschrift muss nach allgemeinen Grundsätzen angenommen werden, dass die *Ablehnung einer Offerte* diese sofort dahinfallen lässt^{66a}, so dass nachträglich (binnen der ursprünglichen Gültigkeitsfrist) die ursprüngliche Offerte nicht mehr angenommen werden kann. Als Ablehnung ist auch das *Unterbreiten einer Gegenofferte* zu betrachten.

⁶⁴ Verkehr per *Fernschreiben (Telex oder Telefax)* darf hingegen nicht Verhandlungen unter Anwesenden gleichgestellt werden, so dass hier grundsätzlich eine Gebundenheit nach den Regeln von OR 5 eintritt, mit der Besonderheit, dass das gewählte Übermittlungsmedium die Bedenkfrist des Oblaten kurz hält und ihn vielleicht zur Benutzung einer gleich schnellen Übermittlungsweise zwingt (unten lit. bb).

⁶⁵ v. T./P., § 24/II/2, p. 185 zit. in BGE 98 II 111. - Einer *gefestigten Usanz* kann überragende Bedeutung zukommen; vgl. BGE 50 II 18: 24 Stunden Annahmefrist im internationalen Eierhandel.

⁶⁶ BGE 19, 930.

^{66a} So jetzt explizit das «Wiener Kaufrecht», Art. 17 (dazu OR/BT § 5/VIII/4).

2. Einladung zur Offertstellung (OR 7)

a) Allgemeines

Derjenige, der einem Partner einen Vertrag vorschlägt, kann nicht nur die Widerruflichkeit seines Angebots sich vorbehalten, sondern noch für den Fall des Eintreffens einer Annahme die Möglichkeit des Verzichts auf Vertragsschluss ausbedingen. Diesfalls liegt keine Offerte im Rechtssinn, sondern eine *Einladung zur Offertstellung* vor⁶⁷. Diese in OR 7/I vorgesehene Möglichkeit wird etwa durch Formeln wie «freibleibend», «ohne Verbindlichkeit», «ohne obligo» usw. erreicht⁶⁸. Eine blosser Einladung zur Offertstellung liegt auch immer dann vor, wenn ein notwendiges Element der Offerte (Verpflichtungswille, inhaltliche Bestimmtheit) fehlt.

b) Fehlende Offert-Eigenschaft kann aus den Umständen folgen (OR 7/I, II)

Nicht jeder, der Geschäfte anbahnen will, kann oder will dies durch Unterbreitung einer ihn bindenden Offerte tun. Die fehlende Offert-Eigenschaft ergibt sich vielfach aus den Umständen (z. B. regelmässig bei Zeitungsinseraten, Ankündigungen an Anschlagbrettern oder dgl., wo es nicht Absicht des Anzeigenden sein kann, jemandem ein verbindliches Angebot zu machen); darauf nimmt der Vorbehalt von OR 7/I Bezug. Im Sinne einer Präzisierung wird in OR 7/II festgehalten, dass das (unaufgeforderte) Versenden von Tarifen, Preislisten und dergleichen vermutungsweise nicht als Offertstellung aufzufassen ist.

c) Bedeutung der «Einladung zur Offertstellung»

Die im Sinne von OR 7/I und II nicht als Offerten qualifizierten Absichtserklärungen können als «*Einladung zur Offertstellung*» bezeichnet werden, deren rechtliche Besonderheit darin liegt, dass sie für den Fall der Offertstellung durch den Adressaten der Einladung (d. h. dessen Bestellung eines bestimmten Quantum oder dgl.) meist in dem Sinn eine *antezipierte Annahmeerklärung* beinhalten, dass der Vertrag bei Stillschweigen des Oblaten aufgrund der blossen Offertstellung entsteht (vgl. dazu unten Ziff. VI/3).

d) Offertcharakter von Warenauslagen (OR 7/III)

Wer Waren mit Angabe des Preises auf dem Markt oder im Laden ausstellt, macht eine verbindliche Offerte, welche Regel nicht bloss vertragsrechtliche Bedeutung

⁶⁷ Zu deren rechtlicher Bedeutung unten lit. c.

⁶⁸ «Freibleibend» könnte evtl. auch die Bedeutung zukommen, dass der Widerruf vorbehalten wird (oben Ziff. 1/b).

hat, sondern wohl auch unlauterem Wettbewerb entgegenwirken soll. Fehlt die Preisangabe, so liegt mangels genügender Bestimmtheit keine Offerte vor.

VI. Probleme der Annahmeerklärung

1. Rechtzeitigkeit des Eintreffens der Annahmeerklärung

Die Annahmeerklärung erfolgt rechtzeitig (und bringt damit unmittelbar einen Vertrag zustande), wenn sie vor Ablauf der «Gültigkeitsdauer» des Antrags (oben Ziff. V/I) beim Offerenten *eintrifft*. Dieser Grundsatz ergibt sich beim Antrag mit Annahmefrist aus OR 3/II und beim Antrag ohne (gesetzte) Annahmefrist aus OR 5. In diesen Bestimmungen spiegelt sich die allgemeine, im schweizerischen Recht nur vereinzelt oder indirekt formulierte *Regel*, dass eine *empfangsbedürftige Willenserklärung auf Gefahr des Erklärenden reist* (dazu unten Ziff. VIII).

2. Rechtslage bei verspätetem Eintreffen

Die Ursache für die Verspätung in der Absendung (Verzögerung in der Übermittlung der Offerte; Oblat hat zu lange überlegt) ist belanglos⁶⁹; auch die Frage des Verschuldens ist irrelevant. Der *Vertrag kommt nicht zustande*, weil die Offerte beim Eintreffen der Annahmeerklärung bereits erloschen ist.

Da der Gesetzgeber davon ausgeht, dass der Oblat von der Verspätung gewusst hat oder diese bei gebotener Aufmerksamkeit doch hätte kennen können, ist der Offerent grundsätzlich nicht verpflichtet, die Verspätung anzuzeigen, um die Vertragsentstehung abzuwenden. Dies jedenfalls dann, wenn die Verspätung klar als solche zu erkennen ist (Offerent hat Annahmefrist genau bestimmt); die verspätete Annahmeerklärung ist jedoch regelmässig als den Akzeptanten bindende Offerte zu betrachten⁷⁰.

Bei *geringfügigen Verspätungen* gilt es wenigstens in den Fällen von OR 5/I (Offerent hat keine Annahmefrist bestimmt) zu beachten, dass die Geltungsdauer des Antrags vom Gesetz nur annäherungsweise umschrieben werden kann; es wird oft zweifelhaft sein, ob das Akzept als verspätet zu gelten hat. In solchen Grenzfällen ist es angezeigt, die Regel von OR 5/II analog anzuwenden: will der Offerent den Vertrag nicht gelten lassen, so hat er unter Berufung auf die Verspätung den Vertrag

⁶⁹ Anders bei der *Verspätung des Eintreffens*: Vgl. Sonderregelung von OR 5/III.

⁷⁰ BGE 26 II 333/34.

abzulehnen. Da die verspätet abgesandte Annahmeerklärung immer in eine Offerte umzudeuten ist (vgl. oben Ziff. IV/3/c/aa), kann man jedoch in vielen Fällen, in denen aufgrund der Umstände eine Mitteilung des Empfängers der verspäteten Annahmeerklärung erwartet werden muss⁷¹, im Falle des Unterbleibens der Ablehnung eine stillschweigende Annahme der Offerte des vermeintlich Akzeptierenden und damit das Zustandekommen eines Vertrages annehmen (vgl. dazu unten Ziff. IV/3/b/dd), die ältere Doktrin und Praxis ist - aus einer überholten «voluntaristischen» Konzeption der Vertragsentstehung heraus - in derartigen Fragen wohl allzu zurückhaltend.

Bei *erheblicher*, (auch unverschuldeter) Verspätung des Eintreffens wird der Vertrag grundsätzlich nicht wirksam. Um den Akzeptanten, der rechtzeitig seine Annahmeerklärung abgesandt hat und auf die Vertragsentstehung vertraut, zu schützen, verlangt OR 5/III⁷², dass der Akzept-Empfänger, der aufgrund der Verspätung den Vertrag ablehnt, die Verspätung des Eintreffens (und die Ablehnung des Vertrags) dem Partner mitteilt, andernfalls der Vertrag als geschlossen gilt⁷³.

3. Annahme durch Stillschweigen, durch konkludentes Verhalten

a) Allgemeines

Im Regelfall hat der Oblat ausdrücklich Annahme zu erklären, um den Vertrag zustande zu bringen, und muss umgekehrt nicht ablehnen, um nicht gebunden zu werden. Es sind aber zahlreiche und praktisch wichtige Fälle denkbar, bei denen eine Annahme nicht notwendig ist, sondern umgekehrt aus den Umständen folgt, derartige Tatbestände, bei denen der Oblat die Ablehnung des Antrags erklären muss, um nicht gebunden zu werden, sind in OR 6 ausdrücklich vorbehalten, ohne dass der Gesetzgeber nähere Angaben zur Abgrenzung der Tatbestände machen würde. Massgebend bei der Beurteilung, ob Stillschweigen als Annahme gedeutet werden dürfe, muss die *Verkehrssitte* sein⁷⁴. Stillschweigen als Annahme zu deuten ist insbesondere

⁷¹ Dies besonders dann, wenn die Bedeutung des Zeitfaktors nicht ersichtlich ist.

⁷² Aus der Stellung der Regel von OR 5/III würde folgen, dass sie nur Fälle betrifft, in denen die Offerte «ohne Bestimmung einer Frist» (OR 5/I) gestellt wurde; indessen muss sie gleichermassen auch auf die Annahme befristeter Offerten angewendet werden.

⁷³ In diesem Sinne jetzt auch Art. 21/II des Übereinkommens der Vereinten Nationen über Verträge über den internat. Warenkauf vom 11.4.1980; vgl. dazu OR/BT § 5/VIII sowie Anhang. In aOR 5/II war als Rechtsfolge des Unterlassens der Mitteilung noch nicht Vertragsgültigkeit, sondern - Ausfluss einer voluntaristischen Vertragsentstehungslehre - lediglich Schadenersatzpflicht statuiert worden.

⁷⁴ BGE 100 II 23 mit Hinweis auf BGE 71 II 224 und BGB § 151. Zur Literatur W. YUNG, *L'acceptation par le silence d'une offre de contracter*, Etudes et Articles, Genève 1971, p. 209 ff. m. w. H. Aus der älteren Doktrin beachte EUG. EHRlich, *Die stillschweigende Willenserklärung*, Berlin 1893 (Neudruck Aalen 1970).

ausgeschlossen, wenn die Erfüllung bestimmter Formen bei gegebenen Umständen als üblich erscheint (z. B. Schriftlichkeit bei bedeutenden Liegenschaften-Mietverträgen⁷⁵).

Auch hinsichtlich des Zeitpunktes, bis zu dem die ablehnende Erklärung beim Offerenten sein müsste (bzw. in Ermangelung einer solchen der Vertrag als geschlossen gilt), macht das Gesetz keine Angaben; für die Ablehnung der Offerte sind vorab die für die Annahme aufgestellten Grundsätze entsprechend anzuwenden. Der mit stillschweigender Annahme geschlossene Vertrag ist auf jenen Zeitpunkt zustande gekommen, auf den der Offerent spätestens Ablehnung gewärtigen musste (vgl. jedoch unten Ziff. VII).

b Tatbestandsgruppen

aa) Gesetzliche Sondernorm

Ausnahmsweise schreibt das Gesetz dem Oblaten, der nicht gebunden sein will, ausdrückliche Ablehnung vor, so in OR 395 (Auftrag bei «kraft obrigkeitlicher Bestellung - Anwälte! - oder gewerbmässig» betriebenen Berufen) und ZGB 517/II für den Testamentsvollstrecker.

bb) besondere Interessenlage

Bei den Oblaten ausschliesslich begünstigenden Verträgen (Schenkung, Bürgschaft, Zession, Schulderrass), wenn der Schenkende, Bürge, Zedent oder verzichtende Gläubiger als Offerent auftritt, kann aufgrund der Umstände eine Zustimmung vermutet und auch prozessual auf einen Nachweis des zustimmenden Willens verzichtet werden⁷⁶. Bei Verträgen, für welche Schriftform vorgeschrieben ist, genügt gemäss OR 13/I entsprechend auch die Unterschrift seitens des Belasteten.

cc) Vertrauensverhältnis aufgrund bestehender Geschäftsverbindung

Schulbuchbeispiel: Buchhändler lässt einem Stammkunden Ansichtssendungen zukommen, bei denen im Falle der Nichtrücksendung ein Vertrag angenommen werden kann⁷⁷.

Eine Geschäftsverbindung kann aufgrund zwischen den Parteien geschlossener Rahmenverträge derart ausgestaltet sein, dass entweder ein Partner verpflichtet ist, ihm angetragene Verträge zu schliessen oder wenigstens eine ablehnende Erklärung abzugeben, allenfalls den bestehenden Rahmenvertrag zu kündigen, wenn er ein ihm angetragenes Geschäft nicht abwickeln will (Kontokorrentverträge, Depotverträge und andere Bankverträge, Serviceverträge u. dgl.).

⁷⁵ So BGE 100 II 22 f.

⁷⁶ Vgl. oben Ziff. IV/3/c/bb.

⁷⁷ Praktisch wichtiges Gegenbeispiel sind die heute häufig unaufgefordert zugestellten Ansichtssendungen (Ansichtskarten, Kerzen, Autoschwämme u. dgl.), wo passives Verhalten nicht zum Vertragsschluss führt.

dd) Vertrauensverhältnis aufgrund angebahnter Vertragsverhandlungen

Bezüglich der Schadenersatzfolgen hat sich seit längerem die Auffassung durchgesetzt, dass bereits im Stadium von Vertragsverhandlungen die Parteien eine Pflicht gegenseitiger Rücksichtnahme trifft, deren Verletzung als sogenannte *culpa in contrahendo* eine quasivertragliche (allenfalls quasideliktische) Haftung auslöst (dazu unten § 17). In folgenden Fällen kann aber die zwischen den Parteien bestehende Treuepflicht auch dahin verstanden werden, dass im Falle des Unterbleibens einer Ablehnung die Offerte als angenommen, der Vertrag als geschlossen gilt:

- Verspätetes Eintreffen einer Annahmeerklärung, die ihrerseits als Offerte zu qualifizieren ist. OR 5/III sieht die fragliche Regelung für Fälle vor, bei denen die Verspätung auf einer unvorhersehbaren Verzögerung der Übermittlung beruht, indessen darf derselbe Grundsatz heute wohl ausdehnender verstanden und auf alle sich in engerem Rahmen haltenden Verzögerungen des Eintreffens der Annahmeerklärung angewendet werden (oben Ziff. 3).
- Die eine *Modifikation* enthaltende «Annahmeerklärung» stellt eine Gegenofferte dar (vgl. oben Ziff. IV/3/b), die jedoch mangels Ablehnung nicht selten als angenommen zu gelten hat. So BGE 19, 928 ff.
- Das einen mündlich geschlossenen Vertrag modifizierende *Bestätigungsschreiben* kann als Offerte zu einer Vertragsänderung aufgefasst werden, die in vielen Fällen im Falle des Stillschweigens der Vermutung der Annahme unterliegt (vgl. dazu unten Ziff. IX).
- Eine nicht fristgerechte Kündigung kann in eine Offerte zur vertraglichen Auflösung des Schuldverhältnisses umgedeutet werden, die - wenn die Frist nur knapp verpasst wurde - zurückgewiesen werden muss (besonders bei Arbeitsvertrag), vgl. oben Ziff. IV/3/c.

ee) Im voraus erteilte Annahmeerklärung

Die Parteien können eine Vereinbarung des Inhalts geschlossen haben, dass von der einen Partei ausgehende Offerten (z. B. Bestellungen von Waren) in bestimmtem Rahmen von der Gegenseite ausgeführt werden, in welchem Fall - aufgrund der im ersten Vertrag liegenden antezipierten Annahmeerklärung - Verträge im Umfang der gestellten Offerten zustande kommen.

In sogenannten *Aufforderungen zur Offertstellung* (vgl. oben Ziff. V/2a) liegt oft die im voraus erteilte Erklärung, dass man eingehende Offerten ausführen (z. B. im Rahmen eingehender Bestellungen liefern) werde. Dies ist wohl häufig bei der in OR 7/II genannten Versendung von Preislisten und dergleichen anzunehmen; jedenfalls wäre im Falle fehlenden Vertragswillens sofortige Mitteilung (d. h. Ablehnung der Offerte) notwendig.

ff) Entgegennahme bzw. Erbringung von Leistungen

Als *Annahme einer Offerte* kann in der Regel gedeutet werden:

- vorbehaltlose Entgegennahme der Leistung des Offerenten durch den Offertempfänger;

- Erbringung der ihm obliegenden Leistung durch den Offertempfänger;
- unter besonderen Voraussetzungen vorbehaltlose Entgegennahme eines «aliud» (vgl. OR/BT § 5/I/6/c).

VII. Zeitpunkt des Eintritts der Vertragswirkungen (OR 10)

1. Begriff und Bedeutung der Vertragswirkungen gemäss OR 10

OR 1-9 regeln das Zustandekommen des Vertrags; sie bestimmen, *ob* eine Bindungswirkung eingetreten ist, d. h. Vertragswirkungen nicht mehr einseitig verhindert werden können (sog. «Abschlusswirkungen» des Vertragsschlusses)⁷⁸. Davon zu unterscheiden ist die Frage, *in welchem Zeitpunkt* die materiellen Wirkungen des zustande gekommenen Vertrages eintreten. OR 10 will diese Frage nach den «Gestaltungswirkungen» (die sich nur bei *Vertragsschluss* durch Austausch von Offerte und Akzept unter Abwesenden stellt) beantworten, d. h. nach dem Zeitpunkt des Eintritts der vereinbarten Rechtsfolgen (insbes. der Rechte und Pflichten der Parteien). Nach OR 10 hinken die Abschlusswirkungen hinter den Gestaltungswirkungen nach: Die materiellen Vertragswirkungen treten mit Versendung der Annahme ein (OR 10), während bis zum Eintreffen der Annahme die Abschlusswirkungen durch Widerruf gehindert werden können (OR 9/II). Keinesfalls soll mit OR 10/I gesagt werden, dass die Annahme-Erklärung auf Gefahr des Offerenten reist, d. h. ein Vertrag auch bei Untergang des Akzepts zustande kommt.

2. Zeitpunktbestimmung

OR 10 bestimmt im Sinne der sogenannten Begebungstheorie, dass der Vertrag *rückbezogen auf den Zeitpunkt der Versendung* der Annahmeerklärung wirksam wird. Damit wird die allgemeine Regel durchbrochen, dass empfangsbedürftige Erklärungen erst mit dem Eintreffen wirksam werden (unten Ziff. VIII); bei tatsächlichem Eintreffen (und Unterbleiben eines Widerrufs gemäss OR 9/II) werden die Wirkungen auf die Versendung zurückbezogen. Ein Sinn dieser Sonderregelung ist nicht zu erkennen⁷⁹; ihr wesentlicher Nachteil liegt darin, dass für die Zeit zwischen Absendung und

⁷⁸ Vgl. zum Gegensatz der von JÄGGI unterschiedenen, sogenannten «Abschlusswirkungen» und «Gestaltungswirkungen» JÄGGI, OR 1 N. 89, 91.

⁷⁹ OR 10 (bzw. aOR 8) ist wohl im Zusammenhang der Kontroverse zwischen Äusserungstheorie und Vernehmungstheorie (unten Ziff. VIII/2 und Anm. 84) zu sehen; es soll im Sinne eines Kompromisses die materielle Vertragswirkung nach der Äusserungstheorie geregelt werden, nachdem die Abschlusswirkungen im Sinne der anderen Theorie normiert sind (OR 9). Als Vorläufer erscheint Dresd. E. Art. 50 und ALR I/5, §§ 79/80; das OR ist die einzige moderne Kodifikation, welche diese überholte Tradition fortsetzt.

Eintreffen der Annahme (d. h. für die Dauer der Widerruflichkeit der Annahmeerklärung, OR 9/II) zwar noch nicht die vertraglichen Bindungswirkungen, wohl aber - bloss bedingt, d. h. für den Fall des Ausbleibens eines Widerrufs - bereits die Vertragswirkungen eintreten. Besser das BGB, das mangels abweichender Sondernorm im Sinne von OR 10 die materiellen Vertragswirkungen im Zeitpunkt der Bindungswirkungen, d. h. bei Eintreffen der Annahmeerklärung (§ 130/I) eintreten lässt.

Für den Sonderfall der *Annahme durch Stillschweigen* (die Fälle gemäss OR 6, oben Ziff. VI/3) ordnet der Gesetzgeber die Gestaltungswirkungen für den Zeitpunkt des *Eintreffens der Offerte* an⁸⁰.

3. Praktische Bedeutung

Diese erlangen die Regeln von OR 10, wenn mit dem Vertragsschluss eine Zinspflicht oder eine Frist zu laufen beginnt, oder wenn der Preis durch den Börsenkurs bei Vertragsabschluss bestimmt wird. Die grösste praktische Bedeutung dürfte bei der Bestimmung des Zeitpunkts des *Gefahrübergangs beim Kauf* (OR 185/I) liegen⁸¹.

VIII. Exkurs: Wirksamwerden empfangsbedürftiger Willenserklärungen im allgemeinen

1. Fragestellung

Es geht hier, anders als oben Ziff. VII, nicht um die Frage des Eintritts der materiellrechtlichen Vertragswirkungen, sondern um die Frage, ob und in welchem Zeitpunkt Willenserklärungen im allgemeinen wirksam werden. Im Vordergrund stehen hier die rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen. Den gleichen Grundsätzen unterliegen aber auch andere («rechtsgeschäftsähnliche») Erklärungen, wie Mängelrüge beim Kauf usw.

2. «Eintreffen» der Erklärung im Bereich des Adressaten massgebend für das «Ob» und das «Wann» der Wirksamkeit

Die meisten rechtsgeschäftlichen und sonstigen Erklärungen sind «empfangsbedürftig», d. h. sie entfalten ihre Wirkungen nicht mit der Abgabe der Erklärung,

⁸⁰ Während die Abschlusswirkungen erst bei tatsächlicher Kenntnis von der Offerte eintreten; bis dahin die Widerruflichkeit gemäss OR 9/II.

⁸¹ Hier werden auch die aus dem Auseinanderfallen von Abschluss- und Gestaltungswirkungen sich ergebenden Ungereimtheiten sichtbar: der Käufer wird bereits mit Versendung seines Akzepts mit der Preisgefahr belastet (OR 185/I; dazu OR/BT § 3/VI), kann aber, wenn die Sache vor dessen Eintreffen untergeht, durch Widerruf des Akzepts die Gefahr wiederum zum Verkäufer zurückschieben, d. h. seine Preiszahlungspflicht abwenden.

sondern bloss dann, wenn sie den Empfänger (Adressaten) der Erklärung erreicht haben⁸². Daraus folgt vorerst, dass derartige Erklärungen *auf Gefahr des Erklärenden reisen*, der auch die Wahl des Übermittlungsmediums trifft⁸³. Es stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine empfangsbedürftige Erklärung als vom Adressaten «empfangen» gilt und damit wirksam wird. Die sich an theoretischen Überlegungen, insbesondere an einem reinen Voluntarismus orientierenden Lehren möchten darüber streiten, ob ein rechtserheblicher Wille bereits im Zeitpunkt der *Äusserung des Willens* (wenn nicht gar schon bei interner Willensbildung), oder aber umgekehrt erst bei tatsächlicher *Kenntnisnahme durch dessen Partner* wirksam werde⁸⁴.

Das OR entscheidet sich zugunsten einer *abgeschwächten Vernehmungstheorie*. Die Willenserklärung wird wirksam, wenn sie im *Bereich des Empfängers eingetroffen* ist in dem Sinne, dass das Zurkenntnisnehmen nur noch von diesem abhängt: das Übergeben des Briefes in dessen Haushalt oder Geschäftsbetrieb⁸⁵, das Einwerfen in den entsprechenden Briefkasten oder Postfach⁸⁶; umgekehrt ist die Frage, ob der Adressat die ihm zugegangene Erklärung wirklich zur Kenntnis nimmt (bzw. das Postfach leert, den ihm avisierten eingeschriebenen Brief auf der Post abholt), für

⁸² Dahin gehören die meisten rechtsgeschäftlichen Erklärungen, neben der Annahme einer Offerte Wahlerklärungen, Rücktritt, Irrtumsanfechtung, Kündigung, Verrechnungserklärung usw., aber auch sonstige rechtserhebliche Erklärungen wie die Notifikation einer Zession. Für die *Mängelrüge beim Kauf* würde ich, ohne direkte gesetzliche Grundlage, jedoch in Anlehnung an HGB § 377/IV, annehmen, dass der Käufer nicht mit der Übermittlungsgefahr belastet werden darf. Vgl. BUCHER, SJZ 67/1971, p. 21 und Anm. 40, A. M. BECKER, OR 201 N. 6. - Nicht als empfangsbedürftig betrachtet werden die Vollmachterteilung oder Geschäftsgenehmigung im Stellvertretungsrecht, OR 32, 38/I. Dazu unten § 33/III/1a, 2.

⁸³ Der Nachweis der Versendung (z. B. die Postquittung eines eingeschriebenen Briefes) vermag dem Erklärenden nicht zu helfen, wenn die Sendung den Adressaten nicht erreicht. Sicherheit über Wirksamwerden der Erklärung verschafft nur der das *Eintreffen* bestätigende *Rückschein oder Empfangsschein*.

⁸⁴ So etwa die gemeinrechtliche Kontroverse zwischen «*Äusserungstheorie*» und «*Vernehmungstheorie*»; vgl. dazu die pandektistische Literatur oder v. T./P., § 22/II/2, p. 168. Womöglich noch deutlicher zeigt sich derselbe Gegensatz in der Naturrechtsdoktrin und - in ihrem Gefolge - in der modernen Vertragslehre des franz. CC; vgl. zu letzterer PLANIOL/RIPERT/ESMEIN, *Traité pratique de droit civil français*, Tome VI, Obligations, 2. Aufl., Paris 1952 N. 158 ff.; MARTY/RAYNAUD, *Droit civil, Obligations*, Bd. I, 2. Aufl., Paris 1988, N. 100 ff., 117 ff.; STARCK, *Droit Civil*, p. 396 ff., bes. N. 1243, 1248/49, 1261 ff.; MAZEUD/CHABAS, *Leçons de Droit Civil*, 7. Aufl., Paris 1985, Bd. II/1, p. 116 ff. N. 139-146. Sodann für Spanien ESPÍN, *Manual de Derecho Civil Español*, Bd. III, 5. Aufl., Madrid 1978, p. 369 ff.

⁸⁵ Die Übergabe muss nicht an eine Person erfolgen, welche (passive) Vertretungsmacht oder Handlungsfähigkeit besitzt, wohl aber an eine solche, von welcher der Überbringer geordnete Weiterleitung erwarten darf (demnach nicht: kleine Kinder, Putzpersonal usw.).

⁸⁶ Massgebend ist der *Wohnsitz* oder das *Geschäftsdomizil*, wobei die Zustellung von Erklärungen, die den Geschäftsbereich betreffen, an das Privatdomizil und umgekehrt bis zum Nachweis tatsächlicher Kenntnisnahme als unwirksam gelten müssen.

deren rechtliches Wirksamwerden ohne Bedeutung⁸⁷. Der Empfänger trägt insbesondere das Risiko, dass er infolge *Abwesenheit* von seinem Wohn- oder Geschäftsdomizil die Erklärung nicht zur Kenntnis nehmen kann. Er hat dafür zu sorgen, dass Zustellungen an ihn ordnungsgemäss erfolgen können⁸⁸; dies wenigstens, soweit er aufgrund bestehender Rechtsbeziehungen mit Zustellungen rechnen muss.

Die genannte Regel, die im Gesetz nicht ausdrücklich formuliert ist, sondern nur indirekt zum Ausdruck kommt⁸⁹, stellt eine Risikoverteilung her (der Absender hat das Risiko der Übermittlung, der Empfänger dasjenige der Kenntnisnahme) und trägt den Beweismöglichkeiten Rechnung, da in der Regel der beweisbelastete Erklärende wohl den Zugang, nicht aber die Kenntnisnahme nachzuweisen vermag. Sie entscheidet nicht bloss in der Frage, *ob* eine Erklärung zugegangen und damit rechtswirksam sei, sondern bestimmt insbesondere auch den *Zeitpunkt des Wirksamwerdens*⁹⁰.

Nota: Die hier aufgestellten Regeln gelten bis zu einem gewissen Grade analogieweise in der Frage, ob bzw. wann eine vom *öffentlichen Recht*⁹¹ *geregelt* Mitteilung (z. B. Mitteilung eines Prozess- oder Verwaltungsaktes) erfolgt sei. Allerdings können die Grundsätze nicht unverändert übertragen werden: Die von der *Prozesspartei* vorzunehmenden Rechtshandlungen sind in aller Regel *nicht empfangsbedürftig*, was bedeutet, dass der Verlust einer Prozesseingabe auf der Post für die betreffende Partei keine Rechtsnachteile auslöst, wie auch die *Fristenwahrung* sich nach der *Versendung*, nicht nach dem Eintreffen beim Gericht oder der Verwaltungsinstanz bestimmt. Umgekehrt wird der Fristenlauf in der Regel nicht durch Zugang im Bereich des privaten Adressaten (oben Anm. 90) ausgelöst, sondern erst durch die tatsächliche Empfangnahme⁹².

⁸⁷ Das hier Gesagte gilt nicht in jenen Fällen, bei denen es nicht auf die Gültigkeit einer Erklärung, sondern auf den *faktischen Wissensstand* einer bestimmten Person ankommt (etwa, wenn deren guter Glaube, ihre Kenntnisse von Rechts- oder Sachmängeln u. dgl. in Frage stehen).

⁸⁸ Vgl. etwa SJZ 50/1954, p. 163. Etwas anderes kann nur gelten, wenn der Erklärende von der Abwesenheit des Adressaten Kenntnis hat und ihm eine Zustellung an den tatsächlichen Ort des Aufenthalts möglich und zumutbar ist. Vgl. auch v. TUHR, OR § 22 A. 32: Erfährt der Erklärende, dass seine Erklärung dem Adressaten nicht zur Kenntnis gelangt ist, muss die Erklärung wiederholt werden.

⁸⁹ OR 3/II, 5/III und 9/I, die je von «eintreffen» sprechen. Deutlicher BGB § 130/I.

⁹⁰ Insbesondere *müssen fristgebundene empfangsbedürftige Erklärungen* binnen Frist im Bereich des Erklärungsempfängers eintreffen, um fristgerecht zu sein. Entscheidend für die Frage der Fristwahrung ist der erste Zustellungsversuch (nicht die Abholung auf der Post), bzw. das Einlegen des Avis ins Postfach (nicht dessen Leerung).

⁹¹ Zur Frage der Bezugsberechtigung postalischer Sendungen vgl. Art. 146 der Verordnung (1) zum Postverkehrsgesetz vom 1. Sept. 1967.

⁹² Vgl. Zusammenfassung der Praxis in BGE 100 III 3 ff.

3. Widerruflichkeit bis zum Eintreffen (analog OR 9)

Der in OR 9 statuierte Grundsatz, dass eine Offerte oder ein Akzept bis zum Eintreffen beim Adressaten durch eine überholende Erklärung widerrufen und damit unwirksam gemacht werden kann, muss als für alle empfangsbedürftigen Erklärungen gültig aufgefasst werden⁹³.

An Stelle der widerrufenen Erklärung kann, wenn diese verschiedene mögliche Inhalte hat, eine anderslautende Erklärung gesetzt werden, so dass der Widerruf zu einer *Änderung* der abgegebenen Erklärung wird (Unterbreitung eines anderslautenden Angebots, Ausübung eines Wahlrechts in entgegengesetztem Sinn usw.).

4. Beweisfragen

Der *Erklärende* hat zu beweisen, dass die Erklärung beim Adressaten eingetroffen ist.

Der Beweis wird in der Regel durch *zwei Teilbeweise* geführt: Beweis des *Eintreffens einer Sendung* (z. B. durch Rückschein oder Empfangsschein, letzterer im Bestreitungsfall verbunden mit Bestätigung der Zustellung durch die Post) und *Beweis der Verfassung einer Erklärung* (z. B. durch Vorlegen einer Briefkopie). Beide Beweise zusammen erbringen einen prima-facie-Beweis des Zugangs der behaupteten Erklärung; behauptet der Empfänger, dass ihm eine anderslautende Erklärung zugegangen sei, ist er dafür beweispflichtig. Das gleiche gilt teilweise für die Behauptung, es sei ein Briefumschlag ohne Inhalt zugestellt worden⁹⁴.

IX. Insbesondere die Bedeutung von Bestätigungsschreiben und Tatsachenfeststellungen

1. Allgemeiner Grundsatz; schriftliche Bestätigung eines mündlichen Vertragsschlusses

Vorab im geschäftlichen Verkehr werden *mündliche Mitteilungen* und (was insbesondere von praktischer Bedeutung ist) mündlich abgeschlossene Verträge oft

⁹³ Die in Frage kommenden Beispiele oben Ziff. 2 Anm. 82 genannt. Positivrechtliche Grundlage der Übertragung ist ZGB 7. BGB § 130/I statuiert das Prinzip in allgemeiner Form, d. h. nicht bezogen auf Angebot und Annahme, sondern für alle Willenserklärungen. Vorbild von OR 9 (aOR 7) ist Dresd. E. Art. 48.

⁹⁴ Bei Bestehen einer Geschäftsverbindung (aber nur dann) wird man vom Empfänger eines eingeschriebenen leeren Briefumschlages erwarten können, dass er gegenüber dem Absender remonstriert und sich hierfür Beweis sichert; so ZR 36/1937 Nr. 138, p. 276 ff.

schriftlich bestätigt⁹⁵. Wenn das Bestätigungsschreiben unwidersprochen bleibt, kommt ihm die Bedeutung eines *Beweises* zu. Die geschaffene Vermutung beruht auf der Annahme, dass im Falle der Unrichtigkeit der im Bestätigungsschreiben enthaltenen Behauptung der Empfänger widersprochen hätte, was die Grenzen der Geltung dieser Regel zeigt: Sie gilt nur, wenn zwischen den Parteien eine derartige Beziehung bestand, dass im Falle der Unrichtigkeit der Bestätigung vom Empfänger eine Verwahrung zu erwarten und ihm eine solche zuzumuten gewesen wäre^{96, 97}.

Die durch das Bestätigungsschreiben begründete Vermutung kann grundsätzlich durch einen *Gegenbeweis entkräftet* werden, im Falle des Vertragsschlusses durch den Nachweis, dass gar kein Vertrag oder doch ein Vertrag anderen Inhalts geschlossen worden ist. Der Gegenbeweis findet allerdings eine Schranke dann, wenn dem Bestätigungsschreiben *materielle, rechtsgestaltende Kraft* zukommt, weil es als *Offerte* zu qualifizieren ist, deren widerspruchslose Entgegennahme als stillschweigende Annahme (vgl. dazu oben Ziff. VI/4) zu deuten ist: Der Empfänger ist nicht deshalb gebunden, weil bereits mündlich genau der im Schreiben behauptete Vertrag geschlossen worden wäre, sondern weil er durch sein Schweigen zum Ausdruck brachte, mit einem Vertrag in dem im Schreiben genannten Sinn einverstanden zu sein. Die Frage, wann Stillschweigen Annahme bedeutet bzw. wann eine Pflicht zur Remonstration besteht, lässt sich nicht allgemein beantworten; das letztere ist etwa dann anzunehmen, wenn die Abweichungen von der mündlichen Abmachung untergeordneter Art sind oder diese bloss ergänzen und präzisieren, wenn die Abweichungen in der Sicht des Schreibenden für den Partner keine Belastung darstellen und dgl.⁹⁸

⁹⁵ Vgl. insbesondere C. T. EBENROTH, Das kaufmännische Bestätigungsschreiben im internationalen Handelsverkehr, Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, 1978, p. 161-206.

⁹⁶ Im Falle des Widerspruchs des Empfängers kommt dem Schreiben je nach den Umständen vielleicht immer noch die Bedeutung eines Indizes zu; vgl. JÄGGI, OR 6 N. 84.

⁹⁷ Die dem Empfänger für einen Widerspruch zuzubilligende Frist ist nach den Umständen, jedenfalls aber nicht zu knapp zu bemessen.

⁹⁸ Die bundesgerichtliche Praxis, 71 II 223 f., mit Hinweisen (und ihr folgend G./M./K., p. 98) nimmt an, dass ein Bestätigungsschreiben nur dann in diesem Sinne rechtsgestaltend sein könne, «wenn der Absender der ehrlichen Überzeugung ist, in seinem Bestätigungsschreiben lediglich das zusammengefasst zu haben, was tatsächlich bereits mündlich vereinbart war». Diese Auffassung verkennt, dass in Bestätigungsschreiben Ergänzungen untergeordneter Art weit verbreiteter Übung entsprechen und oft dem Empfänger bei Nichtzustimmung Widerspruch zuzumuten ist. Vgl. weiterhin SJZ 50/1954, p. 229 Nr. 123. - So wie hier die deutsche Praxis, wonach die Wirkungen des unwidersprochenen Bestätigungsschreibens nur dann nicht eintreten, «wenn dessen Inhalt von dem zuvor Vereinbarten so weit abweicht, dass der Absender vernünftigerweise mit dem Einverständnis des Empfängers nicht rechnen kann» (BGHZ 93, p. 343). Vgl. auch Art. 19/II des Übereinkommens der Vereinten Nationen über Verträge über den internat. Warenkauf vom 11.4.1980, wonach der Vertrag mit den Ergänzungen in der Annahme zustandekommt, falls die mangelnde Übereinstimmung zwischen Angebot und Annahme nicht unverzüglich beanstandet wird (was nicht gilt bei Ergänzungen und Abweichungen, welche das Angebot wesentlich ändern). Vgl. zu der Frage auch § 2-207 Uniform Commercial Code.

2. Tatsachenfeststellungen

Eine im Einzelfall oft schwierig zu entscheidende Frage ist es, ob von einer Partei *getroffene Tatsachenfeststellungen* oder *-behauptungen*, falls unwidersprochen geblieben, *Beweis* erbringen. Auch hier ist darauf abzustellen, ob im Falle der Unrichtigkeit dem Empfänger des Schreibens aufgrund der Beziehungen der Parteien Widerspruch zuzumuten gewesen wäre. Beweisfunktion im Sinne einer widerlegbaren Vermutung ist etwa dann anzunehmen, wenn der Schreibende ein legitimes Interesse am Festhalten der im Schreiben behaupteten Fakten hat, jedenfalls aber abzulehnen, wenn die Parteien im Streite stehen, bereits prozessieren, die behaupteten Fakten zur Zeit des Schreibens für den Empfänger rechtsunerheblich scheinen usw.

Das Ausbleiben eines Widerspruchs gegenüber Tatsachenfeststellungen (Tatsachenbehauptungen) kann *ausnahmsweise* auch *materiellrechtliche Wirkung* haben, wenn das Stillschweigen als (vertraglicher) Verzicht auf Einwendungen gedeutet wird, als Erklärung des Einverständnisses des Empfängers, die Rechtsbeziehungen der Parteien im Sinne der Behauptungen zu handhaben. Dies kann etwa dann angenommen werden, wenn zur Zeit des Schreibens die Unrichtigkeit nachgewiesen werden könnte, während bei weiterer Abwicklung eine Überprüfung unmöglich wird (z. B. Behauptung eines Mindergewichts oder bestimmter Sachmängel seitens des Empfängers einer Ware, die bestimmungsgemäss rascher Weiterverwendung dient).

X. Übersicht über die Tatbestände von Dissens

1. Der Dissensbegriff

a) *Dissens als Negation von Konsens*

Dissens bezeichnet vorerst bloss den Tatbestand des Fehlens von Konsens, d. h. den Fall, dass die Parteien die für die Vertragstehung erforderliche, Übereinstimmung nicht erreicht haben, allenfalls auch, dass ihnen ein Verpflichtungswille abging⁹⁹. Dissens gewinnt hauptsächlich als «versteckter» Dissens (unten lit. b)

⁹⁹ Immerhin ist vorausgesetzt, dass dem äusseren Anschein nach ein Vertrag geschlossen sein könnte; bei mangelnder äusserer Einigung oder gar Fehlen von Vertragsverhandlungen zwischen den Parteien wird man nicht von Dissens sprechen wollen, sowenig als von «nichtigem Geschäft».

rechtliches Interesse. Es bleibt aber dabei, dass *Dissens etwas bloss Negatives* bezeichnet und nicht als eigenständige Rechtsfigur verstanden werden kann¹⁰⁰.

In der romanistischen Tradition und im Gemeinen Recht wurden die heute von OR und BGB als Irrtumstatbestände herausgestellten Fälle (welche die eigentümliche Rechtsfolge der Irrtums-Anfechtung auslösen) als Unterarten des Dissenses aufgefasst, die nicht der für die Irrtumsfälle charakteristischen Irrtums-Anfechtung, sondern der Nichtigkeitsfolge des Dissenses unterlagen¹⁰¹. Dies mag erklären, dass heute noch die Tendenz besteht, «Dissens» als ein selbständiges Rechtsinstitut herauszustellen¹⁰².

b) Unterarten des Dissens-Begriffes in traditionellem Sinn

Während der «offene» (bewusste) Dissens, bei dem die Parteien wissen, keine Einigung erreicht zu haben, keine weitere Beachtung erfordert, ist der «*versteckte*» («*latente*») Dissens, bei dem die Parteien (wenigstens zur Zeit der Vertragsverhandlungen) glauben, zu einer Einigung und einem gültigen Vertrag gelangt zu sein, weiter zu differenzieren¹⁰³:

¹⁰⁰ In diese Richtung weisen jedoch die Versuche von JÄGGI, OR 1 N. 279-426 (p. 312-357), der eine umfassende Typologie der möglichen Erscheinungsformen von Dissens-Tatbeständen entwickelt. - Im Gegensatz zu der allgemein akzeptierten Sprachregelung, welche unter Dissens ein Auseinandergehen der Willen *zweier* Parteien versteht, bezeichnet Jäggi auch das Auseinanderfallen vom Willen der erklärenden Partei und objektivem Sinn ihrer Erklärung als Dissens, wobei dieser in einer und derselben Person bestehende «Dissens» als *einfacher* (im Gegensatz zum «Vertragsdissens») bezeichnet wird (vgl. a.a.O. N. 279, 281-316).

¹⁰¹ Das aOR ist die erste Kodifikation, welche die Irrtumstatbestände aus dem Zusammenhang des Dissenses löst und eine eigentümliche Rechtsfolge (Anfechtbarkeit) entwickelt. Ihm folgt im wesentlichen das BGB. - Der Dresd. E. hatte noch lediglich die Fälle der Furchterregung und Täuschung («Betrug») in Art. 67 ff. einer Anfechtbarkeit unterworfen, während die eigentlichen Irrtumsfälle noch als Nichtigkeitstatbestände ausgestattet sind (Art. 59-66).

In der praktischen Handhabung ist der Gegensatz zwischen Anfechtbarkeit und Nichtigkeit (die ebenfalls nur bei Geltendmachung durch eine Partei wirksam wird) nicht so, grundlegend, wie es scheinen möchte. Die Unterschiede beruhen hauptsächlich darin, dass die Anfechtung befristet ist und (bei Fahrlässigkeit des Irrtums) eine Schadenersatzpflicht an sie geknüpft werden kann.

¹⁰² Insbesondere JÄGGI versteht die Begriffe Konsens und Dissens in einem psychologisch-realen Sinne und erfasst daher (im Ergebnis die romanistische Tradition wieder aufnehmend) unter dem Dissens auch die Irrtumstatbestände (JÄGGI, OR 1 N. 358, 375 f., 386 f.). Obwohl dieser Autor kaum Schlüsse zieht, denen man nicht zustimmen möchte, ist von seinem Sprachgebrauch Verwirrung zu befürchten; hier sollen übereinstimmend mit der herrschenden Lehre unter den Dissensbegriff nicht subsumiert werden die Fälle, die trotz Irrtums vorerst zur Annahme eines Konsenses und eines gültigen, wenn auch der Irrtumsanfechtung unterliegenden Vertrages führen.

¹⁰³ Denkbar ist allerdings auch der Fall, dass die eine Partei den Dissens erkennt, während die andere an Konsens glaubt. Hier muss in der Regel wohl angenommen werden, dass der das abweichende Vertragsverständnis der Gegenpartei erkennende Partner, der nicht eine Aufklärung und neue Verhandlungen herbeiführt, das Vertragsverständnis der Gegenpartei akzeptiert und auf dieser Basis ein gültiger Vertrag (damit Konsens) zustande kommt. Ähnlich auch JÄGGI, OR 1 N. 369.

aa) Dissens in Hauptpunkt (Dissens i. e. S.)

Hier weichen die Parteien in einem objektiv vertragsnotwendigen Punkt (einem *essentiale negotii*) oder einem subjektiv wesentlichen (und der Gegenpartei als subjektiv wesentlich erkennbaren) Punkt voneinander ab, oder sie haben einen solchen Punkt, ohne dies zu erkennen, nicht geregelt.

bb) Dissens in Nebenpunkt

Wenn die Nichtübereinstimmung der Parteien einen nicht vertragswesentlichen Punkt betrifft, damit aber nicht die für den Dissens charakteristische Nichtigkeitsfolge eintritt, liegt nur ein Dissens im uneigentlichen Sinn vor¹⁰⁴.

2. Rechtsfolgen

a) Dissens in Hauptpunkt: Kein Vertrag

Falls die Parteien in einem wesentlichen Punkt nicht zu einer Einigung gelangten, ist ein Vertrag nicht zustande gekommen; die falsche Meinung der Parteien, einen Vertrag geschlossen zu haben, (sog. *latenter Dissens*), vermag nicht den fehlenden Konsens zu ersetzen und Vertragswirkungen auszulösen.

Das Fehlen einer Vertragsbeziehung bedeutet, dass bereits *erbrachte Leistungen* zurückzuerstatten sind. Wenn die Leistungen ins Vermögen des Empfängers übergegangen sind, erfolgt der Ausgleich nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung (OR 62 ff., unten § 34); Sachleistungen, die noch als solche gesondert vorhanden sind, befinden sich aufgrund der *causa-Abhängigkeit* der Sachübereignung¹⁰⁵ noch im Vermögen des Leistenden und können von diesem vindiziert werden.

Die im Hinblick auf die Vertragsabwicklung *gemachten Aufwendungen* sind grundsätzlich von jeder Partei selber zu tragen, was zu ungleicher Verteilung des gemeinsam verursachten Schadens führen kann. An einen teilweisen Ausgleich nach den Regeln der «*culpa in contrahendo*»¹⁰⁶ ist mindestens dann zu denken, wenn der eine Partner nach Entdecken der Vertragsungültigkeit nicht umgehend die andere Partei benachrichtigt oder falls ihn ein überwiegendes Verschulden an der Entstehung des Missverständnisses trifft.

b) Dissens in Nebenpunkt

Da bezüglich der notwendigen Vertragspunkte Konsens besteht, kann der Dissens in Nebenpunkten die Vertragsgültigkeit nicht hindern. Im Falle des *offenen*

¹⁰⁴ Vgl. auch oben Anm. 101, zu den Rechtsfolgen unten Ziff. 2/b.

¹⁰⁵ Vgl. § 5/VI, VII.

¹⁰⁶ Vgl. unten § 17.

Dissenses sind sich die Parteien der noch ausstehenden Einigung in einem Nebenpunkt bewusst, kann diese Einigung nachträglich nicht erreicht werden, wird sie nötigenfalls durch richterliches Urteil ersetzt (dazu unten § 12/V). - Nicht anders ist die Rechtslage bei einem *latenten* Dissens, d. h. wenn die fehlende Einigung erst nachträglich offenkundig wird.

XI. Mentalreservation und Scherzerklärung

Von *reservatio mentalis* spricht man, wenn ein Erklärender für den Erklärungsempfänger nicht erkennbar (wenn auch nachträglich beweisbar) seine Erklärung nur zum Schein abgibt und deren Inhalt nicht will. Nach dem Vertrauensprinzip, das hier seinen deutlichsten Anwendungsfall hat, kann die Mentalreservation nicht berücksichtigt werden; der Erklärende ist an seine Erklärung bzw. an das, was der Partner ihr in guten Treuen entnehmen durfte, gebunden¹⁰⁷.

Die frühere Doktrin, soweit sie eine reine Willenstheorie zu verwirklichen versuchte, hat sich mit der Frage, die für sie zum Problem wurde, eingehend beschäftigt; eine praktische Bedeutung fehlt.

Bei der nicht ernstgemeinten, jedoch vom Empfänger ernstgenommenen und nach dem Vertrauensprinzip ernstzunehmenden *Scherzerklärung* ist eine Anfechtung wegen Erklärungsirrtums möglich¹⁰⁸. Der Unterschied gegenüber der (nicht anfechtbaren) Mentalreservation ist darin zu erblicken, dass der Erklärende meinen durfte, die fehlende Ernsthaftigkeit werde von der Gegenseite erkannt.

XII. Simulation

Von Simulation spricht man, wenn beide Parteien sich einig sind, dass ein von ihnen (regelmässig schriftlich) geschlossener «Vertrag» (das sog. Scheingeschäft) sie nicht binden, das heisst aber, als Vertrag keine Geltung haben solle¹⁰⁹: Es liegt ein

¹⁰⁷ Dieser Grundsatz ist im Gesetz nicht direkt ausgesprochen, während das BGB in § 116 Satz 1 die Mentalreservation ausdrücklich für unbeachtlich erklärt.

¹⁰⁸ Vgl. unten § 13 und sodann BGB § 118, wo sogar Nichtigkeitsfolge statuiert wird (vielleicht als Auswirkung der Willenstheorie).

¹⁰⁹ Auch *Verfügungsgeschäfte* können simuliert sein. - Die Simulation ist nicht von Amtes wegen zu beachten, sondern nur, wenn die Annahme der Vertragsungültigkeit dem Antrag einer Prozesspartei dient, die etwa Vertragsnichtigkeit, Irrtum oder Auflösung durch Wandelung (beim Kauf) behauptet (a. M. v. T./P., § 35/III, p. 293 f., vgl. jedoch a.a.O. Anm. 17; BGE 52 II 68).

rechtliches Nichts vor. Oft wird mit dem Vorgehen irgend eine Täuschungsabsicht verfolgt. - Wenn anstelle des simulierten Vertrages ein anderer, nach aussen nicht sichtbar werdender Vertrag gewollt ist, so ist dieser als «dissimuliert» bezeichnete Vertrag bei gegebenen Voraussetzungen gültig. Auf diesen (selbstverständlichen) Sachverhalt nimmt OR 18/I Bezug¹¹⁰.

Sind die genannten internen Wirkungen der Simulation zwischen den Partnern problemlos, bedarf die *externe Wirkung* (d. h. diejenige gegenüber Dritten) besonderer Betrachtung:

Dritte können ihrerseits die Ungültigkeit eines simulierten Geschäfts geltend machen, wenn sie ausnahmsweise durch dieses belastet sind; so könnte z. B. Simulation einer Zession vom Schuldner wie auch von einem Gläubiger des Zedenten, der Pfändung der abgetretenen Forderung beabsichtigt, geltend gemacht werden.

Die simulierenden Vertragspartner können die Ungültigkeit des simulierten Geschäfts grundsätzlich auch *gegenüber Dritten* geltend machen. Diese Möglichkeit (sc. der Einrede der Simulation) wird ihnen allerdings durch die Sondernorm von OR 18/II abgeschnitten für den Fall, dass diese Dritten Forderungen geltend machen, die sie «im Vertrauen auf ein *schriftliches Schuldbekennntnis* erworben» haben^{111,112}. Vom Schutzzweck her ist der Einredenausschluss gemäss OR 18/II wohl auf den *Umfang der Aufwendungen des Dritten* beim Erwerb der Forderung beschränkt¹¹³.

Soweit Dritte aus dem simulierten Geschäft nicht Ansprüche ableiten, wohl aber durch ihr Vertrauen auf die Existenz eines solchen schädigende Dispositionen getroffen haben (z. B. Kreditgewährung an einen Partner des simulierten Geschäfts

¹¹⁰ Der Gesichtspunkt der Vertragsungültigkeit infolge Simulation spielt vor allem eine Rolle bei *Kaufverträgen über Grundstücke*, bei denen ein anderer als der tatsächlich gewollte Kaufpreis verkündet wird. Das Bundesgericht nimmt Ungültigkeit an: Der Vertrag, wie verkündet, ist simuliert, d. h. nicht gewollt und daher ungültig, ebenso der tatsächlich gewollte Vertrag mangels Verkündung (vgl. OR/BT § 5/III/2/d und dort zit.). - Es erscheint als wenig sinnvoll, den Begriff der Simulation auf weitere Sachverhalte auszudehnen, wie dies gelegentlich geschieht; z. B. BGE 41 III 146 (der Sachverhalt des zwar liberierten, aber nachträglich zurückbezahlten Aktienkapitals stellt keine Simulation dar; die Verantwortlichkeit wird durch die ohne Gegenleistung erfolgende Zahlung ausgelöst).

¹¹¹ OR 18/II nimmt die Tradition von franz. CC art. 1321 auf: «*Les contre-lettres* (sc. die die Nichternsthaftigkeit eines verkündeten Vertrages bestätigenden Schreiben) ne peuvent avoir leur effet qu'entre les parties contractantes; elles n'ont point d'effet contre les tiers.» - OR 18/II, auf die Durchsetzbarkeit der abgetretenen Pseudo-Forderung bezogen, wird ergänzt durch die zessionsrechtliche Regel von OR 164/II, wonach ein in der Schuldurkunde nicht ersichtliches Abtretungsverbot dem Zessionar nicht entgegenghalten werden kann.

¹¹² Die verbleibenden Fälle zulässiger Erhebung der Simulationseinrede gegenüber Dritten (durch Erbgang auf Dritte übergegangene Ansprüche, die Abtretung nicht verkündeter Forderungen), dürften keine nennenswerte praktische Bedeutung haben.

¹¹³ Wer die verkündete Forderung geschenkt erhielt, müsste sich demnach die Simulationseinrede vollumfänglich entgegenhalten lassen, wer sicherungshalber sich eine simulierte Forderung abtreten liess, könnte vom Aussteller der Urkunde nur so viel fordern, als durch den Sicherungszweck gerechtfertigt ist. In diesem Sinne JÄGGI/GAUCH, OR 18 N. 256; a. M. OSER/SCHÖNENBERGER, OR 18 N. 21.

aufgrund des mit diesem bezweckten Anscheins der Kreditwürdigkeit), können *Deliktsansprüche* dieser Dritten gegen die Simulanten die Folge sein.

Von der Simulation ist zu unterscheiden der *treuhänderische Vertrag* (Sicherungs- oder Inkassozeession, Vereinbarung der Sicherungsübereignung usw.), in welchem Fall die Parteien die Vertragswirkungen echt wollen (und auch nur bei Eintritt der Vertragswirkungen ihr Ziel erreichen); die Vertragsgültigkeit wird nicht gehindert durch die für die Treuhand charakteristische zusätzliche Vereinbarung, dass nach Verwirklichung des Vertragszwecks die früheren Verhältnisse wiederhergestellt werden sollen¹¹⁴.

XIII. Auslobung, Preisausschreiben (OR 8)

1. Rechtsnatur

OR 8, neu eingeführt in der Gesetzesrevision von 1911, regelt einen Sonderfall der Entstehung einer Rechtsbeziehung mit Vertragswirkungen: Diese wird nicht durch Konsens im eigentlichen Sinn bewirkt, sondern durch ein *öffentliches Versprechen*¹¹⁵, verbunden mit dem *Erbringen der verlangten Leistung durch einen Dritten*¹¹⁶. Eine gewisse praktische Bedeutung besitzt das Institut heute in den Werbezwecken dienenden «Wettbewerben» und dgl. wie auch in den von einem Betroffenen oder der Polizei ausgesetzten Belohnungen für Mithilfe bei Aufdeckung von Verbrechen oder Festnahme von Verbrechern.

Richtigerweise wird der in OR 8 geregelte Auslobungstatbestand als ein *Erzeugungsgrund vertraglicher Wirkungen eigener Art* aufgefasst, nicht (wie dies notgedrungen der Auffassung unter dem aOR entsprach und heute noch im irreführenden Marginale des italienischen Textes, «*offerta pubblica*», zum Ausdruck gelangt) als eine besondere Art eines in verschiedenen Schritten erfolgenden Vertragsschlusses aufgrund einer Offerte «*ad incertas personas*». Die rechtsgeschäftliche Seite des Vorgangs beschränkt sich auf den Auslobenden (einseitiges Rechtsgeschäft), es liegt der Ausnahmefall einer einseitig verpflichtenden Erklärung vor (die allerdings nur bei Eintritt der gesetzten Bedingung wirksam wird)¹¹⁷. Es gelten im

¹¹⁴ Zur Unterscheidung vgl. BGE 97 IV 215 E. 4, 91 II 448 E. 4, 71 II 99, unten § 31/III/5 Anm. 94, dazu auch W. YUNG, *Simulation, fiducie, fraude à la loi*, Etudes et Articles, Genève 1971, p. 162 ff., § 31/III/5 (fiduziarische Zession) und dort in Anm. 91 zit. Literatur. - Zur Treuhand im allg. siehe oben § 4/VIII/5.

¹¹⁵ Das Marginale des französischen Textes, «*promesses publiques*», scheint mir den Kernpunkt der Regelung am besten zu bezeichnen.

¹¹⁶ Im englischen Recht berühmt der Fall *Carlill v. Carbolic Smoke Ball Co.*; (1893) All E.R. Rep., p. 127.

¹¹⁷ Einer dogmatischen Begründung dieses Sachverhaltes bedarf es angesichts der gesetzlichen Grundlage nicht, weshalb die diesbezüglichen doktrinellen Auseinandersetzungen nur historisches Interesse haben. Vgl. die Hinweise bei BECKER, OR 8 N. 1.

übrigen die rechtsgeschäftlichen Regeln, z. B. die Möglichkeit der Anfechtung wegen Willensmängeln, die Unklagbarkeit gemäss OR 513, wenn die Auslobung Spiel- oder Wettcharakter hat.

2. Voraussetzungen des Anspruchs auf Belohnung

a) Versprechen gegenüber unbestimmter Personenmehrheit

Die Auslobung muss sich nicht an die allgemeine Öffentlichkeit, wohl aber an eine Vielzahl von Personen richten. Zwar kann der angesprochene Personenkreis eingengt sein (Mitglieder eines Grossvereins, Anhänger einer Sekte usw.), darf dagegen nicht eine überblickbare Zahl von Personen umfassen (die Mitglieder einer kleinen Vereinigung); ist den Beteiligten Abschluss eines Vertrages nach den üblichen Regeln zuzumuten, scheidet Anwendung von OR 8 aus.

b) Öffentliche Ankiündigung

Es genügt nicht, die Erklärung gegenüber einzelnen Personen zuhanden Interessierter abzugeben, sondern die Erklärung muss öffentlich erfolgt (wenn auch nicht notwendig zur Kenntnis des Leistenden gelangt) sein.

c) Voraussetzung der Erbringung einer «Leistung»

Der Besonderheit der einseitigen Verpflichtung entspricht die andere, dass die Verpflichtung nur beim Erbringen einer Leistung gültig wird. Ohne dass direkt eine Angemessenheitsrelation gefordert wird, scheiden doch Versprechen ohne Leistungsvornahme aus¹¹⁸: die Zuwendung an jedermann von mehr als 2,5 Meter Körperlänge, das Schadloshalten bei irgendeinem Schadensereignis¹¹⁹. Der Leistungsbegriff ist dabei ausdehnend zu interpretieren, so dass derjenige, dem man als hunderttausendstem Besucher einer Ausstellung eine Prämie versprochen hat, diese Leistung durch seinen Ausstellungsbesuch erbringt. Vorauszusetzen ist, dass die Leistung *nach* der Auslobung erbracht wurde.

¹¹⁸ Dabei ist weniger die Person des Leistenden als diejenige des Versprechenden zu betrachten: letzterer soll nicht ohne in seiner Person begründetes Motiv einseitig sich verpflichten können. Es liegen ähnliche Überlegungen zugrunde wie beim *Consideration-Erfordernis* des angloamerikanischen Rechts: Der Versprechende muss für das Eingehen der Verpflichtung irgendein *quid pro quo* erhalten. Vgl. dazu oben § 5/VIII.

¹¹⁹ JÄGGI, OR 8 N. 32, nimmt die Gültigkeit allgemeiner «Schadlosversprechen» an, indem er sich auf BGE 47 II 210 bezieht; zu Unrecht sieht er (mit anderen) im genannten Entscheid einen Anwendungsfall von OR 8; das Bundesgericht bezieht sich nicht auf diese Bestimmung (im zu beurteilenden Fall war am ehesten Vertrag zugunsten Dritter anzunehmen, OR 112, unten § 26).

d) Nicht gefordert: Annahme

Ein Akzept im rechtsgeschäftlichen Sinn ist nicht Voraussetzung der Wirksamkeit der Auslobung; dies bedeutet, dass auch der Urteilsunfähige den versprochenen Anspruch erwerben kann, ebenso derjenige, der in Unkenntnis der Auslobung die verlangte Leistung erbracht (z. B. die zur Entdeckung des Verbrechers führende Mitteilung gemacht) hat.

3. Wirkungen

Ist die vom Auslobenden gesetzte Bedingung erfüllt, muss er die versprochene Gegenleistung erbringen; auf diese entsteht ein klagbarer Anspruch¹²⁰.

Widerruf der Auslobung ist wohl zulässig. Widerruflichkeit ist zu vermuten, kann jedoch in der Auslobung ausgeschlossen werden. Dies ist insbesondere anzunehmen, wenn eine Frist zur Leistungserbringung gesetzt wurde¹²¹.

Der Widerruf wird wirksam mit Veröffentlichung (unabhängig von Kenntnisnahme) oder durch Kenntnis des Betroffenen. Für Leistungen, die in diesem Zeitpunkt bereits vollendet sind, bleibt der Belohnungsanspruch erhalten, nicht jedoch wohl für leistungsvorbereitende Aufwendungen.

Im übrigen dürfen die einlässlicheren Vorschriften des BGB, die dem revidierten OR als Vorbild dienen, ergänzend herangezogen werden: § 659 für die «mehrfache Vornahme» der Leistung, § 660 für das Zusammenwirken verschiedener Leistender, § 661 für das Ausschreiben von (wissenschaftlichen, künstlerischen) Preisen usw.

¹²⁰ In SJZ 45/1949, p. 138 Nr. 57 wird ein Submissionswettbewerb als Auslobung betrachtet; die von OR 8 verlangte «Aussetzung einer Belohnung» würde demnach darin bestehen, dass dem Bewerber eine Chance bei der Auftragsvergebung zugesichert wird.

¹²¹ BGB § 658/II. Auch in der Schweiz gilt wohl die Regel von § 658/I, wonach der Widerruf auf demselben Wege wie die Auslobung zu erfolgen hat. Falls der Leistende anderweitige Kenntnis des Widerrufs besitzt, ist dieser jedenfalls wirksam.

XIV. Sonderprobleme bei Vertragsschluss unter Bezugnahme auf Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) und dergleichen

Literatur

Schweizerische. C. Baudenbacher, Wirtschafts-, schuld- und verfahrensrechtliche Grundprobleme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Zürich 1983; W. Bauer, Der Schutz vor unbilligen Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) im Schweizerischen Recht, Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht 23, 3. Aufl. Zürich 1981; E. Bucher, Wer haftet wem? Zum Problem der Tragung des Risikos betrügerisch veranlasster Bankvergütungen, recht 1984, 97 ff.; Th. Bühler, Standardverträge und AGB unter Kaufleuten, insbesondere im internationalen Handelsverkehr, SJZ 72 (1976), p. 1 ff.; B. Eugster, Gegensätzliche Verweisung auf Allgemeine Geschäftsbedingungen durch Offerenten und Akzeptanten, SJZ 74 (1978) 344 ff.; P. Forstmoser, AGB und ihre Bedeutung im Bankverkehr. In: Rechtsprobleme der Bankpraxis, herausgegeben von P. Forstmoser (Bankwirtsch. Forschungen Bd. 36), Bern 1976, p. 11-45; derselbe, Die rechtliche Behandlung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im schweizerischen und im deutschen Recht, in: FG Kummer, Bern 1980, 99 ff.; derselbe, Gesetzgebung und Gerichtspraxis zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen in der Schweiz, in: Allgemeine Geschäftsbedingungen in Doktrin und Praxis, Zürich 1982, 23 ff.; H. Giger, Grundsätzliches zum Einbezug Allgemeiner Geschäftsbedingungen in den Einzelvertrag, in: Allgemeine Geschäftsbedingungen in Doktrin und Praxis, Zürich 1982, 59 ff.; derselbe, Geltungs- und Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen, Zürich 1983; H. Hausheer, Die Allgemeinverbindlicherklärung von Kollektivverträgen als gesetzgeberisches Gestaltungsmittel, ZSR 95 (1976), p. 227 ff., insbes. p. 278 ff.; R. Isler, Allgemeine Geschäftsbedingungen und Verkehrssitte, ZSR 101 (1982) 1, 377 ff.; P. Jäggi, Komm. OR 1 N. 427-525 (p. 358-387), sowie Nachtrag p. 619 zu N. 427, mit zahlreichen Hinweisen; Jäggi/Gauch, N. 462 ff. zu OR 18; H. Keller, Allgemeine Geschäftsbedingungen. Eine Rechtstatsachenuntersuchung in einigen Zweigen der schweizerischen Wirtschaft, Diss. Bern 1970, ASR 395; B. Kleiner, Die AGB der Banken, Giro- und Kontokorrentvertrag, 2. Aufl., Zürich 1963; E. Kramer, N. 173 ff. zu OR 1; derselbe, Allgemeine Geschäftsbedingungen: Status quo, Zukunftsperspektiven, SJZ 81 (1985) 17 ff., 33 ff.; T. Lörtscher, Vertragliche Haftungsbeschränkungen im schweizerischen Kaufrecht, Diss. Zürich, Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht 22, 1977; H. Merz, Massenvertrag und AGB, Festgabe für W. Schönenberger, Freiburg 1968, p. 137 ff., mit zahlreichen Hinweisen, p. 140 Anm. 5 (auch abgedruckt in Merz, Ausgewählte Abhandlungen, Bern 1977, p. 313-342); derselbe, Le contrôle judiciaire des conditions générales du contrat en droit suisse, Sem. jud. 97 (1975), p. 193 ff.; K. Neumayer, Les conditions générales des contrats - contrats d'adhésion. Recueil des travaux suisses, VIIIe Congrès international de droit comparé, Basel 1970, p. 153 ff.; R. Patry, Les contrats d'adhésion comme source de droit, ZBJV 91bis (1955), p. 367 ff.; Schönenberger/Jäggi, N. 427 ff. zu OR 1; A. G. Schüler, Über Grund und Grenzen der Geltung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, ASR, Heft 456, Bern 1978; W. Sticher, Die Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen als wettbewerbsrechtliches Problem, Diss. St. Gallen 1981; C. Stockar, Zur Frage der richterlichen Korrektur von Standardverträgen Diss. Basel, Basler Studien zur Rechtswissenschaft 98, 1971; J.-P. Tschudi, Die Verträge des Speditionsgeschäfts, unter Berücksichtigung der Allg. Bedingungen des Schweiz. Spediteur-Verbandes, Diss. Zürich 1975; R. Weber, Allgemeine Geschäftsbedingungen der Banken, SAG 56 (1984), 150 ff.; P. Wessner, Les contrats d'adhésion: Quelle protection pour la partie réputée la plus faible? ZSR 105 (1986), 1161 ff.

Ausländische und rechtsvergleichende Literatur (Auswahl); G. Gorla, AGB und Formularverträge im italienischen Recht, BJM 1964, p. 261 ff.; M. Kamm, Freizeichungsklauseln im deutschen und im schweizerischen Recht - ein Vergleich, Köln 1985; H. Kötz, Welche gesetzgeberischen Massnahmen empfehlen sich zum Schutz des Endverbrauchers gegenüber AGB und Formularverträgen? (dargestellt an Beispielen aus dem Kauf- und Werkvertrags- sowie dem Maklerrecht), Verhandlungen des 50. Deutschen Juristentages, Band 1, München 1974; H. Merz et al., Richterliche Kontrolle von

AGB, Arbeiten zur Rechtsvergleichung, Bd. 41, Frankfurt a. M./Berlin 1968; L. Raiser, Das Recht der AGB, Hamburg 1935, Neudruck 1961; M. Rehbinder, AGB und die Kontrolle ihres Inhaltes, Berlin 1972; derselbe, AGB und Verbraucherschutz. Zum neuen deutschen Gesetz über die Regelung des Rechts der AGB, SJZ 73 (1977), p. 36 ff.; Rogers/Clarke, The Unfair Contract Terms Act 1977, (annotated by), London 1978; G. Schmitz, Haftungsausschlussklauseln in AGB nach englischem und internationalem Privatrecht, Schriften zum Internationalen Recht 8, Berlin/München 1977; Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, Bd. II, 2. Aufl., Tübingen 1984, p. 11 ff. (mit weiteren Literaturhinweisen.); zum deutschen AGB-Gesetz vgl. die in Anm. 134 angeführte Literatur.

1. Problemstellung und Begriff

a) Erscheinungsformen standardisierter Vertragsinhalte

OR wie BGB gehen von der Vorstellung des Vertrages als einer von selbstverantwortlichen und frei entscheidenden Partnern ausgehandelten Vereinbarung aus, die für einen bestimmten Einzelfall getroffen wird. Diese Voraussetzungen treffen für wichtige Bereiche des Rechtsverkehrs nicht mehr zu: Einzelne Unternehmer für sich wie auch alle Unternehmer einer Branche gemeinsam stellen zunehmend «Allgemeine Geschäftsbedingungen» (AGB) auf, die ein für allemal bei sämtlichen im vorgesehenen Anwendungsbereich vorkommenden Vertragsschlüssen Geltung haben sollen. Im Vordergrund stehen Rationalisierungs- und Standardisierungszwecke, die Absicht, in jedem (wirtschaftlich für sich genommen vielleicht wenig bedeutungsvollen) Vertrag eine möglichst alle Eventualitäten erfassende Regelung zu treffen. Bei übereinstimmenden AGB mehrerer Unternehmer (z. B. AGB der Banken) sind auch kartellistische Absichten im Spiel.

Wesensmässig können AGB nur die Nebenumstände (die «Bedingungen» der Vertragsabwicklung regeln, während der eigentliche «Kern» der Vereinbarung (wem welche Ware zu welchem Preis wohin zu liefern, wer mit dem Flugzeug wohin zu befördern sei usw.) zwangsläufig einer Individualabsprache überlassen bleiben muss.

b) Probleme der Vertragsgerechtigkeit

Das Bestehen von AGB kann im Einzelfall durch die Vollständigkeit der getroffenen Lösung das Handhaben des Vertrages erleichtern. Bedenken ergeben sich aber aus dem Umstand, dass ein wichtiger Teil des Vertrags nicht das Ergebnis von Verhandlungen und individueller Absprache, sondern einseitiger Anordnung ist. Oft hat der bestehenden AGB sich unterwerfende Vertragspartner (hier «Kunde» genannt) keine Möglichkeit, andere Bedingungen auszuhandeln; wo die Möglichkeit vielleicht bestünde, hat er zu wenig Interesse, eine Abweichung von der durch die AGB getroffenen Regelung (die vorwiegend Fälle betrifft, deren Eintritt nicht erhofft und nicht erwartet wird: Unglück, Sachmängel, Prozessführung usw.) durchzusetzen. Es ist dem Vertragsrecht daher die Aufgabe gestellt, zu verhindern, dass im

Rahmen von Massenverträgen der Vertragsschluss aufgrund von AGB zu einer Benachteiligung des Kunden führt.

c) Abgrenzung der AGB

Verträge, die unter Einbeziehung von AGB geschlossen und Formularverträge, Standardverträge (gelegentlich Reihen-, Serien-, Massenverträge), französisch *contrats d'adhésion*, englisch *standard form contracts* genannt werden, sind von folgenden Erscheinungen zu unterscheiden:

- Verwendung von *eingebürgerten Vertragsmustern*, wie sie seit je von der Kautelarjurisprudenz entwickelt wurden und wie sie sich vor allem in der Notariatspraxis bei den öffentlicher Beurkundung unterworfenen Verträgen erhalten haben¹²². Es fehlt hier das Element, dass der Text einseitig von der einen Partei eingeführt wird. *Hinweis*: Die Verwendung überlieferter Vertragsmuster oder einzelner Klauseln birgt die Gefahr, dass der ursprüngliche Gehalt von den Vertragspartnern nicht gewollt (oft nicht einmal verstanden) wird¹²³; da massgebend das tatsächlich Gewollte ist, kann der vereinbarte Text nicht als Ausdruck des Parteiwillens gelten und ist grundsätzlich nicht Vertragsinhalt geworden. In der Regel wird jeder Vertragspartner nach dem Vertrauensprinzip (dazu oben Ziff. III) den Urkundeninhalt, auch wenn er ihn nicht verstanden hat, trotzdem gegen sich gelten lassen müssen, das Gegenteil fällt nur in Betracht, wenn nachweislich *beide Partner* bei Vertragsschluss etwas vom Urkundentext Abweichendes gemeint und gewollt haben.
- *Bezugnahme auf kaufmännische Lieferklauseln*, die ebenfalls nicht von einer Partei ausgehen, sondern von Dritten aufgestellt, allenfalls in der Praxis herausgebildet wurden. Beispiele sind die Klauseln cif (oder c + f), fob, fot, fas, ex ship, ex quay, ex/ab (Werk usw.), freight (oder carriage) paid to¹²⁴. Auch diese kaufmännischen Lieferklauseln stellen kein objektives Recht dar, sondern gelten nur soweit, als sie Bestandteil der Parteivereinbarung geworden sind¹²⁵.

2. Geltungsgrund

Obwohl AGB mit Anspruch auf allgemeine Geltung auftreten, machen sie zwischen den Parteien nur dann Recht, wenn sie durch Vereinbarung zum Vertragsbestandteil

¹²² Dazu BÜHLER, p. 2; JÄGGI, OR 1 N. 435.

¹²³ Dazu JÄGGI, OR 1 N. 496 f.; BGE 91 II 348 (restriktive Auslegung einer die kaufrechtliche Gewährleistung ausschaltenden Garantieklausel), 60 II 444 (Handhabung der kaum mehr verstandenen Floskel «Nachwährschaft wird wegbedungen» im zürcherischen Grundstücksverkehr; dazu auch 72 II 268 f., 83 II 408).

¹²⁴ Vgl. hierzu OR/BT § 5/VII.

¹²⁵ Dies im Unterschied zur *Verkehrssitte*, mit deren Bestehen alle am Rechtsgeschäft Beteiligten nach Treu und Glauben rechnen müssen, und erst recht zum *Gewohnheitsrecht*, das eine *opinio necessitatis* voraussetzt, vgl. MERZ, Festgabe Schönenberger, p. 144-146, JÄGGI, OR 1 N. 517 f.

erhoben worden sind¹²⁶. Auf seiten des Aufstellers der AGB ist der Wille, diese zu vereinbaren, immer zu vermuten, nicht so jedoch beim Kunden. Die AGB gelten demnach bei ausdrücklicher Vereinbarung (Unterzeichnung der die AGB enthaltenden Urkunden oder eines auf diese hinweisenden Textes mit Kleingedrucktem auf der Rückseite), darüber hinaus nach dem Vertrauensprinzip (vgl. oben Ziff. III) dann, (und nur dann) wenn der Unternehmer aufgrund des Verhaltens des Kunden auf dessen Bereitschaft schliessen darf, sich den AGB zu unterziehen (z. B. Anschlagen des Textes im Geschäftslokal, allgemeines Bekanntsein in den betroffenen Geschäftskreisen)¹²⁷. Selbstverständlich ist, dass eine den AGB widersprechende Individualabrede vorgeht, und zwar auch dann, wenn sie bloss mündlich vereinbart wurde¹²⁸.

Fehlt eine ausdrückliche Bezugnahme auf AGB im Rahmen des Vertragsschlusses, können diese nur bei Vorliegen einer klaren Indikation für die Bereitschaft des Kunden zur Unterwerfung als Vertragsbestandteil gelten, so etwa, wenn frühere entsprechende Verträge zwischen den gleichen Parteien unter Einbezug der AGB geschlossen wurden¹²⁹; darüber hinaus kann Geltung nur erwogen werden, wenn

¹²⁶ Nicht berücksichtigt wird hier die Geltung von Verträgen mit vorgeformtem Inhalt aufgrund gesetzlicher Bestimmung, Beispiel *Kollektivanlagevertrag* (geregelt in Art. 8 ff des BG über die Anlagefonds vom 1. Juli 1966), *Gesamtarbeitsvertrag* (BG über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen vom 28. September 1956, vgl. OR Art. 357, 357b und 341 Abs. 1); geplant sind Bestimmungen über die Allgemeinverbindlicherklärung von Rahmenmietverträgen (vgl. Botschaft vom 30. Juni 1971, BBl. 1971 I, p. 1700-1704, 1708); zum Ganzen vgl. H. HAUSHEER, a.a.O.; JÄGGI, OR 1 N. 523 ff.

¹²⁷ Bei fehlender Kenntnis der AGB gelten diese innerhalb der Schranken des Vertrauensprinzips nach den bei der ungelesen unterzeichneten Urkunde geltenden Grundsätzen. Vgl. dazu die oben Anm. 48 Genannten und MERZ, Festgabe Schönenberger, p. 148 und die in Anm. 16 Zit. - Leading case ist BGE 64 II 355 ff., «... wer ein Schriftstück unterschreibt und damit einem andern eine Erklärung abgeben will, ohne sich um dessen Inhalt zu kümmern, muss dieses gegen sich gelten lassen, sofern nicht dem Empfänger bekannt war oder nach der Erfahrung des Lebens vernünftigerweise bekannt sein musste, dass der Erklärungsinhalt nicht gewollt sei...» (p. 357); BGE 100 II 209 f.

¹²⁸ Ausdrücklich BGE 81 II 350, vgl. auch ZS f. Walliser Rspr. 1967, p. 277 (Austausch von Occasionswagen; mündliche Zusicherung, Motor sei frisch revidiert, geht Ausschluss der Gewährleistung in AGB vor), BGE 73 II 218 ff. (Verhältnis von individueller Zusicherung und vertraglichem Haftungsausschluss beim Liegenschafts Kauf), 70 II 213 f. (in AGB festgelegte jederzeitige Kündbarkeit eines Bankkredites wird durch Individualvereinbarung über Dauer der Kreditgewährung ausgeschaltet), vgl. auch 87 II 234. - Es kann sich aber das Problem der Vertretungsmacht stellen; evt. wird der Kunde aufgrund der Umstände nicht annehmen dürfen, der «Mann am Schalter» sei berechtigt, von den AGB abweichende Vereinbarungen zu treffen.

¹²⁹ Vgl. dazu MERZ, a.a.O., p. 147; «leading case» BGE 77 II 154 ff. (stillschweigende Vereinbarung der Massgeblichkeit der AB des Schweiz. Spediteurverbandes; Ablehnung der bisher den Geschäften zugrunde gelegten AGB muss nach Treu und Glauben ausdrücklich geschehen). Bei dauernder Geschäftsbeziehung genügt die Verweisung auf die AGB erst anlässlich der schriftlichen Bestätigung des Vertragsschlusses (so schon SJZ 41/1945, p. 320 Nr. 149), wenn der Kunde nicht bereits zum voraus generell den AGB zugestimmt hat (Rahmenvertrag), in der Meinung, sie sollten für die künftigen Rechtsbeziehungen der Parteien gelten, BGE 57 I 11 und 306 E. 4, SJZ 51 (1955), p. 313. Anderer Sachverhalt in BGE 83 II 522 ff., Anwendung des dispositiven Rechts bei Nichtmitteilung von AGB bzw. Usanz.

aufgrund entsprechender öffentlicher Hinweise des Unternehmers im Publikum als bekannt vorausgesetzt werden kann, dass dieser nur unter bestimmten (von Interessierten einsehbaren) AGB kontrahieren wolle¹³⁰.

3. Hinweis: AGB und gesetzliche Regelungen

Während in der Schweiz bis anhin von einer gesetzlichen Regelung über die Kontrolle von AGB abgesehen worden ist¹³¹, bestehen in den Nachbarländern gesetzliche Sonderregeln¹³².

Die ausführlichste Sondergesetzgebung besteht in *Deutschland*. Nachdem bereits die Praxis versucht hatte, durch eine gewisse Inhaltskontrolle Abweichungen vom dispositiven Recht nur zuzulassen, wenn dessen «Gerechtigkeitsgehalt» nicht ausgeschaltet wurde¹³³, bringt das seit dem 1. April 1977 geltende AGB-Gesetz (Gesetz zur Regelung des Rechts der AGB) eine einlässliche, den Schutz des Kunden anstrebende Regelung¹³⁴. Kern der Regelung ist die dem Richter ermöglichte Inhaltskontrolle in dem Sinn, dass Bestimmungen in AGB, welche in Abweichung von dispositivem Gesetzesrecht (§ 8) Kunden «entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen», als unwirksam erklärt werden können (§ 9), welche Generalklausel durch eine einlässliche Kasuistik einzelner unzulässiger Klauseln ergänzt wird (§§ 10, 11 AGB-Gesetz).

¹³⁰ Eine (wohl verbreitete) Auffassung, dass *Verbandstarife u. dgl.*, auch wenn nicht vertraglich vereinbart, als Ausdruck einer angemessenen Entschädigung gelten könnten, wird von MERZ zutreffend kritisiert (a.a.O., p. 145 f. Ziff. 6/7, mit Hinweisen).

¹³¹ Eine gesetzliche Vorschrift enthält nun zwar UWG Art. 8 (Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb vom 19.12.1986, in Kraft seit 1.3.1988). Danach handelt unlauter, wer «vorformulierte allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in irreführender Weise zum Nachteil einer Vertragspartei: a) von der unmittelbar oder sinngemäss anwendbaren gesetzlichen Ordnung erheblich abweichen oder b) eine der Vertragsnatur erheblich widersprechende Verteilung von Rechten und Pflichten vorsehen.» Ein Verstoß gegen UWG Art. 8 bedeutet allerdings keinen Inhaltmangel im Sinne von OR 20, denn UWG Art. 8 dient der wettbewerbsrechtlichen Lauterkeit, stellt jedoch keine vertragsrechtlichen Inhaltsschranken im eigentlichen Sinne auf, auch wenn Art. 10 «Kunden und Organisationen» ein Klagerecht einräumt. So wie hier GAUCH/SCHLUEP, 839b ff.; a. A. KRAMER SJZ 81 (1985), 36 f.

¹³² In Österreich finden sich Regeln zu AGB im Konsumentenschutzgesetz von 1979, in Frankreich in der loi «sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services» vom 10. Januar 1978, in Israel besteht eine Sondergesetzgebung seit 1964. Vgl. FORSTMOSER, Die rechtliche Behandlung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im schweizerischen und im deutschen Recht, 100; KRAMER, SJZ 81 (1985) 17 N. 1.

¹³³ Dazu unten Anm. 143.

¹³⁴ Vgl. LÖWE/WESTPHALEN/TRINKNER, Grosskommentar zum AGB-Gesetz, 2. Bde., 2. Aufl., Heidelberg 1982; REHBINDER, AGB und Verbraucherschutz; zum neuen deutschen Gesetz über die Regelung des Rechts der AGB, SJZ 73 (1977), 36-41; ULMER/BRANDNER/HENSEN, AGB Kommentar, 4. Aufl., Köln 1982.

4. Derzeitiger Schutz vor unbilligen AGB in der Schweiz

Zusätzlich zu den allgemeinen Gültigkeitsvoraussetzungen von Rechtsgeschäften sind zur Beurteilung von AGB-Klauseln - bedingt durch die Waffenungleichheit der Parteien - sachtypische Einschränkungen entwickelt worden (wobei die Anwendungsbereiche der einzelnen Regeln sich oft überschneiden):

- *Unklarheiten* gehen zu Lasten des Aufstellers von AGB (Unklarheitenregel, «ambiguitas contra stipulatorem»¹³⁵); der Anwendungsbereich allgemein gefasster Regeln (Floskeln, «clauses de style») ist möglichst eng zu fassen¹³⁶.
- *Ungewöhnlichkeitsregel*: AGB sind nicht bindend, wenn sie Regelungen aufweisen, mit denen der Betroffene nach den Umständen nicht rechnen muss (es sei denn, er werde in gehöriger Form darauf hingewiesen)¹³⁷, da diesfalls auch der die AGB statuierende Partner nicht auf deren Akzeptierung vertrauen darf. Nach der Praxis sind strenge Anforderungen an *Gerichtsstandsvereinbarungen* zu stellen; der Verzicht auf den in Art. 59 BV garantierten Wohnsitzrichter bedarf «einer ausdrücklichen, von andern Vertragsbestimmungen deutlich abgehobenen Erklärung, deren Inhalt unmissverständlich ist und den Willen, einen andern Gerichtsstand zu begründen, klar und deutlich zum Ausdruck bringt ...» (BGE 91 I 14¹³⁸). Ausdehnung dieser Grundsätze auf andere einschneidende AGB-Klauseln¹³⁹ wird

¹³⁵ Vgl. hierzu unten § 12/IV/4.

¹³⁶ Dazu oben Anm. 123.

¹³⁷ BGE 49 II 185 f.: Ungültigkeit einer Bürgschaftsklausel, die in einem Nebensatz einer Umfangreichen Urkunde versteckt ist unter nicht sehr geschäftsgewandten Personen; vgl. auch JÄGGI, OR 1 N. 498 f. - BGE 108 II 418 f., 109 II 217 f., 456 ff. - Allgemein anerkannter Grundsatz, gilt auch im anglo-amerikanischen Bereich; «implied condition», dass AGB keine Überraschungsklauseln enthalten, Bruch der «condition» macht die Klausel nichtig (void).

¹³⁸ Konstante Praxis, vgl. BGE 98 Ia 320 E. 5 (Unterscheidung zwischen Gerichtsstandsklauseln, die schon in der Offerte auf Abschluss des Rechtsgeschäfts enthalten sind und selbständigen, namentlich nachträglichen Abreden über die Zuständigkeit), BJM 1974, p. 118 ff., BGE 93 I 327 E. 5 m. w. Nachweisen, SJZ 51 (1955), p. 313 Nr. 161; JÄGGI, OR 1 N. 500 ff. Anders nur, wenn der Verzichtende Geschäftsmann ist; für ihn ist die in einem schriftlichen Vertrag oder in AGB enthaltene Gerichtsstandsvereinbarung selbst dann verbindlich, wenn sie nicht gelesen oder nicht verstanden wurde, SJZ 72 (1976), p. 310 Nr. 94 mit Hinweis auf BGE 91 I 16, 76 I 350. Schlechthin ungültig ist der Verzicht auf den ordentlichen Gerichtsstand bei *Abzahlungsverträgen* (OR 226 Abs. 1); weitergehend die 1974 in Kraft getretene Revision der *deutschen ZPO* (§§ 29 Abs. 2, 38 Abs. 1), wonach - abgesehen von wenigen Ausnahmefällen - vor Streitentstehung abgeschlossene Gerichtsstandsvereinbarungen unter Nichtkaufleuten unwirksam sind.

¹³⁹ Beispiele (übermässige Freizeichnung, Abwälzung der Beweislast auf den Laien etc.) bei E. SCHNEEBERGER, SJZ 65 (1969), p. 219 f.; in der deutschen Praxis werden Klauseln über Umkehr der Beweislast für Umstände aus dem eigenen Verantwortungsbereich als unzulässig erachtet, vgl. BGHZ 41 (1964), 151.

befürwortet¹⁴⁰. - Unter Umständen können die einseitig diktierten Modalitäten (bes. Freizeichnungen) ein solch ausgeprägtes Ungleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistung bewirken, dass ausnahmsweise sogar der Übervorteilungsstatbestand (OR 21, unten § 14) gegeben sein könnte¹⁴¹.

- Im übrigen sind AGB unter dem Gesichtspunkt der *Widerrechtlichkeit* gemäss OR 20 und ZGB 27 zu überprüfen, was in extremen Fällen stossenden Inhalts zur Annahme der Nichtigkeit der fraglichen Klausel führt¹⁴². Wenn eine unzulässige AGB-Klausel als nicht bestehend aufgefasst wird, ist im Bereich der entstandenen Lücke richterliche Vertragsergänzung denkbar.

- Nichtgeltung von AGB wegen *Widerspruchs mit dispositivem Recht*? - Anders als die bisherige deutsche Rechtsprechung¹⁴³ und die Regelung des AGB-Gesetzes anerkennt die schweizerische Praxis bis jetzt nicht die Maxime, dass eine Abweichung vom dispositiven Gesetzesrecht im Sinne einer Inhaltskontrolle auf ihre Vereinbarkeit mit im Gesetzesrecht zum Ausdruck gelangenden «Gerechtigkeitsgehalten» (BGHZ 41, p. 154) überprüft werden muss¹⁴⁴. Es würde sich indessen auch in der Schweiz aufdrängen, ausgehend von einer differenzierenden Betrachtung des dispositiven Rechts¹⁴⁵, eine Abweichung von Rechtssätzen, die einen gesetzgeberischen Ordnungswillen zum Ausdruck bringen, nur zuzulassen, wenn die Parteien

¹⁴⁰ MERZ, Festgabe Schönenberger, p. 149 f., JÄGGI, OR 1 N. 503. A. A. FORSTMOSER, die rechtliche Behandlung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im schweizerischen und im deutschen Recht, 110.

¹⁴¹ H. HAUSHEER, p. 285 und Anm. 120, MERZ, Festgabe Schönenberger, p. 154 ff., JÄGGI, OR 1 N. 512.

¹⁴² Einschränkung einer in AGB enthaltenen Pfandklausel für «alle ... noch erlaufenden Verbindlichkeiten» (BGE 51 II 281), Ungültigkeit einer zum voraus erteilten Zustimmung des Bürgen zu jedem Schuldnerwechsel (BGE 67 II 128 ff.); zum Ganzen JÄGGI, OR 1 N. 509 ff. Zur Frage der Teilnichtigkeit vgl. MERZ, Festgabe Schönenberger, p. 159; JÄGGI, OR 1 N. 483, 510 und grundlegend K. SPIRO, Können übermässige Verpflichtungen oder Verfügungen in reduziertem Umfang aufrechterhalten werden?, ZBJV 88 (1952), p. 449 ff., schliesslich unten § 15/IV, VII.

¹⁴³ Wegweisend BGHZ 41 (1964), p. 154: «Der Gerechtigkeitsgehalt der vom Gesetzgeber aufgestellten Dispositivnormen kann verschieden gross sein. Je stärker er ist, ein desto strengerer Massstab muss an die Vereinbarkeit von Abweichungen in AGB mit dem Grundsatz von Treu und Glauben angelegt werden.» Vgl. sodann BGHZ 60 (1973), 243 ff. Nach der deutschen Praxis können demnach Dispositivnormen mit einem erkennbaren «Gerechtigkeitsgehalt» durch AGB nicht wegbedungen werden; sie wurden somit zwingenden Normen angenähert. - In ähnlichem Sinn kann man statt nach dem «Gerechtigkeitsgehalt» einer dispositiven Norm danach fragen, ob diese einen *gesetzgeberischen Ordnungswillen* verkörpere, so BUCHER, Der Ausschluss dispositiven Gesetzesrechts durch vertragliche Absprachen, Festgabe für H. Deschenaux, p. 256 und unten § 12/I/2/d.

¹⁴⁴ Vgl. oben Ziff. 3.

¹⁴⁵ Vgl. dazu BUCHER, Festgabe für H. Deschenaux, p. 259, 267.

eine Individualabsprache getroffen haben, welche den tatsächlichen Willen beider Parteien verkörpert¹⁴⁶.

- Eine Entwicklung in der hier postulierten Richtung ist für die Zukunft um so eher zu erwarten, als neuerdings das UWG in Art. 8 (zit. oben Anm. 131) bestimmte Vertragsgestaltungen als «unlauter» bezeichnet und in Art. 10 überdies «Kunden und Organisationen» als klageberechtigt erklärt. Ansatzpunkt der Inhaltskontrolle wird OR 19/II sein, demzufolge jegliche vom dispositiven Recht abweichende (und das heisst wohl im Ergebnis überhaupt jede) Vertragsbestimmung nur so lange gilt, als sie nicht «gegen die öffentliche Ordnung» verstösst; die Regel von UWG 8 wird im Zusammenhang des Verständnisses der «öffentlichen Ordnung» mitberücksichtigt werden dürfen.

5. Beidseitige Verwendung von AGB

Versuchen beide Vertragsparteien, ihre eigenen AGB zur Geltung zu bringen, so ist umstritten, ob überhaupt AGB zur Anwendung gelangen. Drei Theorien stehen sich dabei gegenüber:

a) Theorie des «letzten Wortes»: Diese Theorie besagt, dass die AGB desjenigen Vertragspartners zur Anwendung gelangen, welcher in seiner Auftragsbestätigung auf seine AGB verwiesen hat und der andere Vertragspartner auf dieses Angebot nicht rechtzeitig Widerspruch erhoben hat. Diese Theorie wird allerdings meistens abgelehnt¹⁴⁷.

b) Verzichtet nicht eine der Parteien ausdrücklich auf die eigenen AGB, so sind weder die AGB des einen noch des anderen Vertragspartners verbindlich. Es liegt Partialdissens vor. Anstelle der sich widersprechenden AGB tritt dispositives Recht (Teilnichtigkeit). Diese Theorie wird sowohl in Deutschland wie auch in der Schweiz als die herrschende betrachtet¹⁴⁸.

¹⁴⁶ Nach JÄGGI, OR I N. 508 muss sich Freizeichnung durch besondere Umstände (geringes Entgelt, grosse Einwirkungsmöglichkeiten des Kunden) rechtfertigen; vgl. auch unveröffentlichtes Urteil des Appellationsgerichtes Basel-Stadt (1957), zit. bei MERZ, Festgabe Schönenberger, p. 150: «... Grundsätzlich ist auch entgegen BGE 77 II 158 ... daran festzuhalten, dass angesichts der weitgehenden Freizeichnungsklauseln der ABSped gegenüber der Annahme, diese Geschäftsbedingungen seien im einzelnen Falle zum Vertragsinhalt erhoben worden, Zurückhaltung am Platze ist. Die systematische eigennützige Abwandlung dispositiven Rechts durch organisierte Vertragsparteien schafft eine Gefahr für das Rechtsleben (v. HIPPEL, Perversion von Rechtsordnungen, p. 114), der vom Richter kein Vorschub geleistet werden sollte.» - Bei MERZ, p. 150 f. weiterer Hinweis auf diese Betrachtungsweise, die das Bundesgericht (vor der Revision des Bürgschaftsrechts) an die Gültigkeit formulärmässiger Wegbedingung bürgengünstiger dispositiver Normen strenge Massstäbe anlegen liess, BGE 64 II 382. Vgl. ferner BGE 91 II 348 und oben Anm. 123.

¹⁴⁷ Vgl. EUGSTER, SJZ 74 (1978), 344 f., KRAMER, SJZ 81 (1985), 20; befürwortend jedoch JÄGGI/GAUCH, Kommentar zu OR 18 N 469, GAUCH/SCHLUEP N. 832a.

¹⁴⁸ Vgl. FORSTMOSER, Die rechtliche Behandlung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im schweizerischen und im deutschen Recht, 118, KRAMER, SJZ 81 (1985), 20, EUGSTER, SJZ 74 (1978), 345.

c) Zur Anwendung gelangen die AGB desjenigen Unternehmers, welcher die vertragstypische Leistung erbringt¹⁴⁹.

6. Auslegung allgemeiner Geschäftsbedingungen

AGB sind nach dem *Vertrauensprinzip* und von Fall zu Fall auszulegen¹⁵⁰, massgeblich darf nicht eine «einheitliche», «objektive», «gesetzesähnliche» Auslegung sein¹⁵¹.

Entscheidende Bedeutung bei der Auslegung von AGB kommt der *Unklarheitenregel* zu¹⁵².

¹⁴⁹ Vgl. FORSTMOSER, Die rechtliche Behandlung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im schweizerischen und im deutschen Recht, 118.

¹⁵⁰ Vgl. oben § 10/III und unten § 12/III.

¹⁵¹ Anders die herrschende Auffassung in Deutschland, vgl. FORSTMOSER, Die rechtliche Behandlung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im schweizerischen und im deutschen Recht, 132 f.; a. A. SJZ 80 (1984) N. 50, wo eine «objektive» Auslegung gefordert wird.

¹⁵² Vgl. unten § 12/IV/4.