

§ 15 Schranken der inhaltlichen Gestaltung von Verträgen (OR 19, OR 20, ZGB 27)	238
I. Überblick über die der Vertragsgültigkeit gesetzten inhaltlichen Schranken	238
1. Einschränkungen der Vertragsinhaltsfreiheit im allgemeinen	238
2. Abgrenzung von OR 20 gegenüber ZGB 27	239
3. Die Rechtsfolgen Nichtigkeit und Teilnichtigkeit	241
II. Zwingendes und dispositives Gesetzesrecht (OR 19/II)	244
1. Begriff und Bedeutung des zwingenden Gesetzesrechts im Sinne von OR 19/II	244
2. Bedeutung des nachgiebigen (dispositiven) Gesetzesrechts	246
III. Unmöglichkeit des Vertragsinhaltes (OR 20)	247
1. Allgemeines	247
2. Sonderproblem: Nachträgliche Behebung der Unmöglichkeit	249
3. Rechtsfolgen bei anfänglicher Unmöglichkeit	249
IV. Rechtswidrigkeit (Widerrechtlichkeit) des Vertragsinhaltes (OR 20)	250
1. Umschreibung des Tatbestandes der Widerrechtlichkeit im Sinne von OR 20/I	250
2. Beispiele	252
3. Rechtsfolgen bei Widerrechtlichkeit	254
V. Der Begriff der Sittenwidrigkeit im allgemeinen (zu OR 19/II, OR 20 und ZGB 27)	255
1. Allgemeines	255
2. Bestimmung des Inhalts der Vorbehalte	255
VI. Insbesondere Sittenwidrigkeit des Vertragsinhaltes (OR 20)	257
1. Tatbestände des sittenwidrigen Verhaltens	257
2. Verstoss gegen ausländische Gesetzgebung als Tatbestand der Sittenwidrigkeit?	258
3. Verbindung einer notwendig unentgeltlichen Leistung mit geldwerter Gegenleistung	258
4. Hinweis: Wertdisparität der Leistungen (OR 21)	258
5. Rechtsfolge bei Sittenwidrigkeit des Vertragsinhaltes (OR 20/II)	259
VII. Schutz vor übermässiger rechtsgeschäftlicher Bindung gemäss ZGB 27/II	259
1. Allgemeines. Begriff der Freiheitsbeschränkung im Sinne von ZGB 27	259
2. Bereich der Unzulässigkeit jeglicher vertraglichen Bindung	260
3. Schutz vor übermässiger vertraglicher Bindung	261
4. Rechtsfolgen bei Sittenwidrigkeit der vertraglichen Bindung im Sinne von ZGB 27/II	265

§ 15 Schranken der inhaltlichen Gestaltung von Verträgen (OR 19, OR 20, ZGB 27)

Literatur

H. BEER, Die relative Unwirksamkeit. Eine Darstellung unter besonderer Berücksichtigung der Interessen- und Wertungsjurisprudenz, Berlin 1975; G. BROGGINI, Ordine pubblico e norme imperative quali limiti alla libertà contrattuale in diritto svizzero, Festgabe für W. Schönenberger, Freiburg/Schweiz 1968, p. 93; E. BUCHER, Die Ausübung der Persönlichkeitsrechte; insbesondere die Persönlichkeitsrechte des Patienten als Schranken der ärztlichen Tätigkeit, Diss. Zürich 1956; A. BUERGE, Rechtsdogmatik und Wirtschaft. Das richterliche Moderationsrecht beim sittenwidrigen Rechtsgeschäft im Rechtsvergleich - Bundesrepublik Deutschland-Schweiz-Österreich-Frankreich, Berlin 1987; H. DESCHENAUX, La révision des contrats par le juge, ZSR 61 (1942), p. 509a ff.; R. DES GOUTTES, Système des nullités en droit suisse, ZSR 48 (1929), p. 348 ff.; J. M. GROSSEN, La protection de la personnalité en droit privé (Quelques problèmes actuels), Basel 1960; Rapport à la SSJ, 94/1960, fasc. 1, p. 1a-131a; ZSR 79 (1960), p. 1a ff.; D. GUGGENHEIM, L'invalidité des actes juridiques en droit suisse et comparé, thèse Genève 1970; B. HERZOG, Quantitative Teilnichtigkeit, Diss. Göttingen 1926; A. HIRSCH, Les contrats contraires au droit administratif économique, in Mémoires publiés par la faculté de droit, Genève, XVIII. journée juridique, Genève 1979, p. 127 ff.; C. HUGUENIN, Nichtigkeit und Unverbindlichkeit als Folgen anfänglicher Vertragsmängel, Diss. Bern 1984; R. HÜRLIMANN, Teilnichtigkeit von Schuldverträgen nach Art. 20 Abs. 2 OR, Diss. Freiburg 1984; G. JOSEPHAL, Die Vorschriften über die Teilnichtigkeit von Rechtsgeschäften (§ 139 BGB und Art. 20 Abs. 2 OR), Diss. Basel 1933; W. F. LINDACHER, Grundsätzliches zu § 138 BGB, AcP 173, p. 124 ff.; TH. MAYER-MALY, Über die Teilnichtigkeit, Gedenkschrift für F. Gschnitzer, Aalen 1969, p. 265 ff.; P. PIOTET, De l'invalidité partielle des actes juridiques spécialement en cas de vice du consentement, ZSR 76 (1957), p. 97 ff.; K. SPIRO, Können übermässige Verpflichtungen in reduziertem Umfang aufrechterhalten werden?, ZBJV 88 (1952), p. 449 ff., 497 ff.; H. TANDOGAN, La nullité, l'annulation et la résiliation partielles des contrats, thèse Genève 1952; W. THOMMEN, Beitrag zur Lehre vom Begriff der guten Sitten im schweizerischen Privatrecht, Diss. Zürich 1954; F. WIGET, Der zivilrechtliche Begriff der öffentlichen Ordnung, Diss. Zürich 1938, R. ZIMMERMANN, Richterliches Moderationsrecht oder Totalnichtigkeit? Diss. Berlin 1979.

I. Überblick über die der Vertragsgültigkeit gesetzten inhaltlichen Schranken

1. Einschränkungen der Vertragsinhaltsfreiheit im allgemeinen

Die Rechtsordnung würde sich selbst widersprechen, wenn sie Vorgänge, die sie verpönt, als Gegenstand von Verträgen zuliesse. Darum hat sie in OR 19/II, OR 20

und ZGB 27 der Vertragsfreiheit und dadurch der Privatautonomie Grenzen gezogen¹.

Vorab ist es selbstverständlich, dass Verträge, die *widerrechtlich* sind, im Regelfall nicht geschützt werden können, sei es, dass der Gesetzgeber den Abschluss von Verträgen mit dem von den Parteien gewollten Inhalt als solchen untersagt, sei es, dass das Verhalten, zu dem sich die Parteien verpflichten, verboten ist (unten Ziff. IV). An die Seite der widerrechtlichen Verträge treten jene, die zwar nicht gegen eine Rechtsnorm, wohl aber gegen *Grundsätze von Sitte und Moral* verstossen und die aus diesem Grund keine rechtliche Durchsetzbarkeit verdienen (zum Begriff der Sittenwidrigkeit unten Ziff. V, zu den Anwendungsfällen unten Ziff. VI und VII).

Als Zentralnorm der inhaltsbeschränkenden Vertragsregeln wird oft OR 20 verstanden. Der Satz, dass ein Vertrag, der gegen die guten Sitten verstösst, nichtig sei, gehört sachlich der gemeinrechtlichen Tradition an² und findet sich entsprechend im aOR (Art. 17)³. Ausländische Rechte begnügen sich noch heute mit Regeln, welche die gleiche Grundstruktur wie aOR 17 aufweisen⁴.

Demgegenüber ist es eine Eigenheit des ZGB und ein Verdienst Eugen Hubers, den sachlogisch zu unterscheidenden Sachverhalt, dass eine vertragliche Bindung nicht rechtlichen Bestand haben darf, weil ein Bereich, der bindungsfrei bleiben soll, betroffen ist, in einer Sondernorm (ZGB 27) zu erfassen und aus der Generalklausel sittenwidriger Verträge herauszulösen; der durch ZGB 27 angesprochene Problemkreis kann nur dann angemessen erfasst werden, wenn man erkennt, dass dessen Anliegen nicht der Schutz der guten Sitten, sondern der Schutz der persönlichen Freiheit und Selbstbestimmung des betroffenen Vertragspartners ist.

Die in OR 20 (wie bereits in aOR 17) weiterhin als Nichtigkeitsgrund aufgeführte *Unmöglichkeit der Vertragserfüllung* stellt keine Einschränkung der Vertragsfreiheit dar. Sie ist vielmehr eine (traditionsbedingte, nur historisch zu erklärende) dogmatische Deutung eines Sachverhalts, der aus faktischen Gründen bereits eine Vertragsabwicklung nicht zulässt (dazu unten Ziff. III).

2. Abgrenzung von OR 20 gegenüber ZGB 27

ZGB 27: Von vertragsrechtlicher Bedeutung ist allein Abs. II, dessen eigentlicher Gehalt in der Regel besteht, dass vertragliche Bindungen unwirksam sind, wenn

¹ Die hier besprochenen Inhaltsschranken beziehen sich nur auf Verträge im Sinne von *Verpflichtungsgeschäften*, während *Verfügungsgeschäfte* nicht erfasst werden (zur Unterscheidung oben § 4/VIII). Infolge der Rechtsgrund-Abhängigkeit der sachenrechtlichen Verfügungen in der Schweiz (oben § 4/VIII/4) erstreckt sich hier allerdings im Ergebnis die Ungültigkeit einer Verpflichtung auch auf die dieser folgenden Verfügung.

² Vgl. WINDSCHEID, Bd. II, § 314, 3; Dresd. E. §§ 3, 6, 136.

³ *aOR 17* lautet: «Gegenstand des Vertrages kann nur eine Leistung sein, welche möglich und nicht widerrechtlich oder unsittlich ist.»

⁴ So BGB § 138/I; ABGB § 879/I; franz. CC art. 1131, 1133; ital. CC art. 1343, 1418/II.

sie entweder einen *Bereich* betreffen, in dem jegliche «Entäusserung der Freiheit» unzulässig ist, oder wenn das *Ausmass* der vertraglichen Freiheitsbeschränkung einen «das Recht oder die Sittlichkeit verletzenden Grad» erreicht⁵. Bestandteil des *Persönlichkeitsschutzes* ist die Regel insofern, als sachlicher Anlass der Regel nicht (wie bei OR 20) die Wahrung guter Sitten schlechthin ist; sie ist vielmehr im Interesse des Individuums aufgestellt und will dieses in seiner persönlichen Freiheit schützen⁶. Es handelt sich indessen bei ZGB 27 um eine *rein vertragsrechtliche* Vorschrift, die nur innerhalb vertraglicher Bindungen, d. h. auf *normativer Ebene*, wirksam wird, während der *Persönlichkeitsschutz i. e. S. von ZGB 28*, in Anlehnung an sachen- und deliktsrechtliche Mechanismen, *Schutz vor faktischer Beeinträchtigung* gewährt.

Bei den Tatbeständen von OR 20 liegt die Sittenwidrigkeit im vertragsgemässen Verhalten, zu dem sich die Parteien verpflichten; dieses Verhalten ist auch dann verpönt, wenn es die Parteien vertragslos beobachten. Bei den Fällen von ZGB 27 ist lediglich die vertragliche Bindung als solche zu beanstanden; das Verhalten, zu dem man sich verpflichtet (Unterlassen von Konkurrenzfähigkeit, Ehelosigkeit usw.), ist als solches keineswegs verwerflich, ja mag sogar von hoher Gesinnung getragen sein, wie das Befolgen von Ordensregeln⁷. Es liegt auf der Hand, dass die beiden Tatbestandsgruppen sachlogisch gänzlich verschieden sind und insbesondere verschiedene Rechtsfolgen auslösen müssen. Während bei den eigentlichen Sittenwidrigkeits-Tatbeständen von OR 20 die Vertragsungültigkeit gewissermassen die naturgegebene Folge darstellt, ist dies bei der freiwilligen Beobachtung eines von ZGB 27 erfassten Vertrages nicht der Fall; der in ZGB 27 gewährleistete Schutz der Freiheit fordert keineswegs diese Nichtigkeit, sondern eine Unverbindlichkeit nur

⁵ Abs. I spricht eine Selbstverständlichkeit aus, die keiner weiteren Betrachtung bedarf. Vom Abs. II verdient nur der Vorbehalt der guten Sitten Interesse, während die Ungültigkeit von «das Recht» verletzenden Vertragsbindungen ohne praktische Bedeutung ist bzw. unter die Tatbestände der Widerrechtlichkeit (unten Ziff. IV) fällt.

⁶ ZGB 27 gehört, wie ZGB 28, zu den *Normen des Persönlichkeitsschutzes*. Der Sachbereich dieser Bestimmungen wird mit der herkömmlichen Formel, dass die Persönlichkeit durch ZGB 27 «vor sich selber», durch ZGB 28 «vor Dritten» geschützt werde, nur unzulänglich abgegrenzt. ZGB 27 schützt vor vertraglicher Bindung, ZGB 28 vor tatsächlicher Beeinträchtigung; die beiden Vorschriften spiegeln den Gegensatz zwischen Normativem und Faktischem, zwischen vertraglichem und ausservertraglichem Bereich. Vgl. BUCHER, Persönlichkeitsrechte, bes. p. 63 f., 77 f.

⁷ Zu den Tatbeständen von OR 20 und ZGB 27 vgl. unten Ziff. VI und VII. Der Unterschied lässt sich etwa bei *Kartellbindungen* illustrieren: Sofern solche einen unzulässigen Vernichtungsboykott gegenüber Dritten bezwecken, fallen sie unter OR 20 (denn auch der vertragslos bewerkstelligte Boykott ist verpönt); eine Kartellbindung, welche die wirtschaftliche Entscheidungsfreiheit des Kartellmitgliedes in sittenwidrigem Ausmass einschränkt, wird von ZGB 2 erfasst. Im übrigen sei keineswegs verkannt, dass es eine echte Überschneidung der beide Normbereiche gibt (siehe das Schulbuchbeispiel des *pactum stupri*). - Auch in der Gegenüberstellung von ZGB 27 und OR 20 kann man den *Gegensatz zwischen Normativem und Faktischem erkennen*.

dann, wenn der zu Schützende sich nicht mehr vertragskonform verhalten, seine Freiheit zurückerhalten will⁸.

Doktrin und Praxis haben bisher die Verschiedenheit der von ZGB 27 und OR 20 erfassten Sachverhalte nicht grundsätzlich herausgestellt; die Anwendung von ZGB 27 leidet immer noch unter der Vermengung mit OR 20, insbesondere in der fehlenden Differenzierung der Rechtsfolgen⁹, so dass im folgenden diesen Fragen besonderes Gewicht zu geben ist (unten Ziff. VII/4).

3. Die Rechtsfolgen Nichtigkeit und Teilnichtigkeit

a) Allgemeines

Die klassische Folge der inhaltlichen Unzulässigkeit eines Vertrages ist dessen Nichtigkeit: Dieser soll als ungeschehen betrachtet werden¹⁰. Dies ist die traditionelle Modell-Vorstellung, die OR 20 (und die Vorläufernorm von aOR 17) gleich wie ABGB § 879 oder BGB § 138 bestimmt.

Sie kontrastiert mit der *Anfechtbarkeit*, wie sie der Gesetzgeber, neueren Einsichten folgend, im Zusammenhang der Übervorteilung (OR 21, dazu oben § 14) und der *Willensmängel* (OR 23 ff., oben § 13/IV) statuiert hat. Auch hinsichtlich ZGB 27 sind ähnliche Sanktionsformen zu suchen (dazu unten Ziff. VII/4).

b) Inhalt der Nichtigkeitsregel

Die Verhältnisse sind so zu betrachten, wie wenn nie ein Vertrag geschlossen worden wäre («*nihil actum est*»); das Geschäft ist *ex tunc* unwirksam, eine Anfechtungserklärung oder sonstige Gestaltungshandlung ist nicht notwendig (*automatische Wirkung*)¹¹. Beide Partner können sich auf die Nichtigkeit berufen, insbesondere

⁸ Siehe unten Ziff. VII/4.

⁹ Selbst v. T./P., die in § 31/V/2, p. 258 f. die von ZGB 27 erfassten Sachverhalte von den eigentlichen Sittenwidrigkeitstatbeständen scheidet, stellt nicht die Unterschiede in der rechtlichen Behandlung heraus.

¹⁰ Von «*Nichtigkeit*» spricht man, wenn «an sich», d. h. mit Blick auf die übrigen Erfordernisse, ein gültiges Geschäft vorliegen würde, wodurch das nichtige Geschäft vom überhaupt nicht bestehenden, d. h. nie geschlossenen, unterschieden wird. «Form-Nichtigkeit» liegt demnach vor, wenn die notwendige Form des Geschäfts nicht gewahrt ist, die übrigen Voraussetzungen indessen gegeben wären. Die Grenzen zwischen nichtigem und nicht-existierendem Geschäft hängen vom Verständnis dieser «übrigen Voraussetzungen» ab. Ähnlich das Verhältnis «fehlender Konsens» - «Dissens» (dazu oben § 10/X/I/a Anm. 100).

¹¹ Anders die Anfechtungstatbestände, die eine *Willenserklärung* verlangen, oder, im Familien-, Erb- und Gesellschaftsrecht, angesichts des Bedürfnisses nach Klarstellung der Verhältnisse, eine (auf ein *Gestaltungsurteil* zielende) *Anfechtungsklage* voraussetzen, so z. B. die Anfechtung der Ehe, ZGB 123 ff., des Kindesverhältnisses, ZGB 253 f., der Ehelichkeitsvermutung, ZGB 256 ff., der Vaterschaftsanerkennung, ZGB 260a, der Adoption, ZGB 269, der Verfügung von Todes wegen, ZGB 519, die Anfechtung von Beschlüssen einer Vereinsversammlung, ZGB 75 oder der Generalversammlung einer AG, OR 706/I, respektive einer Genossenschaft, OR 891/I.

auch derjenige, in dessen Person die Sittenwidrigkeit begründet liegt; selbst *Dritte*, sofern ausnahmsweise durch den Vertrag betroffen, können die Nichtigkeit geltend machen. Die Nichtigkeit ist sodann, sagt man, von *Amtes wegen* zu berücksichtigen¹².

Im Streitfall wird die Frage der Vertragsgültigkeit vom Richter *vorfrageweise* entschieden, wenn ein Leistungsanspruch geltend gemacht wird (aus behaupteter Vertragsgültigkeit auf Erfüllung bzw. auf Nichterfüllungsfolgen, aus behaupteter Nichtigkeit die Rückforderung bereits erbrachter Leistungen). Ausnahmsweise (d. h. bei Vorliegen eines Feststellungsinteresses) ist eine *Klage auf Feststellung* der Nichtigkeit oder Gültigkeit des Vertrages möglich¹³.

Bereits *erbrachte und in das Vermögen des Partners übergegangene Leistungen* sind nach den Regeln von OR 62-67 zurückzuerstatten. Die Tatsache, dass der Vertrag infolge Widerrechtlichkeit oder Sittenwidrigkeit nichtig ist, vermag nicht eine daraufhin erbrachte Leistung automatisch aufgrund von OR 66 von der Rückforderung auszuschliessen; dies trifft nach dem klaren Wortlaut nur zu, wenn der angestrebte «*Erfolg*» rechtswidrig oder unsittlich ist¹⁴. Sind Sachleistungen noch ausgesondert vorhanden, ist ein Eigentumsübergang infolge der Rechtsgrundabhängigkeit der Übereignung nicht erfolgt¹⁵; der leistende Partner ist Eigentümer geblieben und kann vindizieren.

Macht der Vertrag ein sittenwidriges Verhalten nicht zur Pflicht, sondern nur zur *Bedingung* eines Anspruchs, so wird dieser von OR 157 für nichtig erklärt¹⁶.

c) *Teilnichtigkeit (OR 20/II)*

OR 20/II, unter dem Einfluss von BGB § 139 in der Revision eingeführt, ermöglicht im Falle der Mangelhaftigkeit bloss eines Teiles des Vertrages die Beschränkung der Nichtigkeit auf dieses Vertragselement. Damit wird die Gültigkeit

¹² Das betont v. TUHR (§ 29/II, bei A. 20-24), dem das Bundesgericht folgt. Vgl. auch BJM 1973, p. 96. - Die Formel «Anwendung von Amtens wegen» ist «*überschiessend*» und wird allzu häufig berufen. Sie kann nur bedeuten, dass der Gesichtspunkt von OR 20, auch falls von den Parteien nicht angerufen, berücksichtigt werden kann, dies aber nur solange, als er zugunsten des Parteistandpunktes der einen oder anderen Partei wirkt. Unzulässig wäre die Berücksichtigung, wenn die Vertragsgültigkeit als solche nicht bestritten ist (vorbehalten bleibt OR 66; unten § 34/V). Auch keine Beweisabnahme i. S. der *Offizialmaxime*. Vgl. BGE 62 II 109.

¹³ Dazu BGE 96 II 131, 110 II 353 (je mit Hinweisen). Das Feststellungsinteresse soll nicht leichtthin bejaht werden, da mit Zulassung der Feststellungsklage das grundlegende Gläubigerrecht in Frage gestellt wird, den Zeitpunkt der Geltendmachung fälliger Ansprüche zu bestimmen.

¹⁴ Wie der mit einem rechtmässigen Geschäft angestrebte Erfolg widerrechtlich oder sittenwidrig sein kann, braucht das mit einem unzulässigen Geschäft hergestellte Ergebnis nicht notwendig widerrechtlich oder unsittlich im Sinne von OR 66 zu sein, was z. B. in BGE 102 II 411 lit. c verkannt wird. Vgl. dazu unten § 34/V/1.

¹⁵ Vgl. dazu oben § 5/VI, VII.

¹⁶ Zum Verhältnis von OR 157 zu OR 20 vgl. TANDOGAN, p. 208 f.

des nicht zu beanstandenden Vertragsteils erhalten¹⁷, allerdings nur unter der Voraussetzung, dass die Parteien den Vertrag auch in Kenntnis dessen Beschränkung gewollt hätten. Massgeblich ist ein hypothetischer Wille beider Parteien, wie er für den Fall der Kenntnis der gegenwärtigen Lage bei Vertragsschluss zu fingieren ist. Im Grunde geht es um die *Zumutbarkeit* der Abwicklung des Vertrages im Teilumfang; die Teilbarkeit sollte verneint werden, wenn auch bloss einem der Vertragspartner diese Lösung nicht zuzumuten ist¹⁸.

Im Prozess trägt die am Vertrag festhaltende Partei die Beweislast dafür, dass die Parteien den Vertrag im reduzierten Umfang gewollt hätten bzw. dass die Weitergeltung zumutbar ist; je wichtiger die nichtigen und damit entfallenden Vertragselemente im Rahmen des ursprünglichen Vertrages sind, um so weniger wird dessen Weiterdauern angenommen werden dürfen.

Eigentliche direkte Anwendungsfälle von OR 20/II sind nicht häufig¹⁹. Es besteht indessen Einigkeit, dass der Grundsatz der Teilnichtigkeit bzw. der Gültigkeit des unanfechtbaren Teils eines Vertrages nicht auf die Fälle von OR 20/I (Unmöglichkeit, Widerrechtlichkeit, Sittenwidrigkeit) beschränkt bleibt, sondern auf sämtliche Gültigkeitsmängel zu übertragen ist²⁰. Vorab ist an die Übertragung des Grundsatzes auf die *Willensmängel-Anfechtung* (OR 23 ff., oben § 13) zu denken²¹. Zu erwägen ist sie indessen auch bei den Möglichkeiten des Rücktritts bzw. Leistungsverzichts infolge Nichterfüllung (OR 107, 109, unten § 20/VI) als analoge Lösung²².

Die Annahme der Teilnichtigkeit bzw. Teilgültigkeit stellen einen Anwendungsfall der sog. *Konversion* eines Rechtsgeschäftes dar²³.

d) *Missbrauch der Teilnichtigkeits-Regel von OR 20/II*

In einigen Zusammenhängen wird OR 20/II in klarem Widerspruch zum Sinn dieser gemeinrechtliche Tradition fortsetzenden Regel verwendet; entgegen dem

¹⁷ Dazu SPIRO, ZBJV 88 (1952), p. 449 ff., insbes. 459 ff.; PIOTET, ZSR 76 (1957), p. 97 ff.; ENGEL, p. 205 ff.; HÜRLIMANN, Teilnichtigkeit von Schuldverträgen nach Art. 20 Abs. 2 OR, p. 44 ff.; ZIMMERMANN, Richterliches Moderationsrecht oder Totalnichtigkeit, p. 60 ff.; auf vergleichender Grundlage MAYER-MALY, p. 265 ff., insbes. p. 280; BÜRGE, Rechtsdogmatik und Wirtschaft, p. 68 ff.; TANDOGAN, p. 51 ff.

¹⁸ Obwohl der Gesetzestext an sich die Beurteilung dieser Zumutbarkeit im Zeitpunkt des Vertragsschlusses verlangen würde, kann und soll die *Zumutbarkeit im Zeitpunkt der Berufung auf OR 20* nicht aus der Betrachtung ausgeklammert bleiben.

¹⁹ Vgl. etwa BGE 36 II 200 ff.; 63 II 414; 80 II 335 ff.

²⁰ Zur gemeinrechtlichen Tradition vgl. v. TUHR, § 29 A. 28, mit Hinweisen auf Dig. 45, 1, 1, 5 und den Satz «*utile per inutile non vitiatur*». Im praktischen Ergebnis kann kein Unterschied von OR 20/II gegenüber BGB § 139 erkannt werden (anders v. TUHR, a.a.O.).

²¹ BGE 96 II 106, 107 II 423 E. 3 (mit Hinweisen).

²² Ähnlich wird durch die Sondernorm von OR 209 beim *Kauf* die Wandelung auf die mangelhaften Teile des Kaufobjekts beschränkt.

²³ Vgl. dazu oben § 11/IV/3.

Grundgedanken muss sie etwa dazu dienen, ein verfehltes Grundverständnis von ZGB 27 zu korrigieren²⁴. Nicht zu verantworten ist insbesondere die Anwendung von OR 20/II auf *Preisabsprachen*, wonach der Vertragspreis zerlegt wird in einen zulässigen und einen unzulässigen (d. h. eine bestimmte Limite übersteigenden) Teil des Vertragspreises, dies mit der Wirkung der Aufrechterhaltung des Vertrages zum herabgesetzten Preis²⁵. So ist in Kriegszeiten bei Missachtung von *Höchstpreisvorschriften* entschieden worden²⁶; heute steht insbesondere in Frage die Verletzung (kantonrechtlicher) *Zinsmaxima* oder sonstiger Vorschriften betr. Kreditgewährung²⁷. Das Argument der Teilnichtigkeit als solches vermag daher nicht Herabsetzung des Preises bzw. Zinses (d. h. die Aufrechterhaltung des Vertrages mit reduziertem Preis/Zins) zu rechtfertigen²⁸.

II. Zwingendes und dispositives Gesetzesrecht (OR 19/II)

1. Begriff und Bedeutung des zwingenden Gesetzesrechts im Sinne von OR 19/II

a) Zwingendes und dispositives Gesetzesrecht im allgemeinen

Die Normen der Privatrechtskodifikationen pflegt man einzuteilen in Zwingendes (*ius cogens*) und nachgiebiges Recht (*ius dispositivum*). Diese Einteilung

²⁴ So in BGE 107 II 217; dazu unten VII/4/a und BUCHER, AcP 1986, p. 27 ff.

²⁵ Ein bestimmter Preis als vertraglich ausgehandelte Grösse stellt eine in sich geschlossene Einheit dar, die nur in dem Sinne einer Teilung zugänglich ist, als sie auf eine ihrerseits teilbare Gegenleistung bezogen ist: Wird ein Teil der Gegenleistung aus dem Vertrag ausgeschlossen, ist es grundsätzlich möglich, die auf den im Vertrag erhalten gebliebenen Anteil der Leistung entfallende Preisquote zu bestimmen, ohne die von den Parteien ausgehandelte Relation Leistung-Preis zu berühren. Das geschieht jedoch bei den hier behandelten Judikaten, die nicht eine Preisvereinbarung der Parteien auf einen reduzierten Leistungsumfang übertragen, sondern eine richterliche Preisfestlegung an die Stelle der Parteivereinbarung setzen, welcher Vorgang in keiner Weise durch OR 20/II gedeckt ist.

²⁶ BGE 47 II 464, und dazu BUCHER, ZSR (1983), p. 295 f.

²⁷ BGE 80 II 328, 93 II 190.

²⁸ Die Entscheidungen sind meist im Ergebnis zu billigen. Ihre Begründung müsste darauf abstellen, dass der die Preislimite statuierende Erlass seinerseits nicht Ungültigkeit des Geschäfts, sondern Aufrechterhaltung (ähnlich wie eine zwingende Vertragsinhalts-Norm) im erlaubten Inhalt will, selbst wenn eine entsprechende Regel bedauerlicherweise regelmässig unausgesprochen bleibt. Zutreffend daher der Hinweis auf die romanistische Tradition in BGE 80 II 334 lit. a. Letztlich wirkt auch hier der Mechanismus der «*faktischen Vertragsverhältnisse*»: Trotz Fehlens eines (gültigen) Vertrages müssen vertragliche Wirkungen eintreten (vgl. unten § 16).

beruht jedoch nicht auf einem kontradiktorischem Gegensatz in dem Sinne, dass weitere Kategorien ausgeschlossen wären. So stehen zum Beispiel die Normen des Delikts- und Bereicherungsrechts oder der Handlungsfähigkeit ausserhalb dieser Kategorien, die wesensmässig auf «Vertragsinhaltsnormen» (d. h. Regeln, die Gegenstand von Vereinbarungen und Vertragsinhalt sein können) beschränkt sind²⁹.

b) Zwingende Normen

Zwingende Normen schränken die Privatautonomie ein: sie kommen auf jeden Fall, also auch bei Bestehen einer abweichenden Parteiregelung, zur Anwendung. Die Zahl echter zwingender Normen im Obligationenrecht ist gering; sie finden sich vorwiegend im Besonderen Teil.

Ob eine Vorschrift zwingenden Charakter hat, ist nicht immer leicht erkennbar, da das Gesetz dies nur ausnahmsweise ausdrücklich bestimmt³⁰ oder durch einen festen Sprachgebrauch andeutet³¹.

Es gibt Normen, die aufgrund der geregelten Interessenlage bloss *einseitig zwingend* sind, d. h. zuungunsten der einen (nicht jedoch der anderen) Partei abgeändert werden dürfen³².

c) Rechtsfolgen des Verstosses gegen zwingende Normen

Zwingendes Gesetzesrecht im hier behandelten Sinn von Vertragsinhaltsnormen setzt begrifflich einen gültigen Vertrag voraus, in dessen Rahmen eine durch die Parteien geregelte Einzelabrede nicht geschützt, sondern (unter Aufrechterhaltung der übrigen Vertragsteile) durch die gesetzliche Regelung ersetzt wird. Oft besteht (besonders im Allgemeinen Teil des OR) der Inhalt der zwingenden Norm in der Statuierung der Ungültigkeit einer umgekehrt lautenden Vertragsklausel³³.

²⁹ Nicht alle Rechtsregeln, die von den Parteien nicht abgeändert werden können, stellen zwingendes gesetzliches Vertragsrecht dar, sondern nur jene, welche einen an sich der Parteivereinbarung zugänglichen Bereich beschlagen. Vgl. dazu auch W. BURCKHARDT, *Methode und Systeme des Rechts*, Zürich 1936, p. 176 f.; BUCHER, *Festgabe für Deschenaux*, p. 250 f.; in diese Richtungweisend auch ENGEL, p. 89, der aber die Regeln über die Willensmängel als zwingendes Recht betrachtet (p. 87).

³⁰ Vgl. als Ausnahme den Katalog zwingender Normen von OR 361 f.

³¹ Die zwingende Natur folgt beispielsweise bei folgenden vertragsrechtlichen Vorschriften aus dem Wortlaut: OR 100, 101/III, 129 (für 127 f.), 314/III, 317/II, 361; bei anderen aus der Sachlogik: OR 18, 20, 21 22/II usw.

³² Solche Normen finden sich vor allem im Arbeitsrecht; vgl. den Katalog von OR 362 der bloss zuungunsten des Arbeitnehmers unabänderlichen Vorschriften.

³³ So z. B. OR 34/II, 100, 129. Im überlieferten Sinn liegt deshalb nicht ein Tatbestand der Widerrechtlichkeit vor (so aber G./S., N. 504 f. mit Hinweisen).

2. Bedeutung des nachgiebigen (dispositiven) Gesetzesrechts

Nachgiebiges Gesetzesrecht stellt im Hinblick auf gültig geschlossene Verträge eine Regelung von besonders wichtigen Nebenpunkten zur Verfügung, um durch das Festlegen von Rahmenbedingungen auch dann eine von rechtlichen Unklarheiten möglichst freie Vertragsabwicklung zu ermöglichen, wenn die Parteien keine Vereinbarung getroffen haben³⁴. Inhaltlich kann sich der Gesetzgeber bei der Statuierung von derartigen nachgiebigen Normen an zwei Polen orientieren: Entweder stellt er eine Regelung auf, weil er sie für die im Regelfall als *sachlich Angemessenste* hält; er kann aber auch eine Lösung geben, weil er vermutet, dass diese in den meisten Fällen den *rechtlichen Vorstellungen* oder einem unartikuliert bleibenden Ordnungswillen *der Parteien entspricht*³⁵, wenn er nicht gar bloss statuiert, weil irgendeine Regel im Interesse des Rechtsfriedens besser ist als gar keine³⁶. Abweichende Vertragsabsprachen sind naturgemäss zulässig; der in rev. OR 19/II eingefügte Vorbehalt, dass sie nur innerhalb der allgemeinen Schranken der Vertragsfreiheit zulässig sind, versteht sich von selbst (dazu unten Ziff. IV, VI, VII).

³⁴ *Dispositives Vertragsrecht* kann eingeteilt werden in subsidiäre, auslegende und ergänzende Normen, vgl. ENNECERUS/NIPPERDEY, § 49/4/III, p. 302 Anm. 14, KUMMER, ZGB 8 N. 341 ff., JÄGGLI, OR 1 N. 275/8, der die Unterscheidung zwischen auslegenden und ergänzenden Normen als überflüssig bezeichnet. In diesem Zusammenhang vor allem interessant die Einteilung von E. EHRlich, Das zwingende und nichtzwingende Recht im BGB, Jena 1899, p. 44 ff., 47 ff., 55 ff., 58 ff., dessen Gesichtspunkte sich auch auf das OR übertragen liessen: *Auslegungsregeln* (in Fällen zweifelhaften Geschäftswillens; so OR 76, 170/III, 189/III, zu denen auch Beweisregeln wie OR 89 oder 116 zu rechnen wären), *ergänzende Rechtssätze* (unter vielen etwa OR 74/II, 75, 158/II, 160/I, 185, 211/II, 212/I, 262/II, 405/I), *fürsorgende Rechtssätze* (etwa OR 189/I, 212/I, 262/I) sowie *Normen, die auf Verkehrssitte, Übung o. dgl. verweisen* (OR 189/I, 212/I, 262/I).

³⁵ Eine dispositive Norm kann bereits deshalb schlecht sein, weil sie nicht den Verkehrsanschauungen des Publikums entspricht und die Parteien mit einer von ihnen nicht vorausgesehenen Lösung überrascht, wie etwa die Regel von der Gefahrtragung des Käufers nach OR 185.

³⁶ Je nachdem, welcher dieser Gesichtspunkte eine dispositive Norm veranlasst, können vielleicht die *Anforderungen an die vertragliche Wegbedingung* verschieden sein: Eher eine ausdrückliche Parteiabrede (oder eine eindeutige konkludente Äusserung) kann gefordert werden, wenn der Gesetzgeber materielle Ordnungsvorstellungen verwirklichen will, während bei dispositiven Gesetzesregeln, die lediglich einen vermuteten Parteiwillen formulieren, eine *stillschweigende Wegbedingung*, ja eine Ausschaltung allein aufgrund *abweichender Verkehrsanschauungen* der beteiligten Personen denkbar ist. Vgl. dazu BUCHER, Der Ausschluss dispositiven Gesetzesrechts durch vertragliche Absprachen, Festgabe für H. Deschenaux, Freiburg/Schweiz 1977, p. 249-269 sowie oben § 12/I/2/d.

III. Unmöglichkeit des Vertragsinhaltes (OR 20)

1. Allgemeines

a) OR 20/I erklärt einen Vertrag mit einem anfänglich unmöglichen Inhalt als nichtig³⁷. Weil die Erfüllbarkeit oder Durchsetzbarkeit nicht zum Wesen der Obligation gehört, wäre Gültigkeit des Geschäfts unter Schadenersatzpflicht des Schuldners denkbar³⁸. Der Grundsatz, der auch in § 306 BGB ausgesprochen wird und auf aOR 17 zurückgeht³⁹, ist in dieser Allgemeinheit fragwürdig; seine Auswirkungen sind deshalb einschränkend zu verstehen und durch Korrektive (z. B. die Haftung aus culpa in contrahendo) abzuschwächen⁴⁰.

b) Unmöglichkeit im Sinne von OR 20/I betrifft nur die *anfängliche* (ursprüngliche), d. h. bereits bei Vertragsschluss bestehende Unmöglichkeit der Leistung⁴¹. Die Anwendung dieses Grundsatzes führt zu Ungereimtheiten; so kann die Vertragsgültigkeit davon abhängen, ob der Leistungsgegenstand vor oder nach dem (oft nicht ohne Willkür fixierbaren) Moment des Vertragsschlusses untergegangen ist.

c) Die Unmöglichkeit beruht auf faktischen Gründen. Die Doktrin unterscheidet von der faktischen Unmöglichkeit jene aus rechtlichen Gründen⁴², was in Betracht fällt, wenn der Schuldner eine Rechtsfolge zu bewirken verpflichtet ist⁴³. Unmöglichkeit zur faktischen Leistung aus rechtlichen Gründen wäre wohl eher ein Fall der Widerrechtlichkeit, dazu unten IV.

³⁷ Der alten Parömie folgend: «*impossibilium nulla obligatio est.*» CELSUS, in *Dig.* 50, 17, 185.

³⁸ Auf die Regel könnte verzichtet und das Nichterbringen der unmöglichen Leistung nach den üblichen Nichterfüllungsregeln behandelt werden; der die unmögliche Leistung Versprechende würde haften, sofern er nicht nachweist, dass er die Unmöglichkeit bei Vertragsschluss schuldlos nicht kannte (vgl. dazu unten § 23/IV); auch die Irrtumsregeln könnten eingreifen. Kannten beide Parteien die Unmöglichkeit, liegt kein ernsthafter Vertragswille vor, was der eigentliche Grund der traditionellen Ungültigkeit des Versprechens «*hippocentaurum dari*» (*Dig.* 45, 1, 97 pr., *Inst.* 3, 19, 1) ist.

³⁹ Vorbild ist PGB § 955. Noch nicht in dieser allgemeinen Form (und besser) *Dresd. E. Art.* 27 ff.

⁴⁰ Zur Kritik grundlegend E. RABEL, Unmöglichkeit der Leistung, Festschrift E. I. Bekker, Weimar 1907, p. 171-237 (auch: E. RABEL, Gesammelte Aufsätze, Bd. I, Tübingen 1965, p. 1-55).

⁴¹ Zur nachträglichen Unmöglichkeit vgl. OR 119 und unten § 23. – Zu der von einigen Autoren der Unmöglichkeit gleichgestellten «*Unerschwinglichkeit*» vgl. § 21/VII.

⁴² So insbes. v. TUHR, § 31/VI.

⁴³ So soll die Eigentumsübertragung an denjenigen, der bereits Eigentümer ist, als Beispiel rechtlicher Unmöglichkeit gelten.

d) Die versprochene Leistung muss aus *objektiven Gründen*, also auch durch jeden anderen als den Schuldner, nicht erbringbar sein⁴⁴. Demgegenüber stellt die subjektive Unmöglichkeit die Vertragsgültigkeit nicht in Frage; *Unvermögen ist nicht Unmöglichkeit*⁴⁵. Die Grenzziehung zwischen objektiver und subjektiver Unmöglichkeit ist bisweilen schwierig; Diebstahl einer Sache führt nach in der Schweiz herrschender Auffassung zu Unmöglichkeit im objektiven Sinn, obwohl der Dieb wahrscheinlich noch erfüllen könnte.

f) [sic] Erweist sich die vertragliche Leistung für den Empfänger als *wertlos*, wird die Leistung als solche dadurch nicht unmöglich. Die Frage der Unmöglichkeit stellt sich immer nur auf der Seite des Leistungspflichtigen, nie beim Leistungsempfänger, dieser allein trägt das Risiko, von der Leistung sinnvollen Gebrauch machen zu können (Verwendungsrisiko).

g) [sic] Schliesslich ist bei *Garantieversprechen* eine Unmöglichkeit nicht gegeben, wenn die Herbeiführung des versprochenen Erfolges sich als unmöglich erweist: der Verpflichtete hat nicht diesen Erfolg als seine Leistung versprochen, sondern vielmehr eine Ersatzleistung, die, sofern ihrerseits möglich, gerade im Fall verunmöglichten Erfolges geschuldet wird. Gleiches gilt bei allen ein Garantie-Element aufweisenden Verträgen. Ebenso fällt der *Hoffnungskauf* («emptio spei») nicht wegen Unmöglichkeit dahin, wenn sich die Hoffnung nicht verwirklicht und dies bereits bei Vertragsschluss objektiv (wenn auch den Parteien nicht erkennbar) feststand⁴⁶.

Vertragsauslegung entscheidet, ob eine in Kenntnis (evtl. vorläufiger) Unmöglichkeit übernommene Verpflichtung in ein Garantieversprechen umzudeuten ist⁴⁷. Aufgrund ähnlicher Überlegungen ist die Zusicherung einer nicht vorhandenen Eigenschaft einer Kaufsache und dergleichen nicht als Unmöglichkeitstatbestand zu betrachten⁴⁸.

⁴⁴ BGE 96 II 21 E. 2a. - Der Verkauf einer bei Vertragsschluss nicht im Eigentum des Verkäufers stehenden Sache ist auch dann gültig, wenn der Verkäufer keine Aussicht hat, die Verfügungsbefugnis über sie zu erlangen bzw. den Vertrag zu erfüllen (dazu auch oben § 4/VIII/3, § 13 Anm. 45; unten A. 63). Vgl. weiterhin v. T./P., § 31/VI, p. 263 A. 72.

⁴⁵ Zur (nachträglichen) *subjektiven Unmöglichkeit* bzw. Unerschwinglichkeit vgl. unten § 23/II.

⁴⁶ Zur *emptio spei* vgl. unten § 23/III/5 und OR/BT § 3/II/2. - Aus ähnlichen Überlegungen scheint mir OR 171, entgegen v. T./P., § 31/VI, p. 264, keine Abweichung von der Regel von OR 20 zu bilden: Sowenig der Kaufvertrag über eine Nuss ungültig ist, weil sich diese als taub erweist, ist der Forderungskauf ungültig, weil die verkaufte Forderung nicht besteht: Der Kaufvertrag verpflichtet nur zur Vornahme der Abtretung; diese ist möglich und kann selbst dann gültig vorgenommen werden, wenn sie sich auf eine sich nachträglich als inexistent erweisende oder nicht entstehende Forderung bezieht. - Zur *emptio spei* unten § 23/III/5.

⁴⁷ Vgl. OSER/SCHÖNENBERGER, OR 20 N. 11.

⁴⁸ v. T./P., § 31/VI, p. 264 bei Anm. 78; v. T./P., § 23/I/2, p. 176 Anm. 18. - Ein Kaufvertrag über ein nichtiges Patent stellt keine Unmöglichkeit im Sinne von OR 20 dar; vgl. BGE 110 II 241, 111 II 457 E. 3.

2. Sonderproblem: Nachträgliche Behebung der Unmöglichkeit

Die Problematik der «*impossibilium nulla obligatio*»-Regel zeigt sich insbesondere auch im *zeitlichen Ablauf*.- Zur Gültigkeit ist gemeinhin nicht Leistungsmöglichkeit bei Vertragsschluss gefordert, sondern nur, dass die Leistung im nachhinein möglich gemacht (z. B. die zu liefernde Sache hergestellt) werden kann: Ursprüngliche Unmöglichkeit allein löst noch nicht Nichtigkeitsfolge aus; diese setzt voraus, dass auch in späterem Zeitpunkt Leistungserbringung als ausgeschlossen erscheint⁴⁹.

Wird eine bei Vertragsschluss unmöglich erscheinende Leistung (mit Hauptbeispiel: Abhandengekommene Kaufsache) nachträglich möglich (der Dieb wird gefasst), kann dies die sich aus OR 20/I ergebende Nichtigkeit dem Grundsatz nach nicht nachträglich beheben⁵⁰. Diese sachlich oft nicht gerechtfertigte Konsequenz ist wohl dann nicht zu ziehen, wenn die Parteien (besonders der Gegner des Leistungspflichtigen) von der bei Vertragsschluss bestehenden Unmöglichkeit erst im Zeitpunkt deren Behebung erfahren (z. B. vom Diebstahl erst beim Ergreifen des Diebes hören), daher in keinem Zeitpunkt bei den Parteien subjektiv die berechnete Annahme bestand, der geschlossene Vertrag sei nichtig⁵¹.

3. Rechtsfolgen bei anfänglicher Unmöglichkeit

Infolge der Nichtigkeit des Vertrages mit anfänglich unmöglichem Leistungsinhalt (zum Grundsatz vgl. oben Ziff. I/3) trifft den seine Leistung nicht erbringenden Partner *keine vertragliche Ersatzpflicht*.

Diese schematische Befreiungswirkung ist dann nicht angemessen, wenn der infolge *Unmöglichkeit* seiner Leistung befreite Partner die Unmöglichkeit kannte oder bei pflichtgemässer Sorgfalt hätte kennen müssen. Die Korrektur wird über die Anwendung der «*culpa in contrahendo*»-Regel gefunden: Es haftet derjenige Vertragschliessende, der den Abschluss des infolge Unmöglichkeit seiner Leistung nichtigen Vertrages schuldhaft zu vertreten hat (d. h. derjenige, der trotz seiner Unfähigkeit zu leisten, schuldhaft kontrahiert hat), seinem Partner für dessen Vertrauensschaden. Es liegt ein dem fahrlässigen Irrtum vergleichbarer Tatbestand vor⁵², der nach ähnlichen Grundsätzen zu handhaben ist. Im Ergebnis gilt daher auch in der Schweiz die Regel des BGB: Wer bei der Schliessung eines Vertrags, der auf eine unmögliche Leistung gerichtet ist, die Unmöglichkeit kennt oder kennen muss, ist

⁴⁹ Die Tatbestände ursprünglicher Unmöglichkeit grenzen an jene nachträglicher Unmöglichkeit im Sinne von OR 119; dazu unten § 23/III/2.

⁵⁰ v. T./P., § 31/VI, p. 264.

⁵¹ Im deutschen Recht wird darüber hinaus eine «nachwirkende Treuepflicht» des Schuldners anerkannt, die diesen evtl. zu neuem Vertragsschluss mit dem Gläubiger verpflichtet, vgl. ESSER/SCHMIDT, SchR I/1, § 22/II, p. 307.

⁵² OR 26 und oben § 13/IV/5; zur culpa in contrahendo vgl. unten § 17/III.

zum Ersatze des Schadens verpflichtet, den der andere Teil dadurch erleidet, dass er auf die Gültigkeit des Vertrags vertraut, dies jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, welches der andere Teil an der Gültigkeit des Vertrags hat (BGB § 307/I). Dass die Haftung bei Wissen oder Wissenmüssen des Partners um die Unmöglichkeit entfällt, ist selbstverständlich, ebenso die Übertragung der Regel auf Teilunmöglichkeit⁵³. Aus allem lässt sich als allgemeine Richtlinie ableiten, dass der die unmögliche Leistung versprechende Partner analog den Grundsätzen der Nichterfüllung (OR 97ff.) haftet, wenn er nicht nachweist, dass er die Unmöglichkeit weder kannte noch kennen musste⁵⁴.

IV. Rechtswidrigkeit (Widerrechtlichkeit) des Vertragsinhalts (OR 20)

1. Umschreibung des Tatbestandes der Widerrechtlichkeit im Sinne von OR 20/I⁵⁵

a) Verträge, deren Inhalte gegen Vorschriften der Rechtsordnung verstossen, sind grundsätzlich ungültig; der Gesetzgeber wäre inkonsequent, wenn er mit der einen Hand bestimmte Verhaltensweisen durch Straf- oder Verwaltungsnormen verbieten, mit der anderen gleichzeitig Verträge als verbindlich erklären würde, die das Verbotene zum Vertragsgegenstand machen.

b) *Widerrechtlichkeit ist ein Verstoß gegen objektives Recht.* Was widerrechtlich ist, bestimmt sich nach der gesamten *schweizerischen Rechtsordnung*, gleich ob eidgenössisches oder kantonales Recht, Gesetzes- oder Gewohnheitsrecht in Frage steht⁵⁶. Auch ungeschriebene Grundsätze («öffentliche Ordnung», so OR 19/II) sind zu berücksichtigen. Dagegen begründet die Verletzung einer *ausländischen Norm keine Rechtswidrigkeit*; sie könnte allenfalls eine Sittenwidrigkeit darstellen⁵⁷. Die Normen, die einen Vertrag zum widerrechtlichen machen, sind fast durchwegs dem *öffentlichen Recht* zuzurechnen.

⁵³ Vgl. im übrigen Literatur und Judikatur zu BGB § 307, insbes. RABEL, zit. in Anm. 40 oben, wobei die von ihm zu Recht kritisierten Elemente dieser Bestimmung nicht ebenfalls übernommen werden müssen.

⁵⁴ Die Verschuldenspräsumption analog OR 97 ist angezeigt, um eine Angleichung an die angrenzenden Fälle nachträglicher Unmöglichkeit zu erreichen.

⁵⁵ Vgl. dazu auch BUCHER, ZSR 1983/II, p. 295 f.

⁵⁶ So BGE 80 II 329 E. 2, SAG 53/1981, p. 69; bei kantonalem Recht ist örtliche Geltung am Leistungsort vorausgesetzt.

⁵⁷ Vgl. dazu unten Ziff. VI: BGE 62 II 110 E. 2, 76 II 40 f. und 80 II 51 E. 3. Der englische Entscheid *Foster v. Driscoll*, (1928) All E. R. 130, betrachtet dagegen einen Lieferungsvertrag über Whisky zum Einschmuggeln in die USA zur Prohibitionszeit als «illegal» mit Nichtigkeitsfolge. Ähnlich *Regazzoni v. Sethia*, (1957/3) All E. R., p. 286 ff.

Im Gegensatz zu den Normen, deren Verletzung Widerrechtlichkeit konstituiert, stehen die *zwingenden Normen des Privatrechts*, deren Nichtbeachtung eine vertragliche Abmachung nicht widerrechtlich im Sinne von OR 20 macht: Es wird nicht der ganze Vertrag oder die gegen zwingende Norm verstossende Klausel ungültig, sondern die zwingende gesetzliche Regel tritt anstelle der privaten Abmachung unter Aufrechterhaltung des Geschäftes.

c) Die Widerrechtlichkeit muss sich auf den *Vertragsinhalt* beziehen und für *beide Vertragspartner* gelten; keine Nichtigkeitsfolge tritt dann ein, wenn bloss für die eine Partei der Abschluss des Vertrages bzw. dessen Erfüllung verboten ist; nichtig sind die als solche verbotenen Kaufverträge über unerlaubte Drogen, gültig dagegen ein Kaufvertrag über Gift, das zu veräussern der Verkäufer nicht konzessioniert ist⁵⁸. Im übrigen genügt es, wenn die Leistung bloss der einen Partei als widerrechtliche zu qualifizieren ist.

d) Nichtigkeitsfolge setzt *nicht* voraus, dass die Parteien von der Widerrechtlichkeit *Kenntnis* haben.

e) Da Widerrechtlichkeit im Verstoss gegen objektive Rechtsnormen liegt, ist ein Vertrag, dessen Erfüllung *subjektive Rechte Dritter verletzt, nicht widerrechtlich*⁵⁹. Ein Vertrag bleibt gültig, auch wenn eine Partei mit dessen Abschluss oder Erfüllung eine vertragliche Pflicht gegenüber Dritten, z. B. ein Konkurrenzverbot, verletzt (dies natürlich unter Vorbehalt der dem Dritten aus Vertragsverletzung gegenüber seinem Partner zustehenden Ansprüche aus Nichterfüllung)⁶⁰. Ebenso ist der Verkauf (und die Übereignung) einer bereits einem Dritten verkauften, aber noch nicht gelieferten Sache gültig und nicht im Sinne von OR 20/I widerrechtlich⁶¹, ebenso gültig die in Verletzung eines Untermietverbots geschlossene Untermiete. Der Kaufvertrag über *Namenaktien*, die infolge Vinkulierung und mangelnder Zustimmung der Verwaltung nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen (OR 686) nicht übertragen

⁵⁸ Beispiel nach OSER/SCHÖNENBERGER, OR 20 N. 21; BGE 111 II 52. - Gültig ist wohl grundsätzlich der Vertrag über Dienstleistungen, die einem konzessionierten Personenkreis vorbehalten sind (Anwälte, Ärzte, Hebammen, Kaminfeger, evtl. Privatdetektive, Ehe- oder Grundstücksmakler usw.), trotz fehlender Konzessionierung des Mandatars, sofern sich aus dem die Konzessionspflicht statuierenden Erlass nicht zwingend der entgegengesetzte Wille ergibt.

⁵⁹ So noch explizit *Dresd. E.* § 32. Zum Grundsätzlichen oben § 9/VII.

⁶⁰ Die Verleitung zum Vertragsbruch kann in krassen Fällen als *sittenwidrige absichtliche Schädigung* i. S. von OR 41/II qualifiziert werden und ausnahmsweise dem betreffenden Vertragspartner nicht bloss einen Schadenersatzanspruch gegen den nichterfüllenden Vertragspartner, sondern auch einen solchen aus Deliktsrecht gegen den zum Vertragsbruch verleitenden Dritten begründen; vgl. dazu die oben § 9 Anm. 58 zit. Literatur.

⁶¹ Der *Verkauf einer gestohlenen Sache* an einen gutgläubigen Käufer ist gültig. Wird dem Käufer die Sache durch den Eigentümer entzogen, so gelangen die Normen über die Rechtsmängelgewährleistung von OR 192 ff. zur Anwendung. Der Verkauf an einen bösgläubigen Käufer (Hehler) wäre dagegen infolge Widerrechtlichkeit bzw. als Verstoss gegen die guten Sitten ungültig.

werden können, ist inter partes gültig⁶², weil die Geltung eines Vertrages nicht von dessen Vereinbarkeit mit statutarischen Bestimmungen einer juristischen Person abhängig sein kann.

Das hier genannte Prinzip deckt sich mit dem *Grundsatz*, dass die Gültigkeit eines Vertrages *nicht die zu dessen Erfüllung notwendige Verfügungsmacht voraussetzt*: Ein Kaufvertrag ist gültig, auch wenn der Kaufgegenstand derzeit nicht im Eigentum des Verkäufers steht (Verkauf «à découvert»), und zwar selbst dann, wenn dieser keine Aussicht hat, ihn je zu erwerben⁶³.

f) Eine *Einschränkung des Tatbestandes der Widerrechtlichkeit* im Sinne von OR 20 ist bei all jenen Normen zu sehen, die im Ergebnis nicht der vom Gesetzgeber aufgestellten Nichtigkeitsregel unterliegen; vgl. die Darstellungen unten Ziff. 3/b.

2. Beispiele

a) Abschluss eines bestimmten Vertrages verboten

Entsprechende Verbotsvorschriften finden sich vor allem im *Strafrecht* und dem *Polizei-Verwaltungsrecht*, wie das Verbot des Handelns mit bestimmten Waffen, Sprengstoffen, suchterzeugenden Drogen, Giften⁶⁴.

Soweit der *Privatrechtsgesetzgeber* bestimmte Verträge verhindern will, braucht er nicht den Umweg über deren Unzulässigkeitserklärung und die Nichtigkeitsfolge von OR 20, sondern er kann kurzerhand die Unverbindlichkeit bestimmter Abmachungen anordnen, wie in ZGB 636 (Ungültigkeit eines ohne Mitwirkung der Erblassers geschlossenen Vertrages über eine noch nicht angefallene Erbschaft). Meist sind es einzelne Vertragsklauseln, die verhindert werden sollen; die diese ungültig erklärende Bestimmung steht auf der Stufe zwingenden Gesetzesrechts,

⁶² Nach der sog. *Spaltungstheorie* (BGE 83 II 297 ff., 90 II 335 ff.) erwirbt der Käufer durch Übertragung der Aktien die aus der Mitgliedschaft fließenden Forderungsrechte (Dividendenanspruch), nicht dagegen die übrigen Mitgliedschaftsrechte, wie Teilnahmebefugnis und Stimmrecht an der Generalversammlung. Vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ, Einführung in das schweiz. Aktienrecht, Bern 1983, § 39 N. 19 ff.

⁶³ Vgl. dazu auch oben § 4/VIII/3. Unter dem Gesichtspunkt von OR 20 wäre demnach auch der Verkauf der Mona Lisa durch einen privaten Kunsthändler gültig; nur wäre an der Ernsthaftigkeit des Vertragswillens beider Partner zu zweifeln. Die Regel findet dort eine Schranke, wo der Käufer Kenntnis hat, dass der Verkäufer sich das Kaufobjekt nur widerrechtlich verschaffen kann oder es sich widerrechtlich verschaffen will, in welchem Fall Sittenwidrigkeit des Vertrags vorliegt.

⁶⁴ Vgl. BGE 86 II 75 E. 4: Eine Bürgschaft für eine strafrechtliche Busse ist mit dem strafrechtlich gewollten Pönaleffekt und der höchstpersönlichen Natur der Busspflicht unvereinbar und daher der Bürgschaftsvertrag widerrechtlich. Vgl. BGE 106 IV 297 sowie BG über die Betäubungsmittel vom 3.10.1951; BG über den Verkehr mit Giften (Giftgesetz) vom 21.3.1969; BG über das Kriegsmaterial vom 30.6.1972; Konkordate über den Handel mit Waffen und Munition vom 20.7.1944 und vom 27.3.1969; BG über das Pulverregal vom 30.4.1849.

welches an Stelle einer vertraglichen Absprache eine andere Regel setzt, ohne im übrigen die Vertragsgültigkeit in Frage zu stellen. So ist zu verstehen die zwingend vorgeschriebene Widerruflichkeit der Vollmacht (OR 34/II) oder des Auftrags (OR 404/I), die Unzulässigkeit der Wegbedingung der vertraglichen Haftung für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit (OR 100/I), das Verbot der Verfallklausel beim Pfand (ZGB 816/II, 894).

b) Verbot von gesetzesumgehenden Verträgen

Untersagt das Gesetz den Abschluss eines bestimmten Vertrages oder verlangt es für dessen Gültigkeit die Beachtung einer Form, so sehen sich die Parteien zuweilen veranlasst, dasselbe Ergebnis auf einem anderen Weg anzustreben. Es stellt sich die Frage, ob eine unzulässige Gesetzesumgehung vorliegt. Aus der Vertragsfreiheit ergibt sich grundsätzlich eine Vermutung gegen Annahme der Unzulässigkeit eines an sich erlaubten Weges; der Verkauf der Aktiengesamtheit einer Liegenschaften-AG stellt keine Umgehung der für den Liegenschaftenerwerb aufgestellten Formvorschriften dar⁶⁵. Auch der Zweck der Steuerersparnis macht eine (sonst nicht gewählte) Vertragsform nicht widerrechtlich⁶⁶.

In der Beantwortung der Frage, wann eine unzulässige Gesetzesumgehung vorliegt, muss entscheidend sein, ob der Gesetzgeber durch eine Verbotsnorm ein bestimmtes Ziel als solches oder aber bloss einen bestimmten Weg zu dessen Verwirklichung hat untersagen wollen⁶⁷. Trifft ersteres zu, muss der Weg, der das verpönte Ziel anstrebt, als unzulässig gelten. Wegen unzulässiger Gesetzesumgehung wurde zum Beispiel die Abtretung einer Forderung an einen Nichtanwalt zum Zweck der Umgehung der Zulassungsbedingungen zur Advokatur für ungültig erklärt⁶⁸.

c) Verträge mit rechtlich untersagtem Ziel oder verbotener Leistung

Diese Verträge sind regelmässig auch als sittenwidrig zu betrachten (wobei die Abgrenzung von Rechts- und Sittenwidrigkeit keine praktische Rolle spielt), z. B. eine direkte Verpflichtung zu strafbarem Verhalten, zur Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten (Dienstpflicht, Beamtenpflicht usw.), oder aber Verträge, deren Erfüllung eine strafbare Handlung bedingt oder eine solche ermöglichen soll (Darlehen mit dem Zweck, eine Beamtenbestechung zu ermöglichen).

⁶⁵ BGE 45 II 34 ff., 54 II 429, 440 f. Die Kantone sind indessen nicht gehindert, derartige Verträge steuerlich wie Liegenschaftenerkäufe zu behandeln.

⁶⁶ BGE 55 II 346, 354 unten; 64 II 361 ff.; ENGEL, p. 196.

⁶⁷ Vgl. zum Problem der Gesetzesumgehung, des in fraudem legis agere, z. B. MERZ, ZGB 2 N. 88-95 und dort Zit.; W. YUNG, Simulation, fiducie et fraude à la loi, Etudes et Articles, Genève 1971, p. 162-184; D. MADAY, Die sogenannte Gesetzesumgehung im schweizerischen OR, Diss. Bern 1941.

⁶⁸ BGE 87 II 206 lit. b. (fragwürdig: angemessener wären bloss prozessuale Sanktionen).

3. Rechtsfolgen bei Widerrechtlichkeit

a) Einschränkung des Nichtigkeitsgrundsatzes im allgemeinen

Als Rechtsfolge der Widerrechtlichkeit statuiert OR 20/I *Nichtigkeit* des widerrechtlichen Vertrages (zu diesem Grundsatz oben Ziff. I/3). Nach feststehender neuerer Rechtsprechung ist jedoch «ein Rechtsgeschäft, das gegen eine Norm des Gesetzes verstösst, nur insoweit nichtig, als die Norm diese Folge ausdrücklich vorsieht oder der Sinn und Zweck der Vorschrift sie mit Rücksicht auf die Bedeutung des zu bekämpfenden Erfolges verlangen»⁶⁹. Diese Formel erlaubt es, eine dem Einzelfall angemessene Lösung zu finden⁷⁰. Im Rahmen des Ausschlusses der Rückforderung wegen Rechts- bzw. Sittenwidrigkeit gemäss OR 66 sind gleichgerichtete Überlegungen zu berücksichtigen⁷¹.

b) Sondertatbestände ohne Nichtigkeitsfolgen

Keine Nichtigkeit nach OR 20/I tritt ein, wenn das *Gesetz* selbst für den betreffenden Fall eine *andere Sanktion* als die Nichtigkeit vorsieht⁷².

Keine Vertragsnichtigkeit tritt sodann ein, wenn die in Frage stehenden öffentlich-rechtlichen Normen eine öffentlich-rechtliche Sanktion vorsehen, neben der eine zusätzliche Vertragsnichtigkeit nicht gefordert ist⁷³; gleiches gilt, wenn der Vertragsinhalt an sich erlaubt erscheint, einer oder beiden Parteien der Schluss eines solchen Vertrages jedoch mangels Konzession oder Polizeierlaubnis verboten ist.

⁶⁹ BGE 84 II 427 (mit zahlreichen Hinweisen), 96 II 20 E. 1, 102 II 404 lit. b, 105 II 312, 108 II 460, 110 II 368, 111 II 53 - Die Begründung dieses Ergebnisses wird im übrigen z. T. in OR 20/II gefunden, d. h. insbesondere die Aufrechterhaltung des Vertrages zu geänderten und daher zulässigen Bedingungen (Herabsetzung von Preisen, Zinsen u. dgl. auf das zulässige Mass) als ein Fall der Teilnichtigkeit verstanden. Richtiger scheint es, sich offen von der generellen Nichtigkeitsregel von OR 20 abzuwenden und immer nur die Sanktionen, welche von dem die Rechtswidrigkeit konstituierenden Gesetz gefordert werden, anzunehmen. Vgl. auch C. HUGUENIN, Nichtigkeit und Unverbindlichkeit als Folgen anfänglicher Vertragsmängel, Diss. Bern 1984, p. 16 ff. - Zum Grundsätzlichen BUCHER, ZSR 1983/II, p. 295-300.

⁷⁰ Vgl. für Höchstzinsvorschriften bzw. für behördlich bewilligte Pachtzinsen ZR 20 Nr. 104, p. 202 f., BGE 93 II 105 E. 2a; für übersetzte Abschlusskommission BGE 80 II 328 ff. Dazu K. SPIRO, ZBJV 88 (1952), p. 514, 523 ff. Verfehlte Vertragsnichtigkeit in BGE 102 II 404 E. 3 (dazu meine Kritik in ZSR 1983/II, p. 296, Anm. 51 und unten § 34/V/2).

⁷¹ Vgl. dazu unten § 34/V/2.

⁷² Zum Beispiel Anfechtbarkeit, vgl. dazu oben Anm. 11.

⁷³ Vgl. die in ZR 24 Nr. 16, p. 38 erwähnten Beispiele: polizeiwidriger Ausschank nach der Polizeistunde; Verkauf durch nichtpatentierten Apotheker; BGE 81 II 619 ff. betreffend «widerrechtliches» Versprechen, ausserhalb des gebundenen Zahlungsverkehrs zu erfüllen, und BGE 80 II 45 betreffend Missachtung von Zollvorschriften. Nichtig wäre dagegen ein Vertrag, der gegen den BRB vom 28. März 1949 über das Kriegsmaterial verstossen würde; so BGE 82 II 129. Heute vgl. BG vom 30. Juni 1972 über das Kriegsmaterial.

Die Nichtigkeitsfolge tritt sodann aufgrund der Natur der Verbotsnorm nicht ein, wenn diese als *blosse Ordnungsvorschrift* aufzufassen ist, wie die Regeln von OR 659/II und 710 (Verbot des Erwerbs eigener Aktien durch eine AG, Verbot der Veräusserung hinterlegter Aktien)⁷⁴.

V. Der Begriff der Sittenwidrigkeit im allgemeinen (zu OR 19/II, OR 20 und ZGB 27)

1. Allgemeines

Den Bestimmungen von OR 19/II, OR 20 und ZGB 27 ist gemeinsam, dass sie einen *Vorbehalt zugunsten der guten Sitten* statuieren, d. h. Verträgen die rechtliche Anerkennung versagen, welche in einer bestimmten Richtung gegen gewisse moralische Minimalanforderungen verstossen. Es wird damit dem Umstand Rechnung getragen, dass die Privatrechtsordnung immer noch Grund haben kann, einer bestimmten Vereinbarung Privater den Rechtsschutz zu versagen, auch wenn die Vereinbarung oder deren Leistungsinhalt nicht von der Rechtsordnung ausdrücklich untersagt wird, d. h. widerrechtlich ist.

Der Vorbehalt der «guten Sitten» darf nur als Notventil verstanden werden, um Abmachungen mit eindeutig schwerwiegenden Verstössen gegen anerkannte Moralvorstellungen die Durchsetzbarkeit zu versagen; keineswegs ist er dahin zu verstehen, dass nur sittlich hochstehende Verträge gültig wären. Die Subjektivität der Wertempfindungen und die Verschiedenheit möglicher Auffassungen bedingt, dass nur krasse Sittenverstösse mit der Nichtigkeitsfolge belegt werden können.

Der Verstoss gegen das Erfordernis der «guten Sitten», welche die Tradition der *boni mores* des Römischen Rechts fortsetzt, wurde oft (so in aOR 17) mit dem Terminus der «Unsittlichkeit» belegt. Dieser Sprachgebrauch, der zu sehr an die hier wenig bedeutsame Sexualsphäre erinnert und den unzutreffenden Eindruck schafft, zur Vermeidung der Unsittlichkeit sei eine sittlich hochstehende Haltung gefordert, wird richtigerweise zunehmend durch «*Sittenwidrigkeit*» («*sittenwidrig*») ersetzt, was auch die Bildung des positiven Gegenbegriffs «*sittengemäss*» («*Sittengemässheit*») ermöglicht.

2. Bestimmung des Inhalts der Vorbehalte

Menschliches Zusammenleben wird nicht bloss durch die Rechtsordnung, sondern auch durch ausserrechtliche Ordnungen (Brauchtum, alle möglichen soziologischen

⁷⁴ Vgl. dazu auch BUCHER, AcP 1986, p. 13.

Regelungsmechanismen und eben auch die «Sitte») gesteuert. Den Normen von OR 19/II, OR 20 und ZGB 27 ist gemeinsam, dass sie auf eine näher zu bestimmende *ausserrechtliche Ordnung* verweisen. Es handelt sich um *Generalklauseln*, die der Konkretisierung durch Lehre und Rechtsprechung bedürfen und die insofern als nach den Regeln von ZGB 1/II zu füllende «Lücken intra legem» bezeichnet werden können⁷⁵, als diese nicht einen eigenständigen Ordnungsgehalt haben, der aus dem Gesetzestext allein abgeleitet werden könnte. Es liegen vielmehr *Verweisungsnormen* vor, die mit einem Stichwort auf ausserhalb des positiven Rechts liegende Erkenntnisquellen verweisen.

Die als Richtlinie gewiesenen «guten Sitten» sind nicht kurzerhand zu verstehen als die Sitte im Sinne des tatsächlich Geübten und Bräuchlichen, im Sinne einer mit soziologischer Methode festzustellenden gesellschaftlichen Tatsache, die ja auch eine Unsitte sein könnte. Massgebend ist daher die «*boni mores*», die «guten» Sitten, d. h. normativ bewertete und als richtungweisend erkannte «Anschauung aller billig und gerecht denkenden Volksgenossen, gemessen an einem durchschnittlichen Massstab»⁷⁶.

Zur Gewinnung konkreter Anhaltspunkte scheint eine von EGGER erstmals angedeutete Betrachtungsweise nützlich, der von den moralischen Wertanschauungen des Publikums abstrahiert und die von ihm so genannte «*Rechtsmoral*» als massgeblich bezeichnet⁷⁷. Darunter kann man eine ethische Ordnung verstehen, die sich aus der Gesamtheit der im positiven Recht verwirklichten Wertentscheidungen ableiten lässt⁷⁸.

⁷⁵ Vgl. MEIER-HAYOZ, ZGB 1 N. 265 f. - Diese wie andere Generalklauseln sind eine Kapitulation des Gesetzgebers vor der Vielgestaltigkeit der Lebensverhältnisse und gleichzeitig Kunstgriffe, um komplexe Regelungsverhältnisse wenigstens im Umriss durch Weisung von grossen Richtlinien zu ordnen.

⁷⁶ V. T./P., § 31/V, p. 255. - Da das Beurteilen der Vereinbarkeit eines Vertrages mit den guten Sitten Rechtsfindung, nicht Tatsachenfeststellung ist, unterliegt es der Kognition des Bundesgerichts (vgl. alle Entscheidungen zu OR 20 etc.).

⁷⁷ EGGER, ZGB 27 N. 15.

⁷⁸ Dieser - von Egger nicht einlässlich entwickelte - Gedanke kann dann weiterverfolgt werden, wenn man die Theorien einer phänomenologischen Wertethik wenigstens in ihren formalen Aspekten, der Lehre von normativen Ordnungen als Systeme wertabwägender Entscheidungen, übernimmt; der Gedanke ginge dahin, dass die einer staatlichen Rechtsordnung als zugrunde liegend rückerschliessbare Wertordnung bei der Bestimmung des Inhalts der hier in Frage stehenden Generalklausel wegleitend sein müsste. Dieser Gedanke etwas weiter ausgeführt bei BUCHER, Persönlichkeitsrechte, § 28, p. 218-240, bes. p. 228 lit. c. - Vgl. NICOLAI HARTMANN, Ethik, Berlin/Leipzig 1926; MAX SCHELER, Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik, 3. Aufl., Bern 1954; WERNER THOMMEN, Begriff der guten Sitten, Diss. Zürich 1954; FELIX WIGET, Der zivilrechtliche Begriff der öffentlichen Ordnung, Diss. Zürich 1938.

VI. Insbesondere Sittenwidrigkeit des Vertragsinhalts (OR 20)

1. Tatbestände des sittenwidrigen Verhaltens

a) Verträge, in denen die vereinbarte Leistung als solche sittenwidrig ist

Hierunter fallen Verträge, in denen sich mindestens die eine Partei zu einer sittenwidrigen Handlung oder Unterlassung verpflichtet, wie der Vertrag zwischen Dieb und Hehler, das Verabreden von Schmiergeldzahlungen⁷⁹, Abmachungen über bezahlte Beihilfe zu Erbschleicherei⁸⁰, Lieferung von Sachen oder Vornahme von Handlungen, welche zur Täuschung des Publikums dienen sollen. Dasselbe gilt für Abmachungen, die die unabhängige Erfüllung von Amtspflichten in Frage stellen wollen⁸¹.

b) Verträge, die mittelbar einen sittenwidrigen Zweck oder Erfolg anstreben

Die Sittenwidrigkeit eines Vertrages kann sich trotz des unbedenklichen Inhalts der eigentlichen Vertragsleistung aus dem damit verfolgten Zweck ergeben: Mieten eines Autos, um einen Raubüberfall zu begehen; der Kauf ärztlicher Instrumente, um verbotene Abtreibungen vorzunehmen, die Gründung eines Kartells mit dem Ziel schrankenloser Beherrschung des Marktes und Unterdrückung des Wettbewerbes.

In derartigen Fällen «mittelbarer Sittenwidrigkeit» ist jedoch grundsätzlich vorausgesetzt, dass die Motive beider Parteien sittenwidrig sind. Im allgemeinen müssen die einseitigen Zwecke eines Kontrahenten hinsichtlich der Gültigkeit des Vertrages unbeachtet bleiben; insbesondere darf es einen Verkäufer grundsätzlich gleichgültig lassen, wozu der Käufer die Kaufsache benützen will. Sollen unsittliche Motive des einen Partners die Vertragsgültigkeit ausschliessen, müssen die Hintergründe nicht nur dem anderen Partner bekannt sein, sondern es muss zwischen dem unverdächtigen Vertragsinhalt im engeren Sinn und dem unmoralischen Motiv einer Partei ein so enger Zusammenhang bestehen, dass man von einem anständigen Partner erwarten darf, in Kenntnis des Hintergrundes von einem Vertragsschluss abzusehen⁸².

⁷⁹ BGE 76 II 369 f., 95 II 37 f.

⁸⁰ BGE 66 II 256.

⁸¹ SAG 53/1981 Nr. 17, p. 69, ZR 81/54, p. 135 f.

⁸² In dem bekannten englischen Entscheid *Pearce v. Brooks* (1866) L.R. 1 Exch. 213 oder (1866) All E. R. Rep. 102 wurde die Klage eines Kutschenbauers, der einer Prostituierten eine Kutsche zu Mietkauf überlassen hatte, auf Zahlung einer verfallenen Rate abgewiesen im Hinblick darauf, dass der Kläger mit der Verwendung des Wagens beim unmoralischen Gewerbe habe rechnen müssen. Unter den heutigen Verhältnissen müsste die analoge Klage auf Zahlung des Kaufpreises für ein Automobil gutgeheissen, die Sittenwidrigkeit des Autokaufs verneint werden, wobei als Unterschied gegenüber *Pearce v. Brooks* nicht bloss eine Relativierung viktorianischer Moralvorstellungen zu berücksichtigen ist, sondern ebenso sehr der Umstand, dass das Automobil heute allgemeiner Gebrauchsgegenstand darstellt. Vgl. in diesem Zusammenhang aus der neueren Rechtsprechung SJZ 82/1986, p. 264 f. und SJZ 81/1985, p. 60.

2. Verstoss gegen ausländische Gesetzgebung als Tatbestand der Sittenwidrigkeit?

Besondere Probleme werfen Verträge auf, deren Abschluss oder Abwicklung gegen eine ausländische öffentlich-rechtliche Gesetzgebung verstösst. Im Gegensatz zur Rechtswidrigkeit, die nur am schweizerischen Massstab gemessen wird, können bei der Sittenwidrigkeit ausnahmsweise auch ausländische Rechtsnormen in Betracht fallen, wenn deren Missachtung in der Schweiz geeignet ist, das Sittenempfinden zu verletzen⁸³.

3. Verbindung einer notwendig unentgeltlichen Leistung mit geldwerter Gegenleistung

Die Sittenwidrigkeit eines Vertragsinhaltes kann darin bestehen, dass ein an sich nicht zu beanstandendes Verhalten von einer geldwerten Gegenleistung abhängig gemacht wird, oder auch bloss, dass für eine notwendig unentgeltliche Leistung eine Entschädigung zugesichert wird⁸⁴. So erscheint unzulässig die Abmachung, gegen ein Entgelt (das nicht Ersatz des erlittenen Schadens sei) einen Strafantrag zurückzuziehen oder auf die Stellung eines Strafantrages zu verzichten. Ungültig wäre die Zusicherung einer Zusatzentschädigung an einen Prozesszeugen durch eine Prozesspartei, und zwar ohne jeden Nachweis des Versuches der Beeinflussung, allein weil es gilt, einem Verdacht des Verlusts der Unbefangenheit vorzubeugen⁸⁵.

4. Hinweis: Wertdisparität der Leistungen (OR 21)

Da der Gesetzgeber selbst *Schenkungen* und andere unentgeltliche Geschäfte zulässt, kann ein Missverhältnis des Wertes von Leistung und Gegenleistung nicht

⁸³ Vgl. oben Anm. 57.

⁸⁴ Die in dieser Gruppe erfassten Tatbestände würden an sich durchwegs auch unter ZGB 27 fallen; sie unter OR 20 zu subsumieren ist erforderlich, weil nicht nur (im Sinne von ZGB 27) die in ihrer Entschliessungsfreiheit zu schützende Partei sich aus der Vertragsbindung muss befreien können, sondern ebenso die andere Partei ihre Gegenleistung verweigern darf.

⁸⁵ In diesem Sinne auch der englische Entscheid *Collins v. Godefroy* (1831) I B. and Ad. 950 (dort allerdings mit der Begründung fehlender Consideration seitens des Versprechenden; vgl. oben § 5/VIII).

Sittenwidrigkeit begründen. In Frage kommt in der Schweiz nur der Sondertatbestand der «Übervorteilung» von OR 21, wo neben einem qualifizierten Wert-Missverhältnis auch subjektive Voraussetzungen bei beiden Parteien gegeben sein müssen und die Sanktion nicht in Ungültigkeit, sondern Anfechtbarkeit des Vertrages liegt (vgl. dazu § 14/II)⁸⁶.

5. Rechtsfolge bei Sittenwidrigkeit des Vertragsinhaltes (OR 20/II)

Ist die vereinbarte Leistung oder der mit dem Vertrag angestrebte Zweck sittenwidrig, so folgt daraus grundsätzlich die Nichtigkeit des Vertrages (dazu oben Ziff. I/3).

Sind bloss einzelne Teile des Vertrages sittenwidrig, besteht kein Anlass, den ganzen Vertrag als nichtig zu betrachten. Wird im Sinne eines *favor negotii* das Geschäft als solches soweit als möglich aufrechterhalten (sog. Konversion; vgl. oben § 11), so kann dies nur unter dem Vorbehalt geschehen, dass beide Partner den Vertrag im Zeitpunkt des Vertragsschlusses auch ohne die nichtigen Vertragsbestandteile im zulässigen Umfang geschlossen hätten. Ist dies im Prozess kontrovers, so trifft die am Vertrag festhaltende Partei die Beweislast; der Richter darf nur teilweise Weitergeltung annehmen, wenn keine erheblichen Zweifel bestehen, dass die den Vertrag in veränderter Form ablehnende Partei diesen im früheren Zeitpunkt gewollt hätte. Je wichtiger die nichtigen Elemente, um so weniger leicht wird diese Überzeugung gewonnen werden können.

VII. Schutz vor übermässiger rechtsgeschäftlicher Bindung gemäss ZGB 27/II

1. Allgemeines. Begriff der Freiheitsbeschränkung im Sinne von ZGB 27

ZGB 27/II richtet sich gegen unzulässige *Freiheitsbeschränkung durch Verträge*; die Sittenwidrigkeit liegt nicht, wie beim Sittenwidrigkeits-Tatbestand von

⁸⁶ Das OR unterscheidet sich dadurch von der Regel des BGB § 138/II, wo der sogenannte Wucher als Sonderfall der Sittenwidrigkeit (mit Nichtigkeitsfolge) behandelt wird. Das deutsche Vorbild, von dem sich der Gesetzgeber distanziert, darf nicht dazu verleiten, eine Wert-Disparität der Leistungen in Ausnahmefällen als Sittenwidrigkeitstatbestand im Sinne von OR 20 zu verstehen. - Im Fördern *überhöhter Schuldzins* darf dagegen ein Verstoß gegen die guten Sitten erblickt werden, da nicht die Wertrelation «Geldüberlassung-Zins» im Vordergrund steht, vielmehr auch Allgemeininteressen (einschliesslich des Schutzes des Geldgebers!) in Frage stehen; vgl. dazu oben § 14/I/3, OR/BT § 9/III/2, BGE 93 II 190, 192.

OR 20 im geschuldeten Verhalten, in der (faktisch) zu erbringenden Leistung, sondern vielmehr in der (normativen) Tatsache vertraglicher Bindung selber.

Die unzulässige vertragliche Verpflichtung kann zu einem *Tun* oder zu einem *Unterlassen* zwingen. Die Unzulässigkeit (Sittenwidrigkeit) kann daher kommen, dass sich jemand in einem höchstpersönlichen Bereich vertraglich bindet, der *jeder rechtlichen Verpflichtung* entzogen bleiben soll (dazu im folgenden Ziff. 2), oder aber durch das *Übermass* der Freiheitsbeschränkung veranlasst sein (Ziff. 3).

2. Bereich der Unzulässigkeit jeglicher vertraglicher Bindung

a) Weltanschaulich-gesinnungsmässige Bindungen

Die rechtlich bindend gemeinten Verpflichtungen, eine bestimmte Konfession, Religion, Parteizugehörigkeit anzunehmen, beizubehalten oder aufzugeben, sind in jedem Fall sittenwidrig, weil das betreffende Verhalten jederzeit auf freier Entschliessung beruhen soll, dieses Resultat ist unabhängig von der moralischen Bewertung des Verhaltens, zu dem man sich verpflichtet. Entsprechende Sondernormen finden sich etwa in ZGB 70/II und 303/II. Beispiele aus der Praxis: Verbot der Eheschliessung mit Geschiedenen aus konfessionellen Gründen hält nicht stand vor ZGB 27/II⁸⁷, bei einer einfachen Gesellschaft, die zur Durchführung einer gemeinsamen Privatstrafklage gegründet wurde, muss jederzeit der Austritt möglich sein⁸⁸.

b) Lebensgestaltung innerhalb der Persönlichkeitssphäre

Bis zu einem gewissen Grad kann man seine Freiheit hinsichtlich der persönlichen Lebensgestaltung einschränken (Verträge auf Arbeits- oder Dienstleistungen etc.). Die Verpflichtung darf aber nicht Bereiche betreffen, die in solcher Beziehungsnähe zur Persönlichkeit stehen, dass die Bindung als Verstoss gegen die guten Sitten erscheint.

In diesem Sinn sind alle Bindungen, die die *körperliche Integrität* berühren, unzulässig. Verträge, die zur Duldung einer Operation oder zur Blutspende verpflichten, sind unverbindlich; dabei geht es nicht um die körperliche Unversehrtheit, sondern um die Selbstbestimmung in diesem Persönlichkeitsbereich⁸⁹.

Ebenso unverbindlich sind Bindungen im Bereich der Geschlechts- und Sexualsphäre; selbst das aus achtenswerten Beweggründen (z. B. Eugenik) abgegebene Zölibatsversprechen

⁸⁷ BGE 44 II 80 E. 2.

⁸⁸ BGE 48 II 441.

⁸⁹ Eine *Operation zur Schadensminderung* kann nach Schadenersatzrecht nie Rechtspflicht sein. Unterlässt der Geschädigte die Obliegenheit der Schadensminderung, verletzt er keine Pflicht, sondern erleidet höchstens den Rechtsnachteil, jenen auf den durch die Operation vermeidbaren Schaden entfallenden Schadenersatz nicht zu erlangen.

kann den Versprechenden nicht rechtlich binden. Dasselbe gilt für Versprechen, keinen Alkohol zu konsumieren oder nicht sonstiger Laster zu frönen⁹⁰.

Von ZGB 27 werden sodann Verträge erfasst, die für den Verpflichteten aussergewöhnliche Risiken in sich schliessen (Testpiloten, Stuntmen u. dgl.). In derartigen Fällen ist es geboten, den Vertrag gegenüber dem betroffenen Vertragspartner im Sinne von ZGB 27 als nicht rechtlich erzwingbar zu betrachten, was aber nicht bedeutet, dass er im Sinne von Art. 20 OR nichtig ist (dazu unten Ziff. 4).

3. Schutz vor übermässiger vertraglicher Bindung

a) Allgemeines

Im Unterschied zu den vorstehend genannten Fällen besteht bei der im folgenden behandelten Tatbestandsgruppe kein absoluter Schutz vor Freiheitsbeschränkungen; nicht die Bindung an sich, sondern erst das Übermass der Bindungswirkungen ist sittenwidrig. Gelegentlich kann die Sittenwidrigkeit auch in Nebenumständen liegen, unter denen eine Vertragsbindung steht (z. B. nicht durch besondere sachliche Gründe gerechtfertigte Ungleichheit der Kündigungsmöglichkeiten der Parteien in Dauerschuldverhältnissen⁹¹). Im Arbeitsrecht (OR 340a/I) und Auftragsrecht (OR 404) finden sich Sonderbestimmungen, die einen praktisch wichtigen Bereich des Persönlichkeitsschutzes abdecken und die bei der Auslegung der Generalklausel von ZGB 27 heranzuziehen sind.

Von ZGB 27 werden grundsätzlich nur schuldrechtliche Verträge im Sinne von *Verpflichtungsgeschäften* erfasst, *nicht* dagegen *Verfügungsgeschäfte*, da letztere zwar das Vermögen des Verfügenden verringern oder belasten mögen, den Verfügenden jedoch nicht in seiner persönlichen Freiheit beschränken⁹². Jedoch sind auch Vereinsbeschlüsse und statutarische Bindungen, die das Vereinsmitglied in seiner persönlichen Freiheit übermässig beeinträchtigen, unter Umständen nach ZGB 27 zu beurteilen⁹³.

b) Konkurrenzverbote und andere Verpflichtungen zur Beschränkung der wirtschaftlichen Aktivität

Als Bestandteil eines Arbeitsvertrages, Gesellschaftsvertrages, Geschäftsübernahmevertrages usw. sind Abmachungen häufig, dass ein Partner keine Konkurrenzfähigkeit

⁹⁰ Keine Konventionalstrafe bei Verletzung. Ob eine *Testamentsklausel* gültig oder aber anfechtbar wäre, die eine Zuwendung von Ehelosigkeit, Alkoholabstinenz, Parteizugehörigkeit o. dgl. abhängig macht, entscheidet die Auslegung von ZGB 519 Ziff. 3.

⁹¹ Zu Recht wird in ZR 37 Nr. 55a, p. 99 ein einseitiges Prolongationsrecht eines Bühnenengagements als unzulässig betrachtet (heute dazu die Sondernorm von OR 336/II).

⁹² Anders dagegen die Praxis zur Abtretung künftiger Forderung; dazu unten § 31/II/3b und Ziff. II/2a/aa.

⁹³ BGE 104 II 7 ff.

ausüben dürfe. Soweit diese Konkurrenzverbote die eigentliche Vertragsbeziehung überdauern (z. B. bei einem Arbeitsvertrag nach der Auflösung wirken) sollen oder mit einem punktuell abgewickelten Vertrag (z. B. Geschäftsübernahme) verbunden sind, stellt sich regelmässig die Frage der Zulässigkeit der den Verbotsbelasteten treffenden Freiheitsbeschränkung⁹⁴.

Im *Arbeitsrecht* ist die Frage durch die Sondernorm von OR 340a/I (bis 1971: OR 357) geregelt, wonach das Verbot «nach Ort, Zeit und Gegenstand» angemessen begrenzt sein muss, nur ausnahmsweise mehr als drei Jahre dauern darf und das «wirtschaftliche Fortkommen des Arbeitnehmers» nicht unbillig erschweren soll. Damit entfällt hier eine Anwendung von ZGB 27; umgekehrt ist die Generalklausel von ZGB 27 nach dem Vorbild der Sondernorm von OR 340a zu verstehen; insbesondere sind es bei sämtlichen Konkurrenzverboten zwangsläufig die genannten drei Dimensionen von Ort, Zeit und Gegenstand, in denen die Freiheitsbeschränkung nicht übermässig belastend sein darf⁹⁵. Dabei sind die drei Gesichtspunkte im Zusammenhang zu betrachten; eine schwerwiegende Beschränkung der Konkurrenzfreiheit in einem Bereich engt das zulässige Ausmass in den beiden anderen ein.

Bei der Beurteilung, ob eine vertragliche Bindung sittenwidrig sei, wird regelmässig als wesentlich betrachtet der Umstand, ob der Verpflichtung eine *adäquate Gegenleistung* gegenübersteht⁹⁶. Die ergangenen älteren Entscheide sind fast durchwegs negativ, d. h. die Zulässigkeit des Verbots bejahend (vgl. BGE 51 II 220 ff., 51 II 297 ff., 56 II 50 ff.). - Eine Verletzung der persönlichen Freiheit wurde bejaht in BGE 102 II 215 ff.: Die Abrede zw. einem Fussballclub und einem Spieler, die dem Club erlaubt, bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses den Spieler für 2 Jahre von der Nationalliga auszuschliessen, ist unzulässig⁹⁷.

⁹⁴ Vgl. z. B. BGE 23 I 740 ff. (Kern/Wild), 27 II 115 ff., 51 II 299.

⁹⁵ Der Grund einer unterschiedlichen Behandlung von im Zusammenhang eines Arbeitsvertrages oder eines Gesellschaftsvertrages geschlossenen Verboten könnte oft nicht ersehen werden; auch der Veräusserer eines Geschäfts kann ähnlich wie ein Arbeitnehmer darauf angewiesen sein, in der ihm vertrauten Branche weiterhin tätig sein zu können. In einer älteren Praxis wurde oft zu sehr die Unterschiedlichkeit betont (etwa BGE 56 II 54, 53 II 329 lit. a, 51 II 300, 440), selbstverständlich darf die Übertragung der arbeitsrechtlichen Gesichtspunkte keine schematische sein. - Uneingeschränkt muss auch ausserhalb des Arbeitsrechts gelten (ebenso als Ausfluss von ZGB 2 wie von ZGB 27), dass das Konkurrenzverbot nur soweit gültig ist, als der Belastete infolge geschäftlicher Beziehungen, persönlicher Erfahrung usw. ein besonders gefährlicher Konkurrent ist.

⁹⁶ BGE 51 II 301, vgl. aber auch BGE 78 II 234 E. 2a in fine. - Das BGer braucht etwa die Formel: «... ces principes (scil. ZGB 27/OR 19 und 20) sont notamment violés lorsque l'interdiction de faire concurrence enlève au sujet passif toute liberté de mouvement ou met en péril les fondaments mêmes de son existence économique» (BGE 53 II 329 mit Hinweisen).

⁹⁷ Bei juristischen Personen übt das BGer Zurückhaltung in der Annahme eines Verstosses gegen ZGB 27, vgl. BGE 106 II 378.

e) *Sogenannte Exklusivverträge, Bezugspflichten*

Sogenannte Exklusivverträge verpflichten die eine Partei nicht bloss negativ, mit Dritten nicht zu kontrahieren, sondern darüber hinaus positiv, Verträge bestimmten Inhalts für eine bestimmte Zeitdauer ausschliesslich mit der anderen Partei einzugehen, was die Freiheit der Partnerwahl und oft auch der Vertragsinhaltsbestimmung beschränkt. Ist die Bindung der einen Partei übermässig, treten die Rechtsfolgen von ZGB 27 ein. Neben Exklusivverträgen von Musikern, Filmschauspielern, Erfolgsschriftstellern usw. haben in diesem Zusammenhang insbesondere Bezugsverpflichtungen Bedeutung.

Aus der Praxis des BGer:

- BGE 51 II 167 E. 3 und 4 (10jährige Mehlbezugsverpflichtung; keine übermässige Bindung);
- BGE 67 II 224 E. 3 (betr. Wasserabnahmeverpflichtung);
- BGE 75 II 312 E. 6 und 7 (Verpflichtung von Arbeitgeber und Arbeitnehmer, Arbeitsverträge nur mit Arbeitern oder Unternehmern abzuschliessen, die den GAV anerkennen, ist zulässig).

d) *Obligatorische Verträge mit übermässiger Dauer*⁹⁸

In zwei neueren Urteilen hat das Bundesgericht die Auffassung vertreten, dass obligatorische Verträge nicht «ewige» Zeiten ohne Auflösungsmöglichkeit gelten und Bindungswirkungen entfalten können⁹⁹. Die im einzelnen Fall zu bestimmende zulässige Höchstdauer hängt namentlich von der Intensität der durch den Vertrag bewirkten Beschränkung des Verpflichteten in seiner persönlichen Freiheit ab, die bei Verpflichtungen zu positivem Tun eher übermässig ist als bei Duldungspflichten, im übrigen ist aus der mutmasslichen Sicht der Parteien bei Vertragsschluss zu bestimmen, für welche Zeitdauer diese gebunden sein wollten¹⁰⁰. Im Entscheid *Locher v. Sicar*, BGE 107 II 217, hat das BGer zur Begrenzung eines zeitlich unbestimmt gewordenen Vertrages eine im Ergebnis richtige Lösung gefunden: der Vertrag wurde auf eine Dauer von acht Jahren beschränkt¹⁰¹. Bei den von der genannten Praxis nicht

⁹⁸ Dazu insbesondere ENGEL, p. 94 f.

⁹⁹ BGE 93 II 300 (mit Literaturhinweisen), BGE 97 II 399, 113 II 213.

¹⁰⁰ Nach Ablauf der Höchstdauer soll nach dieser Praxis die zeitlich unbefristete und unkündbare obligatorische Verpflichtung durch *Kündigung* aufgelöst werden können. BGE 93 II 300 E. 7 leitet diesen Grundsatz aus ZGB 27, BGE 97 II 399, einer Kritik LIVERS in ZBJV 105 (1969), p. 9 ff. folgend, aus ZGB 2 her. In BGE 103 II 185 f. wird (obiter) wieder gesagt, ZGB 27 verbiete ewige Verträge, ebenso SJZ 84 (1988) Nr. 7, p. 48f., während in BGE 113 II 210 ff. erneut mit ZGB 2 argumentiert wird.

¹⁰¹ Dies aber nur auf dem Umweg über die Fingierung eines hypothetischen Parteiwillens, der in direktem Widerspruch zu dem steht, was die Parteien vereinbart haben; vgl. dazu BUCHER, AcP 186, p. 32 f.

erfassten Fällen von einmaligen, aufschiebend bedingten Verpflichtungen (etwa Gewinnteilungspflicht bei zeitlich noch unbestimmtem Verkauf einer Sache) mit unbefristeter Dauer der Geltung der Bedingung wird die Lösung die sein müssen, dass sich bei Eintritt der Bedingung nach einer übermässig langen Zeitdauer die eine oder die andere Partei auf die Nicht-mehr-Existenz des Vertrages berufen kann und der Richter im Forderungsprozess vorrageweise über die Gültigkeit der Vertragsbindung zu entscheiden hat¹⁰².

e) *Weitere Fälle*

ZGB 27 ist funktional zu verstehen als Norm, welche vertragliche Selbstbindung verhindern will, die sich als übermässige Einschränkung der Freiheit und persönlichen bzw. wirtschaftlichen Entfaltungsmöglichkeit darstellt¹⁰³. Dieses Ergebnis kann auch die Folge verschiedener kumulativer Faktoren sein, die in ihrer Gesamtwirkung zu würdigen sind. Als Beispiel für viele kann stehen der im Entscheid BGE 104 II 110 beurteilte (vom Bundesgericht als Auftragsverhältnis qualifizierte, jedoch eher einen Gesellschaftsvertrag darstellende) «Management-Vertrag» zwischen angehender Schlagersängerin und deren Manager: Letzterem wurden weitestgehende Befugnisse in der Bestimmung der Aktivität der Sängerin eingeräumt und das alleinige Recht zum Abschluss von künstlerischen Engagements zugestanden; zu Recht wird ein Verstoss gegen ZGB 27 angenommen. Ebenfalls unter dem Aspekt von ZGB 27 zu betrachten sind Verträge mit absolut unbestimmtem Inhalt; die Unbestimmtheit kann in der Umschreibung der Leistung, in der Art der Erfüllung oder in der Wahlmöglichkeit des Gläubigers liegen¹⁰⁴. Die Übernahme von Geldschulden dagegen beinhaltet keine persönliche Leistungspflicht, sondern letztlich lediglich die Pflicht zur Duldung der Vollstreckung in das Vermögen; sie sollten daher nicht an ZGB 27 gemessen werden¹⁰⁵. Erst recht fällt die Vereinbarung eines unangemessen hohen Preises nicht unter ZGB 27.

¹⁰² Vgl. auch unten Ziff. 4/b/cc. - Im Ganzen ist aber auch zu sehen, dass bei juristischen Personen durchaus ein legitimes Bedürfnis nach zeitlich unbefristeter Regelung ihrer Rechtsbeziehungen bestehen mag, das nach der genannten Auffassung nicht mit Mitteln des Vertragsrechts befriedigt werden kann. Praktische Folge ist der Zwang zum Ausweichen zum Beispiel ins Gesellschaftsrecht (Gründung einer AG mit Beteiligung der Interessierten u. dgl.).

¹⁰³ Zur Sonderfrage der Verpflichtung zur Zession erst künftig entstehender Forderungen vgl. unten § 31/II/3b/bb.

¹⁰⁴ So z. B. die Verpflichtung, irgend eine Uhr für Fr. 1000.- zu kaufen.

¹⁰⁵ So im Ergebnis auch BGE 95 II 57 f.

4. Rechtsfolgen bei Sittenwidrigkeit der vertraglichen Bindung im Sinne von ZGB 27/II

a) Der traditionelle Nichtigkeitsgrundsatz und dessen Kritik¹⁰⁶

Infolge der Entwicklung von OR 20 und ZGB 27 aus der Tradition von aOR 17 heraus ist die Bestimmung von ZGB 27 in ihrer Neuheit und Besonderheit bis heute nicht voll erkannt¹⁰⁷; nur zu oft wird sie fälschlich als Normierung eines Sonderfalls innerhalb des bereits von OR 20 geregelten Gesamttatbestandes verstanden¹⁰⁸, während es gilt, die Rechtsfolgen dieser Bestimmung eigenständig aus deren Normzweck abzuleiten.

Die Anwendung der Nichtigkeitsregel auf Tatbestände von ZGB 27 führt dazu, dass auch der Gegner des zu Schützenden sich seinerseits auf die Vertragsungültigkeit berufen könnte und der zu Schützende seinen Anspruch auf Gegenleistung trotz seines Festhaltens am Vertrag einbüßen würde¹⁰⁹. Umgekehrt folgt, dass der zu Schützende, der bei Vertragsschluss einer übermässigen Bindung zugestimmt hat, sich aus jeglicher Verpflichtung, nicht bloss aus der infolge Übermasses zu beanstandenden Verpflichtung, befreien könnte¹¹⁰. Schliesslich bringt die Nichtigkeitstheorie

¹⁰⁶ Vgl. dazu BUCHER, AcP 186, p. 24 ff.

¹⁰⁷ Geistesgeschichtlicher Hintergrund der genannten Vermengung und des Festhaltens am Nichtigkeitsprinzip auch bei ZGB 27 ist eine traditionelle normative Auffassung des Vertrages als «Gesetz der Parteien» (vgl. franz CC art. 1134/I: «Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites»), das nur entweder gültig oder nichtig sein kann, während es einem Aktionendenken selbstverständlich erscheint, dass in einer bestimmten Vertragsbeziehung zwar die eine, nicht aber die andere Partei Ansprüche oder Einreden erheben kann.

¹⁰⁸ Symptomatisch für das Gesagte etwa EGGER, ZGB 27 N. 37, der die Kommentierung der Rechtsfolgen dieser Bestimmung auf einen Hinweis auf die Nichtigkeitsfolge im Sinne von OR 20 reduziert. Auch G./S. N. 530 ff. und GAUCH, in recht 1983, p. 96 halten an der formalen Zuordnung von ZGB 27 zu OR 20 fest, müssen jedoch in der Handhabung der Sanktionen bei Verletzung von ZGB 27 die Unbilligkeit des Nichtigkeits-Dogmas zugestehen.

¹⁰⁹ Soll derjenige, der sich einem übermässigen Konkurrenzverbot unterworfen hat, wenn ihm Nichtstun gefällt, nicht die stipulierte Gegenleistung fordern, sondern dessen Partner, unter Berufung auf die Übermässigkeit der (den Verbotsbelasteten nicht drückenden) Bindung, sich von der Zahlungspflicht befreien dürfen?

¹¹⁰ So (noch unter der Herrschaft von aOR 17) entschieden in *BGE 23 I 740 ff.* (Kern v. Wild): W. hatte sich gegenüber seinem Arbeitgeber unter Konventionalstrafe ohne örtliche oder zeitliche Beschränkung zur Unterlassung jeglicher Konkurrenzfähigkeit verpflichtet. Gegenüber der Klage von W. auf Feststellung der Nichtigkeit des Verbots wegen Sittenwidrigkeit im Sinne von aOR 17 wollte der Arbeitgeber im Prozess das Konkurrenzverbot auf zehn Jahre und das Gebiet der Schweiz einschränken. Das Bundesgericht argumentierte, in dieser Erklärung liege kein Verzicht auf ein Recht, sondern ein Antrag auf Ersetzung des ursprünglichen Vertrages durch einen neuen, den zu schliessen W. nicht bereit sei; der infolge Sittenwidrigkeit ungültige Vertrag könne nicht nachträglich durch einseitigen Verzicht geheilt werden.

denjenigen um den Schutz von ZGB 27, der es sich nicht leisten kann, auf den Vertrag als Ganzes zu verzichten¹¹¹.

Dieser zu unhaltbaren Ergebnissen führende und von der Gesetzgebung her in keiner Weise gerechtfertigte Standpunkt¹¹² wurde vereinzelt verlassen, etwa durch das fragwürdige Konstruieren eines vertraglich vereinbarten Kündigungsrechts¹¹³ oder die Konstruktion einer Teilnichtigkeit im Sinne von OR 20/III¹¹⁴. Ein Ansatzpunkt findet sich dagegen in der Praxis des Bundesgerichts zu OR 357 in der bis zur Revision des Arbeitsvertragsrechts (1971) geltenden Fassung¹¹⁵. Ein Konkurrenzverbot, das die gesetzlichen Schranken verletzt, ist gültig, soweit es sich innerhalb der Schranken des Zulässigen hält, ungültig, soweit es sie überschreitet. Es ist zu hoffen, dass diese bereits mit BGE 43 II 662 eingeführte Auffassung, wonach im Zusammenhang mit Arbeitsverträgen geschlossene Konkurrenzverbote in einem auf das zulässige Mass reduzierten Umfang aufrecht bleiben und die übermässige Bindung nicht die traditionelle Nichtigkeitsfolge auslöst, ganz allgemein auf Tatbestände von ZGB 27

¹¹¹ Dies am deutlichsten in *BGE 50 II 481 ff.* (Axelrod v. Vereinigte Zürcher Molkereien): Die Herren A. hatten 1909 den VZM ihr gesamtes Unternehmen, umfassend Inventar, Kundschaft, Handelsmarken, Herstellungsverfahren verkauft unter der Vereinbarung eines Konkurrenzverbotes für jegliche Betätigung in der Milchprodukte-Branche auf die Dauer von 30 Jahren im Raume der Schweiz. Nachdem A. jun. im Krieg die in Russland neu aufgebaute Existenz verloren hatte, klagte er in der Schweiz auf Feststellung, dass das Konkurrenzverbot für die Zukunft auf diejenigen Verfahren zu beschränken sei, welche er der Beklagten wirklich verkauft habe. Das BGer lehnte 1924 (d. h. 15 Jahre nach Vertragsschluss) die Abänderung des Vertrages im Sinne einer Reduktion ab und ging davon aus, dass A. nur Gesamtnichtigkeit des Vertrages hätte behaupten können, was die Rückabwicklung des ganzen (Kauf-)Vertrages bewirkt hätte (OR 20/I). Vgl. dazu auch BUCHER, AcP 186, p. 27 ff.

¹¹² Vgl. dazu das Folgende.

¹¹³ Vgl. bes. BGE 62 II 35 (zeitlich unbefristete Preisbindung eines Tabakdetailisten): «... muss doch grundsätzlich die Kündbarkeit des Vertrages bejaht werden; denn eine derart weittragende Bindung des Beklagten ohne die Möglichkeit, jemals die Freiheit des Handelns wieder zurücknehmen zu können, würde eine mit dem Grundsatz von Art. 27 ZGB unvereinbare Beschränkung der persönlichen Freiheit bedeuten, die nach Art. 20 OR nichtig wäre; es ist jedoch nicht ohne Not vorauszusetzen, die Parteien hätten einen nichtigen Vertrag abzuschliessen beabsichtigt.»

¹¹⁴ So neuerdings wiederum BGE 107 II 217 i. S. *Locher v. Sicar*, wo, anders als im Fall Axelrod, die Nichtigkeit nur auf die die Kündigungsmöglichkeit ausschliessende Vertragsklausel bezogen wird.

¹¹⁵ OR (1912) Art. 357: «Das Konkurrenzverbot ist nur im Umfang einer nach Zeit, Ort und Gegenstand angemessenen Begrenzung verbindlich, durch die eine unbillige Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens des Dienstpflichtigen ausgeschlossen wird.» Die Neufassung in OR 340 und 340a will wohl keine grundlegende Neuerung und gewiss keine Schwächung der Stellung des Arbeitnehmers bringen; Abs. II von OR 340a, welche Bestimmung wohl nur die bisherige bundesgerichtliche Praxis zur quantitativen Herabsetzung festhalten will, spricht unglücklicherweise von einer «Herabsetzung übermässiger Konkurrenzverbote *durch den Richter*», was heissen würde, dass es einer Gestaltungsklage bedarf, um eine Befreiung des Verbotsbelasteten zu erreichen, während nach wie vor die Befreiung automatisch eintreten soll und in einem Forderungsprozess (etwa auf Konventionalstrafe) vom Richter vorfrageweise zu beurteilen ist, genau wie zu OR (1912) Art. 357, BGE 96 II 142 und dort zit.

(unter denen die Konkurrenzverbote, soweit nicht von OR 340a erfasst, die wichtigsten Fälle ausmachen) übertragen wird¹¹⁶. Im Zusammenhang mit der Widerrechtlichkeit hat sich längst die Auffassung durchgesetzt, dass die Nichtigkeitsfolge nur dann und soweit eintritt, als es der Wortlaut oder die Zwecksetzung des die Widerrechtlichkeit des Vertrages festlegenden Gesetzeserlasses auch tatsächlich fordert¹¹⁷. Wird ZGB 27 als eine für einen bestimmten Tatbestandskomplex statuierte Sondervorschrift gegenüber OR 20 verstanden und in diesem Sinne aus sich selber heraus interpretiert, ist offenkundig, dass weder Wortlaut noch Zweck dieser Norm die Nichtigkeitsfolge rechtfertigen; kann man sich nicht in übermässigem Ausmass in seiner Freiheit beschränken, heisst dies einfach, dass, bei Gültigkeit des Vertrages in sonstiger Hinsicht, die Bindungswirkungen dort ihr Ende nehmen, wo sie als übermässig erscheinen¹¹⁸, und auch dies im übrigen nur, wenn und soweit der in seiner Freiheit zu Schützende sich aus der Bindung befreien will und sich die übernommenen Pflichten als Freiheitsbeschränkung auswirken¹¹⁹.

b) Grundsätze der Handhabung der Sanktionen bei Tatbeständen von ZGB 27

Aus dem Normzweck im Sinne des Gesagten ergeben sich für die Anwendung von ZGB 27 die folgenden Grundsätze:

aa) *Nur der in seiner persönlichen Freiheit Beschränkte* kann sich auf diese Schutznorm berufen, während mangels einer solchen Berufung der Vertragspartner an den Vertrag gebunden bleibt, insbesondere die verabredete Gegenleistung schuldet¹²⁰.

bb) Soweit in einem Bereich besonderer Beziehungsnähe zur Person jegliche Bindung rechtlich unverbindlich ist (die Fälle Ziff. VII/2), entfällt *jede Bindung* des

¹¹⁶ BGE 43 II 662 hatte die Annahme einer Reduzierbarkeit vertraglicher Konkurrenzverbote, mit dem das unhaltbare Resultat von Kern/Wild (BGE 23 I 740 ff.), nicht jedoch Axelrod/ VZM (BGE 50 II 481 ff.) vermieden wird, nur gewagt, weil es sich nicht um die Anwendung von OR 20, sondern um jene der Sondervorschrift handelte, bei der das Gericht sich nicht an das Nichtigkeits-Dogma gebunden fühlte.

¹¹⁷ Vgl. oben Ziff. IV/3.

¹¹⁸ Vgl. im übrigen die grundlegenden Ausführungen bei SPIRO, ZBJV 88 (1952), p. 469/70. - Dass die Bundesgerichtspraxis sich schliesslich auf diese Linie festlegen wird, darf um so eher erwartet werden, als in BGE 93 II 300 f. bei einem im Sinne von ZGB 27 als übermässig bindend betrachteten Vertrag nicht die Nichtigkeitsdoktrin angewendet, sondern Kündbarkeit angenommen wird.

¹¹⁹ Keine Lösung in den hier zur Diskussion stehenden Fällen bringt das von R. HÜRLIMANN, p. 78 ff. vorgeschlagene Modell des hypothetischen Parteiwillens. Da Schutzgut die Freiheit jedes der beiden Vertragspartner ist, kann dieser Schutz nicht nach objektiven Kriterien und aus der Situation des Zeitpunktes des Vertragsschlusses heraus verwirklicht werden, sondern nur unter Bezugnahme auf die jeweilige Willensentscheidung des zu Schützenden im Zeitpunkt der Aktualisierung dieses Schutzes, vgl. dazu BUCHER, AcP 186, p. 37 f.

¹²⁰ Zumindest im Ergebnis hat sich auch das BGer dieser Auffassung angeschlossen, BGE 106 II 379; ebenso SJZ 84 (1988) Nr. 7, p. 48.

zu Schützenden. Ist dagegen bloss das *Übermass des von der Bindung betroffenen Bereichs* sittenwidrig (die Tatbestände von Ziff. VII/3), so ist die Unverbindlichkeitswirkung nur im Bereich des unzulässigen Übermasses gegeben (das Konkurrenzverbot ist ungültig, soweit es die zulässige Dauer oder den räumlich bzw. sachlich gerechtfertigten Bereich überschreitet usw.).

cc) Im Umfang, in welchem sich der zu Schützende auf seine Nichtgebundenheit beruft, und nur soweit, *entfallen vertragliche Gegenleistungen*. Dieser Grundsatz bereitet keine Schwierigkeiten, wenn die Gegenleistungen pro rata temporis einer Unterlassungspflicht vereinbart sind (z. B. eine jährliche Entschädigung während der Dauer eines Konkurrenzverbotes). Ist die Unterlassungspflicht räumlich oder sachlich übermässig, so hat der Richter zu entscheiden, ob aufgrund der Umstände eine Reduktion der Entschädigung einzutreten hat, falls eine sachliche oder räumliche Einschränkung des Verbots angenommen werden muss. Ebenso ist zu verfahren, wenn eine einmalige Entschädigung ausgerichtet worden war, die im Umfang der Reduktion der vertraglichen Bindung zurückzuerstatten ist¹²¹. Während in echten Anwendungsfällen von OR 20 die Rückforderung bereits erbrachter Leistungen möglicherweise nach OR 66 ausgeschlossen ist, besteht im Rahmen der Fälle von ZGB 27 unter diesem Gesichtspunkt niemals Anlass zu einer Verweigerung der Rückforderung.

dd) Die (ganze oder teilweise) Befreiung der zu schützenden Vertragspartei tritt (entsprechend den Nichtigkeitsfolgen im allgemeinen, oben Ziff. I/3) als Folge der privaten Erklärung des Geschützten *automatisch* ein und bedarf insbesondere keiner richterlichen Vertragsänderung¹²². Aus dem Gebot des Handelns nach Treu und Glauben dürfte sich in vielen Fällen die Forderung ergeben, dass der Partner, der sich aufgrund von ZGB 27 aus einer übermässigen Vertragsbindung befreien will, dem Gegner *vorgängig* Mitteilung macht. Dies führt im Ergebnis zum Erfordernis einer *kündigungsähnlichen Parteierklärung*¹²³ bzw. zu einem Aufschub der Wirkung der Erklärung; ob eine derartige vorgängige Anzeige (wenn ja, mit welcher Frist) zu ergehen hat, entscheidet der Richter wiederum vorfrageweise im Forderungsprozess, wobei nach den Grundsätzen richterlicher Vertragsergänzung zu verfahren ist.

¹²¹ In beiden Fällen wird eine Reduktion bzw. Rückerstattungspflicht hinsichtlich eines Teils der Entschädigung nur in Betracht fallen, wenn dem aus dem Konkurrenzverbot Berechtigten infolge der Reduktion gegenüber dem vertraglich Vereinbarten ein Nachteil entsteht, was immer dann nicht der Fall ist, wenn die Parteien bloss aus Nachlässigkeit keine hinreichend präzise sachliche Umschreibung getroffen haben.

¹²² Der Richter entscheidet im Forderungsprozess (auf Einhaltung der vertraglichen Pflichten, auf Konventionalstrafe o. dgl.) vorfrageweise, ob die Bindung in dem vom Kläger behaupteten Ausmass besteht oder nicht; oft dürften auch die prozessualen Voraussetzungen einer Feststellungsklage (Klage auf Feststellung, dass eine bestimmte vertragliche Pflicht besteht oder nicht besteht) gegeben sein.

¹²³ Ohne direkte gesetzliche Grundlage und ohne nähere Begründung (jedoch im Ergebnis richtig) nimmt das Bundesgericht in BGE 93 II 301 E. 8 das Erfordernis einer Kündigung an; ähnlich bereits BGE 62 II 35 E. 5.

ee) Im Gegensatz zu den Fällen von OR 20 kommt eine Berücksichtigung der Befreiungswirkungen *von Amtes wegen* im eigentlichen Wortsinn nicht in Betracht; der Richter wird zwar auch ohne Parteiantrag ZGB 27 anwenden, wenn der durch diese Norm Geschützte sich aus dem Vertrag befreien will¹²⁴, nicht dagegen darf er ZGB 27 berücksichtigen, wenn derselbe am Vertrag festhält¹²⁵.

¹²⁴ Was keine Anwendung von ZGB 27 von Amtes wegen ist, sondern Ausfluss des Grundsatzes «*iura novit curia*».

¹²⁵ Der Grundsatz von ZGB 27 (wie OR 20) stellt dagegen Bestandteil des schweizerischen «*ordre public*» i. S. von IPRG Art. 18 dar, ist also, sofern dies zur Stützung des Parteistandpunktes des in seiner Freiheit zu Schützenden dient, selbst dann anzuwenden, wenn im übrigen der Streit nach einem ausländischen Recht zu beurteilen ist, so z. B. ZR 37 Nr. 55a.