

Nr. 19 Der Ausschluss dispositiven Gesetzesrechts durch vertragliche Absprachen – Bemerkungen zu den Erscheinungsformen dispositiver Rechtssätze

In: Festgabe für Henri Deschenaux zum 70. Geburtstag,
Freiburg/CH (Universitätsverlag) 1977

S. 249-269

**Der Ausschluss dispositiven Gesetzesrechts
durch vertragliche Absprachen**

Bemerkungen zu den Erscheinungsformen dispositiver Rechtssätze

I.

Ein überwiegender Teil aller vom Gesetzgeber aufgestellten Rechtssätze sind im Privatrecht, und von diesem ganz besonders im Schuldrecht, *dispositives Gesetzesrecht*, das auf die Rechtsbeziehungen der Beteiligten nur solange angewendet werden will, als diese nicht eine abweichende Vereinbarung getroffen haben. Die nachgiebige Natur dieser Rechtssätze schließt nicht aus, daß der Gesetzgeber mit ihnen eine gesellschaftliche Ordnungsfunktion wirksam erfüllt; wenn wir uns besinnen, daß das Privatrecht (und ganz besonders das Vertragsrecht) weniger selbständige Ordnungsvorstellungen verwirklichen als vielmehr die Rahmenbedingungen für die Schaffung einer selbstregulierenden, "autonomen" Ordnung der Verhältnisse durch die Beteiligten geben will, kann nicht erstaunen, daß der Gesetzgeber zwar in verschiedensten Zusammenhängen eine Ordnung aufstellt, die geeignet ist, zwischen den Parteien Recht zu machen, die jedoch zurücktritt, wenn die Parteien abweichende Regeln aufgestellt haben.

Schulbuchmäßig wird das dispositive (nachgiebige) Recht dem *zwingenden Recht* gegenübergestellt. Diese Gegensatzbildung ist mindestens in zweifacher Hinsicht fragwürdig.

Erstens: Man ist geneigt, als zwingend bzw. nachgiebig nur einen Rechtssatz zu betrachten, der geeignet ist, jemandem ein bestimmtes Verhalten vorzuschreiben, sei es direkt, oder (im Privatrecht fast durchwegs) indirekt in dem Sinne, daß einer Person ein subjektives Recht verliehen wird, kraft dessen sie von einem Dritten ein bestimmtes Verhalten fordern kann. Bei einer Vielzahl der Rechtssätze, die wir in unserer Privatrechtskodifikation

vorfunden, läßt sich dies nicht sagen: Die Vorschriften über die Entstehung der Verträge (OR Art. 1 ff.) oder die Normen über die Handlungsfähigkeit (ZGB Art. 12-19) enthalten selbst kein materielles Verhaltensrecht und sind auch nicht geeignet, solches indirekt zu begründen; wenn jemand einen gültigen Vertrag schließt und sich zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet, bestimmt sich der Inhalt seiner Pflichten nicht nach den Gesetzesbestimmungen über Handlungsfähigkeit oder Vertragsschluß, sondern nach der von ihm getroffenen vertraglichen Vereinbarung, deren *Gültigkeitsvoraussetzungen* allein im Gesetz umschrieben werden. Es ist demnach fragwürdig, zu sagen, Vertragsschlußregeln oder Handlungsfähigkeitsregeln würden zwingendes Recht darstellen, dieses Recht zwingt keineswegs, es kann jedoch von den Beteiligten nicht abgeändert werden. Die Regeln über Vertragsentstehung sind als dispositives Recht logisch nicht denkbar, wäre es doch ein Widerspruch in sich, den Parteien die Bestimmung der Voraussetzungen anheimzugeben, unter denen ihre Abmachungen rechtlich bindend sein sollen¹. Man muß demnach neben die Kategorien der zwingenden und dispositiven Normen die weitere Gruppe der kein materielles Verhaltensrecht statuierenden (und insofern als "formelles" Recht zu betrachtenden), jedoch von den Parteien nicht abzuändernden Rechtssätze stellen².

Zweitens: Die Normen, die man als zwingendes Privatrecht bezeichnen mag, sind unter sich doch recht verschieden, was den mit ihnen verbundenen *Zwang* betrifft. Vorab wird man sich vergegenwärtigen, daß es überhaupt nicht Sache des Privatrecht-Gesetzgebers ist, den Bürger unter Zwang zu setzen, wie das Privatrecht in jenen Bereichen, in denen es wirklich Privatrecht im engeren Wortsinn ist, nicht von Amtes wegen, sondern nur auf Klage eines Berechtigten hin durchgesetzt wird; auch wo kraft "zwingenden Rechts" jemandem bestimmte Ansprüche verliehen werden (etwa Ansprüche aus Deliktsrecht, Bereicherungsrecht oder aus dem Persönlichkeitsschutz), entsteht ein Zwang des Verpflichteten

¹ So schon der Hinweis bei W. BURCKHARDT, Organisation der Rechtsgemeinschaft, 2. Aufl. Zürich 1948 / Nachdruck 1971, p. 39.

² Deren Umfang und Bedeutung innerhalb der Kodifikation sei mit dem Hinweis illustriert, daß so verschiedene Dinge wie die Wohnsitzvorschriften (Art. 23-26 ZGB) und die Schranken der guten Sitten für Verträge (Art. 20 OR) hierher zu zählen sind. Letztere Norm schreibt z. B. nicht materiell sittengemäßes Verhalten vor, noch wird das Schließen oder das freiwillige Erfüllen sittenwidriger Verträge verboten; es wird lediglich sittenwidrigen Verträgen die rechtliche Erzwingbarkeit versagt und damit die Möglichkeit vertraglicher Selbstbindung eingeschränkt. – Vgl. zum Gegensatz zwischen "formellen" und "materiellen" Normen (oder zum Gegensatz zwischen Verfassungsrecht im weiteren Sinne oder organisatorischem Recht und Verhaltensrecht) BURCKHARDT, Organisation, p. 32, DERS. Einführung in die Rechtswissenschaft, 2. Aufl. Zürich 1948 / Nachdruck 1971 p. 137.

– und zwar sowohl im theoretisch-normativen Sinn wie rein praktisch gesehen – nicht mit dem Entstehen des Forderungsrechts des Berechtigten, sondern erst mit der Erhebung der daraus fließenden Ansprüche des Berechtigten gegenüber dem Verpflichteten³. Es ist demnach nicht nur festzustellen, daß der von "zwingenden" Normen ausgehende Zwang ein bloß indirekter ist, sondern auch, daß die den indirekten Zwang konstituierenden Sanktionen ihrerseits verschiedenartig sein können: neben dem im Vordergrund stehenden Fall der Verleihung eines Forderungsrechts an denjenigen, in dessen Interesse die zwingende Norm statuiert wird (als primäres Forderungsrecht⁴ oder sekundärer Schadenersatzanspruch wegen Verletzung eines Primäranspruchs) sind vor allem im Familienrecht andere Sanktionen denkbar: das Entstehen eines Scheidungsanspruchs bei Verletzung der ehelichen Pflichten, Entzug der elterlichen Gewalt bei Vernachlässigung der Elternpflichten usw. Auch hier ist jedoch festzuhalten, daß der indirekte Zwang mittels Sanktion nur aus Antrieb des Interessierten bzw. Verletzten erfolgt (bei der Scheidung), während die allenfalls von Amtes wegen durchzusetzenden vormundschaftlichen Maßnahmen und allfälliger Entzug der elterlichen Gewalt bereits einen Grenzbereich des Privatrechts bezeichnen und in konsequenter Betrachtung auch nicht diesem, sondern dem öffentlichen Recht zugerechnet werden⁵.

Es kann an dieser Stelle nicht die Frage behandelt werden, inwiefern und mit welchen Mechanismen das Privatrecht (durch seine sog. zwingenden Vorschriften) menschliches Verhalten bestimmt, es sollen im folgenden vielmehr einige Überlegungen zum *Problem des Zusammenspiels dispositiver Gesetzesvorschriften einerseits und des vertraglichen Willens*

³ Wie ich in meiner Schrift "Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis" (Tübingen 1965) im einzelnen zu zeigen versuchte. – Nicht anders als bei den hier beispielsweise genannten relativen Forderungsrechten verhält es sich bei den Sachenrechten: Nicht bereits die Existenz des Eigentumsrechts einer Person an einer Sache verpflichtet die Rechtsgenossen zu einem ("das Eigentum respektierenden") Verhalten, sondern nur die normative Tatsache, daß der Berechtigte, explizit oder aus den Umständen zu erschließen, den Willen hat, daß das Eigentumsobjekt nicht berührt werde; dies ergibt sich bereits aus der Feststellung, daß meist ein engerer Kreis dem Eigentümer nahestehender Personen das Eigentumsobjekt benützen darf, und zwar nicht, weil eine rechtsgeschäftliche Ermächtigung eigener Art dieser Personen nachweisbar wäre, sondern allein aufgrund des Umstandes, daß gegenüber den fraglichen Personen (Ehepartner, Kinder und sonstige Hausgenossen, Nachbarn oder Freunde) im Einzelfall weder eine Willenserklärung, welche diese Sachberührung untersagen würde, ergangen ist noch aufgrund der konkreten Verumständungen auf einen entsprechenden Willen des Eigentümers geschlossen werden mußte.

⁴ Bei Persönlichkeitsrechten, Sachenrechten usw. auch ein negatorischer Beseitigungs- oder Unterlassungsanspruch.

⁵ So insbes. WALTER BURCKHARDT, *Organisation* p. 40 f., 85 f.

der Parteien andererseits angestellt werden. Dabei darf, um einen einheitlichen Untersuchungsgegenstand zu gewinnen, auf eine Differenzierung innerhalb des dispositiven Rechts hingewiesen werden, die wohl zuerst von BURCKHARDT getroffen wurde: Das von ihm als *subsidiär* bezeichnete dispositive Recht gilt immer dann, wenn die Parteien nichts Abweichendes vereinbart haben; dessen Geltung kann nur durch abweichende Vereinbarung ausgeschlossen werden, so das Güterrecht des gesetzlichen Güterstandes nur durch Vereinbarung eines anderen Güterstandes, das gesetzliche Erbrecht durch letztwillige Verfügung, die eine davon abweichende Erbfolge anordnet. Im Gegensatz dazu steht das von BURCKHARDT als *ergänzend* bezeichnete dispositive Recht, das nur dann wirksam wird, wenn die Parteien einen bestimmten Vertrag geschlossen haben, auf dessen Typus sich die fraglichen ergänzenden Normen beziehen; beispielsweise gelangen die dispositiven (wie übrigens auch die zwingenden) mietvertragsrechtlichen Vorschriften nur unter der Voraussetzung zur Anwendung, daß die Parteien überhaupt einen Mietvertrag geschlossen haben⁶. Im folgenden sollen nun, vom Ausgangspunkt der Fragestellung aus, nur die letzteren, von BURCKHARDT als *ergänzend* bezeichneten dispositiven Normen ins Auge gefaßt werden, jene Gesetzesvorschriften, welche im Rahmen vertraglicher Beziehungen der Parteien Recht machen, wenn diese nicht eine abweichende Regelung getroffen haben. *Gefragt ist, unter welchen Voraussetzungen eine dispositive Gesetzesregel als durch Parteiabrede ausgeschlossen gelten darf.*

II.

Die aufgeworfene Frage ist vordergründig einfach dahin zu beantworten, daß dispositive gesetzliche Anordnung in ihrer Geltung durch den *Inhalt des Vertrags der Parteien* ausgeschaltet wird: Steht dieser Vertragsinhalt mit der dispositiven Norm in Widerspruch, hat diese zurückzutreten: decken sich die getroffene Parteivereinbarung und die Anordnung des Gesetzes, ist letztere gegenstandslos. Aber die Antwort führt zu der weiteren Frage, die hier an den Anfang gestellt wird: Was hier unter Vertragsinhalt zu verstehen sei, was als Inhalt eines von den Parteien getroffenen Vertrages zu gelten habe.

Was im weitesten Sinn als Vertragsinhalt angesprochen werden mag, läßt sich bildhaft in konzentrischen Kreisen anordnen; mit zunehmender Entfernung vom "Zentrum" bleiben vertragliche Regelungen zwar den

⁶ W. BURCKHARDT, *Methode und System des Rechts*, Zürich 1936 / Nachdruck 1971 p. 173.

Rechtsbeziehungen der Parteien zugehörig, können jedoch nicht mehr als unmittelbarer Ausfluß vertraglicher Vereinbarung betrachtet werden:

Als Kern und Zentrum eines Vertrages und damit als *Vertragsinhalt im engsten Sinn* ist anzusprechen, was die Parteien ausdrücklich über ihre durch den Vertrag zu begründenden gegenseitigen Rechte und Pflichten vereinbart und bewußt zum Gegenstand rechtlich bindender Absprache gemacht haben. Bei schriftlich abgefaßten Verträgen wird dazu im allgemeinen der Inhalt der Vertragsurkunde zu zählen sein, wobei dieser allerdings bereits Gegenstände umfassen kann, die nicht mehr dem innersten Kern, sondern bloß einem *Vertragsinhalt im engeren Sinn* zuzurechnen sind, wie insbesondere Abmachungen, welche nicht die gegenseitigen Vertragspflichten betreffen, sondern i. S. von Eventualabsprachen bloß wirksam werden, wenn bestimmte Eventualitäten sich verwirklichen, insbesondere wenn die Vertragsabwicklung nicht den erhofften Lauf nimmt: Regeln über das Tragen bestimmter Risiken, die Verabredung von Sanktionen im Falle der Nichterfüllung (Konventionalstrafen u. dgl.), schließlich Gerichtsstandsvereinbarungen oder Schiedsklauseln. Im übrigen darf es (im Rahmen nicht formgebundener Vertragstypen) bei der Beurteilung einer Abmachung keine Rolle spielen, ob diese in die Vertragsurkunde selber aufgenommen worden ist oder nicht; mündliche Nebenabsprachen, wenn bloß deren Inhalt und ein entsprechender Verpflichtungswille nachgewiesen werden kann, müssen als gleichberechtigt neben den verkündeten Inhalt treten, wie auch in begleitender Korrespondenz enthaltene Ergänzungen oder Präzisierungen.

Mit Vereinbarungen im genannten Sinn erschöpft sich der Vertragsinhalt nicht. Vertragsparteien sind oft einsilbig; trotzdem wird der Richter offen gelassene Fragen zu entscheiden haben und auch entscheiden mit der Begründung, daß eine bestimmte Lösung dem Willen der Parteien angemessen sei. Zu diesem *Vertragsinhalt im weiteren Sinne* darf das gezählt werden, was die Parteien für ihre rechtliche Beziehung als *feststehend* angenommen und vielleicht gerade deshalb nicht zum Gegenstand expliziter Absprache gemacht haben. Sind die Parteien etwa mit Selbstverständlichkeit (und vielleicht in Unkenntnis gesetzlicher Anordnungen) davon ausgegangen, der Verkäufer einer Sache habe Risiken des Transportes zu tragen, und hat vielleicht im Rahmen der Verhandlungen der Verkäufer seine Preisforderungen gerade mit dem Hinweis auf die von ihm selbstverständlich zu tragenden Risiken begründet, wird man möglicherweise das, was bloß in rechtlichen Vorstellungen der Parteien als geltend aufgefaßt, nicht jedoch ausdrücklich vereinbart worden ist, zum Vertragsinhalt zählen wollen, womit vielleicht auch entschieden ist, ob die fragliche Gesetzesregel (hier Gefahrtragung durch den Verkäufer) zwischen den Parteien Recht macht oder nicht.

Es ist nun aber denkbar, daß die Parteien zu einer später in der Gestaltung ihrer Beziehung sich als wesentlich erweisenden Frage nicht nur nichts vereinbart, sondern auch keine Vorstellungen gehegt haben, weil sie die zugrundeliegende Eventualität nicht voraussehen konnten. Wenn das Gesetz ebenfalls keine Antwort gibt, muß der zur Entscheidung berufene Richter trotzdem eine Entscheidung treffen, die in der Doktrin bald als Auslegung des Vertrages, bald als dessen Ergänzung (bzw. "ergänzende Auslegung" und dgl.) bezeichnet wird⁷. Immer wird der Richter neben rein rechtlichen Überlegungen auch die Verhältnisse der Parteien (deren Interessen, wirtschaftliche Verhältnisse, Anschauungen usw.) wie auch andere, außerhalb der Parteien liegende Umstände (insbesondere auch Sitten und Gebräuche, Verkehrsanschauungen u. dgl.) zu berücksichtigen haben. Sind aber derartige Elemente maßgebend für die rechtliche Beurteilung der vertraglich geschaffenen Rechtsbeziehung, so kann die Gesamtheit der für den Richter in Betracht fallenden *tatbeständlichen* Verumständen im Rahmen der hier unterbreiteten Überlegungen als *Vertragsinhalt im weitesten Sinne* bezeichnet werden⁸.

Es versteht sich, daß dieses Schema der Einteilung der Vertragsinhalte eine grobe Vereinfachung darstellt, daß in Wirklichkeit sehr viel differenzierter unterschieden werden könnte und vor allem Übergänge zwischen allen wie auch immer gebildeten Gruppen vorkommen. Die Abgrenzung der Vertragsinhalte im weiteren und weitesten Sinn könnte nach dem Unterscheidungskriterium getroffen werden, daß Vertragsinhalte im weiteren Sinn (wie diejenigen im engeren und engsten Sinn) *normative* Tatbestände sind, insofern sie ihre Wurzel direkt oder indirekt im Willen der Parteien haben, während als Vertragsinhalt im weitesten Sinn alle nicht-normativen, d. h. aber *faktischen* Elemente, welche die Rechtsbeziehungen indirekt mitgestalten, verbleiben würden. Die von beiden *Parteien übereinstimmend gehegten Vorstellungen* über ihre gegenseitigen

⁷ Daß diese Unterscheidung weder schlüssig möglich ist noch praktische Bedeutung besitzt, hat bereits OFTINGER in seinem Aufsatz "Auslegung und Ergänzung der Verkehrsgeschäfte" in ZSR 1939 p. 178-209, bes. 198 ff. aufgezeigt.

⁸ Die übliche Auffassung nimmt wohl an, daß sich der Vertragsinhalt im Parteiwillen erschöpft; "le contrat est ce que les parties ont voulu, et rien que ce qu'elles ont voulu", wie W. YUNG in seinem Aufsatz "L'interprétation supplétive des contrats", ZBJV 1961 (p. 41-64) auf Seite 42 sagt. Von der Funktion her, das durch einen Vertrag geschaffene Rechtsverhältnis in jeder Beziehung zu regeln, kann in einem übertragenen Sinn jedoch auch all das als Vertragsinhalt bezeichnet werden, was der Richter aus dieser Vertragsbeziehung macht, während hier für die Zwecke dieses Aufsatzes all das als Vertragsinhalt im weitesten Sinn verstanden wird, was (genau gleich wie der Vertragsinhalt verstanden als Wille der Parteien) vom Richter bei seiner Entscheidung im Streit der Parteien über den Inhalt ihrer Vertragsbeziehung zu berücksichtigen ist.

Beziehungen können noch als normativer Tatbestand aufgefaßt werden; sie gehen jedoch unmerklich über in nicht mehr voll sich deckende oder gar bloß einseitige Vorstellungen und Erwartungen der Parteien über die Abwicklung ihrer Beziehungen, die der Richter bei der Entscheidung wird mitberücksichtigen müssen, ohne daß sie noch willentlich-rechtsgeschäftlich, d. h. normativ, verstanden werden dürfen. – Zu den Vertragsinhalten im weiteren Sinne können neben den genannten subjektiven Elementen wie rechtliche Erwartungen und Vorstellungen der Parteien die ebenfalls in gewissem Sinne normativen Sachverhalte der Existenz von *Ortsgebräuchen*, *Handelsübungen* usw. gestellt werden, die für die Parteien verbindlich werden, weil sie entweder die fraglichen Übungen gekannt haben und deshalb nicht einen Vertrag schließen konnten, ohne die übungsmäßige Regel auch für den eigenen Vertrag zur geltenden zu machen, oder weil (bei Nichtkennen der Übung seitens der einen Partei) wenigstens eine nach dem Vertrauensprinzip zu schützende Erwartung bei der Gegenpartei besteht, daß mangels eines expliziten Vorbehalts die fragliche Regel als geltend akzeptiert werde⁹.

Innerhalb der *Vertragsinhalte im weitesten Sinn* sind mannigfache Unterteilungen denkbar. Es wäre etwa zwischen *subjektiven* und *objektiven* Elementen zu unterscheiden, wobei zu den ersteren alle jene Fakten zu zählen wären, die Bezug auf eine der Parteien haben: deren Erwartungen und Interessen, die den Vertragsschluß mitbestimmen oder auch unabhängig von diesem feststellbar sind, die Leistungsmöglichkeiten der Parteien bzw. die Auswirkungen, welche die Erbringung einer bestimmten Leistung für die verpflichtete Partei zeitigt (insbesondere die Frage, in welchem Sinne belastend oder gar drückend eine bestimmte Leistungspflicht ist) usw. Innerhalb dieser subjektiven Elemente könnte beispielsweise wieder danach unterschieden werden, ob eine bestimmte Verumständung der Gegenpartei bei Vertragsschluß erkennbar war oder nicht,

⁹ Jede übungsgemäße Regel kann durch entsprechenden Vorbehalt ausgeschlossen werden. – Wenn beiden Parteien bei Vertragsschluß eine bestimmte Übung nicht bekannt ist, kann sie nicht als normativer, d. h. wenigstens rechtsgeschäfts-ähnlicher Tatbestand und – i. S. der hier getroffenen Einteilung – als Vertragsinhalt i. w. S. verstanden werden; der Richter hätte diese Übung lediglich (im Rahmen eines Vertragsinhaltes im weitesten Sinn) als objektives, d. h. außerhalb der Parteien liegendes Element zu berücksichtigen, etwa als Vorbild einer praktikablen, einen einleuchtenden Interessenausgleich gewährleistenden Regelung. (In diesem Punkt wohl anders das deutsche BGB, das in § 157 die Verkehrssitte geradezu zu einer Richtschnur der Auslegung der Verträge macht). – Im Hinblick auf die Einordnung von Übung und Ortsgebrauch in den Parteiwillen kann auf die Darlegungen des Empfängers dieser Festschrift in Schweiz. Privatrecht, Bd. II, Basel / Stuttgart 1967, § 7 p. 46 f., bes. Anm. 2 verwiesen werden, wo auch einschlägige Judikatur vermerkt ist. – Vgl. zur Bedeutung der Gebräuche auch die Hinweise auf EKG Art. 9/II unten bei Anm. 31.

in welchem letzterem Fall der Richter vielleicht weniger leicht die Gegenpartei belastende Schlußfolgerungen ziehen wird.

Im vorliegenden Zusammenhang geht es nicht darum, zu einer abschließenden Schau der bei der richterlichen Entscheidung über vertragliche Beziehungen überhaupt in Betracht fallenden Gesichtspunkte zu gelangen; dies ist vielmehr Sache einer Auslegungslehre. Es genügt hier, zu zeigen, daß in einer weitreichenden Skala ineinander übergebender Erscheinungen neben einem im engeren oder weiteren Sinne rechtsgeschäftlich-normativen Vertragsinhalt auch weitere Verumständungen bei der Ermittlung des Inhalts der Vertragsbeziehungen erheblich werden können. Die Frage, die hier gestellt ist, geht dahin, welche der angedeuteten Gruppen von Vertragsinhalten geeignet sind, eine dispositive gesetzliche Regelung auszuschließen und welche nicht.

III.

Gilt es zu ermitteln, unter welchen Voraussetzungen dispositives Gesetzesrecht durch einen bestimmten Vertrag der Parteien als ausgeschlossen (und durch den Inhalt der getroffenen vertraglichen Vereinbarung ersetzt) zu gelten hat, scheint es angezeigt, nach dem Zweck zu fragen, der mit der Statuierung dispositiver Normen vom Gesetzgeber verfolgt werden kann, da offenbar dieser Zweck anzugeben hat, wann der Gesetzgeber bereit ist, das statuierte nachgiebige Recht hinter Parteivereinbarungen zurücktreten zu lassen.

1. Ein möglicher Zweck dispositiver Normen deckt sich mit dem Zweck aller Rechtsnormen, nämlich eine gerechte, inhaltlich angemessene Ordnung zu geben. Der Grund, weshalb die vom Gesetzgeber vorgezeichnete Ordnung nicht zur zwingenden, unabdingbaren gemacht wird, hängt offenbar damit zusammen, daß der Gesetzgeber nicht überzeugt ist, daß seine Lösung für alle Fälle die angemessene sei, weshalb er den Parteien die Möglichkeit eröffnet, eine andere Ordnung zu treffen.

Nicht in allen Fällen jedoch kann man annehmen, daß eine dispositive Norm wegen ihres "Gerechtigkeitswertes" statuiert ist. Es gibt Normen, die wertneutral sind in dem Sinn, daß die von ihnen gesetzte Ordnung nicht beanspruchen kann, materiell besser zu sein als eine ihr entgegengesetzte Lösung. Der Gesetzgeber statuiert diese Ordnung, weil er von ihr vermutet, daß sie eher den Anschauungen der beteiligten Kreise entspreche und damit am ehesten als Wille der Parteien zu vermuten sei¹⁰.

¹⁰ Dispositives Recht kann schlecht sein allein weil die (als solche vielleicht gute) Lösung nicht den Rechtsanschauungen des Publikums entspricht, daher rechtsunkundige Vertragsparteien mit einer Lösung überrascht, die sie nicht voraussehen und damit bei der Vertragsgestaltung nicht berücksichtigen konnten. Dies dürfte z. B. ein Hauptgrund der Ablehnung der *periculum-emptoris*-Regel von OR 185 sein; vgl. dazu BGE 84 II 161 und BUCHER in ZSR 1970 p. 284.

Eine dispositive Norm könnte sogar statuiert werden allein unter dem Gesichtspunkt, daß eine Regelung – möge sie die Anschauungen der beteiligten Kreise treffen oder nicht – besser ist als keine Regelung.

Hinweise zur Dogmengeschichte des dispositiven Rechts finden sich vor allem bei SANDROCK¹¹. SAVIGNY versteht das "vermittelnde" Recht "als Auslegung des unvollständig gebliebenen Willens"¹², womit Vertragslücken durch allfällige dispositive Normen gefüllt werden; immerhin wird die rechtsgeschäftliche Vereinbarung umfassend verstanden, indem "zunächst dem individuellen Willen freye Macht" (belassen wird), "und nur wo dieser unterlassen hat seine Macht auszuüben, tritt die Rechtsregel an seine Stelle ..."¹³. Weitergedacht wurde der Gedanke von R. STAMMLER; doch kann für ihn das dispositive Recht nicht Ergänzung des unvollständig gebliebenen Parteiwillens sein, da es "stets materielle ethische Bedürfnisse und Interessen der *Gesamtheit* sind, denen die Rechtsordnung dient ..."¹⁴. Auch diese Deutung ist zu wenig differenziert, stellt doch das Gesetz oft auf den (durchschnittlichen) Parteiwillen ab, so bei Verweisen auf die Verkehrssitte etc. EUGEN EHRLICH weist die Richtung, indem er für das BGB vier Arten von Dispositivnormen unterscheidet: Sog. *Auslegungsregeln* (z. B. §§ 427, 438, 453 BGB), die "im Zweifel" eine Regelung statuieren, sog. *ergänzende* Rechtssätze (z. B. Fristen und Termine, §§ 186-193 BGB, Verschulden, §§ 276-279 BGB, Unmöglichkeit, §§ 275, 280, 323 BGB usw.) zur Regelung von Fällen, welche die Parteien bei Vertragsschluß in der Regel nicht bedenken, sog. *fürsorgende* Rechtssätze zum Schutz einer am Rechtsgeschäft beteiligten Partei (z. B. Ausschluß des Rücktrittsrechts des vorleistenden Verkäufers, BGB § 454) und schließlich Normen, die eine *Verkehrssitte* kodifizieren¹⁵. Diese differenzierende Analyse, die auch für das Schweizerische Privatrecht fruchtbar gemacht werden kann, läßt die dispositiven Rechtssätze dann zurücktreten, "wenn sie die von den Parteien bereits gesetzte Regelung nicht sinnvoll ergänzen würden ..."¹⁶. In ähnliche Richtung

¹¹ O. SANDROCK, Zur ergänzenden Vertragsauslegung im materiellen und internationalen Schuldvertragsrecht, 1966, S. 13 ff., 34 ff.

¹² SAVIGNY, System 1, § 16 p. 58.

¹³ a. a. O. p. 57.

¹⁴ STAMMLER, Der Garantievertrag, AcP 69, p. 25.

¹⁵ E. EHRLICH, Das zwingende und nicht zwingende Recht im Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 1899, p. 44 ff.

¹⁶ SANDROCK, a. a. O. p. 42.

weist auch BURCKHARDT¹⁷: Der Gesetzgeber setzt ... nicht als ergänzendes Recht, was ihm als die *billige* Ergänzung des unvollständigen Vertragsinhaltes erscheint ... sondern was *tatsächlich* am meisten abgemacht wird ..."¹⁸.

Eine hübsche Veranschaulichung des Gegensatzes der möglichen gesetzgeberischen Motivierungen für den Erlaß dispositiver Normen scheinen mir Art. OR 158 Abs. II und III zu geben. Es geht um Haft- und Reugeld. In *Abs. III* wird statuiert, daß die Verabredung eines Reugeldes nicht bloß dem Geber ermögliche, unter Preisgabe des geleisteten Reugeldes auf die Abwicklung des Vertrages zu verzichten, sondern umgekehrt auch dem Empfänger durch Erstattung des empfangenen Reugeldes und zusätzlicher Zahlung einer gleichen Summe vom Vertrag zurückzutreten. Man erkennt hier das Bestreben des Gesetzgebers, in der Gebundenheit der Parteien eine Symmetrie herzustellen und demjenigen, der mit dem Rücktritt des Partners rechnen muß, ebenfalls ein Rücktrittsrecht zu gewähren, ein Bestreben, das z. B. im möglichst weitgehend gewährten Grundsatz der Parität der Kündigungsmöglichkeiten bei Dauerschuldverhältnissen (vgl. etwa OR 336/II für den Arbeitsvertrag) eine Entsprechung findet und Ausdruck eines gesetzgeberischen Gestaltungswillens ist. Die fragliche Regel wird zwar nicht als zwingende Norm statuiert¹⁹, es kann aber nicht zweifelhaft sein, daß sie dem Gesetzgeber als die "im Normalfall" gerechte und einzig angemessene Lösung erscheint²⁰. *Abs II* bestimmt demgegenüber, daß ein zwischen den Parteien vereinbartes "Haftgeld", d. h. eine nicht mit einem Rücktrittsrecht verbundene Leistung bei Vertragsschluß, dem Empfänger ohne Abzug von der weiterhin vereinbarten Hauptleistung verbleibe, "wo nicht Vertrag oder Ortsgebrauch etwas anderes bestimmen"; es wird bestimmt, daß eine bei Vertragsschluß geleistete Zahlung als Zusatzzahlung zur Vertragsleistung hinzutrete und nicht als Anzahlung zu verstehen sei, die

¹⁷ BURCKHARDT, Organisation p. 53.

¹⁸ Der Gedanke wird allerdings nicht konsequent weitergeführt, wenn der Autor fortfährt: Mit der Statuierung dispositiver Normen "wird nur etwas festgestellt, damit der Richter wisse, wie er entscheiden soll, und auch damit die Parteien wissen, was entschieden werden wird, wenn sie schweigen ..." (p. 54).

¹⁹ Es sind immerhin Fälle denkbar, bei denen wohl die eine, nicht aber die andere Partei gute Gründe besitzt, sich eine Rücktrittsmöglichkeit vorzubehalten.

²⁰ Dieser Vorschrift steht v. TUHR/ESCHER p. 288 kritisch gegenüber, der annimmt, daß sie heutigen Verkehrsgewohnheiten nicht entspreche. Sogar wenn dies zutrifft, schließt dies nicht aus, daß sich ein gesetzgeberischer Ordnungswille und nicht lediglich Vermutung eines Parteiwillens manifestiert, unter welcher Voraussetzung der Folgerung v. TUHRs, daß das dispositiv angeordnete Rücktrittsrecht "nicht ohne weiteres", sondern nur dann anzunehmen sei, "wenn ein dahingehender Parteiwille vorliegt", nicht zuzustimmen ist. Zur näheren Begründung vgl. das Folgende.

auf die Hauptleistung angerechnet wird²¹. Es liegt nun auf der Hand, daß die Entscheidung, ob nach der vertraglichen Vereinbarung eine Zahlung auf die Hauptleistung anzurechnen sei oder nicht, völlig wertneutral ist, da beide Lösungen für die Parteien auf dasselbe hinauslaufen, wenn sie nur bei Vertragsschluß sich überhaupt in der Frage einig sind und keine Mißverständnisse obwalten; je nachdem, ob die Zahlung anzurechnen ist oder nicht, wird die Hauptleistung entsprechend niedriger oder höher anzusetzen sein, um die vertraglich gewollte Gesamtleistung zu erreichen. Wenn der Gesetzgeber in einer gerechtigkeits-indifferenten Frage Stellung bezieht, ist das nur aus dem Bestreben zu erklären, trotz Unklarheit der Parteivereinbarung zwischen den Parteien klare Verhältnisse zu schaffen; inhaltlich läßt sich die gesetzliche Regel ausschließlich mit der Überlegung rechtfertigen, daß zu vermuten ist, daß sie in der Mehrzahl der Fälle das Richtige (d. h. den tatsächlichen Willen der Beteiligten) treffe und bloß in einer Minderzahl der Fälle den Beteiligten Unrecht tue, wenn man die Hypothese verwirft, der Gesetzgeber habe, ohne Vorstellung über die Wahrscheinlichkeit von bestimmten Auffassungen bei Kontrahenten, aus der Auffassung heraus legiferiert, irgend eine Regelung sei besser als gar keine.

2. Es scheint mir nun, daß die Verschiedenheit der Zwecksetzungen dispositiver Normen auch zu einer Verschiedenheit der an den das dispositive Recht ausschließenden Vertragswillen der Parteien führen muß²². Hat der Gesetzgeber eine Regelung gegeben, weil er sie für die im Normalfall als gerechte und angemessene hält, muß von den Parteien erwartet werden, daß sie, wenn sie sich dieser Regel nicht unterwerfen wollen, eine dieselbe ausdrücklich ausschließende Absprache treffen. Hat der Gesetzgeber dagegen eine Regel nicht aufgrund inhaltlicher Wertentscheidung, sondern lediglich gestützt auf die mehr oder auch weniger fundierte Erwartung statuiert, damit in der Mehrzahl der Fälle den unausgesprochen gebliebenen Willen oder die rechtlichen Vorstellungen und Erwartungen

²¹ Die gesetzgeberische Regelung ist historisch bedingt; vgl. dazu MITTEIS-LIEBERICH, Deutsches Privatrecht (Kurzlehrbuch) § 45/I/2 (7. Aufl. 1976 p. 131) und M. KASER, Römisches Privatrecht (Kurzlehrbuch) § 41/II/1 (8. Aufl. 1974, p. 167). – Das deutsche Recht vertritt die umgekehrte Lösung (BGB § 337), was die Wertneutralität der Entscheidung der Frage illustrieren mag.

²² Der Behandlung dieses Problems entschlügt sich, wer bei Vorliegen von Vertragslücken auf das automatische Eingreifen des dispositiven Rechts hinweist; läßt man im Gegensatz dazu u. U. eine vom dispositiven Recht abweichende Vertragsergänzung zu, so zwingt dies, wie im folgenden, "zu der dornenvollen Frage Stellung (zu) nehmen, wo die Möglichkeit dieser Vertragsergänzung ihre Grenzen findet und wo das Imperium des dispositiven Rechts beginnt." (SANDROCK, a. a. O., p. 14).

der Parteien zu treffen, darf die gesetzliche Regel bereits dann als ausgeschlossen gelten, wenn im Prozeß bewiesen werden kann, daß der Vorstellungswelt und der Interessenlage der Parteien eine andere als die dispositiv gesetzlich angeordnete Regel besser entspricht. Im Falle von Art. 158 Abs. II muß beispielsweise die Frage zulässig sein, ob diese Regel heutigen Anschauungen überhaupt noch gerecht wird und nicht durch die Verhältnisse überholt ist. Grundsätzlich ist nicht auszuschließen, daß eine derartige dispositive Norm allein aufgrund einer Veränderung der Verkehrsauffassungen praktisch von der Anwendung ausgeschaltet wird, während das Gleiche im Rahmen der Regel von Art. 158 Abs. III mir ausgeschlossen zu sein scheint, da hier selbst die Annahme der Unzeitgemäßheit i. S. von v. TUHR²³ die Nichtanwendung der Gesetzesregel nicht zu rechtfertigen vermöchte.

IV.

Im folgenden sollen eine Reihe dispositiver Normen daraufhin untersucht werden, welcher der beiden vorstehend herausgearbeiteten Gruppen sie zuzurechnen sind, wobei aus Anschaulichkeitsgründen an der schlichten Zweiteilung festgehalten wird, obwohl auf der Hand liegt, daß nicht voneinander streng getrennte und unter sich einheitliche Gruppen vorliegen, sondern alle möglichen Abstufungen denkbar sind.

1. Zur Gruppe von dispositiven Normen, die einen *materialen Ordnungsgehalt* aufweisen und *gesetzgeberische Gerechtigkeitsvorstellungen* verkörpern, können etwa die folgenden Bestimmungen gezählt werden (die Auswahl der Beispiele beschränkt sich auf das Obligationenrecht):

– Art. 68. Die Regel, daß der Schuldner nur dann persönlich erfüllen muß, wenn es bei der Leistung auf seine Person ankommt, ist weniger Ausdruck von vermutungsweise voranzusetzenden Verkehrsauffassungen als vielmehr gesetzgeberischer Ordnungswille: Wenn schon bei der Leistung die Person des Schuldners keine Rolle spielt, so soll dieser auch nicht persönlich zum Handeln verpflichtet sein; die gegenteilige Abmachung, die zwar möglich ist, kann in die Nähe des Schikanösen rücken (etwa die Abmachung, eine gekaufte Sache persönlich zu überbringen, ohne daß sachliche Interessen des Käufers – etwa im Zusammenhang mit Instruktion, Installation der Sache u. dgl. vorhanden wären), so daß nur eine explizite Vereinbarung zu berücksichtigen wäre, nicht dagegen

²³ Vgl. oben Anm. 20.

der Nachweis, daß der Gläubiger (vielleicht für den Schuldner erkennbar) mit einem persönlichen Handeln des Schuldners gerechnet hat.

– *Art. 84/II*. Die Regel, daß bei Fremdwährungsschulden in Schweizer Franken geleistet werden kann, verkörpert neben Zweckmäßigkeitserwägungen wohl auch den Willen, der Landeswährung einen möglichst umfassenden Verkehrsbereich zu sichern, so daß der gesetzliche Grundsatz nur bei einer expliziten Parteivereinbarung als ausgeschlossen gelten darf, nicht jedoch bereits zurücktritt, wenn etwa der Nachweis erbracht ist, daß der Gläubiger ein Interesse an Effektivleistung hat und diese den Schuldner nicht zusätzlich belastet²⁴.

– *Art. 160/I*. Die Regel, wonach bei Verabredung einer Konventionalstrafe für den Fall nicht richtiger Erfüllung der Anspruch auf Konventionalstrafe vermutungsweise nur alternativ, nicht kumulativ neben dem Erfüllungsanspruch besteht, ist Ausdruck eines gesetzgeberischen Mißtrauens gegenüber Konventionalstraf-Vereinbarungen und den mit ihnen allenfalls bewirkten übermäßigen persönlichen Bindungswirkungen; daraus würde ich folgern, daß nur explizite Absprache ("Vertragsinhalt im engeren Sinn") die gesetzliche Regel auszuschalten vermag²⁵.

– *Art. 212/I*. Vermutung des mittleren Marktpreises als Vertragspreis bei Verkäufen ohne explizite Preisvereinbarung. Diese Regel ist gleichermaßen als Parteiwillen zu vermuten wie Ausdruck vernünftiger Gerechtigkeit; jede Abweichung – die ein Schenkungselement in den Vertrag hereinbringen würde – hat ausdrücklich verabredet zu sein, dürfte nicht aus anderen Umständen erschlossen werden.

– Bei einer Reihe von Vorschriften, zu denen ich etwa *Art. 213/I* (Vermutung des Barkaufs), *Art. 233/I* (Vermutung der Barzahlungspflicht beim Steigerungskauf), aber auch die gesetzlichen Kündigungsfristen beim Mietvertrag in *Art. 267* zählen möchte, ist die gesetzliche Regel mehr durch das *Bedürfnis nach der Schaffung klarer Verhältnisse und Rechtssicherheit* denn durch materiale Gerechtigkeitsvorstellungen des Gesetzgebers veranlaßt. Diese gesetzgeberische Zielsetzung verbietet es, eine Wegbedingung dispositiven Rechts anders denn durch ausdrückliche Parteivereinbarung anzunehmen, so daß die (bei der vorliegenden Betrachtung im Vordergrund stehenden) dispositiven Normen, die einen materialen gesetzgeberischen Ordnungswillen zeigen, durch eine Gruppe von

²⁴ In diese Richtung weist (zur Vorschrift von BGB 244) bereits EHRlich, a. a. O. p. 67 bei Anm. 191 und p. 82/3.

²⁵ Vgl. dazu weiterhin EHRlich, a. a. O. p. 64/65 und Anm. 172-178.

Bestimmungen zu ergänzen sind, die lediglich zur Schaffung klarer Verhältnisse aufgestellt sind (vgl. dazu auch Bemerkung unten Ziff. 2 zu OR 76, 77 und 79).

– Als besonders hervortretende und von Gesetzes wegen eindeutige Tatbestandsgruppe können hier alle dispositiven Normen aufgeführt werden, für deren vertragliche Wegbedingung der Gesetzgeber die *Schriftform* vorschreibt. Hier ist vor allem die in der Revision von 1911 neu eingeführte Regel von Art. 198 zu nennen, die im Viehhandel eine Gewährleistung nur bei schriftlicher Zusicherung des Käufers entstehen läßt²⁶, womit die vom Gesetzgeber an sich vorgesehene und von ihm mit der Statuierung dieses Formerfordernis sichtbar favorisierte dispositive Regelung des Fehlens einer Sachgewährleistung nur unter Beachtung einer qualifizierten Form ausgeschaltet werden kann. In außergewöhnlich weitem Umfang ist der gleiche Mechanismus im revidierten Arbeitsrecht verwertet worden, wo eine lange Reihe von dispositiven Regelungen nur mit schriftlicher Abrede wegbedungen werden können (vgl. etwa Art. 321 c/III, 324 a/IV, 327 a/II, 332/II, 336 b/II, 339/II, 340 b/III).

2. Zur anderen Gruppe dispositiver Normen, die *mehr oder weniger wertindifferente Grundsätze* formulieren, jedoch die *Vermutung für sich haben, in einer Mehrzahl der Fälle dem Willen und den Vorstellungen der Beteiligten nahezu kommen*, können die folgenden Bestimmungen gerechnet werden:

– *Art. 75.* Die hier ausgesprochene *Vermutung für sofortige Fälligkeit* von Forderungen bzw. Schulden stellt eine wertindifferente, formale Vermutung dar, der keinerlei Gerechtigkeitsvorstellungen zugrunde liegen. Von einer Vermutung und damit auch von einer *Beweisregel* darf in dem Sinn gesprochen werden, als diejenige Partei, die aufgeschobene Fälligkeit behauptet, für diese Behauptung beweispflichtig ist. Andererseits ergeben sich für die Beweisanforderungen aus der Natur der Norm doch Folgerungen: Weil die gesetzliche Regel infolge der Verschiedenartigkeit aller denkbaren Fälle gar nicht beanspruchen kann, eine Wahrscheinlichkeit für sich zu haben, dürfen an die Umstoßung der Vermutung keine hohen Anforderungen gestellt werden, sondern die Aufhebung der Vermutung kann und muß bereits aus den Umständen, dem was oben Ziff. III "Vertragsinhalt im weitesten Sinne" genannt wurde, abgeleitet werden. So dürfte u. U. bereits der Umstand genügen, daß eine verkaufte Ware

²⁶ Vgl. dazu P. LIVER im Komm. zu den Einleitungsartikeln des ZGB, Bern 1962/66, Einleitung N. 112 f., DERS. in Festschrift Th. Guhl, Vom Kauf nach schweizerischem Recht, Bern 1950, p. 109-140 ("Besonderheiten des Viehkaufs").

nicht auf Lager gehalten, sondern nach Bedarf gefertigt wird, um zu bewirken, daß der Verkäufer nicht zu Sofort-Leistung verpflichtet ist, wie die anderweitige Beanspruchung eines Anwalts, Unternehmers oder Handwerkers wohl genügt, um die Pflicht der sofortigen Ausführung eines Auftrags, eines Werks o. dgl. auszuschließen²⁷.

Die in Art. 76, 77 und 79 enthaltenen Regeln über Zeitbestimmungen sind nicht, wie der Systematik zu entnehmen wäre, zu verstehen als vom Gesetzgeber erlassene Vorschriften über richtige Vertragserfüllung, sondern als Vermutungen darüber, was die Parteien hinsichtlich der Erfüllungsmodalitäten gewollt haben. Es liegt die Wertindifferenz der Regeln auf der Hand. Das würde dazu führen, eine abweichende Regelung der konkreten Rechtsbeziehungen aus allen möglichen Umständen des Einzelfalles abzuleiten, etwa daraus, daß eine andere Lösung der Interessenlage der Parteien bei Vertragsschluß eher entsprochen habe u. dgl.; lediglich die Natur des Gegenstandes, der eine etwas formalistische Handhabung verlangt (in ähnlichem Sinn wie vorstehend Ziff. 1 im Zusammenhang der Art. 213/I, 233/I und 267 argumentiert), führt dazu, daß man hauptsächlich nur dann eine Abweichung annehmen wird, wenn abweichende innere Vorstellungen der Parteien bei Vertragsschluß ("Vertragsinhalt im weiteren Sinn") vorausgesetzt werden können²⁸. – Ähnliche Überlegungen müssen wohl auch im Zusammenhang anderer die Modalitäten der Vertragserfüllung regelnder Bestimmungen gelten, wie für den Kaufvertrag der Art. 188 und 189 (Kostentragung bei Übergabe bzw. Transport des Kaufgegenstandes).

– Die in Art. 211 statuierte *Annahmepflicht des Käufers* ist eine durch vielfältige entwicklungsgeschichtliche Bestimmungsfaktoren veranlaßte Norm²⁹, die jedoch aus moderner Sicht, wohl aber auch bereits für den

²⁷ Vgl. dazu weiterhin EHRlich, a. a. O. p. 53 Ziff. 1 und 2.

²⁸ Andererseits darf wohl Art. 78, der vermutungsweise eine Erfüllungspflicht an Sonn- und Feiertagen dispositiv ausschließt, nicht hierher gezählt werden, weil, wie bereits EHRlich a. a. O. p. 67 annimmt, hier vielleicht Rücksichten auf Sonn- und Feiertagsheiligung mit hineinspielen. – Zu den OR 76, 77 und 79 entsprechenden Vorschriften des BGB vgl. EHRlich, p. 48, 84 und 90.

²⁹ Letztlich dürfte OR 211 (wie die deutsche Entsprechung in § BGB 433/II) auf eine, in ihrem Gehalt allerdings zweideutige, Digestenstelle zurückgehen: "Si is, qui lapides ex fundo emerit, tollere eos nolit, ex vendito agi cum eo potest, ut eos tollat." (POMPONIUS, Dig. 19,1,9). Auf der damit gewiesenen Linie ALR I, 11 § 215 und § 102 f., ADHGB § 346, Dresdener Entwurf Art. 433. Eine entsprechende Vorschrift fehlt im franz. CC wie auch im Zürch. PGB (vgl. §§ 1383, 1427 ff.). Vgl. zur Entwicklungsgeschichte CORNELIA BOMMER, Die Annahmepflicht des Käufers, Diss. Bern 1970, bes. p. 35 ff. – Im übrigen spielt eine Rolle die im Gemeinen Recht mitschwingende Auffassung von einer generellen Annahmepflicht des Gläubigers (BOMMER, a. a. O. p. 42 f.), eine Auffassung, die ihrerseits durch ein dogmatisches Verständnis veranlaßt sein dürfte, das sich am Begriff der Obligation als eines die Parteien verbindenden Schuld nexus und nicht am Begriff des subjektiven Rechts orientiert. Die Herausstellung der Abnahmepflicht des Käufers (oder Gläubigers im allgemeinen) dürfte sodann im Hinblick auf die Erfassung der Probleme des Gläubiger-Verzugs geschehen (so deutlich sichtbar in der Regelung des ALR).

historischen Gesetzgeber in der Schweiz wie für ausländische Vorbilder keine Ordnungsfunktion erfüllt: weder irgendwelche Gerechtigkeitsvorstellungen noch ein Allgemeininteresse vermögen die Abnahmepflicht des Käufers zu begründen. Wenn überhaupt, kann diese Norm nur gerechtfertigt werden durch die Vermutung, daß erstens der Verkäufer an der Wegnahme der Kaufsache ein Interesse habe und zweitens eine Abnahmepflicht des Käufers auf der Linie der von den Parteien bei Vertragsschluß gehegten Vorstellungen liege. Da diese Annahme, wie längst gezeigt wurde³⁰, in den zahlenmäßig weit überwiegenden Fällen völlig unrealistisch ist und den Verhältnissen nicht gerecht wird, ist auf eine Ausschaltung der Gesetzesnorm durch die faktischen Verhältnisse zu schließen: Eine Abnahmepflicht des Käufers darf nur in den wohl seltenen Ausnahmefällen angenommen werden, in denen nicht nur ein Interesse des Verkäufers auf Abnahme des Kaufgegenstandes besteht, sondern dieses Interesse bei Vertragsschluß dem Käufer erkennbar wird. Daß die Abnahmepflicht nicht hinreichend bereits durch Gesetz, sondern nur durch entsprechenden Parteiwillen legitimiert wird, erfährt eine hübsche Illustrierung im Umstand, daß selbst im Falle der Bejahung der Abnahmepflicht erst die Erforschung des Parteiwillens überhaupt Auskunft gibt, welche Sanktionen durch die Nichtabnahme der Ware ausgelöst werden: Im Normalfall der Abnahmepflicht wird diese nur als Nebenpflicht oder vertragliche Obliegenheit zu verstehen sein, deren Verletzung zwar Schadenersatzfolgen nach OR 97 und die Behelfe der Gläubigerverzugs-Regelung (OR 91 ff.) auslöst, nicht jedoch dem Verkäufer ein Rücktrittsrecht und die weiteren Möglichkeiten nach OR 107 gibt. Dies letztere ist nur in Ausnahmefällen atypischer Kaufverträge denkbar, dann nämlich, wenn dem Käufer erkennbar für den Käufer die Beseitigung des "Kaufgegenstandes" wenigstens annähernd gleich wichtig oder gar wichtiger ist als die Bezahlung des Kaufpreises. Eine Klage auf Abnahme der Kaufsache ist nicht denkbar, wenigstens nicht gestützt auf den Kaufvertrag, sondern höchstens auf eine den Kaufvertrag überlagernde Zusatzabmachung auf Beseitigung des Kaufgegenstandes³¹.

³⁰ Vgl. die bei BOMMER a. a. O. p. 43/44 zit. Autoren, J. KOHLER in Jherings Jahrb. 17/1879 p. 261 ff., 409, 422 und weitere.

³¹ So könnte, vom Tatbestand her gesehen, Dig. 19,1,9 verstanden werden. Oder es verkauft jemand Lehm oder Sand aus dem Boden, weil er seinerseits die entstehende Grube für Abfallbeseitigung oder zur Errichtung von Baufundamenten benötigt.

– Die Regel von Art. 531/II, wonach bei der einfachen Gesellschaft mangels anderslautender Vereinbarung die Gesellschafter verpflichtet seien, gleiche Beiträge zur Erreichung des Gesellschaftszweckes zu leisten, wird den Verhältnissen oft nicht gerecht, da die Gesellschafter aufgrund der Umstände verschiedenartige Leistungen (Arbeit, Sachleistungen, Kapitaleistungen u. a.) zu erbringen haben, die bloß schwer in eine Wertrelation zu bringen und unter sich anzugleichen sind, sodann auch, weil nach dem Sinn des Zusammenschlusses jeder Gesellschafter gerade nur die ihm persönlich mögliche Leistung erbringen soll. In der Literatur wird denn auch zu Recht der Standpunkt eingenommen, daß zur Begründung einer Abweichung von dieser dispositiven Regel keine hohen Anforderungen zu stellen sind, eine Abweichung vielmehr bereits aufgrund der äußeren Umstände, der Interessenlage usw., kurz dessen, was wir oben als Vertragsinhalt im weitesten Sinne bezeichnet haben, angenommen werden kann³².

– Besonderer Betrachtung bedarf die *kaufrechtliche Gefahrtragsregel von Art. 185 ("periculum emptoris")*. Die sich äußerlich als eine konservative Weiterführung des romanistischen Grundsatzes präsentierende Regel ist in der schweizerischen Kodifikationsgeschichte (und zwar bei der Entstehung des alten Obligationenrechts wie in dessen Revision) in Wirklichkeit eine Konzession an die Auffassungen der französischsprachigen Juristenschaft, die mit dieser Regel eine praktische Annäherung an die ihr vertraute Code-Civil-Tradition zu erreichen sucht³³. Die sachliche Fragwürdigkeit der *periculum-emptoris*-Regel ist weitgehend und insbesondere auch vom Bundesgericht anerkannt³⁴. An dieser Stelle

³² Vgl. zur Frage BECKER, Komm. OR Art. 531 N. 2, der die Möglichkeit einer *stillschweigenden*, die dispositive Regel ausschließenden Parteivereinbarung annimmt; SIEGWART, Komm. OR, Zürich 1938, Vorbem. vor Art. 530-551 N. 106, wo zu den dispositiven Normen geradezu gesagt wird "Ihre Anwendung ist aber nur da am Platze, wo dieselbe zu einem harmonischen Gesamtergebnis führt"; K. WIELAND, Handelsrecht Bd. I, München / Leipzig 1921, p. 535 f. und Anm. 5 und dort zit.

³³ Nach franz. CC geht Eigentum – und damit auch die Gefahr der Sache – mit Abschluß des Kaufvertrages über; der Käufer ist nicht als Käufer, sondern als Eigentümer gefahrbelastet. Vgl. zur Geschichte von OR 185 P. LIVER in Festschrift Guhl, p. 124, A. MEILI, Die Entstehung des schweiz. Kaufrechts, Diss. Zürich 1976, bes. p. 42 ff.; BUCHER in ZSR 89/1970 p. 288/89; W. EGLI, Gefahrtragung beim Kaufvertrag, Diss. Zürich 1926, p. 65-70.

³⁴ BGE 84 II 161 mit Hinweisen; ähnliche Tendenz auch in BGE 52 II 365 und SJZ 1948 p. 179 f. Nr. 52. Weiterhin P. LIVER, a. a. O. p. 121 ff., BUCHER a. a. O. p. 283 ff. (wogegen dort p. 289 ff. jedoch gezeigt werden sollte, daß im antiken Kulturbereich die heute überholte Regel ihren guten Sinn haben konnte); als Verteidiger des Art. 185 tritt immerhin BRUNO V. BÜREN, Obligationenrecht, Zürich 1964, p. 388 auf.

interessiert lediglich, daß das Bundesgericht aus der materiellen Fragwürdigkeit und dem Umstand, daß die Regel den Anschauungen des Publikums nicht entspricht, den methodischen Schluß zieht, daß die Regel restriktiv, deren Ausnahmen ausdehnend zu interpretieren seien, so daß auch aus den bloßen Rahmenbedingungen eines Vertrages ("Vertragsinhalt im weitesten Sinn") eine abweichende Gefahrtragsregelung abgeleitet werden kann.

3. *Rechtsvergleichend* darf hier der Hinweis angefügt werden, daß im Ausland und insbesondere in Deutschland die Bereitschaft, ohne explizite Parteivereinbarungen und lediglich aufgrund der Rahmenbedingungen des Vertrages einen Ausschluß dispositiver Gesetzesnormen anzunehmen, vermutlich größer ist als in der schweizerischen Praxis. Lediglich als symptomatisches Beispiel sei Art. 9/II des Haager Übereinkommens vom 1.7.1964 eines Einheitlichen Gesetzes über den Internationalen Kauf beweglicher Sachen, dem nicht die Schweiz, wohl aber im Jahre 1973 Deutschland beigetreten ist, zitiert: "Sie (sc. die Parteien) sind ferner an Gebräuche gebunden, von denen vernünftige Personen in der gleichen Lage gewöhnlich annehmen, daß sie auf ihren Vertrag anzuwenden seien. Stehen die Gebräuche in Widerspruch zu diesem Gesetz, so haben sie den Vorrang, wenn nicht das Gegenteil dem Willen der Parteien entspricht." Damit werden die dispositiven Normen, d. h. der hauptsächlichste Normenbestand des einheitlichen Kaufrechts, den von vernünftigen Parteien als geltend akzeptierten Gebräuchen untergeordnet, was bedeutet, daß aus Umständen, die nur als Vertragsbestandteil im weiteren oder weitesten Sinn gelten können, ein Ausschluß des nachgiebigen Gesetzesrechts folgt. Auch wenn die Auffassung, daß mit dieser Bestimmung im wesentlichen geltendes deutsches Recht (bes. §§ 157, 242 des BGB, § 346 HGB) aufgenommen worden sei³⁵, vielleicht zu weit geht, kommt darin doch eine über schweizerische Auffassungen deutlich hinausgehende Tendenz der deutschen Praxis zum Ausdruck. Der Vorrang "normativer Gebräuche" im genannten Sinn könnte etwa in der leidigen Frage der Gefahrtragung des Kaufes durchaus bedeuten, daß im Einzelfall zu fragen wäre, ob nicht angesichts der die gesetzliche Regelung nicht akzeptierenden Auffassung des Publikums in bestimmten Kreisen ein die dispositive Norm von Art. 185 ausschaltender normativer Gebrauch angenommen werden kann, eine Argumentation, die m. W. in allgemeiner Form in diesem Lande noch nicht vertreten worden ist.

³⁵ H. J. MERTENS/E. REHBINDER, Komm. zu den einheitlichen Kaufgesetzen, Frankfurt/a.M. 1975 ad Art. 9 N. 19, p. 121.

V.

1. Wenn wir versuchen, aus dem Gesagten *Schlußfolgerungen* zu ziehen, müßte als erste die Feststellung genannt werden, daß es *kein einheitliches Phänomen "dispositives Gesetzesrecht"* gibt, daß deshalb auch keine allgemeingültigen Aussagen darüber möglich sind, unter welchen Voraussetzungen dispositive Normen hinter Parteivereinbarungen zurückzutreten haben.

2. Jede dispositive Norm ist mehr oder weniger nach dem *Pol materieller Angemessenheit oder vermuteten Parteiwillens ausgerichtet*. Wenn das Element inhaltlicher Gerechtigkeit bei einer dispositiven Norm überwiegt, sind an deren Wegbedingung erhöhte Anforderungen zu stellen³⁶; nur ausnahmsweise wird hier die Berücksichtigung von unausgesprochen gebliebenen Anschauungen der Parteien oder von Gebräuchen erlaubt, sondern vielmehr eine ausdrückliche Formulierung des abweichenden Willens (als Vertragsinhalt im engeren oder engsten Sinn) vorauszusetzen sein (der Gesetzgeber selber schreibt, wenn er einer dispositiven Norm besonderes Gewicht beimißt, sogar Schriftform als Sonderfall expliziter Erklärung vor). Wenn dagegen eine dispositive Norm lediglich durch die Vermutung dahingehenden Parteiwillens getragen ist, kann sie ausgeschaltet werden durch den Nachweis, daß die gesetzliche Regel in Widerspruch zu der Interessenlage der Parteien, deren Vorstellungen oder auch den Gebräuchen in Kreisen, denen die Parteien angehören, steht. Dabei sind an diesen Nachweis um so geringere Anforderungen zu stellen, je weniger die gesetzliche Regel beanspruchen kann, einen wahrscheinlichen Parteiwillen zu treffen. Dispositive Normen, die der Gesetzgeber nicht aus der Absicht materieller Gestaltung der Verhältnisse, sondern aus der Vermutung des gestaltenden Willens der Parteien heraus statuiert hat, bedürfen der laufenden Überprüfung anhand der gängigen Anschauungen des Publikums und der inneren Rechtfertigung der Übereinstimmung

³⁶ Dieser Gesichtspunkt gewinnt neuerdings auch an Bedeutung bei Kollision von *Allgemeinen Geschäftsbedingungen* mit dispositivem Recht; je nach Gerechtigkeitsgehalt der dispositiven Norm ist ihre Wegbedingung zulasten des Kunden ev. unwirksam, wenn dies nicht *individuell* vereinbart wurde; vgl. dazu J. SCHMIDT-SALZER, Allgemeine Geschäftsbedingungen, Bilanz und rechtspolitische Folgerungen, 1973, S. 9 ff., weitere Literaturhinweise bei DEMSELBEN, Das Recht der Allgemeinen Geschäfts- und Versicherungsbedingungen, 1967, S. 222 Anm. 14, aus der Praxis BGHZ 41 (1964) S. 154; für die Schweiz vgl. MERZ, in FG W. Schönenberger, 1968, insb. S. 150 Anm. 26 f., Komm. SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 505 ff. zu OR 1, C. H. STOCKAR, Zur Frage der richterlichen Korrektur von Standardverträgen nach schweiz. Recht, 1971, S. 72, 75 ff.

mit diesen Anschauungen; im Extremfall kann eine derartige Norm praktisch in ihrer Anwendbarkeit (und damit Geltung) durch den Umstand ausgeschaltet werden, daß sie in Widerspruch steht zu den Anschauungen der beteiligten Kreise.

3. Ergänzendes dispositives Gesetzesrecht wird nur wirksam, wenn die Parteien einerseits einen dessen Anwendung auslösenden Vertrag geschlossen, andererseits aber keine die dispositive Regel ausschließende Vereinbarung getroffen haben. Es liegt nahe, das dispositive Recht als *vermuteten Parteiwillen* zu betrachten. Diese Auffassung ist immer wieder bekämpft worden. Ich glaube, man kann unter dem Vorbehalt näherer Präzisierung an der Vorstellung der Vermutung des Parteiwillens oder (der Sache einen Grad näher kommend) der *Präsumption eines Parteiwillens* doch festhalten. Aus dem oben Gesagten muß allerdings gefolgert werden, daß die Voraussetzungen der Umstoßung der Präsumption von Norm zu Norm verschieden sind: Bald bedarf es einer expliziten (oder gar schriftlichen) Parteivereinbarung, bald genügt bereits der Nachweis, daß die Verhältnisse der Parteien, deren Vorstellungsweisen wie auch die Vorstellungsweisen der fraglichen Kreise ganz allgemein die Annahme ausschließen, daß die gesetzliche Regel als angemessene, d. h. sich dem Vertragsganzen harmonisch einfügende und mit der Denkweise der Parteien vereinbare Lösung verstanden wird. – Keiner Begründung bedarf, daß dispositives Recht nie in dem Sinne vermuteter Parteiwille ist, daß der Nachweis zugelassen würde, daß die Parteien in der entsprechenden Frage nichts gewollt, und damit auch die gesetzliche Regel nicht gewollt, haben, denn für diesen Fall sind die dispositiven Regeln hauptsächlich eingeführt³⁷. Die Vorstellung der Präsumption oder Vermutung hat den Vorteil, zum Ausdruck zu bringen, daß, wenn auch nicht bei allen, so doch bei einem Teil der dispositiven Gesetzesvorschriften diese nie ohne Blick auf die Verhältnisse der Parteien (deren Interessen wie deren Vorstellungsweisen) angewendet werden dürfen und der Gegenbeweis offen steht, daß eine andere als die gesetzliche Regelung den Verhältnissen, heißt aber vor allem: der Willensrichtung der Parteien und dem sich im Vertrag im übrigen ausdrückenden Gestaltungswillen, besser gerecht wird³⁸.

³⁷ Die Ablehnung, dispositives Recht als vermuteten Parteiwillen aufzufassen, ist letztlich immer darin begründet, daß die Umstoßung der Vermutung in diesem herkömmlichen Sinn nicht möglich ist. Der Begriff der Präsumption ist deshalb vorzuziehen, weil hier die Voraussetzungen der Ausschaltung traditionell ganz verschieden ausgestaltet sein können; bei der *praesumptio iuris et de iure* ist, im Gegensatz zur bloßen *praesumptio iuris*, eine Ausschaltung überhaupt ausgeschlossen. – Die Vorstellung vermuteten Parteiwillens ablehnend vor allem BURCKHARDT, *Methode*, p. 174/5.

³⁸ Nach LARENZ, *Ergänzende Vertragsauslegung und dispositives Recht*, in NJW 1963 p. 737 ff. ist dispositives Recht "weithin nichts anderes als eine in Gesetzesform gebrachte allgemeine Aussage darüber, was bei Verträgen dieser Art typischerweise durch den Vertragszweck gefordert wird" (p. 740). Da aber Zweck des Vertrages durch Interessenlage und Willen der Parteien bestimmt wird, beinhaltet

4. Vom hier eingenommenen Standpunkt der Betrachtung des dispositiven Gesetzesrechts aus läßt sich vielleicht auch eher eine Antwort in der die *Lehre von der Auslegung der Verträge* seit langem beschäftigende Frage finden, ob in Auslegung oder Ergänzung eines Vertrages die Anwendung dispositiven Rechts ausgeschlossen werden könne³⁹. Fest steht, daß einerseits vertragliche Vereinbarung (der Vertragsinhalt) dem dispositiven Recht vorgeht, daß aber andererseits außerhalb dieses Bereiches das dispositive Recht Anwendung fordert. Es ist also die Frage gestellt, was überhaupt als relevanter Vertragsinhalt zu betrachten ist. Hiezu sollte gezeigt worden sein, daß verschiedene Schichten von Vertragsinhalten feststellbar sind, daß sich aber nicht abstrakt, sondern nur unter dem Blickwinkel der legislatorischen Begründung und des Zwecks einer dispositiven Norm entscheiden läßt, ob der Vertragsinhalt im weitesten Sinn die Nichtanwendung der entsprechenden Norm auslösen kann. Nur aus der Betrachtung der in Frage stehenden dispositiven Norm läßt sich ableiten, ob diese durch nicht vom eigentlichen Vertragswillen der Parteien erfaßte Nebenumstände im Vorgang der sog. Vertragserweiterung ausgeschlossen werden kann, oder ob dies bloß im Vorgang der Auslegung des eigentlichen Parteiwillens geschehen kann. Die Grenzziehung zwischen Vertragsauslegung und Vertragsergänzung ist nicht eindeutig möglich, da beide Verfahren ineinander übergehen und nach ähnlicher Methode erfolgen⁴⁰; vom hier gewählten Standpunkt aus müßten richterliche Entscheidungen, die sich lediglich auf "Vertragsinhalt im weitesten Sinne" stützen lassen, als Vertragsergänzungen bezeichnet werden. Im Sinne des hier Ausgeführten muß dispositives Recht, wenn es einen materialen Ordnungsgehalt hat, nur vor durch Vertragsauslegung ermittelten Vertragsabsprachen zurücktreten, andererseits jedoch auch vor Vertragsergänzung, soweit es lediglich präsumierter Parteiwille ist⁴¹.

auch diese Formel eine ähnliche Auffassung, auch sie scheint mir aber nur für die keinen eigenständigen gesetzgeberischen Gestaltungswillen verkörpernden Normen zu passen.

³⁹ Vgl. zu dieser Frage FLUME, Allg. Teil des BGB, Rechtsgeschäft, 1965, p. 324 ff., W. HENCKEL, Die ergänzende Vertragsauslegung, AcP 159 (1960) p. 106-126 und dazu LARENZ a. a. O., SOERGEL/SIEBERT, Komm. zu BGB § 157 N. 73 ff., bes. N. 80 f.

⁴⁰ Ähnlich YUNG a. a. O. p. 46, LARENZ a. a. O. p. 739. sowie oben Anm. 7.

⁴¹ Meinem Assistenten lic. oec. FELIX THÜR möchte ich auch an dieser Stelle für die kritische Durchsicht meines Entwurfes und das Zusammentragen des Materials Dank sagen, die Bezugnahme auf die Literatur geht zur Hauptsache auf seine Hinweise zurück.