

§ 9 Verträge im allgemeinen	87
I. Verträge als Mittel «privatautonomer» Rechtsgestaltung	87
1. Bedeutung der Privatautonomie im Privatrecht	87
2. Gesetzgeberische Schranken der Privatautonomie	87
3. Die Funktion von Verträgen und subjektiven Rechten im Rahmen der Privatautonomie	88
4. Nur «obligatorische» Wirkung der Schuldverträge	88
II. Bedeutung der Vertragsfreiheit	89
1. Abschlussfreiheit	89
2. Freiheit der Partnerwahl	90
3. Freiheit, einen geschlossenen Vertrag aufzuheben oder zu ändern	90
4. Freiheit inhaltlicher Gestaltung der Verträge (OR 19/1)	90
5. Typenfreiheit	91
6. Entbehrlichkeit der Angabe eines Verpflichtungsgrundes	93
7. Freiheit der Bestimmung der Bindungswirkung	93
8. Freiheit der Bestimmung der Nichterfüllungsfolgen	95
III. Vertrag als ausschliessliches Instrument privatautonomer Rechtsgestaltung	95
IV. «Vertrag»: Begriffliches und Terminologisches	97
1. Die verschiedenen Begriffe	97
2. Hinweis: Terminologische Varianten für Vertrag	98
3. Ausweitung des Vertragsbegriffs	98
V. Einteilung der Verträge	99
1. Verpflichtungs- und Verfügungsverträge	99
2. Einteilung nach der Verteilung der vertraglichen Leistungspflicht	100
3. Schuldverträge und «Handgeschäfte»; beidseitig erfüllte und erst abzuwickelnde Verträge	101
4. Nominat- und Innominatkontrakte	102
5. Dauerschuldverhältnisse gegenüber den übrigen Verträgen	102
VI. Typisierung der möglichen Vertragsobligationen	103
1. Allgemeines	103
2. Pflicht zu Sachleistungen	103
3. Pflicht persönlicher Leistung	105
4. Pflicht zum Abschluss eines Schuldvertrages (Vorverträge)	105
5. Pflicht zur Erfolgs-Gewährleistung («praestare»)	106
6. Sanktionen bei Nichterfüllung von Pflichten - Hinweis auf das Recht der Zwangsvollstreckung	106
VII. Beschränkung der Vertragswirkungen auf die Parteien	107
VIII. Einheit oder Mehrheit von Verträgen	108
IX. Mehrstufige Verträge	108

§ 9 Verträge im allgemeinen

Literatur

M. FISCHER, Der Begriff der Vertragsfreiheit, Diss. Zürich 1952; W. FLUME, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben I (Festschrift zum Deutschen Juristentag), Karlsruhe 1960; H. HUBER, Die verfassungsrechtliche Bedeutung der Vertragsfreiheit, Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft, H. 24, Berlin 1966; H. MERZ, Privatautonomie heute - Grundsatz und Rechtswirklichkeit, Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft, H. 95, Karlsruhe 1970; K. OFTINGER, Vertragsfreiheit, in «Die Freiheit des Bürgers im schweizerischen Recht», Zürich 1948, p. 315 ff.; B. SCHNYDER, Vertragsfreiheit als Privatrechtsbegriff, Diss. Freiburg/Schweiz 1960.

I. Verträge als Mittel «privatautonomer» Rechtsgestaltung

1. Bedeutung der Privatautonomie im Privatrecht

Das Privatrecht setzt voraus, dass die einzelnen Bürger in Selbstbestimmung und Selbstverantwortung ihre Verhältnisse angemessen gestalten können. Eine bis zu den Anfängen der europäischen Rechtskultur zurückreichende, in der Aufklärungszeit philosophisch untermauerte und im Liberalismus des 19. Jahrhunderts einen Höhepunkt erreichende freiheitliche Auffassung will die privatautonome Gestaltung in einem möglichst grossen Sachbereich möglichst schrankenlos verwirklichen, während in kollektivistischen Rechtsordnungen die Privatautonomie auf enge Bereiche beschränkt wird, aber aus sachlogischen Gründen keineswegs ganz beseitigt werden kann. Die privatautonome Gestaltung der Verhältnisse erfolgt mit den Mitteln des Vertrages; nur in Sonderfällen kommt Rechtsgestaltung durch einseitige Rechtsgeschäfte oder körperschaftliche Gesamttakte in Frage (unten Ziff. III). Das OR (wie das BGB) ist dadurch gekennzeichnet, dass die *Vertragsfreiheit* in einem möglichst umfassenden Sinn verwirklicht wird.

2. Gesetzgeberische Schranken der Privatautonomie

Es versteht sich von selbst, dass der Gesetzgeber bestimmte Verträge mit verwerflichem (widerrechtlichem oder sittenwidrigem) Inhalt nicht anerkennen kann (ZGB 27, OR 20, vgl. dazu unten § 15). Auch im Bereich der *zulässigen*

Verträge bleibt es in bestimmten Fällen Aufgabe des Gesetzgebers, den wirtschaftlich, verhandlungstaktisch oder auch bloss psychologisch schwächeren Vertragspartner vor Abmachungen zu schützen, die seine Schwäche in inakzeptabler Weise ausnützen. Die Möglichkeiten des Privatrechtsgesetzgebers sind jedoch beschränkt; das Privatrecht muss darauf abstellen, dass der Bürger (dessen Handlungsfähigkeit vorausgesetzt) seine Angelegenheiten selber angemessen zu ordnen in der Lage sei. Die Gestaltungsfreiheit kann (bei Geschäftsunfähigen) ganz entzogen werden, soweit sie gewährt wird, kann sie im Kernbereich nicht beschränkt, sondern höchstens in Nebenbedingungen gelegentlich mit Sicherungen ausgestattet werden. Wo der Gesetzgeber sich (wie etwa im Arbeits- und Mietrecht) ernsthaft zum Beschützer der vermutungsweise Schwächeren machen oder «sozialen Ausgleich» (was das auch immer heissen möge) schaffen will, zeigt sich bald, dass hiezu die Mittel des Privatrechts beschränkt sind und rechtliche Mechanismen, die wir als öffentlich-rechtliche betrachten, notwendig werden.

Im Rahmen des Vertragsrechts kann der Gesetzgeber am ehesten im «Besonderen Teil», bei der Regelung einzelner Vertragstypen «Vertragsgerechtigkeit» zu gewährleisten versuchen. Aber selbst hier sind seine Möglichkeiten beschränkt, da der Gesetzgeber alle überhaupt denkbaren Fälle regeln muss und nicht eine konkret bestimmte Lebenssituation vor Augen hat. Noch mehr macht sich dies im «Allgemeinen Teil» bemerkbar, wo der Gesetzgeber für schlechterdings sämtliche Verträge legiferiert, damit aber mangels jeder Bezugnahme auf konkrete Vertragsinhalte auch keine Vertragsgerechtigkeit verwirklichen kann¹.

3. Die Funktion von Verträgen und subjektiven Rechten im Rahmen der Privatautonomie

Die Rechtsordnung als Ordnung menschlichen Verhaltens tritt uns in Normen entgegen; das Wesen der *Privatautonomie* wird dementsprechend als «Selbst-Gesetzgebung» der Privaten verstanden, deren Erscheinungsform der Vertrag ist. Klassischen Ausdruck gibt dieser Auffassung der französische CC in Art. 1134/I: «*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites*².»

Diese Auffassung ist eine abkürzende Betrachtungsweise; genau besehen, ergeben sich die die Parteien verpflichtenden aktuellen Normen nicht bereits aus

¹ Wo der Gesetzgeber im Rahmen eines allgemeinen Sicherungsvorbehalts Verträge mit stossender inhaltlicher Ungerechtigkeit verhindern will, beim Wucher-Tatbestand von OR 21, muss er sich mit der Formulierung einer Generalklausel begnügen, der im Einzelfall erst der Richter Leben geben kann (vgl. unten § 14).

² Zur Entstehungsgeschichte und zur Tragweite dieser Regel vgl. BUCHER, AcP 186, p. 18 ff. - Es ist die (vorab in der Aufklärungsphilosophie entwickelte) Auffassung des Rechts als einer *objektiven* (normativen) Ordnung menschlichen Verhaltens, welche die Vorstellung der «*Privatautonomie*» (d. h. Normsetzung durch Private) schafft und entsprechend eine normative Deutung der Verträge veranlasst.

dem Abschluss bzw. Bestand eines Vertrages, sondern erst aus der *Ausübung* der in einem Vertrag den Parteien verliehenen *subjektiven Rechte*, d. h. der Anspruchserhebung gestützt auf die vertraglichen Forderungsrechte (dazu oben § 4/II/3). Dies wird besonders deutlich in jenen Punkten, die von den Parteien im Vertrag nicht genau geregelt wurden, so dass die konkreten Parteipflichten sich erst im Verlauf der Vertragsabwicklung ergeben und sich nicht als Bestandteil der getroffenen Vertragsordnung, sondern nur als Ausfluss der Rechtsausübung seitens des im fraglichen Bereich Berechtigten verstehen lassen.

4. Nur «obligatorische» Wirkung der Schuldverträge

Schuldverträge i. S. von Verpflichtungsgeschäften (vgl. zum Gegensatz oben § 4/VIII) begründen Pflichten und korrespondierende Rechte der Parteien, vermögen jedoch deren *Können* nicht zu beschränken. Die vertraglich begründete Pflicht, mit einem Dritten nicht zu kontrahieren, stellt die Möglichkeit, dies trotzdem zu tun, nicht in Frage, sowenig als der Verkauf einer Sache hindert, dieselbe ein weiteres Mal gültig zu verkaufen (vgl. dazu auch unten Ziff. VII). Ebenso ist nicht gewiss, ob die Parteien überhaupt die Möglichkeit haben, die Gültigkeit künftig von ihnen zu schliessender Verträge ganz auszuschliessen oder von der Beobachtung einer bestimmten Form abhängig zu machen, da dies nicht eine vertragliche Pflicht, sondern die vertragliche Bindungsfähigkeit betrifft, die grundsätzlich der Disposition der Parteien entzogen ist³.

II. Bedeutung der Vertragsfreiheit

Die im OR in umfassendem Sinn verwirklichte Vertragsfreiheit kann insbesondere folgendes bedeuten:

1. Abschlussfreiheit

Grundsätzlich ist niemand verpflichtet, einen bestimmten Vertrag zu schliessen; dieser im Gesetz nicht ausdrücklich statuierte Grundsatz ist Ausfluss der Regel,

³ In der Praxis hilft man sich i. d. R. mit gleichem Ergebnis, durch die Annahme einer stillschweigenden (formlosen) Aufhebung der die Vertragsfähigkeit beschränkenden Vertragsabsprache; vgl. für die gewillkürten Formvorschriften unten § 11/VI/2/a.

dass der Vertrag durch den (frei gebildeten) Vertragswillen der Parteien zustande kommt⁴.

Eine *Kontrahierungspflicht* kann nur durch hier nicht zu untersuchende öffentlich-rechtliche Sondernormen begründet werden, etwa für Transportunternehmen oder Energielieferanten im Rahmen der den Betrieb ermöglichenden *Konzession*, durch *Gesetz* für Angehörige bestimmter zulassungspflichtiger Berufe. Aus dem *kartellrechtlichen Verbot* des Wettbewerbsausschlusses bzw. unzulässiger Wettbewerbsbehinderung gemäss Kartellgesetz Art. 4 kann sich unter Umständen indirekt eine Kontrahierungspflicht ergeben⁵. Kontrahierungspflicht schliesst regelmässig auch die Vertragsinhaltsfreiheit aus (oben Ziff. 1; vgl. auch Ziff. 2 und 5) und verpflichtet zum Vertragsschluss zu Tarifpreisen, allgemein üblichen Konditionen und dgl., andernfalls die Abschlusspflicht unterlaufen werden könnte.

2. Freiheit der Partnerwahl

Niemand ist gehalten, das günstigste Angebot zu berücksichtigen, den bestqualifizierten Bewerber anzustellen. Gelegentlich wird diese Freiheit vom Gesetzgeber eingeschränkt, so durch das Vorkaufsrecht des Miteigentümers (ZGB 682/I)⁶.

3. Freiheit, einen geschlossenen Vertrag aufzuheben oder zu ändern

Zur Vertragsfreiheit gehört die Möglichkeit, einen einmal geschlossenen Vertrag durch *gegenläufige Abmachung* (*contrarius actus*) ganz oder teilweise aufzuheben oder durch einen anderen Vertrag zu ersetzen.

4. Freiheit inhaltlicher Gestaltung der Verträge (OR 19/I)

Es gilt der allgemeine Grundsatz, dass die Parteien ihre Verträge beliebig ausgestalten dürfen, aber auch, dass sie grundsätzlich alles und jedes, das sich für

⁴ Vgl. dazu BGE 80 II 26 ff. (Fall des Filmkritikers Seelig, der von einem Kinobesitzer nicht zu den Vorstellungen zugelassen wurde). Die von Seiten eines Teils der verfassungsrechtlichen Literatur geübte Kritik ist unbegründet; vgl. dazu BUCHER in SJZ 1987, p. 37-47, bes. p. 42.

⁵ Vgl. dazu W. SCHLUEP, Von der Kontrahierungspflicht kartellähnlicher Organisationen, *Wirtschaft und Recht* 21/1969, p. 193 ff. - Aus privatrechtlichen Vorschriften kann sich gelegentlich indirekt ein Kontrahierungszwang ergeben; etwa ZGB 650, 694, 710, unter bestimmten Voraussetzungen ZGB 28. Vgl. weiterhin ENGEL, p. 81; BYDLINSKI, Franz, in *AcP* 180, p. 1-46.

⁶ Weitere Beispiel bei ENGEL, p. 83.

vertragliche Absprache eignet, vertraglich regeln können⁷; «der Inhalt des Vertrages kann innerhalb der Schranken des Gesetzes beliebig festgestellt werden.» (OR 19/I). Als «gesetzliche Schranken» fallen hier einerseits das zwingende Gesetzesrecht des OR, andererseits privatrechtliche Generalklauseln (ZGB 27, OR 20; dazu unten § 15) in Betracht. In *Sonderbereichen* (Arbeitsrecht, Mietrecht, durch öffentlich-rechtliche Eingriffe «gelenkte» Wirtschaft usw.) wird diese allgemeine Regel durch (hier nicht interessierende) gesetzliche Sondererlasse ausgeschaltet.

Die Freiheit der Vertragsgestaltung bezieht sich nicht bloss auf den Vertragsinhalt i. e. S. (d. h. auf die von den Parteien zu erbringenden Leistungen, zu beobachtenden Verhaltensweisen usw.), sondern erfasst auch die Regelung der Voraussetzungen oder Wirkungen von *Nichterfüllungsfolgen* (unten Ziff. 7, 8)⁸. Sodann können die Parteien die Verteilung der Leistungsgefahr abweichend vom Gesetz regeln, für den Fall von Streitigkeiten ein Schiedsgericht einsetzen, ja die Klagbarkeit überhaupt wegbedingen⁹. Einzelne vertragliche Wirkungen (Vertragsansprüche oder -pflichten), aber auch der Vertrag als Ganzes können unter *Bedingungen* gestellt werden¹⁰. Die Inhaltsfreiheit bezieht sich nicht nur auf Rechte und Pflichten begründende Verpflichtungsverträge, sondern auch auf *Verfügungen* über subjektive Rechte (vgl. zum Gegensatz oben § 4/VIII).

Der Grundsatz der Vertragsfreiheit begründet schliesslich auch eine Vermutung, dass gesetzliche Vertrags-Inhaltsregeln, wie sie vor allem im «Besonderen Teil» angetroffen werden, nicht zwingende, sondern *dispositive Normen* darstellen, d. h. von den Parteien durch anderslautende Parteivereinbarung ausgeschaltet werden können.

5. Typenfreiheit

OR 19/I ist sodann auch Ausdruck der Regel, dass die Parteien, um einen Vertrag zu schliessen, sich nicht eines der gesetzlichen Typen des Besonderen Teils

⁷ Diese Feststellung ist bedeutsam für die Dogmatik allgemeiner Vertragstypen, deren Notwendigkeit oder Wünschbarkeit kontrovers ist, die jedoch unabhängig von einer gesetzlichen Sonderregelung möglich sind und in diesem Sinn Berücksichtigung fordern: Abstraktes Schuldversprechen (vgl. oben § 5/IV), Novierungsvertrag (unten § 22/IV) und Vorverträge.

⁸ Die Regel von OR 100/I bezieht sich wohl nur auf *damnum emergens*, nicht aber *lucrum cessans*, d. h. die Parteien können verabreden, dass selbst absichtliches Nichterbringen einer Vertragsleistung keine Schadenersatzpflicht begründet, wenn den Partner nur der Nachteil des Ausbleibens einer Gewinnmöglichkeit oder dergleichen trifft. Eine vertragliche Vereinbarung kann selbstverständlich die Leistung der einen Partei in deren freies Belieben stellen.

⁹ Mit dieser Grundsatzfeststellung ist nichts über das Problem ausgesagt, Freizeichnungsklauseln in ihrem Anwendungsbereich unter Kontrolle zu halten, die Parteien vor unbilligen Allgemeinen Geschäftsbedingungen (vgl. dazu unten § 10/XIV) zu schützen usw. - Vgl. im übrigen zur Frage der Haftungsbegrenzung J. F. PERRIN, La limitation de la responsabilité contractuelle, Sem. jud. 95/1973, p. 209-218, BECKER, OR 100 N. 3.

¹⁰ Vgl. unten § 28.

bedienen müssen, sondern Verträge schliessen können, die sich keinem bestimmten Typus zuordnen lassen.

Diese Regel, obwohl in den modernen Kodifikationen allgemein anerkannt, ist keineswegs selbstverständlich, sondern die Endstufe einer langen historischen Entwicklung. Das *römische Vertragsrecht* basierte auf einem Kontraktsystem (mit der Obereinteilung der Verträge nach ihrem hervortretenden Entstehungsmerkmal - Entstehung *re, verbis, litteris* oder *consensu* - in Realkontrakte, Verbalkontrakte, Literalkontrakte und Konsensualkontrakte), das als vollgültige, insbesondere klagbare, Verträge (*contractus*) nur die einem festen Typus zuzuordnenden und dessen spezifische Voraussetzungen erfüllenden Vereinbarungen auffasste. Im Lauf der römischen Entwicklung wurden zwar auch die keinem Kontraktstypus zuzuordnenden Abmachungen (*pacta*) klagbar, jedoch bloss in bestimmten Erscheinungsformen, nie allgemein¹¹.

Der Satz *«pacta sunt servanda»* (d. h. jegliche Abmachung muss eingehalten werden) setzt sich nur langsam durch; vorbereitet durch kanonistische Lehren¹², ist es erst die *Naturrechtslehre der Aufklärungszeit*, welche die Vertragsfigur und den selbstverantwortlichen menschlichen Willen zum zentralen Ansatzpunkt rechtlicher Regelung macht und das in die modernen Kodifikationen eingegangene Konsensualprinzip (Bindung von Verträgen aufgrund blossen Parteikonsenses) konsequent in den Mittelpunkt stellt¹³.

Die herrschende Auffassung neigt dazu, die durch die Kodifikation voll verwirklichte Vertragstypenfreiheit zu verkennen¹⁴.

Als *Folge* der Typenfreiheit sind folgende Formen von Verträgen möglich¹⁵:

- Verträge, die sich überhaupt keinem gesetzlichen Typus zuordnen lassen;
- Verträge, die zwar Verwandtschaft mit einem gesetzlichen Typus haben ohne sich diesem ganz unterzuordnen, und die daher bloss in einem Teil der sich stellenden Fragen den Regeln des Typus unterstellt werden können;
- Verträge, die gleichzeitig die Elemente von zwei verschiedenen Typen aufweisen¹⁶;

¹¹ Dagegen kann man annehmen, dass der Satz uneingeschränkt galt, dass irgendwelches «pactum» gegenüber einer Rückforderung der vereinbarungsgemäss erbrachten Leistung eine *Einrede* begründete; *«nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem»* (Dig. 2, 14, 7,4).

¹² Es wird das Nichteinhalten eines Versprechens als Lüge bezeichnet; z. B. Thomas von Aquin: *«mendacium est, si quis non impleat quod promisit»*, *Summa theologica* 11, 29, 110a (zit. nach BÄRMANN, p. 36 und Anm. 77).

¹³ BÄRMANN, J., *Pacta sunt servanda. Considérations sur l'histoire du Contrat consensuel*, *Revue internationale de droit comparé*, 13^e année, No 2, Paris 1961, p. 18 ff.

¹⁴ Vgl. dazu BUCHER, Referat, p. 316-327.

¹⁵ Zum folgenden weiterhin, OR/BT § 2/I, II, III.

¹⁶ Mit dem Schulbeispiel des Überlassens von Räumen gegen Arbeitsleistung (Unterricht, Hauswartz-Dienst o. dgl.): Verbindung von Mietvertrag und Arbeitsvertrag.

- Verträge, die Zwischenformen darstellen zwischen gesetzlichen Typen und die nicht ohne Gewalt sich dem einen oder anderen Typus zuordnen lassen.¹⁷

Die sich in diesem Zusammenhang stellenden Fragen sind von der Lehre des «Besonderen Teils» zu behandeln.

Im Grundsätzlichen bleibt festzuhalten, dass der im OR feststellbare *Vorrang des dispositiven Rechts* im Zusammenhang mit der Typenfreiheit steht; zwingende Normen sind zur Hauptsache nicht allgemeingültig, sondern in ihrer Anwendung auf einen bestimmten Bereich beschränkt, was nur im Rahmen einer Typisierung möglich ist. Der Grundsatz der Formfreiheit (als Abwesenheit zwingender Formvorschriften; OR 11) ist seinerseits Ausfluss der Typenfreiheit.

Spiegelt das Vertragsrecht des Allgemeinen Teils in seinem Kern naturrechtliches Gedankengut der Aufklärungszeit, ist andererseits der «*Besondere Teil*») mit seinem Vertragstypen-Katalog eine *Fortsetzung romanistischer Tradition*. Zwischen der Statuierung einzelner Vertragstypen einerseits und dem Grundsatz der Typenfreiheit, welcher deren Benützung freistellt, besteht ein Spannungsverhältnis. Schwierigkeiten, wie sie sich bei der Zuordnung von Verträgen in Grenzbereichen stellen, gehen auf das Zusammentreffen zweier sich im Grunde widersprechender Prinzipien zurück.

6. Entbehrlichkeit der Angabe eines Verpflichtungsgrundes

Als Ausfluss der Vertragsfreiheit kann schliesslich auch verstanden werden die Möglichkeit, vertragliche Forderungen bzw. Pflichten zu begründen, ohne einen dieselben rechtfertigenden «Rechtsgrund» zu vereinbaren¹⁸.

7. Freiheit der Bestimmung der Bindungswirkung

a) Allgemeines

Verträge im eigentlichen Wortsinn sind rechtlich bindend, d. h. für den Fall nicht freiwilliger Erfüllung mit rechtlichen Sanktionen (Schadenersatz, ev. Realexekution) bedroht. Nicht nur ist die Äusserung des Bindungswillens ein selbständiges Erfordernis der Vertragsentstehung (dazu unten § 10/I/2), sondern es steht den Parteien frei, das *Ausmass der Bindung* zu regeln.

b) Hinweis: Vereinbarungen ohne Bindungswillen

Abmachungen, die nicht bindend sein sollen, obwohl sie auf einem Konsens beruhen und möglicherweise mühsam ausgehandelte Einzelregelungen enthalten,

¹⁷ Dies m. E. mit der Wirkung, dass je nach dem sich stellenden Problem die Regeln des einen oder anderen Typus heranzuziehen sind, um den Vorstellungen der Parteien bei Vertragsschluss gerecht zu werden.

¹⁸ Vgl. oben § 5/IV.

fallen ausserhalb des Vertragsbegriffs, können aber praktische Bedeutung haben. Die Phänomene sind weder genau begrenzenbar noch begrifflich scharf gefasst: *Gentlemen's Agreements* (zu denen häufig Kartellabsprachen zu zählen sind) werden von den Parteien ohne Rechtszwang, aber in der Erwartung, die Gegenseite werde die Vereinbarung ebenfalls einhalten, beobachtet. Andere Absprachen haben eher moralische Bindungswirkung. Ein *Memorandum of Understanding*, von einer Muttergesellschaft bezüglich eines Vertragsvorhabens einer Tochtergesellschaft, wenn nicht gar von einer Regierungsstelle im Zusammenhang eines in ihrem Bereich ansässigen Unternehmens, soll zusichern, dass der Erklärende Rahmenbedingungen schaffen bzw. erhalten will, welche die Vertragsabwicklung ermöglichen oder fördern. «*Patronatserklärungen*» mögen da noch einen Schritt weitergehen und - etwa im Hinblick auf eine Kreditgewährung durch den Erklärungsempfänger an die Tochtergesellschaft des Erklärenden - das Bestehen der Zahlungsfähigkeit o. dgl. zusichern¹⁹.

Ein «*Letter of Intent*» («Absichtserklärung») wird etwa im Hinblick auf den Abschluss eines angestrebten Vertrages abgegeben werden, wobei dieser nicht bloss für die Auslegung des nachträglich geschlossenen Hauptvertrages bedeutsam sein kann, sondern möglicherweise selbständige Pflichten zu dessen Vorbereitung (Kostentragung betr. Vorbereitungsarbeiten, Mitwirkungs- oder Aufklärungspflichten bei der Projekterarbeitung, Geheimhaltung usw.) enthalten und damit insofern Vertragscharakter erlangen kann²⁰.

c) Vereinbarungen mit beschränkter Bindung

Die Bindungswirkungen eines Vertrages können unter verschiedenen Gesichtspunkten relativiert sein:

Es kann bloss die *eine Partei* in Vertragsbindung stehen, während die Gegenleistungspflicht der anderen davon abhängt, ob sie ihrerseits die Vertragsleistung erhält²¹.

Eine Frage der Bindungswirkung ist auch die Frage, ob eine Vertragspflicht unbedingt gilt oder aber in Abhängigkeit von einer Leistung der Gegenpartei steht. Sie kann sich etwa bezüglich das Verhältnis von *Konkurrenzverbot* und der *Verbotsentschädigung* stellen: Soll letztere dahinfallen, wenn ersteres aus irgend einem

¹⁹ Vgl. aus der Literatur etwa SCHRÖDER, Die «harte» Patronatserklärung - verschleierte Bürgschaft/Garantie oder Kreditsicherungsvertrag?, in Zeitschr. f. Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, 1982, p. 552-566; KOHOUT, Patronatserklärung, Diss. Mainz 1984; W. MÜLLHAUPT, Rechtsnatur und Verbindlichkeit der Patronatserklärung, SAG 1978, p. 109-115; C. GEIGY-WERHEMANN, Die rechtliche Bedeutung garantieähnlicher Erklärungen von herrschenden Unternehmen im Konzern, in FG. der Basler Jur. Fak. zum Schw. Juristentag 1973, Basel 1973.

²⁰ M. LUTTER, Der letter of intent, Köln 1982.

²¹ Z. B. Der Käufer, der sich zur Abnahme und Bezahlung verpflichtet, falls der Verkäufer die Sache abgeben will; in bestimmten-Fällen ein Akkordlohn-Arbeiter, der nicht zum Arbeiten verpflichtet ist. Das praktische Ergebnis lässt sich oft kaum vom Vorliegen einer bindenden Offerte unterscheiden.

Grund nicht wirksam wird (ZGB 27 oder analoge arbeitsrechtliche Regeln, Verzicht des Arbeitgebers o. dgl.)? Massgeblich ist allein der Parteiwille²².

8. Freiheit der Bestimmung der Nichterfüllungsfolgen

Die Parteien können vertraglich die Folgen der Nichterfüllung festsetzen und dabei von den gesetzlich vorgesehenen Sanktionen abweichen. Es können Verstärkungen eingeführt werden, wie Konventionalstrafen (unten § 30), es können aber auch die Sanktionen herabgesetzt werden: Es kann, unter Ausschluss der Realexekution, die Verletzungsfolge auf Schadenersatz beschränkt werden, was regelmässig bei vertraglich begründeten Unterlassungspflichten (Konkurrenzverboten) gilt und m. E. auch bei Vorverträgen oft angenommen werden sollte²³; im übrigen aber bei sämtlichen der Realexekution zugänglichen Verpflichtungen (insbes. Sachleistungspflichten) möglich ist. Sodann ist es grundsätzlich möglich, die aus Nichterfüllung folgenden Sekundärpflichten zu begrenzen, d. h. den vertraglichen Schadenersatz zu limitieren.

III. Vertrag als ausschliessliches Instrument privatautonomer Rechtsgestaltung

Privatautonomie besteht nur als Vertragsautonomie. Die Möglichkeit freier Rechtsgestaltung bezieht sich auf das Instrument zweiseitiger (allenfalls mehrseitiger) Rechtsgeschäfte (Verträge), Rechtsgestaltung durch einseitiges Rechtsgeschäft ist nur ausnahmsweise und im Falle einer klaren rechtlichen (gesetzlichen oder vertraglichen) Grundlage möglich.²⁴ Vertraglich begründet sind einseitige Rechtsgestaltungsmöglichkeiten wie Wahlrechte, Kündigungsrechte u. dgl.; auf Gesetz beruhen die testamentarische Verfügungsbefugnis, das Wandelungsrecht des Käufers (OR 205/I), wertpapierrechtliche Geschäfte (das Indossament ist einseitiges Rechtsgeschäft) usw.; im Sachenrecht können Dereliktion und Okkupation als einseitige Rechtsgeschäfte verstanden werden. Im Bereich der obligatorischen Rechte und Pflichten gilt jedoch als allgemeine Regel, dass deren Begründung und Aufhebung nur durch Vertrag erfolgen kann²⁵.

²² Was in BGE 78 II 233 verkannt wird. Vgl. dazu BUCHER in ZSR 1983 II 329 f.

²³ Vgl. unten Ziff. VI/4 und OR/BT § 2/X.

²⁴ Vgl. dazu auch LARENZ, SchR I, § 4 p. 40 mit Bezug auf BGB § 305; v. T./P., § 20/II, p. 145 Anm. 8; v. T./E., § 62/II/1, p. 47 Anm. 29 und oben § 4/IV/1, bes. Anm. 27.

²⁵ Dies gilt nur bei ausschliesslich materiellrechtlicher Betrachtung, ausserhalb des Prozesses. Im Prozess sind Verträge die Ausnahme, einseitige Prozesshandlungen die Regel; aus letzteren (z. B. Klageanerkennung, Klagereduktion oder -rückzug) können sich inateriellrechtliche Wirkungen ergeben, da das materielle Privatrecht hier auf die prozessrechtliche Deutung der prozessualen Vorgänge abstellt.

Der hier genannte Grundsatz ist im Gesetz nicht ausdrücklich formuliert²⁶, sondern folgt aus dem qualifizierten Schweigen des Gesetzes, das keine Möglichkeit einseitiger Selbstbindung vorsieht²⁷.

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass - entgegen einer hier oft zu wenig kritischen Praxis - eine Partei ausserhalb des Prozesses nicht bei irgendwelchen *Zugeständnissen* oder *Zugaben* behaftet werden kann, es sei denn, die Gegenpartei habe den in der Zugabe zum Ausdruck gelangenden Standpunkt ihrerseits akzeptiert und damit einen (den Parteien als solcher oft nicht ins Bewusstsein tretenden) Vertrag geschlossen²⁸. Weil bei die Gegenseite lediglich begünstigenden Zusagen es an deren Zustimmung nicht fehlen wird, erlangt der hier besprochene Sachverhalt hauptsächlich dann Bedeutung, wenn derjenige, der ein Recht preisgibt oder eine Pflicht übernimmt, dies nur *unter bestimmten Voraussetzungen* tut:

- Bei der *ausserprozessualen Zugabe*, aus einem streitigen Schuldverhältnis *einen bestimmten Betrag zu schulden*, kann jemand nur behaftet werden, wenn die Gegenpartei ihrerseits ihre Forderung auf den anerkannten Betrag reduziert und damit einen Vertrag (im Sinne eines Vergleichs) entstehen lässt, nicht dagegen, wenn weiterhin auf einer Mehrforderung beharrt wird; derartige Zugaben enthalten in aller Regel nicht bloss die Anerkennung einer bestimmten Forderung der Gegenseite, sondern gleichzeitig die Bestreitung der Mehrforderung, wobei der Gegner nicht bloss den ihm genehmen Teil, sondern die Willenserklärung als ganze gelten

²⁶ Für den Sonderfall des *Schulderlasses* kann in OR 115 höchstens ein indirekter Hinweis auf die gesetzgeberische Grundkonzeption gesehen werden; die Vertragsnatur der *Zession* ist nicht ausdrücklich statuiert. - Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen des Jahres 1863 hatte in § 770 noch ausdrücklich formuliert, was auch heute gilt: «Das einseitige Versprechen einer Leistung unter Lebenden ist unverbindlich.»

²⁷ Der hier besprochene Grundsatz ist Allgemeingut fast aller Rechtsordnungen. Gewisse vernunftrechtliche und gemeinrechtliche Tendenzen, einseitige Schuldversprechen als Verpflichtungsgrund anzuerkennen, vermochten sich gegenüber dem allesbeherrschenden Entstehungsgrund-Typus des Vertrages nicht durchzusetzen, wenn wir hier vom Wertpapierrecht absehen. Diese Haltung ist vielleicht, *de lege ferenda*, etwas zu schematisch. - In *Deutschland* formuliert BGB § 305 den auch in der Schweiz geltenden Rechtszustand. Der französische CC kennt ebenfalls keine einseitigen Schuldbegründungsgeschäfte; vgl. FERID, *Das französische Zivilrecht*, Frankfurt 1971, I, p 402 (2 A 25-30). Lediglich in der Doktrin des *österreichischen ABGB* ist etwa die Frage, ob beim *Schulderlass* Zustimmung des Schuldners gefordert sei, umstritten (KOZIOL/WELSER, I, p. 256; KLANG, *Komm. ABGB* § 1444 Ziff. III/4/b, p. 531). - Zu beachten ist, dass im *englischsprachigen Rechtskreis* das Erfordernis der «*consideration*» (vgl. dazu oben § 5/VIII) im Ergebnis einseitige Schuldversprechen ebenfalls ausschliesst.

²⁸ Während nicht streitig sein darf, dass sowohl die Begründung von obligatorischen Pflichten wie die Preisgabe von obligatorischen Rechten nur durch Vertrag erfolgt, ist es kontrovers, ob der *Verzicht auf Einreden* (bzw. der *Verzicht* auf die die Einreden begründenden *Gestaltungsrechte*) durch einseitige Erklärung erfolgen kann. Für die Möglichkeit des Verzichts durch einseitiges Rechtsgeschäft v. T./E., § 75/I, p. 174 Anm. 12 und ihm zustimmend ENGEL, p. 513; umgekehrt setzt BGE 83 II 26 (obiter) für einen Verzicht auf Verrechnung einen Vertrag voraus.

lassen oder verwerfen muss und sich nur im ersteren Fall auf die Zugabe berufen kann²⁹.

- Derjenige, der eine Forderung beziffert (z. B. als Anwalt eine Honorarnote aussendet), kann bei seiner *Forderungsbemessung* nur behaftet werden, wenn die Gegenpartei diese anerkennt und damit zwischen den Parteien ein Erlassvertrag hinsichtlich einer allfälligen Mehrforderung zustande gekommen ist; im Bestreitungsfall ist dagegen eine Mehrforderung zulässig, da es keinen einseitigen Forderungsverzicht gibt.

- Die gleichen Grundsätze gelten auch, wenn irgendwelche Nebenansprüche streitig sind (z. B. das Bestehen eines Kündigungsrechts, eines Wandelungsanspruchs gemäss OR 205). Das Zugeständnis des Bestehens eines strittigen Kündigungsrechts ist zum Beispiel nur bindend, wenn auch damit verbundene Prämissen (betreffend die Kündigungsfrist, irgendwelche Rechtsstandpunkte, die im Zusammenhang mit der Anerkennung der Kündigungsmöglichkeit vorgetragen werden) akzeptiert werden; die Entscheidung des Käufers für Wandelung bindet diesen nur, wenn der Verkäufer seinerseits den Wandelungsanspruch anerkennt³⁰.

IV. «Vertrag»: Begriffliches und Terminologisches

1. Die verschiedenen Begriffe

Der Terminus «Vertrag» ist mehrdeutig und kann insbesondere folgendes bezeichnen³¹:

a) *Vertrag als rechtsgeschäftlicher Vorgang im Sinne von Vertragsschluss*

Wie auch beim Oberbegriff des Rechtsgeschäfts ist Vertrag als rechtsgeschäftlicher Vorgang des Vertragsschlusses von dessen Ergebnis (lit. b) zu unterscheiden. Wenn der Gesetzgeber unter den Entstehungsgründen der Obligation an erster Stelle nennt die «Entstehung durch Vertrag» (Überschrift des 1. Abschnittes des 1. Titels, vor OR 1), versteht er «Vertrag» als rechtsgeschäftlichen Vorgang.

b) *Vertrag als schuldrechtliche Beziehung (Vertragsverhältnis)*

In diesem Sinn meint man die durch Vertragsschluss geschaffene Rechtslage; zum Beispiel wenn man von «Abschluss» oder «Auflösung» eines Vertrages spricht.

²⁹ Vgl. dazu BGE 95 II 422 E. 2a. und unten § 22/II/3.

³⁰ OR/BT § 4/VI/2/e sowie die Doktrin zur Frage der «Durchführung der Wandelung»; Hintergrund ist hier allerdings OR 205/II.

³¹ Zu den verschiedenen Begriffen des Vertragsinhalts vgl. unten § 12/I.

Das Vertragsverhältnis stellt, im Gegensatz zum Vertragsschluss, der gedanklich auf ein «punktueller» Ereignis reduziert wird, einen Dauerzustand des Bestandes der Gesamtheit der vertraglich geschaffenen Rechte und Pflichten dar, wobei allerdings dieser Zustand nicht statisch-unveränderlich sein muss, sondern sich evolvieren kann (z. B. stellt sich das Vertragsverhältnis beim Kauf in veränderter Form dar, nachdem gewährleistungsauslösende Sachmängel zum Vorschein gekommen sind, der Käufer eine Wandelungserklärung abgegeben hat o. dgl).

c) *Vertrag als Vertragsurkunde*

Vertrag kann auch die den Vertragsschluss festhaltende Vertragsurkunde bezeichnen, dies, wenn man von «Zusendung» oder «Unterzeichnung» eines Vertrages, einem «Vertragsdoppel» u. dgl. spricht oder sagt: «Wir haben keinen (gemeint schriftlichen) Vertrag»³².

2. Hinweis: Terminologische Varianten für Vertrag

Anstelle des Wortes Vertrag werden zahlreiche andere Ausdrücke gebraucht, wie Abmachung, Abrede, Absprache, Vereinbarung, sodann Konvention, Kontrakt und Pakt. Damit ist möglicherweise dasselbe wie mit Vertrag im Sinne oben Ziff. 1 lit. a oder b, umgekehrt aber auch von Fall zu Fall nuanciert etwas mehr oder weniger Abweichendes gemeint. Oft fehlt das Element des rechtlich Bindenden, oder es wird die abweichende Bezeichnung gewählt, wenn die Parteien zu einem bestehenden Vertrag eine Zusatzvereinbarung schliessen und, obwohl rechtlich ein Vertrag vorliegt, dieses Wort zu viel Gewicht hätte. Von «Scheidungskonvention» (oder Scheidungsvereinbarung u. dgl.) und nicht von «Scheidungsvertrag» spricht man, weil die Parteien im Prozess zwar weitgehend an ihre Abmachung betreffend der Nebenfolgen gebunden sind, diese aber nur unter Vorbehalt der richterlichen Genehmigung Recht macht.

3. Ausweitung des Vertragsbegriffs

Ähnlich wie der Begriff des Rechtsgeschäfts ist auch der allgemeine Vertragsbegriff, der sämtliche zweiseitigen Rechtsgeschäfte umfasst und in jedem Fall anwendbar ist, wenn eine privatrechtliche Wirkung von der gegenseitigen rechtsgeschäftsähnlichen Erklärung zweier Personen abhängt, ein theoretischer Abstraktionsbegriff,

³² Dabei kann sich hinter dem Doppelsinn des Wortes Vertrag hier der böse Hintergedanke verbergen, dass, da keine Urkunde errichtet wurde, die mündlich getroffene Abmachung insofern «nicht bindend» sei, als sie nicht (oder nur erschwert) durchgesetzt werden könne.

der sich nicht zwangsläufig mit überlieferten Vorstellungen in allen Teilen zu decken braucht. Der Begriff ist insbesondere so weit, dass er auch Geschäfte miterfasst, die nicht einer landläufigen Vorstellung des Vertrags entsprechen³³.

Dies trifft einmal zu für die *Eigentumsübertragung bei Fahrnis* (den «dinglichen Vertrag») und ähnliche Verfügungsgeschäfte, bei denen nicht zweifelhaft sein darf, dass bei Veräusserer wie Erwerber im Zeitpunkt der faktischen Sachübertragung eine bestimmte Willensmeinung (die Absicht, Eigentum zu übertragen bzw. zu erwerben) gegeben sein muss, womit die Begriffsmerkmale der Vertragsfigur erfüllt sind³⁴.

Sodann werden Abmachungen, welche bestehende Schuldverhältnisse modifizieren, indem die eine Partei einen Standpunkt des Gegners akzeptiert, in ihrem Vertragscharakter oft nicht erkannt³⁵.

V. Einteilung der Verträge

1. Verpflichtungs- und Verfügungsverträge

Die Einteilung in Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte (vgl. dazu oben § 4/VIII) kann auch als Unterscheidungskriterium der Verträge verstanden werden, da auch die Verfügungsgeschäfte zweiseitige Rechtsgeschäfte sind und i. w. S. als Verträge qualifiziert werden können. Während bezüglich der Verfügungsgeschäfte auf oben Gesagtes verwiesen werden kann, ist für die Verpflichtungs- oder Schuldverträge hier festzuhalten, dass diese Obligationen zum Inhalt haben, d. h. das *Müssen*

³³ Es ist eine Besonderheit des deutschen wissenschaftlichen Sprachgebrauchs, den Begriff des Vertrages auf sämtliche zweiseitigen Rechtsgeschäfte zu erstrecken, während er im allgemeinen Sprachgebrauch bloss auf *Schuldverträge* ausgerichtet ist. Demgegenüber ist «Kontrakt» im englischen oder romanischsprachigen Gebrauch primär der Schuldvertrag, während für sonstige Konsensbildungen Ausdrücke wie «Agreement», «Convention» o. dgl. vorherrschen.

³⁴ Damit ist m. E. der Begriff des umstrittenen «dinglichen Vertrages» zwangsläufig gegeben. Ablehnend SIMONIUS in HAAB/SIMONIUS, ZGB 714 N. 36 ff., GIGER, OR 184 N. 12; so wie hier jedoch LIVER, SPR V/1, Basel 1977, p. 318 f.; HAAB, a.a.O. N. 13-35. Vgl. auch BUCHER, ZGB 12 N. 46 und dort Zit. - Vgl. zur Erscheinung und Anwendung des abstrakten und damit ausgeweiteten Vertragsbegriffs ZWEIGERT/KÖTZ, Einführung in die Rechtsvergleichung II, 2. Aufl. Tübingen 1984, p. 6 ff., die insbesondere auch darauf hinweisen, dass der englische «contract» ähnlich wie der französische «contrat» (dieser im Gegensatz zur «convention» auf schuldrechtliche Verträge eingeschränkt ist und (mangels abstrahierender Begriffsbildung) nicht auf Verfügungsgeschäfte erstreckt wird.

³⁵ Vgl. etwa die «Behaftung» der Gegenseite bei einer Schuldanerkennung oder eigenen Forderungsbezeichnung (oben Ziff. III); weitere Beispiele von solchen Verträgen ergeben sich, wenn die unter § 10/IV/3c genannten Offerten als vom Oblaten akzeptiert gedacht werden.

(allenfalls das *Dürfen*), *nicht* aber das *Können* betreffen, wer sich verpflichtet, einen bestimmten Vertrag nicht zu schliessen, verliert nicht die Möglichkeit, dies zu tun; er hat im Widerhandlungsfall die vertraglichen Nichterfüllungs-Sanktionen zu tragen.

2. Einteilung nach der Verteilung der vertraglichen Leistungspflicht

a) Einseitig und zweiseitig verpflichtende Verträge

Im häufigsten Fall ist der Vertrag zweiseitig verpflichtend, d. h. jede der Parteien erhält Rechte eingeräumt und übernimmt Pflichten. Aufgrund der Vertragsfreiheit sind neben diesen «contractus bilaterales» indessen auch einseitig verpflichtende Verträge (contractus unilaterales) möglich. Als wichtigste Beispiele erscheinen Schenkung, Bürgschaft, wechselfähige Verpflichtung, die durchwegs speziellen Formvorschriften unterliegen; im Rahmen der verfügbaren Verträge des Schuldrechts fallen in Betracht Schulderlass, Stundung, Einredeverzicht, Zession usw.³⁶

b) Synallagmatische Verträge als Sonderfall der beidseitig verpflichtenden Verträge

Innerhalb der beidseitig verpflichtenden Verträge werden traditionellerweise als Sondergruppe ausgeschieden die «wesentlich zweiseitigen» oder «synallagmatischen» Verträge (contractus bilaterales *aequales*). Deren Wesen wird darin erblickt, dass die beidseitig zu erbringenden Leistungen in einem *Austauschverhältnis* (Synallagma) stehen, wie bei Kauf, Miete, Arbeits- und Werkvertrag. Bei den verbleibenden unvollkommen zweiseitigen Verträgen (contractus bilaterales *inaequales*) sind die zu erbringenden Leistungen nicht Entgelt der Leistung der anderen Partei (so die Rückleistungspflicht beim Darlehen, der Verwendungsersatz bei den verschiedenen Auftragsstypen)³⁷.

Die Bedeutung der Unterscheidung wird darin erblickt, dass wichtigste vertragsrechtliche Behelfe nur bei synallagmatischen Verträgen gewährt werden; dies ist dort der Fall, wo das Gesetz von «zweiseitigen Verträgen»³⁸ spricht: OR 82/83

³⁶ Auch einseitig verpflichtende Verträge sind *zweiseitige Rechtsgeschäfte*, da sie durch die Erklärung zweier Parteien geschlossen werden.

³⁷ Wenn man mit v. TUHR, § 20/V, p. 149 Anm. 39 das *verzinsliche Darlehen* zu den synallagmatischen Verträgen zählt, stellt man wirtschaftlich zutreffende, dem historischen Gesetzgeber aber fremde Überlegungen an. Jedenfalls beschränkt sich das Synallagma auf die Geldüberlassung und Zinszahlung (mit der Wirkung, dass bei Ausbleiben der Zinszahlung das Darlehen nach OR 107 vorzeitig beendet werden kann; so BGE 100 II 349 E. 3), während Darlehenshingabe und Darlehensrückerstattung ausserhalb desselben bleiben.

³⁸ Das BGB spricht in diesem Sinn von «*gegenseitigen Verträgen*», vor allem in §§ 320-327, wo die hauptsächlichsten auf diesen Typus beschränkten Regeln statuiert werden.

(Zurückhaltungsrecht bezüglich der eigenen Leistung; *exceptio non adimpleti contractus*), OR 107/109 (Behelfe des Gläubigers im Falle der Nichterfüllung), OR 119/II (Folgen bei Unmöglichwerden einer Leistung). Der Erkenntniswert der Unterscheidung soll nicht überschätzt werden: bei OR 82 und 119 folgt die Beschränkung der Anwendung auf synallagmatische Verträge, soweit gerechtfertigt, gewissermassen aus der Sachlogik; bei OR 107 f. ist umgekehrt die Beschränkung der zur Verfügung gestellten Behelfe auf die synallagmatischen Verträge nicht immer gerechtfertigt³⁹.

3. Schuldverträge und «Handgeschäfte»; beidseitig erfüllte und erst abzuwickelnde Verträge

Im Regelfall des Schuldvertrages schuldet nach dessen Abschluss mindestens eine der Parteien noch eine Leistung. Als Gegensatz hiezu wird die Gruppe der «Handgeschäfte» gebildet, die durch das zeitliche Zusammenfallen von Vertragsschluss und beidseitiger vollständiger Erfüllung gekennzeichnet sind. Auch wenn sich hier der Vertragskonsens nicht auf die Begründung von Obligationen bezieht, sondern genau besehen eine Einigung über den Rechtsgrund der *uno actu* erbrachten Leistungen enthält, erfordern diese Verträge kaum eine gesonderte Behandlung. Bedeutsamer als dieser Gegensatz ist die Unterscheidung von bereits erfüllten und den erst noch abzuwickelnden Verträgen. Im englischen Sprachbereich wird die Unterscheidung zwischen *executory contracts* (erst noch zu erfüllenden Verträgen) und *executed contracts* (erfüllten, abgewickelten Verträgen) getroffen, wobei die Bedeutung der Unterscheidung u. a. darin liegt, dass bei gewissen nicht voll gültigen Verträgen diese zwar im Fall von «executed contracts» anerkannt werden, d. h. das von den Parteien herbeigeführte Ergebnis aufrecht erhalten bleibt, während bei noch nicht erfolgter Erfüllung (bei «executory contracts») die Klagbarkeit abgesprochen wird. Eine ähnliche Differenzierung der Vertragswirkungen findet sich auch im römischen Recht (das «pactum» ist zwar nicht Klagegrund, wohl aber Einredetatbestand und Grund des Behaltens; vgl. oben Ziff. II/5, Anm. 11); deren Verlust auf dem Kontinent kann nur beklagt werden. - Hierzulande sollen immerhin die Voraussetzung einer *Preisvereinbarung* auf *executory contracts* (d. h. den Streit um das Bestehen eines Vertrages vor dessen Abwicklung) beschränkt werden (vgl. oben § 9 Anm. 36).

Nach vollständiger Abwicklung sind gewöhnliche Verträge den Handgeschäften gleichzustellen. Sie bleiben rechtlich bedeutsam als Rechtfertigung der erbrachten Leistungen im Falle eines Bereicherungs- oder Vindikationsanspruchs des

³⁹ Sollte nicht auch ein Borger, dem ein zugesagtes Darlehen nicht ausbezahlt wird, ebenfalls im Sinne von OR 107 auf die nachträgliche Leistung verzichten dürfen, um unter klaren Voraussetzungen sich anderweitig Kapital zu beschaffen? Ähnliche Beispiele mag es noch viele geben. - Für eine weitgehende Beschränkung der Wirkungen von OR 107 auf synallagmatische Verträge aber anscheinend ENGEL, p. 490. - Vgl. dazu auch unten § 20/II/4, Anm. 48.

einen Partners; es sind aber auch rechtliche Nachwirkungen in Form von Gewährleistungs- oder Garantieansprüchen denkbar.

4. Nominat- und Innominatkontrakte

Als Nominatkontrakte können jene Verträge bezeichnet werden, die sich einem Vertragstypus des Besonderen Teils des Obligationenrechts (OR 184 ff.) zuordnen lassen, während bei den aufgrund der Vertragsfreiheit ebenfalls zulässigen Innominatkontrakten dies nicht möglich ist. Innerhalb letzterer können jene Verträge abgesondert werden (auch Innominatkontrakte i. e. S.), die sich einem in der Rechtstradition und Praxis herausgestellten Typus zuordnen lassen (Trödelvertrag, Lizenzvertrag, Factoring, Franchising, Leasing, Optionsvertrag, Vergleich, Kontokorrent-Vertrag und unzählige weitere). Die Innominatkontrakte in letzterem Sinn sind deshalb von besonderem Interesse, weil der Wissenschaft die Frage gestellt ist, welche allgemeinen Regeln (abgesehen von OR 1-183) auf den einen oder anderen Vertragstypus anwendbar sind⁴⁰.

5. Dauerschuldverhältnisse gegenüber den übrigen Verträgen

Das Gesetz ist im Allgemeinen Teil vorab auf Verträge ausgerichtet, die durch Leistungsaustausch in begrenzter Zeit abgewickelt werden. Dauerschuldverhältnisse sollen auf lange, oft unbestimmte Zeit Rechtsbeziehungen schaffen; neben den im Besonderen Teil geregelten (Arbeitsvertrag, Miete und Pacht, Leihe usw.) sind hier auch Innominatkontrakte denkbar. Gemeinschaftlich ist den Dauerschuldverhältnissen, dass deren Beendigung geregelt sein muss, und zwar ordentliche Beendigung durch Kündigung, wie die Möglichkeit zur *Auflösung «aus wichtigem Grund» im Falle unzumutbarer aussergewöhnlicher Umstände*⁴¹. Im Falle zeitlich nicht befristeter oder auf sehr lange Zeit unkündbarer Verträge stellt sich zudem zwangsläufig die Frage der Vereinbarkeit mit ZGB 27⁴².

⁴⁰ Vgl. im übrigen die Darstellung ausgewählter Innominatkontrakte in OR/BT § 2 sowie bei W. R. SCHLUEP, Innominatverträge, SPR VII/2, Basel 1979. - Zu den verschiedenen Theorien der Rechtsanwendung auf Innominatkontrakte MEIER-HAYOZ, SJK 1134/35.

⁴¹ Vgl. etwa OR 269, 291, 337, 337b, 346/II, 545 Ziff. 7, 577. - Bei Miete und Pacht Auflösung unter Beachtung der gesetzlichen Fristen und voller Ersatzleistung; bei Arbeitsvertrag sofortige Auflösung möglich; vgl. H. ROGGWILLER, Der «wichtige Grund» und seine Anwendung in ZGB und OR, Diss. Zürich 1957, BGE 97 II 66 E. 7. - Im deutschen Recht *fristlose* Kündigung bei allen Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund. Vgl. FIKENTSCHER, § 74/III/4, p. 506; LARENZ, SchR I, § 2/VI, p. 32, § 19/II, p. 273 f.; SchR II, § 48/VI, p. 262. Vgl. auch VON BÜREN, p. 172 ff. (mit Kasuistik).

⁴² Vgl. unten § 15/VII.

VI. Typisierung der möglichen Vertragsobligationen

1. Allgemeines

Im Hinblick auf die von den Parteien vertraglich zu erbringenden Leistungen lassen sich Kategorien bilden. Ansatzpunkt ist die bereits in Rom angetroffene Unterscheidung zwischen *dare - facere - praestare* (Geben - Tun - Gewährleisten)⁴³, wobei die Gegenüberstellung von *Sachleistungen* (*dare*, Hauptbeispiel Kaut) und *persönlichen Leistungen* (*facere*, Beispiele Arbeitsvertrag, Auftrag usw.) vorerst im Mittelpunkt steht⁴⁴.

2. Pflicht zu Sachleistungen

Die Sachverschaffungspflicht wird oft als Sonderfall des Tuns (vorstehend Ziff. 1) verstanden, geht aber über dieses hinaus, da nicht bloss Tätigwerden, sondern auch dessen Erfolg, d. h. Rechtsübertragung, geschuldet wird. «Dare» soll nicht auf Sachübereignung eingeschränkt, sondern sinngemäss auf alle Rechtsverschaffung (d. h. auch Forderungsabtretung, Übertragung von Immaterialgüterrechten) bezogen werden; allen diesen Pflichten ist gemeinsam, dass (im Gegensatz zu Ziff. 1) auf die persönliche Erfüllung nichts ankommt, dass aber umgekehrt die Leistungserbringung nicht faktischer, sondern *rechtsgeschäftlicher* Natur ist und daher z. B. Geschäftsfähigkeit des Erfüllenden voraussetzt.

Sachleistungspflichten zerfallen in Stück- und Gattungsschulden, die sich nicht primär durch die Natur der geschuldeten Sache als vielmehr die rechtliche Umschreibung der Leistungspflicht unterscheiden:

Die *Stückschuld* (*Speciesschuld*) bezieht sich auf einen individualisierten Gegenstand, den zu übereignen der Schuldner verpflichtet ist; das Objekt der Leistungspflicht wird durch eine *Verweisung* auf die Sache festgelegt. Im Gegensatz dazu wird bei der (einen Sonderfall darstellende und vom Gesetzgeber als Ausnahme

⁴³ GAIUS, IV, 2.

⁴⁴ Die Gegenüberstellung *dare - facere*, bezogen auf die Leistungen beider Parteien, ergibt vier mögliche Kombinationen (do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias: Ich gebe, damit Du gibst, ich gebe, damit Du tust, ich tue, damit Du gibst, ich tue, damit Du tust), die in der Literatur lange eine Rolle spielte. Vgl. in diesem Zusammenhang auch POTHIER, Tome I, Partie I, Chap. II, N. 141 ff. - Der Sinn des *praestare* ist anscheinend nie als klares Ordnungsprinzip verstanden worden; die Herausstellung dieses Begriffs kann jedoch m. E. heute hilfreich sein (unten Ziff. 5).

verstandene) *Gattungsschuld* (*Genus-Schuld*) die Leistungspflicht durch eine *Gattungsbeschreibung* einerseits, *Quantitätsangabe* anderseits bestimmt⁴⁵.

Der Unterschied der beiden Arten vertraglicher Pflichtumschreibung wird bedeutsam vor allem beim Untergang der Sache und der Tragung der Gefahr und bei der rechtlichen Behandlung von Sachmängeln. Dabei ist zu beachten, dass die Gattung auch eingegrenzt zu verstehen sein kann («begrenzte Gattungsschuld» oder «Vorratsschuld», d. h. die beim Verpflichteten im Zeitpunkt des Vertragsschlusses vorhandene Ware der Gattung)⁴⁶.

Geldschulden sind eine Sonderform von Gattungsschulden. In der Regel gehen Geldschulden auf Übereignung von Geldzeichen in Höhe einer bestimmten Summe (*Geldsummen- oder Betragsschuld*); Gattungskonformität kann hier nicht zweifelhaft sein⁴⁷. Geld wird traditionell als *bewegliche Sache* betrachtet, was bereits bei Münzgeld, erst recht aber bei Notengeld den Verhältnissen nicht ganz gerecht wird⁴⁸, obwohl die Eigentumsübertragung den sachenrechtlichen Grundsätzen der *Fahrnisübereignung* folgt. Die Analogie zu sachenrechtlichen Verhältnissen versagt allerdings beim Forderungsgeld (Konto-Guthaben bei Banken, Post usw.) und beim bargeldlosen Zahlungsverkehr, der immer mehr an die Stelle der Geldwirtschaft im traditionellen Sinne tritt⁴⁹.

⁴⁵ NOTA: Auch wo eine Gattung besteht (bei sog. *vertretbaren* Sachen) kann immer noch eine Stückschuld vereinbart sein: Wenn die Parteien ein bestimmtes Stück einer grossen Serie industrieller Massengüter verkaufen, liegt Stückschuld vor, ebenso, wenn der Inhalt eines Kohlebunkers oder das in einem bestimmten Öltransporter geladene Rohöl verkauft wird.

Umgekehrt setzt eine Pflicht von der Struktur der Gattungsschuld genau besehen nicht die Existenz einer Gattung voraus: Die Umschreibung der geschuldeten Qualität kann sich auch auf ein *Unikat* (das vom Schuldner herzustellen ist) beziehen (Lieferung einer bestimmten Maschine; ob diese dutzendweise - als Gattung - hergestellt oder bloss einmal konstruiert wird, ändert nichts an der Natur der Schuldpflicht).

⁴⁶ Vgl. dazu OR/BT § 3/II/3, § 5/I. - Bei Gattungsschulden ist Unmöglichkeit der Erfüllung infolge Untergangs grundsätzlich ausgeschlossen («genus perire non censetur»). Der Käufer kann nur beim Stückkauf generell gefahrbelastet sein (d. h. trotz Nichterhalt der Ware infolge Untergangs zahlen müssen, OR 185), beim Gattungskauf aus sachlogischen Gründen erst nach Aussonderung und der daraus folgenden Kontraktion der Schuld. Sachmängel können beim Stückkauf nie, jedoch ev. beim Gattungskauf einen Nichterfüllungstatbestand ausmachen usw.

⁴⁷ Vgl. zu der Sonderregelung betr. *Vollstreckung* unten Ziff. 6 betr. *Erfüllungsmodalitäten* unten § 18/VI. - Auch *Geld* kann, wie alle vertretbaren Sachen, Gegenstand einer *Stückschuld* sein, wenn ausnahmsweise bestimmte Münz- oder Noteneinheiten geschuldet sind.

⁴⁸ Insofern Notengeld keinen oder Münzgeld einen geminderten realen Eigenwert besitzt, vielmehr seinen Wert aus der gesetzlich angeordneten Eigenschaft als gesetzliches Zahlungsmittel verbunden mit der relativen Knappheit der Verfügbarkeit herleitet. Während ursprünglich Banknoten einen wertpapiermässigen Anspruch auf (Gold-)Münzgeld bzw. Gold repräsentierten, ist diese sog. Konvertierbarkeit heute in der Schweiz wie anderswo nicht mehr gegeben; die «Goldparität» des Schweizerfrankens (217,6 Milligramm) ist privatrechtlich ohne Bedeutung.

⁴⁹ Zum bargeldlosen Zahlungsverkehr vgl. H. SCHÖNLE, Ort und Zeit bargeldloser Zahlung, in FS für Werner, Berlin/New York 1984, p. 826 ff.; R. WEBER, Probleme der bargeldlosen Erfüllung von Geldschulden, in SJZ 1982, p. 137-145, DERS., Komm. OR 74 N. 122-128.

Die *Umlauffähigkeit* des Noten- und Münzgeldes ist durch die entsprechende Sondergesetzgebung bestimmt, die insbesondere für einzelne Einheiten Höchstgrenzen festsetzen kann⁵⁰.

3. Pflicht persönlicher Leistung

Über das persönliche Verhalten (*facere*), zu dem sich jemand durch einen Vertrag verpflichtet, lässt sich wenig allgemeines aussagen. Zu unterscheiden ist vorab die mögliche *positive* oder *negative* Ausgestaltung, je nachdem man sich zu *Tun* oder *Unterlassen* verpflichtet⁵¹.

Die *Unterlassungspflicht* trifft immer den Verpflichteten, kann naturgemäss nicht auf Dritte abgewälzt werden. Die Verletzung der Pflicht würde in einem *Tun* liegen; die Annahme von *Verzug* (vgl. unten § 20/IV) im eigentlichen Wortsinn kommt hier wohl nicht in betracht.

Dulden ist eine besondere Form des Nicht-Tuns, nämlich des Unterlassens von Widerstand, der an sich zu Gebote stünde. Duldungspflichten bedeuten Gestatten von fremdem Eingreifen in den eigenen geschützten Rechtsbereich; vertraglich werden sie z. B. begründet durch Lizenzverträge.

4. Pflicht zum Abschluss eines Schuldvertrages (Vorverträge)

Durch Vertrag kann die Pflicht zum künftigen Abschluss eines anderen Vertrages begründet werden; hierfür hat sich die Bezeichnung *Vorvertrag* eingebürgert. Es besteht die Neigung, die Pflicht zum Kontrahieren als eine Pflicht *persönlicher Leistung* aufzufassen; indessen darf nicht verkannt werden, dass die Abgabe einer Willenserklärung eine Leistung ganz eigener Art ist, die rechtlich eigenständig betrachtet werden sollte. Insbesondere ist in vielen Fällen, wenn nicht überhaupt, anzunehmen, dass die einen Vorvertrag schliessenden Parteien durch dieses Vorgehen die Realexekution (d. h. die Herstellung des Hauptvertrages durch den Richter) ausschliessen und die Wirkung ihrer Abmachung für den Fall der Nichterfüllung auf Schadenersatz beschränken wollen⁵².

⁵⁰ Derzeit bestehen Begrenzungen bei den sog. Scheidemünzen, d. h. dem Münzgeld (1, 2 und 5 Franken; 1, 5, 10, 20 und 50 Rappen, von welchen nur je 100 Stück an Zahlung genommen werden müssen. - Vgl. im übrigen v. T./P. § 9, p. 58 ff.

⁵¹ Diese beiden Begriffe bzw. deren Unterscheidung zu definieren fällt nicht leicht; alle Versuche laufen auf Beschreibungen der Negation des Gegenbegriffs hinaus. Vgl. dazu BUCHER, Subjektives Recht, p. 140 ff., 145, 147. - Bei persönlichen Pflichten des Tuns stellt sich die Frage, ob der Verpflichtete selber handeln muss oder andere für ihn wirken lassen kann (dazu vgl. unten § 18/IV/1); die Verletzung der Pflicht würde in einem Nicht-Tun (Unterlassen) bestehen.

⁵² Dazu OR/BT § 2/X und BUCHER, Die verschiedenen Bedeutungsstufen des Vorvertrages, in Berner Festgabe zum Schweiz. Juristentag 1979, p. 169-195; HEINRICH, Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag: eine dogmatisch-systemat. Untersuchung der vertraglichen Bindung vor und zu einem Vertragsschluss, Tübingen 1965.

5. Pflicht zur Erfolgs-Gewährleistung («*praestare*»)

Während die Bedeutung des *praestare* in den Quellen umstritten ist und der entsprechende Begriff des *Gewährleistens* in der modernen Theorie der Obligationen keinen festen Platz hat, scheint mir diese Kategorie heute mehr denn je unentbehrlich zu sein, um bei der Vertragsgestaltung Klarheit zu gewinnen: Alle Verträge streben einen bestimmten Erfolg an, der regelmässig nur mit menschlichem Tätigwerden erreicht wird. Es ist eine grundsätzliche Entscheidung (deren Bedeutung von vertragsschliessenden Parteien nicht immer deutlich genug erkannt wird), ob Vertragspflicht das auf den fraglichen Erfolg gerichtete Tätigwerden darstellt oder aber der Erfolg selber: Im ersteren Fall erbringt der Schuldner befreiend seine Leistung, wenn er vertragskonform tätig wird, mag der erwartete Erfolg eintreten oder nicht. Im letzteren Fall setzt dagegen Befreiung auch (und vor allem) den versprochenen Erfolg voraus. Erst die Kategorie der «Gewährleistung» ermöglicht die Beschreibung der Erfolgsverschaffungspflicht mit ihrer typischen Verlagerung der Tragung der Misserfolgsgefahr und der Organisationsverantwortung, wie sie heute zunehmend (und vor allem bei grossen Unternehmungen wie im Anlagenbau) praktisch sind. Die Pflichten des Unternehmers beim *Werkvertrag*⁵³ lässt sich nicht auf eine Pflicht zum Tätigwerden zurückführen, sondern nur mit einem erfolgsbezogenen Begriff (*Gewährleisten*) beschreiben. Erst ein solcher ermöglicht eine Abgrenzung gegenüber den auf Tätigwerden gerichteten Verträgen (Arbeitsverträge, Auftrag, ev. Gesellschaftsvertrag) usw.

6. Sanktionen bei Nichterfüllung von Pflichten - Hinweis auf das Recht der Zwangsvollstreckung

Werden privatrechtliche Pflichten nicht gehörig erfüllt, kann dies (bei Schädigung des Berechtigten) *Schadenersatzpflicht* auslösen. Diese kann man, im Gegensatz zu der nichterfüllten primären Pflicht eine *sekundäre* oder *Sanktionspflicht* nennen. Dabei ist zu unterscheiden, ob die Sekundärpflicht *kumulativ* ist, d. h. zu der Primärpflicht hinzutritt, oder aber, als *vikariierende* Schadenersatzpflicht, die Primärpflicht ersetzt. Was vorliegt, kann nur im Einzelfall aufgrund der vertraglichen und gesetzlichen Regeln ermittelt werden.

Die *zwangsweise Vollstreckung* nicht freiwillig erfüllter privatrechtlicher Pflichten erfolgt nach verfahrensrechtlichen Vorschriften, die hier nicht weiter zu untersuchen sind⁵⁴. Hier immerhin die folgenden Hinweise:

⁵³ OR 363-379; dazu OR/BT § 10. Ist *facere* (Tätigwerden, nicht aber Erfolg) geschuldet, hat der Vertragspartner regelmässig eine *Weisungs-* und *Kontrollbefugnis* bezüglich der geleisteten Tätigkeit, die umgekehrt bei *praestare*, z. B. im Rahmen eines Werkvertrages, keinen Platz hat.

⁵⁴ Die Möglichkeit der Vollstreckung ist bei Primärpflichten nicht generelle Voraussetzung rechtlicher Bedeutung: Sie behalten als Grundlage (sekundärer) Schadenersatzansprüche auch dann ihren Sinn, wenn sie selber nicht vollstreckbar sind.

Innerhalb der *Sachleistungspflichten* sind vorab bedeutsam die *Geldschulden*, deren Vollstreckung sich nach dem SchKG richtet. Die Vollstreckung von sonstigen Forderungen auf Sachleistungen ist durch materielles Bundesrecht gewährleistet⁵⁵, in der rechtlichen Ausgestaltung jedoch dem *kantonalen Prozessrecht* überlassen. Eigentumsübergang an Liegenschaften kann durch richterliches Urteil bewirkt werden (ZGB 963/II), so dass sich ein eigentliches Vollstreckungsverfahren erübrigt; ähnlich bei der Vollstreckung von Abtretungs-Verpflichtungen (OR 166).

Pflichten persönlichen Verhaltens werden ebenfalls nach den Regeln des kantonalen Prozessrechts vollstreckt, wobei immerhin die *Grenzen der Vollstreckbarkeit* als bundesrechtlich gewährleistet verstanden werden sollten. Positive Leistungspflichten scheiden in der Regel mangels hinreichender Bestimmbarkeit des zu beobachtenden Verhaltens aus, während Unterlassungsansprüche zwar durch richterliche Strafdrohung zusätzlich sanktioniert werden könnten, derartiges indessen nur ausnahmsweise materiellrechtlich gerechtfertigt ist⁵⁶.

VII. Beschränkung der Vertragswirkungen auf die Parteien

Es ist eine Selbstverständlichkeit, dass der Vertrag nur für die an ihm beteiligten Parteien Recht schafft. Während das anglo-amerikanische Recht bei der Regel der «privity of contract» stehen bleibt, haben die kontinentalen Rechtsordnungen erkannt, dass diese Regel bloss hinsichtlich der vertraglichen *Pflichten* sachlogisch notwendig ist, hingegen nichts entgegensteht, vertragsfremde Dritte *berechtigt* werden zu lassen⁵⁷; deshalb die Zulassung der *Abtretung vertraglicher Ansprüche* wie auch der *Verträge zugunsten Dritter*⁵⁸.

Die Regel, dass Verträge nur die Parteien binden, bedeutet nicht nur, dass man durch Verträge Dritter nicht verpflichtet wird, sondern sich um deren Existenz nicht zu kümmern braucht⁵⁹. Die Ausnützung des Vertragsbruchs eines anderen ist daher

⁵⁵ Dies erst seit der Revision von 1911, während vorher die Frage kontrovers und die Beantwortung jedenfalls dem kantonalen Prozessrecht anheimgegeben war. Vgl. die Literatur zu aOR 111 (nachgebildet franz. CC art. 1142). - Die Ausweitung der Realzekution bei Verträgen kann nur bedauert werden; sie ist ausserhalb des deutschen Sprachbereiches in dieser weitgehenden Form wohl nicht bekannt.

⁵⁶ Bei vertraglich vereinbarten *Konkurrenzverboten* besteht in der Regel die Vermutung, dass die Parteien für den Fall der Zuwiderhandlung lediglich Schadenersatzsanktionen vorsehen wollten.

⁵⁷ Zu den Gründen des Festhaltens an der «privity of contract»-Regel vgl. BUCHER, Die Bedeutung der allgemeinen Lehren im Privatrecht, ZSR 85/1966, p. 222 ff.

⁵⁸ Vgl. dazu unten § 31 und § 26.

⁵⁹ Vgl. auch, für die einfache Gesellschaft, unten § 15/IV bei Anm. 59-62; A. HIRSCH, La société simple et les tiers, Festgabe für H. Deschenaux, Fribourg 1977, p. 411 ff.

im Regelfall nicht rechts- oder sittenwidrig (z. B. Kauf einer vom Verkäufer bereits einem Dritten verkauften, wenn auch nicht gelieferten Sache, Abschluss eines Arbeitsvertrages mit einem unter Konkurrenzverbot stehenden Arbeitnehmer). Zur Diskussion steht, unter welchen Voraussetzungen vom Dritten ausgehendes, eigentliches aktives Verleiten zum Vertragsbruch eine sittenwidrige Schädigung im Sinne von OR 41/II darstellt⁶⁰.

VIII. Einheit oder Mehrheit von Verträgen

Oft ist nicht leicht zu entscheiden, ob zwischen denselben Parteien ein oder mehrere Verträge bestehen, d. h. ob der *uno actu* geschlossene Vertrag in mehrere Einzelverträge zerlegt werden soll oder ob umgekehrt eine Mehrzahl von Einzelverträgen als Einheit betrachtet werden müssen. Die Frage geht dahin, ob das Schicksal aller Rechtsbeziehungen ein und dasselbe ist (bei der Annahme eines einzigen Vertrages) oder aber ob diese, als verschiedene Verträge, ihre eigenen Wege gehen können. Weder gibt das Gesetz eine Antwort, noch lassen sich allgemeine Regeln aufstellen; massgeblich ist der Wille der Parteien. Einheitlichkeit des Schicksals ist anzunehmen, wenn die einzelnen Elemente je für sich keine interessenmässige Rechtfertigung besitzen, daher nicht als unabhängig Existierende gewollt sein können⁶¹. - Auch bei mehreren selbständig geschlossenen Verträgen kann durchaus eine Schicksalsgemeinschaft bestehen, wenn diese in einer sachlichen Abhängigkeit stehen (der eine Vertrag nur im Hinblick auf den anderen Sinn hat), wie eine krasse Vertragsverletzung und Treuwidrigkeit in der Erfüllung des einen Vertrages u. U. sogar mit bezug auf einen unabhängigen Vertrag an Sanktionen denken lässt («Einwendungsdurchgriff» o. dgl.).

IX. Mehrstufige Verträge

Insbesondere bei komplizierten und wirtschaftlich bedeutenden Transaktionen kommt es oft vor, dass eine vertragliche Leistung durch eine Reihe von Vereinbarungen

⁶⁰ Dazu J. M. GROSSEN, La responsabilité du tiers complice de la violation d'un contrat, in FS für W. Schöenberger, 1968, p. 121-136; H. KOZIOL, Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte, Wien 1967; P. H. EULAU, Verleitung zum Vertragsbruch und Ausnutzung fremden Vertragsbruchs, Diss. Zürich 1976; P. CAVIN in SRR VII/1, p. 22. Vgl. auch § 15 Anm. 60.

⁶¹ BGE 38 II 554 und 44 II 345 (ähnlich obiter BGE 97 II 395) sprechen sich für ein Dahinfalle eines Vertragsbestandteiles aus, wenn ein anderer ungültig ist.

geregelt wird, die ihrerseits je auf unabhängiger Konsensbildung beruhen, insgesamt sich jedoch zu einem Vertragsgebäude zusammenfügen, das gesamthaft die sich stellenden Fragen regelt. Bisher ist die Erscheinung mehrerer für die gleiche Rechtsbeziehung Geltung beanspruchender Verträge wissenschaftlich kaum behandelt worden; im folgenden einige Hinweise auf die denkbaren Phänomene:⁶²

Parteien können «*Rahmenverträge*» («*Grundverträge*», «*Basisverträge*», «*Kooperationsverträge*» oder wie auch immer; englisch etwa «*frameworkcontract*») schliessen, mit denen sie die Grundlage ihrer künftigen Geschäftsverbindung schaffen wollen. Vorbehalten ist der Abschluss zusätzlicher gesonderter Verträge bezüglich der einzelnen vorgesehenen Transaktionen («*Einzelverträge*», «*Objektverträge*» o. dgl.); während die letzteren die Angaben über den einzelnen Vorgang (eine bestimmte Lieferung, die Ausführung eines bestimmten Bauprojekts usw.) enthalten, soll der Rahmen- oder Grundvertrag allgemeine Regeln (einschliesslich Normen über Schlechterfüllung, Rechtswahlklauseln, Gerichtsstand oder Schiedsvereinbarungen usw.) statuieren. Dieser muss zwar nicht, kann aber bereits die Parteien zu einem bestimmten Volumen zu schliessender Einzelverträge verpflichten. Bei der Beurteilung von Streitigkeiten sind die beiden Verträge (Rahmenvertrag und Einzelvertrag) als gemeinschaftliche Vertragsgrundlage zu verstehen.

Bei grossen Vertragsvorhaben kann es vorkommen, dass verschiedene in einer hierarchischen Ober- und Unterordnung stehende Verträge geschlossen werden (zuoberst eine «*Grundsatzvereinbarung*»/«*Basic Agreement*», die einem «*Hauptvertrag*»/«*Main Contract*» übergeordnet sein mag, dem wiederum - vielleicht ihrerseits in verschiedene Stufen zerfallende - technische Vereinbarungen, «*Anhänge*»/«*Annexes*» usw. untergeordnet sind). Die einzelnen Verträge sind als Bestandteil des gesamten Vertragswerkes zu interpretieren, wobei im Falle von Widersprüchen es nicht immer leicht sein mag, festzustellen, welche Stufe als Schwerpunkt der Regelung zu betrachten ist und daher Vorrang genießt.

⁶² Vgl. dazu auch OR/BT § 1.