

§ 12 Vertragsinhalt und dessen Feststellung	176
I. Mehrdeutigkeit des Begriffs Vertragsinhalt; zu unterscheiden sind verschiedene Schichten	176
1. Vertragsinhalt im eigentlichen Sinne als das zwischen den Parteien rechtlich Geltende	176
2. Vertragsinhalt im übertragenen Sinne als Summe der bei der Inhaltsbestimmung massgeblichen Gesichtspunkte	177
II. Gegenstand der Vertragsauslegung	180
1. Inhalt des Vertragskonsenses als allgemeiner Auslegungsgegenstand	180
2. Die Erklärung des Belasteten als Beweisthema	181
III. Bedeutung des Vertrauensprinzips bei der Inhaltsermittlung	182
IV. Einzelne Auslegungsgrundsätze	183
1. Allgemeines	183
2. Massgeblicher Zeitpunkt	183
3. Relativer Vorrang von Urkunden und dgl.	184
4. Auslegung gegen den Verfasser des Vertragstexts («in dubio contra stipulatorem»; «Unklarheitsregeln»)	185
5. «in dubio mitius»	185
6. Auslegung nach «Treu und Glauben»	186
V. Vertragsergänzung	186
1. Funktion	186
2. Methodische Richtlinien	187
VI. Die Bedeutung der «Verkehrssitte»	188
VII. Prozessuales	189
1. Beweisführung	190
2. Überprüfung der Vertragsauslegung durch das Bundesgericht	191

§ 12 Vertragsinhalt und dessen Feststellung

Literatur

E. BETTI, Die Hermeneutik als allgemeine Methodik der Geisteswissenschaften, Tübingen 1962; DERS., Zur Grundlegung einer allgemeinen Auslegungslehre, Tübingen 1954; W. BURCKHARDT, Die Auslegung der Verträge, Festgabe der Juristischen Fakultät der Universität Bern, ZBJV 71 (1935), p. 425 ff. (= Aufsätze und Vorträge 1910-1938, Bern 1970, p. 11 ff.); H. COING, Die juristischen Auslegungsmethoden und die Lehren der allgemeinen Hermeneutik, Köln 1959; E. DANZ, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, 3. A., Jena 1911; H. DESCHENAUX, Schweizerisches Privatrecht II, Basel 1967, §§ 7, 18/III; J. ESSER, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, Tübingen 1956; W. FLUME, Allg. Teil, Bd. 2, Das Rechtsgeschäft, 3. erg. A., Berlin/Heidelberg/New York 1979, W. FIKENTSCHER, Schuldrecht, 7. A., Berlin/New York 1985, § 26; H. G. GADAMER, Wahrheit und Methode, Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik, 3. A., Tübingen 1972; P. GAUCH, Vertrag und Parteiwille, in: Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht (1982), 343; TH. GUHL, Die Auslegung der rechtsgeschäftlichen Erklärungen ..., ZSR 70 (1951), p. 141 ff. / 166 ff., H. G. HINDERLING, Rechtsnorm und Verstehen, Diss. Basel 1971; W. HENCKEL, Die ergänzende Vertragsauslegung, AcP 159 (Bd. 39 NF), p. 106 ff.; D. HÜPPI, Die Methode zur Auslegung von Statuten, zugleich Untersuchung von Aufbau und Verhältnis juristischer Auslegungsmethoden, Diss. Zürich 1973; P. JÄGGI, Vertrauensprinzip und Gesetz, in Privatrecht und Staat, p. 149 ff., Zürich 1976, und dort Zit.; DERS., Komm. OR 1 N. 181 ff.; JÄGGI/GAUCH, OR 18, N. 295-480.; E. A. KRAMER, Grundfragen der vertraglichen Einigung, München 1972; E. KRAMER, Komm. OR 18; K. LARENZ, Ergänzende Vertragsauslegung und dispositives Recht, NJW 1963 (16. Jg.), p. 737 ff.; DERS., Allg. Teil, § 29, 6. A., München 1983; H. MERZ, Komm. ZGB 2 N. 119 ff. und dort Zit.; A. MEIER-HAYOZ, Das Vertrauensprinzip beim Vertragsabschluss, Diss. Zürich 1948; F. NICKISCH, Ergänzende Vertragsauslegung und Geschäftsgrundlagenlehre - ein einheitliches Rechtsinstitut zur Lückenausfüllung? in: Betriebs-Berater 1980, Heft 19, p. 949; P. PIOTET, Le complètement judiciaire du contrat, ZSR 80 (1961), p. 367 ff.; O. SANDROCK, Zur ergänzenden Vertragsauslegung im materiellen und internationalen Schuldvertragsrecht, Köln 1966; J. SCHAPP, Grundfragen der Rechtsgeschäftslehre, Tübingen 1986; O. SCHWEIZER, Freie richterliche Rechtsfindung intra legem als Methodenproblem, Basel 1959; A. SIMONIUS, Über die Bedeutung des Vertrauensprinzips in der Vertragslehre, Festgabe der Basler Juristenfakultät zum Schweizerischen Juristentag, Basel 1942, p. 233 ff.; W. YUNG, L'interprétation supplétive des contrats, ZBJV 97 (1961), 41 ff.; R. ZÄCH, Tendenzen der juristischen Auslegungslehre, ZSR 96/1977, p. 313 ff.

I. Mehrdeutigkeit des Begriffs Vertragsinhalt; zu unterscheiden sind verschiedene Schichten

1. Vertragsinhalt im eigentlichen Sinne als das zwischen den Parteien rechtlich Geltende

Der Begriff des Vertragsinhaltes ist mehrdeutig und bedarf der näheren Bestimmung. Als Inhalt eines Vertrages sind in erster Linie die kraft des Vertragsschlusses

den Parteien zustehenden gegenseitigen Rechte und Pflichten, die Gesamtheit der ihre Rechtsbeziehung inhaltlich regelnden Vorschriften zu betrachten; es ist die Summe der Antworten auf die Frage, wie sich die Parteien zueinander zu verhalten haben, welche Leistungen sie erbringen müssen, welche Ansprüche ihnen zustehen.

Über Vertragsinhalt in diesem Sinne lässt sich allgemein wenig aussagen; er könnte etwa unter dem Gesichtspunkt differenziert werden, ob die fraglichen Recht-Pflicht-Beziehungen unmittelbar Ausfluss des Vertragszweckes sind oder aber sekundäre Funktion haben: Zum Vertragsinhalt im engeren Sinn gehört dann die Bestimmung der primären Leistungspflichten der Parteien; als Vertragsinhalt im weiteren Sinne können etwa jene Regeln verstanden werden, die bei Schlechtleistung oder bei Eintritt unvorhergesehener zufälliger Umstände wirksam werden oder welche die Art der rechtlichen Auseinandersetzung der Parteien beschlagen (Gerichtsstandsvereinbarungen, Schiedsklauseln).

2. Vertragsinhalt im übertragenen Sinne als Summe der bei der Inhaltsbestimmung massgeblichen Gesichtspunkte

a) Allgemeines. Ausdrücklich Vereinbartes als Vertragsinhalt im engsten Sinn

Vom Vertragsinhalt im Sinn von Ziffer 1 sind zu unterscheiden die Elemente, die dessen Bestimmung ermöglichen, beinahe häufiger als das Ergebnis der rechtlichen Inhaltsermittlung werden im übertragenen Sinn deren rechtliche Grundlagen ebenfalls als Vertragsinhalt bezeichnet. Je nachdem, ob weniger oder mehr der rechtlichen Bestimmungspunkte einbezogen werden, kann man auch hier von einem engeren oder weiteren Vertragsbegriff sprechen.

Demnach kann man als Vertragsinhalt im engsten Sinn das *von den Vertragsparteien ausdrücklich Vereinbarte* bezeichnen. Als noch weiter eingeengte Variante des Begriffs Vertragsinhalt mag verstanden werden das von den Parteien in eine *Vertragsurkunde Aufgenommene*, den *schriftlich fixierten* Teil ihrer Abmachungen.

Es ist offenkundig, dass für die Bestimmung der Rechtsbeziehung der Parteien, sei es ausserhalb des Prozesses oder im Prozess, nicht bloss das ausdrücklich Abgesprochene oder gar bloss das schriftlich Niedergelegte massgeblich sein darf. Es lohnt, über die in Frage kommenden weiteren Elemente einen Überblick zu nehmen, deren Massgeblichkeit sich nicht direkt, sondern bloss mittelbar aus dem Vertragswillen der Parteien ergibt. Je mehr Elemente einbezogen werden, um so weiter gefasst erscheint der Vertragsinhalt. Diese Übersicht mündet schliesslich in die Frage aus, welche Gesichtspunkte bei der Bestimmung der Rechtsbeziehung der Parteien - zumal vom Richter - überhaupt zu berücksichtigen sind¹.

¹ Zur Frage der verschiedenen Schichten des Vertragsinhalts vgl. BUCHER, Der Ausschluss dispositiven Gesetzesrechts durch vertragliche Absprachen, Festgabe für Henri Deschenaux, Freiburg/Schweiz 1977, p. 249-269, bes. p. 252 ff.; zur Frage der Rangordnung der verschiedenen Gesichtspunkte bei der Inhaltsfeststellung FIKENTSCHER, § 26/III, p. 103 und V/4/e, p. 107f.; SANDROCK, z. B. p. 33 ff. zur Entwicklung des Verhältnisses zwischen «ius dispositivum» und rechtsgeschäftlicher Vereinbarung.

b) Vertragszweck und Interessenlage der Parteien

Die vertragschliessenden Parteien verfolgen regelmässig einen bestimmten Vertragszweck und werden je von bestimmten Interessen geleitet, die mehr oder weniger auch dem Partner erkennbar sind. Dass die verborgen bleibenden Motive einer Partei hier nicht berücksichtigt werden dürfen, ist selbstverständlich. Dagegen werden Interessenlagen und Zielsetzungen einer Partei dann in gewissem Sinn bindend und damit Gegenstand des Vertrags, wenn die Gegenpartei diese erkennen konnte und nach Treu und Glauben den Vertrag nicht schliessen durfte, ohne sich diesen Beweggründen des Partners zu unterwerfen.

c) Gemeinsame Vorstellungen der Parteien über rechtliche und faktische Sachverhalte

Oft unterlassen die Parteien eine explizite *rechtliche Regelung*, weil sie von der Auffassung ausgehen, diese sei ohnehin Rechtsens. Wenn die Parteien von der Angemessenheit der ihnen vorschwebenden Lösung überzeugt waren, muss diese als die vertragliche gelten, selbst wenn das objektive Recht (dispositiv) das Gegenteil anordnet: In diesem Sinn könnte evtl. die Übertragung der Gefahr auf den Käufer (OR 185) u. U. ohne eigentliche Vertragsabrede als vertraglich wegbedungen gelten, wenn nachweislich beide Parteien die übereinstimmende Überzeugung hatten, der Verkäufer sei bis zur Ablieferung gefahrbelastet².

Auch auf *Fakten sich beziehende Anschauungen* der Parteien können gegebenenfalls rechtliche, d. h. vertragsinhaltliche Wirkungen auslösen. So wird man u. U. aus der übereinstimmenden unrichtigen Auffassung der Parteien, der Kaufgegenstand befinde sich bereits am Domizil des Käufers, eine Transportpflicht des Verkäufers ableiten können. Besondere Bedeutung hat dieser Mechanismus bei Bedingungen, die unausgesprochen bleiben, weil der bedingende Sachverhalt als selbstverständlich vorausgesetzt wird³. Am deutlichsten wird dies bei den sogenannten «*Coronation Cases*», in denen gestritten wurde, ob die im Hinblick auf die nachträglich verschobene Krönung von Eduard VII. gemieteten Räume und Fensterplätze bezahlt werden müssten, was nach englischem wie schweizerischem Recht zu verneinen ist⁴.

² Im Gegensatz zum hier Gesagten muss man vielleicht zum Ausschalten einer dispositive Norm eine *explizite* Absprache voraussetzen, falls die gesetzliche Regel erkennbar Gerechtigkeitsvorstellungen zu verwirklichen sucht; vgl. dazu unten lit. d.

³ Vgl. v. T./E., § 84/I und IV, p. 256 und 258 und Anm. 35 f. sowie, zu der sog. «Lehre von den subjektiven Geschäftsgrundlagen», LARENZ, Allg. Teil, § 20/III, p. 380 ff.; vgl. auch FLUME, 26/4b und c, p. 502 ff., 507 und ablehnend FIKENTSCHER, § 27/III/4e, p. 136 ff.

⁴ Aus der englischen Judikatur vgl. *Krell v. Henry*, (1900-3) All E. R. Rep. 20. Weitere, wen auch nicht alle der unter dem Begriff der «*frustration*» subsumierten Fälle könnten hier genannt werden. Weiterhin dazu auch MERZ, ZGB 2 N. 205.

d) Gesetzesrecht

Auch das gesetzliche Vertragsrecht kann als Bestandteil des Vertragsverhältnisses betrachtet werden:

Zwingende Normen, die nicht einen von den Parteien geschlossenen Vertrag als Ganzes ungültig machen (die Fälle der Widerrechtlichkeit von OR 20), sondern einzelne Vertragsklauseln vom Wirksamwerden ausschliessen und durch die gesetzlichen Bestimmungen ersetzen, regeln die Rechtsbeziehungen der Parteien und sind damit Vertragsinhalt (wie sie auch bloss dann gelten, wenn die Parteien überhaupt einen Vertrag, auf den die zwingende Norm anwendbar ist, geschlossen haben).

Die Regeln des *dispositiven (nachgiebigen) Rechts* bilden Vertragsinhalt, soweit die Parteien einerseits einen deren Anwendung auslösenden Vertrag geschlossen, andererseits keine deren Anwendung ausschliessende Vertragsabrede getroffen haben.

Eine wichtige Frage, die der Gesetzgeber nicht beantwortet und die Doktrin kaum beachtet, geht dahin, in welchem Sinn eine vertragliche Vereinbarung vorliegen müsse, um dispositives Recht auszuschalten, welcher der oben genannten Vertragsinhalte dem dispositiven Recht vorgehe: Kann dies nur die explizite Parteiabrede (der Vertragsinhalt im engeren Sinn) oder aber auch die oben lit. b und c genannten Elemente (der Vertragsinhalt im weiteren oder weitesten Sinn)? Bei der Beantwortung ist zu unterscheiden, welchen Zweck eine dispositive Rechtsnorm verfolgt: Ist sie um eines Gerechtigkeitsgehaltes willen aufgestellt, wird sie so lange Geltung beanspruchen können, als die Parteien nicht explizit eine andere Lösung vereinbart haben (Vorrang nur des Vertragsinhaltes im engsten Sinn). Hat dagegen umgekehrt die dispositive Regel einzig die Rechtfertigung, vermutungsweise der rechtlichen Auffassung des Publikums am ehesten zu entsprechen, oder statuiert der Gesetzgeber gar aus der Überlegung, irgendeine rechtliche Entscheidung sei besser als gar keine, darf man an die Wegbedingung der dispositiven Regel weniger hohe Anforderungen stellen und kann sie als durch blosser Anschauungen der Beteiligten oder deren Interessenlage als ausgeschaltet auffassen⁵.

⁵ Was ich im Aufsatz in Festgabe für H. Deschenaux näher ausführe. Beide möglichen gesetzgeberischen Motivationen werden m. E. deutlich illustriert durch die Regeln von OR 158 Abs. II und Abs. III: Der Grundsatz des korrespondierenden Rücktrittsrechts des Vertragspartners gemäss Abs. III verkörpert einen materiellen Gerechtigkeitsgrundsatz, der nur explizit soll wegbedungen werden können, die Vermutung für die Nicht-Anrechenbarkeit eines Angeldes auf die vertragliche Hauptleistung dagegen kann nur durch Verkehrsanschauungen gerechtfertigt und daher auch bereits durch andersgerichtete Anschauungen der beteiligten Partner ausgeschaltet werden. Vgl. auch oben § 10/XIV/4 und Anm. 146. - Abweichend z. T. KRAMER, OR 18 N. 48.

II. Gegenstand der Vertragsauslegung

1. Inhalt des Vertragskonsenses als allgemeiner Auslegungsgegenstand

Auslegung eines Vertrages setzt voraus, dass die Parteien im Prozess in der Frage, ob überhaupt ein Vertrag zustande gekommen sei, übereinstimmen und der Richter nach der Verhandlungsmaxime an diese Sachdarstellung der Parteien gebunden ist⁶; es gilt dann zu bestimmen, ob die von der beweispflichtigen Partei behauptete Abmachung zum Vertragsinhalt wurde⁷.

Die Bezeichnung «*Auslegung*» ist zu eng. Es geht nicht bloss darum, den Inhalt mehrdeutiger Erklärungen zu bestimmen; oft wird gerade strittig sein, was die Parteien überhaupt für Erklärungen abgegeben haben⁸.

Auch soweit der Wortlaut von Parteierklärungen feststeht, ist Vertragsauslegung nicht, wie die Bezeichnung meinen lassen könnte, Ermittlung des objektiven Sinnes des Textes der Vereinbarung; vielmehr geht es um die Ermittlung des von den Parteien dem *Erklärten subjektiv beigelegten Sinnes*⁹. Deshalb auch die alte Regel «*falsa demonstratio non nocet*»: dass die Parteien für ihr Rechtsgeschäft eine unrichtige Bezeichnung gewählt (z. B. eine Gewinnbeteiligung als Zins, einen Gesellschaftsvertrag als Darlehensvertrag bezeichnet) haben, kann nicht hindern, das tatsächlich Gewollte als das Massgebende zu betrachten und den Vertrag allenfalls

⁶ G./S. N. 864 ff. Wenn die Parteien übereinstimmend einen Vertrag behaupten und nur über dessen Inhalt streiten, darf der Richter nicht annehmen, es sei überhaupt kein Konsens und damit kein Vertrag zustande gekommen. Zur Auslegung von Willenserklärungen nach dem Vertrauensprinzip vgl. oben § 10/III. - Besteht Streit darüber, ob ein Vertrag zustande gekommen sei, muss die den Vertragsschluss behauptende Partei den Konsens in den notwendigen Vertragsbestandteilen (dazu oben § 10/II/2, 3) nachweisen. - Die hier von G./S. und de Schreibern getroffenen Annahmen haben Widerspruch von MAX KELLER (SJZ 1982, 126-128, «Die Theorie des sog. 'Reinen Auslegungsstreites'») veranlasst. Darauf antworten P. GAUCH und W. SCHLUEP (SJZ 1982, p. 230-232, «Zum 'Reinen Auslegungsstreit'» - Eine Klarstellung»); dazu weiterhin G. ZINDEL, Reiner Auslegungsstreit und Konsensfrage, in SJZ 1982, p. 356-361, sowie neuestens KELLER/SCHÖBI, Bd. I (2. A. 1988), p. 121 f. Der im Zentrum der Diskussion stehende Sachverhalt (Parteien behaupten Vertrag, und Richter hat Beweis von dessen Nichtbestehen) dürfte selten realisiert sein; praktisch bedeutsam ist wohl allein der Fall, dass die Parteien je einen abweichenden Vertragsinhalt behaupten, der je beweislos bleibt (was indessen nicht einen Beweis des Nichtzustandekommens eines Konsenses darstellt). Vgl. dazu auch unten Ziff. VII und Anm. 50.

⁷ Zur *Beweisführung* vgl. unten Ziff. VII. - Sowie BUCHER in AcP 186, p. 21.

⁸ Sofern das Erklärte nicht genau feststellbar ist oder die Parteien dem feststellbar Erklärten einen unterschiedlichen Sinn beimessen durften, kann der Vertragsinhalt nur gestützt auf objektive Gegebenheiten, d. h. den Vertragszweck, Vertragstypus usw. festgestellt werden; sog. objektive (normative) Auslegung. Vgl. z. B. BGE 95 II 437; 99 II 329.

⁹ ZR 81 (1982), Nr. 46 E. 4, BGE 105 II 18 ff., BGE 107 II 63 E. 6b. Sogenannte Auslegung von Verträgen hat denn auch nach anderen methodischen Grundsätzen zu erfolgen als die Auslegung der Gesetze, was oft verkannt wird.

anders zu qualifizieren, als es dessen Benennung entsprechen würde. Das Erklärte ist nur ein Indiz bei der Ermittlung des Inhalts des Gewollten¹⁰.

Das Gesagte gelangt in OR 18/I ebenfalls zum Ausdruck: Massgeblich ist nicht der äussere Anschein der Erklärung, sondern das, was die Parteien subjektiv - wenn auch übereinstimmend - gewollt haben. Die Regel ist auch auf *simulierte Geschäfte* anwendbar: In der Frage, ob ein Vertrag zustande gekommen sei, kommt es nicht darauf an, ob die Parteien nach aussen den Anschein des Vertragsschlusses geschaffen haben, sondern, ob sie einen vertraglichen Bindungswillen besassen¹¹.

Die Regel, dass es nicht auf die Erklärung (deren Wortlaut und objektiven Sinn), sondern auf das tatsächlich Gewollte ankommt, gilt nur so lange, als das tatsächlich Gewollte beider Parteien sich deckt (deren Wille in gleichem Sinn von der Erklärung abweicht); falls diese Abweichung nur auf seiten des einen Partners besteht, ist dieser allenfalls aufgrund des Vertrauensprinzips bei seiner Erklärung zu behaften (dazu unten Ziff. III). - Das Gesagte gilt sodann gemäss OR 18/II *nicht im Verhältnis zu Dritten*, die im Vertrauen auf eine (den Willen der Parteien nicht richtig wiedergegebene) Vertragsurkunde eine Forderung aus dem Vertrag erworben haben¹². Der Dritte muss sich nicht die Einrede entgegenhalten lassen, das Geschäft, welches die Schuldanerkennung impliziert, sei als Ganzes simuliert, d. h. nicht gewollt und damit nichtig; die gleiche Regel muss aber auch für den *Inhalt eines* (in seiner Existenz nicht bestrittenen) Vertrages gelten: Wer z. B. gestützt auf eine Schuldanerkennung eine Forderung erwirbt, muss sich wohl nicht entgegenhalten lassen, die Bezeichnung der geschuldeten Währung (US-Dollar) sei nicht massgeblich, in Wahrheit sei von den Parteien übereinstimmend eine andere, tiefer notierte Währung (Franken) gemeint gewesen.

2. Die Erklärung des Belasteten als Beweisthema

Im theoretischen Modell erscheint das von den Parteien übereinstimmend Gewollte, ihr gemeinsamer Vertragswille als das Massgebliche: der Vertrag wird als - wenigstens für die Parteien geltende - objektive Ordnung verstanden, deren Ausprägung es zu ermitteln gilt¹³. Aus verfahrensrechtlichen Gründen reduziert sich allerdings in der Regel das Beweisthema (und damit die Vertragsauslegung) im Prozess auf die *Ermittlung des Vertragswillens des Erklärungsbelasteten*; dessen Gegner muss zur Begründung seines Anspruchs nur den vom Partner erklärten Vertragswillen dartun, während die Übereinstimmung seiner eigenen Erklärung

¹⁰ Zum Grundsatz vgl. auch BGE 76 II 157; 99 II 285, 313; 10 II 280 E. 1a, Auslegung nicht nur nach dem Wortlaut. RGZ 99, 147 ff.

¹¹ Zur Simulation vgl. auch § 10/XII.

¹² In diesem weiteren Sinn ist wohl die Formel vom Erwerb der Forderung «im Vertrauen auf ein schriftliches Schuldbekenntnis» zu verstehen.

¹³ Zum Grundsätzlichen siehe oben § 3/VIII und § 9/I/3.

durch dessen Parteibehauptung und die Zugabe der Gegenpartei, dass ein Vertragskonsens zustande gekommen sei, gedeckt ist¹⁴.

III. Bedeutung des Vertrauensprinzips bei der Inhaltsermittlung

Die gleichen Grundsätze des sogenannten *Vertrauensprinzips*, die bei der Ermittlung des Konsenses wegweisend sind und im Zusammenhang der Vertragsentstehung behandelt wurden (§ 10/III), gelten auch bei der *Ermittlung des Vertragsinhaltes*: Massgebend ist nicht der innere Wille der Parteien, sondern der von den Parteien nach aussen getragene Willensinhalt: Jede Partei ist in ihrer Erwartung geschützt, der Partner wolle tatsächlich das, was er als seinen Willen erklärt. Bei Willensäusserungen, die nicht explizit sind, sondern aus dem gesamten Verhalten abgeleitet werden, sind die Massstäbe eines vernünftigen und anständigen Bürgers als Erklärungsempfänger anzulegen¹⁵; es ist zu fragen, wie ein solcher das Verhalten des Gegners nach Treu und Glauben verstehen durfte¹⁶.

Im praktischen Ergebnis erlaubt das Vertrauensprinzip dem Erklärungsempfänger, sich auf sein höchstpersönliches Verständnis der Vereinbarung zu berufen, falls dies nach den Umständen vertragsmassgeblich geworden ist¹⁷. Damit wird aber die traditionelle Vorstellung des *Konsenses* letztlich in Frage gestellt und als Fiktion erwiesen; massgeblich wird in Fällen der Anwendung des Vertrauensgrundsatzes ein einseitiger Vertragswille¹⁸.

¹⁴ Vgl. im übrigen unten Ziff. VII/1; zum Grundsätzlichen BUCHER, AcP 186, passim.

¹⁵ Wobei das Anspruchsniveau je nach dem Bildungsstand der Beteiligten verschieden anzusetzen ist.

¹⁶ Gerade in der Anwendung des Vertrauensgrundsatzes zeigt sich, dass die Auslegung des Vertrags im Grunde Ermittlung des Inhalts der rechtsgeschäftlichen Erklärung der einen Partei (sc. des Gegners der beweisbelasteten Partei) ist (oben Ziff. II/2); nur das Vertrauen der beweispflichtigen Partei, und nicht etwa das Vertrauen beider Parteien, wird geschützt.

¹⁷ Neuere, das Vertrauensprinzip berufende Judikatur: BGE 109 II 224, 406 E. 2b, 108 II 317, 107 II 163 E. 6b, 105 II 18 E. 3a, 101 II 331; ZR 81 (1982) Nr. 46 E. 4.

¹⁸ Näher ausgeführt bei BUCHER, AcP 186, p. 11 und passim. Auch im Prozess ist u. U. mehr das berechnete Vertragsverständnis der betreffenden Partei als ein objektiver Konsens Beweisthema.

IV. Einzelne Auslegungsgrundsätze

1. Allgemeines

Im Gegensatz zu OR und BGB enthalten zahlreiche Gesetzbücher spezielle Auslegungsregeln (z. B. fr. CC art. 1156-1164, it. CC art. 1131-1139). Die meisten dieser, auch bei uns verwendeten, Auslegungsregeln gehen auf das römische Recht zurück¹⁹.

In der Vergangenheit mag eine gewisse Rolle gespielt haben die sog. *Eindeutigkeitsregel* («in claris non fit interpretatio», sens-clair-Regel), derzufolge Auslegung nicht zulässig sein soll, wenn der Wortlaut der Erklärung/Vereinbarung eindeutig sei. Eine derartige Auffassung ist abzulehnen, kann sich doch aus sekundären Auslegungsmitteln ergeben, dass die Parteien - in Widerspruch zum Erklärten - einen anderen Erklärungs- bzw. Vertragswillen hatten²⁰. Allerdings ist derjenige, der einen vom Sinn des Vertragstextes abweichenden Vertragswillen behauptet, beweispflichtig²¹.

Die Auslegung *formbedürftiger* Geschäfte hat nach den gleichen Grundsätzen zu erfolgen wie diejenige formfreier. Eine Formvorschrift ist reines Gültigkeitserfordernis, antwortet auf die Frage, ob ein Vertrag zustande gekommen ist, hat jedoch mit dessen (erst nach Feststellung des Zustandekommens einsetzenden) Auslegung nichts zu tun und darf nicht zu deren Beschränkung führen: Auslegungs- und Formfrage sind auseinanderzuhalten²². Die sog. «Aedeutungstheorie», welche eine Auslegung bei formbedürftigen Geschäften nur dann zulässt, wenn der zu ermittelnde

¹⁹ Vgl. HONSELL, Römische Zivilrechtsdogmatik, recht 1987, Heft 2, p. 40.

²⁰ Als *primäres Auslegungsmittel* kann der Wortlaut gelten, bei dem es dann sein Bewenden hat, wenn er einerseits in sich einen eindeutigen Sinn hat, andererseits der strikte Nachweis nicht geführt werden kann, dass die Parteien etwas davon Abweichendes wollten. Zum Verhältnis des Textes einer Erklärung zu sonstigen bei der Ermittlung des Willens der Erklärenden in Betracht fallenden Gesichtspunkten (Vertragszweck, Vorgeschichte des Vertrages, Nebenumstände beim Vertragsschluss, Verhalten der Parteien nach Vertragsschluss und insbes. bei der Vertragsabwicklung) vgl. insbes. KRAMER, OR 18 N. 22-49; ZR 81/46 E. 4. - Die in BGE 99 II 285 E. II/1 proklamierte «*sens-clair-Regel*» wird in fraglichem Entscheid vom Bundesgericht selber nicht befolgt, sondern es sind, wie hier postuliert, «sekundäre» Gesichtspunkte als massgeblich berücksichtigt. Wohl häufig, wenn Gerichtsurteile sich auf dieses Prinzip berufen, liegt bloss eine die Begründung vereinfachende Formel vor, welche die Darlegung der Gründe erübrigen soll, weshalb andere Gesichtspunkte als die vom Gericht erwogenen unbeachtlich seien.

²¹ Vgl. DILCHER in Staudinger, Komm. BGB §§ 133 und 157, N. 18. - Zur Regel «*ambiguitas contra stipulatorem*» vgl. unten Ziff. 4.

²² Deshalb nicht zuhalten BGE 105 II 84, welcher diese Fragen vermischt und bei formbedürftigen Geschäften nur eine beschränkte Auslegung zulässt. Richtig allein, dass Formgültigkeit voraussetzt, dass bestimmte Inhalts-Elemente des Geschäfts in der Urkunde enthalten sein müssen (dazu oben § 11/II/2), was insofern eine Berücksichtigung urkundenfremder Elemente ausschliesst. - Kritisch auch JÄGGI/GAUCH OR 18 N. 479, KRAMER OR 18 N. 59.

Wille in der formgerechten Erklärung «angedeutet» ist, hat keine Grundlage und ist abzulehnen²³.

2. Massgeblicher Zeitpunkt

Massgeblich ist der Wille der Parteien *bei Vertragsschluss*, weshalb man vom Grundsatz der *Auslegung «ex tunc»* spricht. Auch die Erschliessung des Parteiwillens aus den Umständen erfolgt nach dem bei Vertragsschluss bestehenden Anschein und dem dazumaligen Wissensstand des Erklärungsempfängers²⁴; demgegenüber muss eine eigentliche *Füllung von Vertragslücken* aus der Sicht des Zeitpunktes des Prozesses erfolgen²⁵.

Diese Regel erfährt allerdings unter zwei Gesichtspunkten eine Einschränkung: Insbesondere bei *Dauerschuldverhältnissen* oder Verträgen, deren Abwicklung sich über längere Zeit erstreckt, kann man aus der Art der von den Parteien einvernehmlich getätigten Vertragsabwicklung einen Rückschluss auf die zugrunde liegende Vereinbarung ziehen, da die Vermutung besteht, dass die Parteien sich dem ursprünglichen Vertragsverständnis entsprechend verhalten haben²⁶.

Andererseits kann der Umstand, dass jemand eine bestimmte Art der Vertragsabwicklung seitens der Gegenpartei ohne Widerspruch hinnimmt, als Zustimmung gedeutet werden, die rechtlich als Vertragsänderung im Sinne der Vereinbarung der tatsächlich vorkommenden Vertragsabwicklung zu qualifizieren wäre und damit die Frage unbeachtlich werden liesse, ob ursprünglich etwas anderes vereinbart gewesen sei²⁷.

3. Relativer Vorrang von Urkunden und dgl.

In ursprünglichen Rechtsordnungen haben Urkunden absoluten Vorrang gegenüber anderen Mitteln des Beweises des Vertragsinhaltes. Diese Tradition lebt

²³ Vgl. auch JÄGGI/GAUCH OR 18 N. 479, KRAMER OR 18 N. 52.

²⁴ Soweit auf den *guten Glauben* des Vertragsschliessenden abgestellt wird (z. B. des Erwerbers im Sinne von ZGB 933, 934/II usw.), kommt es ebenfalls auf den Wissensstand im Zeitpunkt des Vertragsschlusses an; *mala fides superveniens non nocet*. Vgl. z. B. E. STARCK, ZGB 933 N. 79.

²⁵ So zutreffend SANDROCK, p. 124 ff. mit Beispielen aus der Rechtsprechung; noch allgemeiner FLUME, § 16/4d, p. 327, der generell «ergänzende Auslegung» *ex nunc* empfiehlt.

²⁶ In diese Richtungweisend etwa BGE 96 II 133 (jahrelange Bewirtschaftung des übernommenen Heimwesens nach Erbteilungsvertrag); 100 II 348 (Entgegennahme von Zinszahlungen aus Darlehensvertrag).

²⁷ Zum Beispiel BGE 90 II 104 ff. E. 8 sowie das Akzeptieren von Zins- und Kapitalzahlungen. Beispiele eines unzulässigen «*venire contra factum proprium*» bei MERZ, ZGB 2 N. 431 ff.

teilweise weiter in Ländern des romanischen wie des englischen Sprachbereichs²⁸. Im Gegensatz dazu ist heute im deutschen Sprachgebrauch, und nirgends so wie in der Schweiz, der *Grundsatz der freien Beweiswürdigung* verwirklicht. Diese fundamentale beweisrechtliche Regel wirkt auch zurück auf die Handhabung des materiellen Rechts. Bei der Auslegung von Verträgen werden neben Urkunden auch andere Elemente berücksichtigt (oben Ziff. 1), obwohl aus praktischen Gründen (insbes. Beweislast) Urkunden bei der Inhaltsermittlung einen praktischen Vorrang besitzen.

4. Auslegung gegen den Verfasser des Vertragstextes («in dubio contra stipulatorem»); «Unklarheitsregel»)

Eine Weiterführung desselben Grundgedankens ist die alte Regel, dass Verträge zum Nachteil derjenigen Partei auszulegen sind, welche deren Texte verfasst hat (so z. B. fr. CC art. 1162). Sie findet um so eher Anwendung, je komplizierter das Vertragswerk ist und je deutlicher es einseitig ausgearbeitet wurde, d. h. je weniger der Gegner Anlass oder Möglichkeit hatte, selber auf die Formulierung Einfluss zu nehmen, am allermeisten dort, wo der Vertragstext im Sinne allgemeiner Geschäftsbedingungen für eine Vielzahl gleichgearteter Fälle ausgearbeitet wird. Es soll diejenige Partei, welche die Möglichkeit gehabt hat, alle Formulierungen zu bedenken, aus Zweideutigkeiten keinen Nutzen ziehen können²⁹.

5. «in dubio mitius»

Die Auslegungsregel «in dubio mitius» («favor debitoris») entstammt der Lehre der Beweislast. Im Zweifel ist im Sinne derjenigen Vertragsauslegung zu entscheiden, welche für den durch die fragliche Klausel Verpflichteten eine geringere Belastung ergibt³⁰.

Der Gesetzgeber selber verwirklicht in einigen dispositiven Sonderanordnungen diesen Grundsatz: Vermutung gegen persönliche Leistungspflicht des Schuldners (OR 68), Vermutung für ein Wahlrecht des Schuldners (OR 72) und dafür, dass bei einer Konventionalstraf-Abrede die Strafe und die Erfüllung nur alternativ gefordert

²⁸ Es ist insbesondere die Tradition der «*Ordonnance de Moulins*» und des dadurch beeinflussten *Statute of Frauds*, vgl. hierzu § 11 Anm. 1 und 7.

²⁹ Vgl. deutsches AGB-Gesetz § 5 sowie oben § 10/XIV/4. - Ausführlich zur Unklarheitenregel JÄGGI, OR 1 N. 489; JÄGGI/GAUCH OR 18 N. 451 ff. Zur Bedeutung dieser Regel im römischen Recht vgl. HONSELL, recht 1987, Heft 2, p. 41; DERS. in FS Kaser (1986), 73 ff.; KRAMER OR 18 N. 48; VON BÜREN, p. 171 f.

³⁰ Vgl. dazu G./S., N. 899; zur Bedeutung dieser Regel aus dem Blickwinkel der Theorie des Vertragskonsenses vgl. oben § 10/II/2/b und Anm. 35, JÄGGI/GAUCH OR 18 N. 450; kritisch KRAMER, OR 18 N. 48.

werden können (OR 160/I); Vermutung, dass eine Abtretung zahlungshalber und nicht an Zahlungsstatt erfolgt (OR 172), dass der Abtretende keine Gewähr über den empfangenen Gegenwert hinaus übernehmen wolle (OR 173); Vermutung gegen die Verzinslichkeit des nichtkaufmännischen Darlehens (OR 313/I) usw.³¹.

6. Auslegung nach «Treu und Glauben»

Bereits das «Vertrauensprinzip» (oben Ziff. III) lässt sich in den Rahmen der Regel von ZGB 2 einordnen, wonach der Bürger in der Handhabung von Verträgen («der Ausübung seiner Rechte und der Erfüllung seiner Pflichten») nach «Treu und Glauben» zu verfahren habe. Daraus folgt weiterhin insbesondere, dass der Vertragspartner die Einzelbestimmungen des Vertrages so zu verstehen hat, dass sie sich in das «Vertragsganze» einordnen lassen und mit dem Vertragszweck (dem gemeinsamen Zweck beider Parteien oder dem von der Gegenseite erkannten und akzeptierten Zweck des einen Partners) vereinbart werden können.

Auslegung berührt sich mit der *richterlichen Ergänzung des Vertragsinhalts* (dazu unten Ziff. V), bei der insbesondere ähnliche wie die hier genannten Gesichtspunkte berücksichtigt werden müssen, wie auch die dort zu nennenden weiteren Gesichtspunkte sich teilweise auf die Vertragsauslegung übertragen lassen.

V. Vertragsergänzung

1. Funktion

Setzt die normative (objektive) Auslegung eine missverständliche oder unklare Vorstellung der Parteien über den Sinngehalt ihrer Vereinbarung voraus, so greift *ergänzende Auslegung* dann Platz, wenn die Parteien sich bei ihrer vertraglichen Vereinbarung über eine Regel, die zur Abwicklung des Vertrages notwendig ist, nicht geeinigt haben (der sog. *casus omissus*, analog der Gesetzeslücke). Es handelt sich dabei um Umstände, deren Regelungsbedürftigkeit die Parteien nicht bedacht haben oder beim Stand der (sich nachträglich verändernden) tatsächlichen Verhältnisse bei Vertragsschluss nicht erkennen konnten³².

³¹ Vereinzelt hat der Gesetzgeber - mit schlechtem Ergebnis, wie mir scheint - diese Regel ausser acht gelassen und eine Vermutung für die einschneidendere Lesart der Vertragsbindung statuiert: die Deutung einer bei Vertragsschluss geleisteten Anzahlung nicht als Reuegeld (OR 158/I) und die Vermutung, dass die Anzahlung zum Vertragspreis hinzutrete, nicht als Abschlagszahlung anzurechnen sei (OR 158/II). Dazu auch unten § 29.

³² Vgl. zur Frage auch FLUME, § 16/4/a, p. 322 f. und MEIER-HAYOZ, SJK 1134, p. 7.

Die ergänzende Auslegung kommt dann in Betracht, wenn sich die Parteien über die für ihren Vertrag notwendigen subjektiven und objektiven Bestandteile geeinigt haben³³. Sie muss aber auch Platz greifen, wenn dies nicht der Fall ist, die Parteien aber darin übereinstimmen, dass auf eine vollständige Abwicklung aus praktischen Gründen nicht verzichtet werden kann (so bei bereits teilweise erfüllten Verträgen, bei Dauerschuldverhältnissen)³⁴. Der Richter hat diesfalls - unerachtet des Umstandes, dass ein Konsens über essentialia im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht bestand - die fehlenden Vertragsbestimmungen zu setzen. Derartige Fälle berühren sich mit den sogenannten faktischen Vertragsverhältnissen (vgl. § 16).

Fehlende Parteivereinbarung wird insbesondere auch durch *dispositives Gesetzesrecht* ersetzt, dessen Funktion gerade darin besteht, eine Ordnung zur Verfügung zu stellen, die es den Parteien erübrigt, Einzelheiten und Eventualitäten zu regeln. Nicht von Lückenfüllung spricht man hier, weil die dispositiven Regeln als Vertragsinhalt im weiteren Sinn betrachtet werden können (oben Ziff. I/2, insbes. 2d).

2. Methodische Richtlinien

Da ein Text oder eine explizite Abmachung über die zu ergänzende Regel gerade fehlen, hat der Richter vom bereits Vereinbarten aus, unter Berücksichtigung der Interessen der Parteien, des Gesamtzusammenhanges und des Vertragszweckes zu rekonstruieren, was die Parteien - bei Kenntnis der Unvollständigkeit ihres Vertrages - angesichts der Umstände im Zeitpunkt des Vertragsschlusses für eine Vereinbarung getroffen hätten. Nach verbreiteter Auffassung handelt es sich bei der ergänzenden Auslegung (Ausfüllen einer Lücke) um ein «sinngemäßes Fortdenken» (nach objektiven Kriterien) über den eigentlichen Wortsinn der Vereinbarung hinaus³⁵. Die Möglichkeit zur Lückenfüllung, sei es aus dem Rechtsgeschäft selber oder in Anwendung von ergänzenden Rechtsnormen des dispositiven Rechts oder der Verkehrssitte, ergibt sich nach dieser Auffassung aus einem möglichen «Sinnüberschuss» des Vertrages; für den Interpreten werden durch die Auslegung mehr Inhaltsgehalte ermittelt, als die Parteien selber gesehen haben³⁶. Es soll indessen nicht

³³ Vgl. zum Begriff der «essentialia negotii» bzw. zum Bereich notwendigen Konsenses oben § 10/II/2, 3.

³⁴ In BGE 100 II 330 bezieht sich die richterliche Vertragsergänzung auf ein Essentiale des Vertrages (Höhe Mietzins); die Kritik hiezu (MERZ, ZBJV 112 [1976], p. 99 und JEANPRÊTRE, in JdT 1975, p. 611 ff.) greift m. E. nicht durch. Vgl. im übrigen auch KRAMER, OR 18 N. 248.

³⁵ Befürwortet wird diese Methode von LARENZ, Methodenlehre, p. 287, DERS. NJW 16 (1963), p. 737/739; MEIER-HAYOZ, SJK 1134, p. 8; dieser Methode gleichgesetzt wird häufig die Annahme eines hypothetischen Willens als normatives Kriterium, so von DESCHENAUX, SPR II, p. 172; FLUME, § 16/4a, p. 322. Zur Kontroverse über die richtige Methode hält MERZ in Komm. ZGB 2 N. 154 fest, das Ergebnis resultiere aus Objektivierung und Individualisierung, da beide Methoden der Auslegung zugrunde gelegt würden.

³⁶ Der Begriff des «Sinnüberschusses» als Diskrepanz zwischen Sinngehalt und Sinnform entstammt der *Hermeneutik*; vgl. dazu BETTI, Allgemeine Auslegungslehre ..., p. 281; zum Problem auch COING, p. 24; LARENZ, Methodenlehre, p. 287.

übersehen werden, dass praktisch der Richter selbst dann, wenn er die getroffene vertragsergänzende Regelung als dem hypothetischen Willen der Parteien entsprechend ausgibt, meist nichts anderes anordnen wird, als was er als objektiv sinnvolle Lösung betrachtet, von der er annimmt, dass sie anständige und vernünftige Leute (nicht unbedingt die Parteien des Vertrages) billigerweise vereinbaren würden.

Auslegung und Lückenfüllung von Verträgen lassen sich praktisch oft kaum auseinanderhalten, weil sich nur selten ohne Künstlichkeit entscheiden lässt, ob die Parteien eine unklare oder aber gar keine Regelung vereinbart haben. Auch das zu befolgende Vorgehen ist ähnlich, muss doch bei der Lückenfüllung, falls überhaupt erkennbar, so entschieden werden, wie die beteiligten Parteien in Kenntnis der Regelungsbedürftigkeit statuiert hätten³⁷.

VI. Die Bedeutung der «Verkehrssitte»

Unter Verkehrssitte³⁸, die als allgemeiner Begriff auch Übung, Ortsgebrauch und Handelsbräuche umfasst³⁹, versteht man eine im rechtsgeschäftlichen Verkehr regelmässig und allgemein befolgte gleichartige Verhaltensweise oder Sprachregelung.

Die Verkehrssitte kann kraft *gesetzlicher Verweisung* (z. B. in OR 81/I, 112/II, 124/III, 189/I, 314/I⁴⁰) mittelbares Gesetzesrecht werden, das als solches unabhängig von Kenntnis oder rechtsgeschäftlichem Willen der Parteien Geltung hat⁴¹. Ohne Verweisung beruht die Beachtlichkeit der Verkehrssitte (insbesondere der Handelsusancen)

³⁷ Auch wenn der Richter, über Auslegung des Vertrages hinausgehend, einen Vertragsinhalt schafft, sollte darin keine Lückenfüllung i. S. von ZGB 1/II erblickt werden: Der Richter ergänzt nur den ihm unterbreiteten Vertrag, und dies ohne präjudizielle Bedeutung für andere Fälle. Von Füllung einer Gesetzeslücke (sc. des dispositiven Rechts) kann nur soweit gesprochen werden, als der Richter von den Umständen des vorliegenden Falles abstrahiert, was nur ausnahmsweise sachgerecht ist. Ähnlich wie hier KRAMER, OR 18 N. 227-229; vgl. auch, für den besonders wichtigen Fall der *Innominatkontrakte*, OR/BT § 2/II, III. - A. M. PIOTET, ZSR 80/1961, Bd. 2, p. 376-401, bes. p. 393.

³⁸ Vgl. zu diesem Begriff etwa LIVER, ZGB 5 N. 67 ff.; DESCHENAUX, SPR II, p. 46 ff., 170, 173; MERZ, ZGB 2 N. 139 ff.

³⁹ Ortsgebrauch bezieht sich auf ein beschränktes Gebiet, Handelsbrauch (Usanz) auf einen bestimmten Kreis des Verkehrslebens; zur Abgrenzung vgl. DESCHENAUX, SPR II, p. 46/47 m. w. H.

⁴⁰ In den genannten Beispielen spricht der Gesetzgeber von «Übung» oder «üblich». In OR 124/III wird auf die «besonderen Übungen des kaufmännischen Kontokorrentverkehrs» verwiesen.

⁴¹ LIVER, ZGB 5 N. 73; v. T./P., § 1/IV, p. 6/7; MERZ SPR VI/1, 44; KRAMER OR 18 N. 242, BGE 94 II 159, 91 II 359.

dagegen nur auf dem rechtsgeschäftlichen Willen, d. h. der expliziten oder stillschweigenden Aufnahme als Vertragsinhalt durch die Parteien⁴².

Im Rahmen der *Vertragsauslegung* ist die Berücksichtigung einer bestehenden Verkehrssitte nach dem *Vertrauensprinzip* gefordert: Wer nicht auf einer ausdrücklichen, von der Übung abweichenden Vertragsregelung besteht, erweckt den Anschein, auch er wolle sich dem Gebräuchlichen unterwerfen, bei welchem Anschein er zu behaften ist⁴³.

Bei der *Vertragsergänzung* (oben Ziff. V) spielt die *Verkehrssitte* i. S. des von *jedermann* Geübten eine besonders wichtige Rolle, da sie die Vermutung für sich hat, gerecht und billig zu sein oder jedenfalls den Bedürfnissen und Anschauungen des Publikums zu entsprechen; Grund genug, darauf vertragsergänzend abzustellen⁴⁴, auch wenn die Übung den Parteien nicht bekannt war⁴⁵.

VII. Prozessuales

Literatur

M. KUMMER, Komm. ZGB 8; DERS., Grundriss des Zivilprozessrechts, 4. A., Bern 1984, § 29, p. 137 ff.; M. GOLDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 1979, p. 325 ff.; DERS., Beweiswürdigung und Beweislast nach schweizerischem Zivilprozessrecht, Zürich 1955; H. DESCHENAUX, Schweizerisches Privatrecht II, §§ 22/23; DERS., La distinction du fait et du droit dans les procédures de recours du Tribunal fédéral, Fribourg 1948; W. BIRCHMEIER, Bundesrechtspflege, Komm. OG, Bem. zu Art. 43 und 63; P. JÄGGLI, OR 1 N. 211 ff.; W. A. SCHEUERLE, Beiträge zum Problem der Trennung von Tat- und Rechtsfrage, in AcP 157 (1958/59), p. 1 ff.; O. VOGEL, Grundriss des Zivilprozessrechts, Bern 1984, Kap. 10, § 42.

⁴² Zum streitigen Norm- oder Vertragscharakter der Verkehrssitte vgl. v. BÜREN, p. 170; MEIER-HAYOZ, SJK 1134, p. 6; a. A. MERZ, ZGB 2 N. 140 ff.; DESCHENAUX, SPR II, p. 46 Anm. 2 m. H. auf die Rechtsprechung, p. 173 Anm. 47; LIVER, ZGB 5 N. 74; für das deutsche Recht z. B. LARENZ, Allg. Teil, § 1/I, p. 12, § 19/II, p. 333 f. m. w. H.; FLUME, § 16/3d, p. 312 f.; MERZ, SPR VI/44 f.; KRAMER, OR 18 N. 243, BGE 94 II 159, 91 II 359.

⁴³ Vgl. auch MEIER-HAYOZ, SJK 1134, p. 6 mit Hinweis auf die gesetzliche Regelung im französischen und italienischen Recht; fr. CC art. 1159/1160 und it. CC art. 1340/1368/1374; KRAMER, OR 18 N. 29 ff.

⁴⁴ Die sich aufdrängende Berücksichtigung der Verkehrssitte macht besonders deutlich, dass Vertragsauslegung und Vertragsergänzung ineinander übergehen; ob man das Abstellen auf die Verkehrssitte mit der Annahme begründet, diese habe die Vermutung des von den Parteien Gewollten für sich (Auslegung) oder sie sei als billige Ordnung an die Stelle der fehlenden Parteiabrede zu setzen (Ergänzung), immer liegt der gleiche Vorgang zugrunde.

⁴⁵ Anders vielleicht bei *Usanzen* und sonstigen auf bestimmte Geschäftsbereiche beschränkten *Handelsbräuchen*, die evtl. durch historische Zufälligkeiten bestimmt sein mögen und dem Aussenstehenden nicht entgeggehalten werden dürfen.

1. Beweisführung

Jede Partei hat diejenigen Bestandteile des Vertrages zu beweisen, aus denen sie selber ihre Ansprüche oder Verteidigungsmittel ableitet⁴⁶; der Vertragskonsens als Ganzes ist, wenn die Parteien übereinstimmend den Vertrag als gültig betrachten, nicht beweisbedürftig⁴⁷.

Gegenstand des Beweises ist in der Regel der Inhalt der vertragsbildenden rechtsgeschäftlichen Erklärung des durch diese Erklärung *Belasteten* (d. h. des Gegners der beweispflichtigen Partei), während die zustimmende Willenserklärung der Gegenseite, die aus dieser Erklärung ihre Rechte ableitet, meist als selbstverständlich erscheint⁴⁸. Das Bestreiten der Geltung einer Vertragsbestimmung seitens der belasteten Partei wird in aller Regel in dem Vorbringen bestehen, sie ihrerseits habe dieser nicht zugestimmt, so dass daraus keine Beweispflicht hinsichtlich der Zustimmung des Beweisführenden entsteht. Mehr der Vollständigkeit halber ist hier festzuhalten, dass allerdings auch die umgekehrte Bestreitung möglich wäre, man habe selber der behaupteten Vertragsregelung zugestimmt, diese sei jedoch von der Gegenpartei nicht gewollt gewesen⁴⁹.

Misslingt der beweisbelasteten Partei der Nachweis, dass die behauptete vertragliche Abmachung zustande gekommen ist, wird in der Regel die Klage hinsichtlich des darauf gestützten Anspruchs abzuweisen sein. Ein bloss teilweises Unterliegen ist indessen denkbar bei Ansprüchen, die quantitativer Abstufung zugänglich sind, wie besonders bei Preisabsprachen: Behauptet der Verkäufer einen Preis von zehn, der Käufer einen solchen von fünf, ist der Nachweis eines Preiszugeständnisses von acht seitens des Käufers denkbar, was zu einer Teilgutheissung der Klage auf Kaufpreiszahlung führen muss⁵⁰.

Mit diesem Gesichtspunkt ist verwandt der *Auslegungsgrundsatz* «*in dubio mitius*», d. h. die Regel, dass im Zweifel diejenige Vertragsauslegung bevorzugt

⁴⁶ Der von den Parteien zu leistende Beweis (und die Folgen der Beweislosigkeit) bezieht sich nur auf *Tatfragen*, nicht *Rechtsfragen* («*iura novit curia*»); Gesetzesauslegung ist nie nach Beweisregeln vorzunehmen. Zur Abgrenzung von Tat- und Rechtsfragen bei der Vertragsauslegung vgl. unten Ziff. 2.

⁴⁷ Vgl. oben Ziff. II/1 und Anm. 6, wo gezeigt wird, dass nicht ein losgelöst von Parteierklärungen verstandener «objektiver» Vertragsinhalt, sondern von einer Partei ausgehende rechtsgeschäftliche Erklärungen Gegenstand des Beweises und der «Auslegung» sind.

⁴⁸ Vgl. oben Ziff. II/2.

⁴⁹ Die fragliche Vereinbarung ist dann nicht zustande gekommen, wenn der zustimmende Wille der Parteien nie gleichzeitig bestand und erklärt worden ist, wenn also der heute sich auf diese Vertragsregelung berufende Partner diese erst gewollt hat, nachdem der Gegner seinen früheren dahingehenden Vertragswillen aufgegeben hatte.

⁵⁰ Ebenso müsste im Falle des Misslingens jedes Beweises auf entsprechenden Antrag des Verkäufers die Klage wenigstens im Umfang der vom Käufer zugestandenen fünf gutgeheissen werden; der Richter darf nicht, gestützt auf die Beweislosigkeit des Vertragsbestandteiles «Preis», die Klage überhaupt abweisen (was festzustellen Hauptanliegen der oben bei und in Anm. 6 vertretenen Auffassung ist).

werde, welche, für den durch die fragliche Klausel Verpflichteten, eine geringere Belastung ergebe; vgl. dazu oben Ziff. IV/5.

2. Überprüfung der Vertragsauslegung durch das Bundesgericht

Mit der Berufung an das Bundesgericht kann nur die Verletzung von Bundesrecht (d. h. die unrichtige Beantwortung von Rechtsfragen), nicht jedoch unrichtige Tatsachenfeststellung (unrichtige Beantwortung von Tatfragen) durch die Vorinstanz gerügt werden⁵¹.

Man könnte die Auslegung von Verträgen als Ermittlung des Inhalts des Parteiwillens bei Vertragsschluss und damit als Tatsachenfeststellung verstehen, der gegenüber nur die Vertragsergänzung, als über die Feststellung des Parteiwillens hinausgehende Rechtsgestaltung, ein Akt der Rechtsanwendung wäre. Da indessen die Abgrenzung zwischen Auslegung und Ergänzung von Verträgen fließend ist und die Auffassung, dass Vertragsauslegung Ermittlung eines historischen Parteiwillens sei, teilweise fiktiven Charakter hat⁵², wäre die Beschränkung der Kognition des Bundesgerichts auf Vertragsergänzung nicht sachgerecht. Die feststehende Praxis geht denn auch dahin, dass das Bundesgericht die Vertragsauslegung überprüft, dies unter Einschluss der Frage, welche Bedeutung einer bestimmten Willenserklärung (z. B. nach dem Vertrauensprinzip) zukomme. Umgekehrt werden nicht überprüft Feststellungen kantonaler Gerichte hinsichtlich tatsächlicher Verhältnisse unter Einschluss von konkreten Feststellungen betreffend den Willen der Parteien⁵³.

⁵¹ OG 43/I. Gemäss Abs. III dieses Artikels sind «Feststellungen über tatsächliche Verhältnisse» keine Verletzung von Bundesrecht, «es wäre denn, dass sie unter Verletzung bundesrechtlicher Beweisvorschriften zustande gekommen sind». Die Beweiswürdigung durch kantonale Instanzen kann daher vor Bundesgericht nicht angefochten werden.

⁵² Vgl. dazu oben Ziff. V/2, VI.

⁵³ Vgl. dazu BGE 99 II 285 E. 2, 96 II 149 und 333 (mit zahlreichen Hinweisen), weiterhin 102 II 251, 100 II 149, 98 II 86, 330, 95 II 549, 105 II 18, 107 II 418 E. 6, 107 II 476.