

§ 1 EINLEITUNG: DER BESONDERE TEIL IM ALLGEMEINEN - GRUNDSÄTZLICHES

I. Gegenstand und Aufbau des vorliegenden Grundrisses

- 1) Der vorliegende Grundriss stellt die zweite Abteilung des OR "Die einzelnen Vertragsverhältnisse" (OR 184-551) dar, meist und auch hier "Besonderer Teil" / "BT" (sc. des OR) genannt. Dabei werden zwei Auslassungen gemacht, die auch im Unterricht traditionell sind: Das Arbeitsvertragsrecht (10. Titel, OR 319-362), das zusammen mit der arbeitsrechtlichen Sondergesetzgebung darzustellen ist, sodann die "Einfache Gesellschaft" (23. Titel, OR 530-551), die im Handelsrecht i.d.R. bleibt und dort zusammen mit den handelsrechtlichen Personengesellschaften (Kollektiv- und Kommanditgesellschaft) Behandlung findet.
- 2) Der Aufbau hält sich weitgehend an jenen des Gesetzes, womit die Orientierung erleichtert werden soll. In untergeordneten Bereichen wird abgewichen: Kommission und Frachtvertrag sind, da ebenfalls dem Auftragsrecht unterstellt, mit Mäklervertrag usw. in § 12 zusammengefasst, umgekehrt werden Kreditbrief/Akkreditiv und Kreditauftrag in den Zusammenhang der Anweisung gestellt (§ 15). Prokura und Handlungsvollmacht stehen am Schluss (§ 20).

II. Zur Thematik des "Besonderen Teils"

1. Inhalt

Geregelt werden die "Einzelnen Vertragsverhältnisse" (vgl. dazu auch Zif. III). Aber nicht alle Titel betreffen Verträge: Prokura und Handlungsvollmacht (17. Titel) sind keine Vertragsverhältnisse, sondern werden durch einseitige Rechtsgeschäfte begründet. Ähnlich auch die Anweisung (18. Titel), während die Geschäftsführung ohne Auftrag (14. Titel) überhaupt nicht auf Rechtsgeschäft beruht, sondern ein Schuldverhältnis "ex lege" darstellt. Diese Dinge hätten im "Allgemeinen Teil" ("AT") ihren systematisch am besten einleuchtenden Platz gefunden, wurden vom Gesetzgeber aber aus Gründen äusserlicher Affinität (hauptsächlich zum Auftragsrecht) in den Besonderen Teil versetzt.

EXKURS: Das deutsche BGB hat ebenfalls seinen "Besonderen Teil" (sc. des Schuldrechts; BGB §§ 433-853, 7. Abschnitt des Schuldrechts), der jedoch, eine Abstraktionsstufe höher, "Einzelne Schuldverhältnisse" heisst, nicht auf Vertragsverhältnisse beschränkt bleibt und insbesondere auch Ungerechtfertigte Bereicherung (BGB §§ 812-822) und Unerlaubte Handlungen (BGB §§ 823-853) erfasst. Die Anordnung der Vertragstypen stimmt in allen wesentlichen Punkten mit dem OR überein.

2. Aufbau des "besonderen Teils"

Die Anordnung der Vertragstypen geht auf das aOR (Munzinger, Entwurf 1870/71) zurück, das diesbezüglich auch das BGB beeinflusst hat. Es lassen sich folgende Ordnungsprinzipien erkennen:

- Sachübertragung: einerseits Umsatzgeschäfte mit Ziel des Eigentumsübergangs (Kauf/Tausch, Schenkung; 6. und 7. Titel); andererseits die Sachüberlassung auf Zeit (Miete/Pacht, Leihe; 8. und 9. Titel);
- Erfolgswirkung: Werkvertrag (11. Titel);

- Arbeitsleistungen: Arbeitsvertrag, Auftrag sowie Unterauftragsverhältnisse, Geschäftsführung ohne Auftrag und Kommission (10. und 13. - 15. Titel).

Der Verlagsvertrag (12. Titel, im Schuldrecht des BGB nicht geregelt, der Frachtvertrag (16. Titel) oder der Hinterlegungsvertrag (19. Titel) stehen zwischen Erfolgs- und Arbeitsleistungsvertrag zwischendrin.

Spiel und Wette sowie Leibrentenvertrag und Verpfändung (21. und 22. Titel) sind als aleatorische Verträge zusammengefasst (alea = Würfel; vgl. "Glücksverträge", des ABGB, §§ 1267 ff.); die Annäherung der Bürgschaft (20. Titel) ist einleuchtend.

3. Sonder-Vertragsrecht

Vertragsrechtliche Regeln finden sich auch ausserhalb des BT in Spezialgesetzen; wichtigstes ist das BG über den Versicherungsvertrag, VVG (1910).

III. Verhältnis "Allgemeiner Teil" - "Besonderer Teil"

1. Ausgangslage

Das schweizerische Obligationenrecht ist - wie alle modernen Privatrechtsordnungen - vom Grundsatz der Vertragsfreiheit beherrscht; diese bedeutet vor allem, dass Verträge nicht bloss im Rahmen eines Kontraktsystems/Typenkatalogs einzelner Vertragsarten gültig sind, sondern jeden beliebigen (rechtmässigen und sittengemässen) Inhalt annehmen können. So gesehen erscheint der BT als gegenstandslos. Aber die praktische Nützlichkeit der dort aufgestellten Regeln, die gewissermassen die Lebenserfahrung von zwei Jahrtausenden repräsentieren, ist evident.

2. Geschichtlicher Hintergrund

Der Gegensatz zwischen der Vertragsfreiheit, wie im Allgemeinen Teil (AT) repräsentiert, und den einzelnen Vertragstypen des BT, geht auf die Verschiedenheit deren historischen Ursprungs zurück: Die einzelnen Verträge des BT führen die romanistische Tradition weiter und beruhen auf dem römischen Kontraktssystem; die Merkmale und die Ausgestaltung der einzelnen Typen ist oft bis in Einzelheiten hinein erhalten. Umgekehrt ist das allgemeine Vertragsrecht und der Grundsatz der rechtlichen Geltung jedweder vertraglichen Vereinbarung ("pacta sunt servanda") eine moderne Entwicklung, die in der Naturrechtslehre der Aufklärungsphilosophie wurzelt. Der AT ist dem BT logisch vorgeordnet, der BT geht dem AT historisch weit voraus.

NOTA: Das logisch übergeordnete Allgemeine (in casu: Vertragsfreiheit und die auf alle Verträge bezüglichen Regeln) entwickelt sich historisch später als das Besondere; Fortschreiten vom Besonderen zum Allgemeinen (Abstraktion). Praktische Folgerung für die Rechtsinhaltsermittlung: Der BT ist aufgrund seiner Herkunft aus dem römischen Recht mit Blick auf die romanistische Tradition zu deuten, während umgekehrt im AT die Rechtstheorie der Aufklärungszeit wichtig ist, wo z.B. die Vorstellung des Vertrags als solche, die Konsenslehre oder die Stellvertretung nicht ohne die voluntaristischen Theorien von Grotius und dessen Nachfolger erfasst werden kann.

3. Grundsatz der kumulativen Anwendung

Grundsätzlich sind auf den konkreten Sachverhalt AT und BT gleichzeitig gleichermaßen anwendbar. Im Falle eines Widerspruchs der sich aus Allgemeinem und Besonderem Teil ergebenden Lösungen muss diejenige des Besonderen Teils als *lex specialis* der allgemeinen Regel vorgehen (bei der umgekehrten Lösung würde für die Spezialnorm kein Anwendungsbereich verbleiben, diese damit sinnlos sein). Beispiele: OR 210 (Verjährung der Käuferansprüche) schliesst OR 127 ff. aus; OR 399/II (Haftung des einen Substituten betrauenden Beauftragten) hätte keinen Sinn, wenn dadurch nicht die Regel der Haftung für Hilfspersonen, OR 101, ausgeschlossen würde; unten § 12/VI/6 b). - Nicht eindeutig ist die Antwort dann, wenn die im AT und BT zur Verfügung gestellten Rechtsbehelfe an sich nebeneinander bestehen können (Beispiel: Gewährleistung des Verkäufers; schliessen die kaufrechtlichen Behelfe z.B. die Irrtumsanfechtung nach OR 23 ff., oder Schadenersatzansprüche nach OR 97 aus? Dazu § 4/VII/3, § 4/VIII); hier ist eine wertende Entscheidung nicht zu umgehen. Zu beachten ist, dass insgesamt AT und BT auf andere Fragen ausgerichtet sind: Nichterfüllung oder verspätete Erfüllung wird zur Hauptsache vom AT (OR 97 ff.) geregelt, während die Folgen mangelhafter Erfüllung primär im BT geregelt sind. Bei Kauf und Werkvertrag ist daher grundsätzlich vor Ablieferung des Leistungsgegenstandes der AT, nachher der BT massgebend.

IV. Spannungsverhältnis Vertragsfreiheit - Vertragstypen: praktische Folgerungen

1. Vertragsfreiheit im allgemeinen

Der beherrschende Grundsatz der Vertragsfreiheit (oben § 1/III) bedeutet im einzelnen (nach OR/AT § 9/II): 1. Abschlussfreiheit, 2. Freiheit der Partnerwahl, 3. Freiheit, einen geschlossenen Vertrag wieder aufzuheben oder zu ändern, 4. Freiheit inhaltlicher Gestaltung, 5. Typenfreiheit, 6. Entbehrlichkeit der Angabe eines Verpflichtungsgrundes, 7. Freiheit der Bestimmung der Bindungswirkungen und 8. Freiheit der Bestimmung der Nichterfüllungsfolgen. - Im folgenden geht es nur um die Typenfreiheit.

2. Vertragstypenfreiheit und deren Auswirkung auf das Verständnis der gesetzlichen Vertragstypen

a) Typenfreiheit im allgemeinen

In vorliegendem Zusammenhang ist von besonderer Bedeutung die Typenfreiheit als Möglichkeit der Parteien, Verträge zu schliessen, die ausserhalb der gesetzlich vorgesehenen Typen liegen; daraus ergeben sich für die Theorie dieser Vertragstypen eine Reihe von Folgerungen (lit. b, c).

NOTA: Typenzwang besteht heute noch im Sachenrecht und im Recht der juristischen Personen und der Personengesellschaften (numerus clausus der möglichen Rechte an Sachen und der verfügbaren Formen von Gesellschaften bzw. juristischen Personen). Ähnlich sodann im Handelsrecht die durch Sondergesetze gewährleisteten Immaterialgüterrechte.

b) "Aufweichung" der Typen; Typenabweichungen und Mischformen möglich

Der Uebergang vom früher herrschenden Typenzwang zur Typenfreiheit verändert den Charakter der Typen selber: Diese sind nicht mehr verbindliche und feste Grössen; möglich werden nicht bloss völlig freie Neubildungen, sondern insbesondere

auch Abweichungen von gesetzlichen Typen oder deren Verbindung. Die Frage, ob ein konkreter Vertrag die sem oder jenem Typus zuzuordnen sei (z.B. ob Kaufvertrag, Werkvertrag vorliege), ist möglicherweise nicht mit ja/nein zu beantworten; denkbar ist fallweise auch das Resultat, dass eine atypische Variante oder Zwischenform vorliegt, bei der zu prüfen ist, ob die für einen bestimmten Typus herrschende einzelne Anordnung des Gesetzgebers den konkreten Verhältnissen gerecht wird oder nicht (und verneinendenfalls keine Anwendung erheischt). Wissenschaft und Praxis haben nicht immer die aus der durch die Vertragsfreiheit bedingte "Oeffnung des Systems" sich ergebenden Konsequenzen gezogen; Aufgabe der Zukunft ist es, das juristische Denken aus der "Typenbefangenheit" zu befreien. Dazu weiter auch unten Zif. V.

c) Typenfreiheit und zwingendes Gesetzesrecht

Sind die Parteien nicht gehalten, ihre Verträge bestimmten Vertragstypen unterzuordnen, sind die Möglichkeiten des Gesetzgebers, durch zwingendes Gesetzesrecht gegen den eventuellen Willen der Parteien bestimmte Vertragswirkungen zu statuieren, beschränkt; im hier zu behandelnden "besonderen Vertragsrecht" wird das Feld vom dispositiven Recht beherrscht.

Sobald der Gesetzgeber im Bereich des "Besonderen Teils" zwingende Vorschriften erlassen will, ist deren Anwendungsbereich zwangsläufig auf einen bestimmten Sachbereich, dh. auf einen bestimmten Vertragstypus beschränkt. Der Gesetzgeber muss immer dann einen bestimmten Vertragstypus definieren, wenn er Formvorschriften aufstellt (Grundstückkauf, Bürgschaft usw.); innerhalb des Systems der Formfreiheit der Verträge bedeutet die Bestimmung des Anwendungsbereiches der Formvorschriften Definieren eines Vertragstypus. Damit taucht unvermeidlich das Gespenst der Typenabgrenzung doch wieder auf; daher die schwierigen Abgrenzungsprobleme bei der Bürgschaft, aber auch bei Auftrag (OR 404 und dazu unten § 12/V/1) oder Schenkung und anderen Vertragstypen.

Methodisch zweckmässiger als nach heute herrschender Praxis sollte aber auch hier (besonders, wenn lediglich zwingende Normen "punktuellder" Art vorliegen und nicht, wie bei der Bürgschaft, ein ganzer Vertragstypus von Formvorschriften und zwingendem Recht dominiert wird) nicht generell-abstrakt die Zuordnung des zu beurteilenden Vertrages zum fraglichen gesetzlichen Typus entscheiden, sondern vielmehr gefragt werden, ob vom Schutzzweck der fraglichen zwingenden Norm aus betrachtet diese im konkreten Fall Anwendung erfordere oder nicht. Im Zusammenhang des Widerrufsrechts im Auftrag gemäss OR 404 ist es z.B. üblich zu fragen: liegt Auftrag vor? (wobei bejahendenfalls OR 404 anzuwenden ist), während es im Falle eigentlicher Abgrenzungsprobleme sachgerechter und problembezogener erschiene zu fragen: erfordert der von OR 404 verfolgte Schutzzweck Anwendung auf den konkreten Vertrag oder nicht (vgl. dazu unten § 12/V/1 in fine).

3. EXKURS I: Das Kontraktsystem des römischen Rechtes

Im römischen Recht keine Typenfreiheit (oben Zif. III/2), sondern Typenzwang. "Pactum" (Gegensatz zu contractus) ist Abmachung, die nicht ins Kontraktsystem passt und deshalb nur beschränkt geschützt wird. "Pacta sunt servanda" setzt sich erst im Naturrecht der Aufklärung ganz durch. Vgl. auch Dig. 2, 14, 7, 4: Nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem.

Einteilung nach Art der Entstehung (re - verbis - litteris - consensu):

a) Consensual-Kontrakte

entstehen wie im heutigen Recht durch blossen Konsens. Im klassischen römischen Recht nur Kauf (emptio venditio, nota = Kauf ursprünglich notwendig Handgeschäft mit realem Element; Kreditkauf und Vertrag über künftige Lieferung, insbes. Gattungskauf, erst später), Miete (locatio conductio), Gesellschaftsvertrag (societas) und Auftrag (mandatum). Heute praktisch nur noch Konsensualverträge (ev. ergänzt durch Formvorschriften).

b) Realkontrakte

Zum Konsens muss als zusätzliches Element die "res" (Sache), dh. deren Uebergabe an den Vertragspartner, treten. In Rom Darlehen (mutuum), Gebrauchsleihe (commodatum), Hinterlegungsvertrag (depositum), Pfandbestellungsvertrag (pignus).

c) Literalkontrakted) Verbalkontrakte

Vertrag setzt neben Konsens einen formellen Wortwechsel (Stipulation) voraus. Später wird Quittung über die Stipulation ausgestellt. Historischer Ursprung der abstrakten Schuldverpflichtung.

4. EXKURS II: Veränderte Bedeutung der Elemente "essentialia - naturalia - accidentalia negotii" (dazu auch OR/AT § 10/II)

a) Die gemeinrechtliche Doktrin (vgl. etwa Puchta, Pandekten § 58; Windscheid, Pandekten I § 85 A. 1; Regelsberger, Pandekten § 165) unterschied zwischen essentialia, naturalia und accidentalialia negotii:

- Die essentialia negotii sind jene Elemente des Vertragskonsenses, die einerseits die Zuordnung zu einem bestimmten Kontraktstypus ermöglichen, andererseits das Minimum eines vertraglichen Regelungswillens darstellen (z.B. beim Kauf die Bestimmung von Kaufgegenstand und Preis sowie - in der Doktrin oft übersehen - des herbeizuführenden Eigentumsübergangs.)
- Die naturalia negotii sind für den von den Parteien gewählten (durch die essentialia determinierten) Vertragstypus charakteristisch und können daher als Ergänzung der Parteiabrede betrachtet werden; als naturalia gelten die Punkte, die von den Parteien, weil der Natur des von ihnen geschlossenen Geschäftes gemäss, gewissermassen stillschweigend mitverabredet sind (z.B. beim Kauf die Gefahrtragung durch den Käufer oder die Zug-um-Zug-Abwicklung). Die naturalia sind in der Pandektistik durch die Rechtstradition bestimmt; im kodifizierten Recht entsprechen sie dem dispositiven Gesetzesrecht.
- Die accidentalialia negotii sind demgegenüber die von den Parteien frei verabredeten Zusatzabsprachen unter Einschluss der von ihnen gewollten Abweichungen von den naturalia bzw. dem dispositiven Recht.

Die essentialia und die accidentalialia werden von den Parteien ausdrücklich gewollt, die naturalia sind dagegen die von Rechtstradition bzw. vom Gesetz bestimmten automatischen zusätzlichen Wirkungen des von den Parteien geschlossenen Vertrages.

b) Im heutigen System der Typenfreiheit sind die essentialia negotii nicht mehr die Typenzuordnung ermöglichenden Konsenselemente, sondern sie werden als Minimum dessen verstanden, worüber sich die Parteien einigen müssen, damit überhaupt hinreichende Bestimmung des Bindungswillens angenommen werden kann (z.B. bei

Kauf: Einigung über Kaufgegenstand, Preis und herbeizuführenden Eigentumsübergang). Die naturalia negotii sind in Fällen von Typenabweichungen und Mischformen nicht mehr eindeutig zu bestimmen, sondern nur wertend zu ermitteln; bei Verträgen ohne jede Typenzuordnung fehlen sie, wenigstens im Bereich des Gesetzesrechts, überhaupt. Vgl. im übrigen die Bemerkungen zu den Innominatkontrakten, unten § 2/I und OR/AT § 10/II.

V. Methodisches im Falle von Typenabweichung und Typenvermischung

1. Tatbestandsgruppen

Im Rahmen der Vertragsfreiheit sind die verschiedensten Erscheinungen denkbar; das Aufstellen eines geschlossenen Systems ist nicht möglich. Es mögen etwa die folgenden Fallgruppen unterschieden werden, innerhalb derer sich typische (dh. einem gesetzlichen Vertragstypus zuzuordnende) Elemente mit typusfremden mischen ("Mischverträge"):

- a) Typischer Vertrag mit atypischer Komponente (Der Lieferant/Verkäufer einer Produktionsanlage verpflichtet sich, während einer ersten Periode diese in eigener Verantwortung zu betreiben und das Personal des Erwerbers einzuarbeiten). Diese atypische Komponente kann untergeordnete Bedeutung haben oder aber auch gleichrangige oder sogar überwiegende Bedeutung erlangen.
- b) Typischer Vertrag mit einer untergeordneten typusfremden, jedoch einem anderen Vertragstypus entsprechenden Komponente (Versendungskauf: Verkäufer soll noch den Transport zum Käufer veranlassen, unten § 3/IV/2/c); Vermietung eines Zimmers mit Reinigung).
- c) Kombinations-/Zwillingsvertrag, der gleichzeitig verschiedene ungefähr gleichwertige Elemente aufweist, die je verschiedenen Vertragstypen zuzuordnen sind (Vertrag des Patienten mit einem Sanatorium, das Wohnraum, Pflege und Verpflegung zu leisten hat).
- d) Typenverschmelzung ("Typenvermischung", gemischte Verträge i.e.S.), bei denen ein und dasselbe Vertragselement zwischen verschiedenen Typen steht (Verkauf "halb geschenkt", zwischen Kauf und Werkvertrag stehende Lieferverträge, zwischen Werkvertrag und Auftrag stehende Verträge mit Architekten betr. Bauleitung, mit Juristen betr. Erstattung eines Gutachtens usw.).

2. Herkömmliche rechtliche Behandlung

Je nach den Umständen werden die folgenden Rezepte angeboten (vgl. dazu Meier-Hayoz, SJK 1135 p. 4/5):

- a) Sog. Absorptionstheorie, derzufolge die gesetzlichen Folgen des im Vordergrund stehenden Typus anzuwenden sind. Ihr folgt z.B. (ohne Nennung) das Bundesgericht in BGE 98 II 307, wenn es auf Verträge, die neben Elementen eines Auftrages auch solche des Werkvertrages o.dgl. aufweisen, trotzdem die zwingende auftragsrechtliche Vorschrift von OR 404 (jederzeitige fristlose Kündigungsmöglichkeit; unten § 12/V) anwendet. Mit diesem Vorgehen werden methodisch unbewusst pandektistische Vorstellungen weitergeführt, wonach zwangsläufig alle vollgültigen Verträge sich einem Typus zuordnen lassen; das Vorgehen nach der Absorptionstheorie läuft auf eine partielle Negierung der Vertragsfreiheit hinaus, wenn das Resultat nicht wertend begründet wird.

- b) Sog. Kombinationstheorie, für Mischtypen gedacht, wendet kumulativ die gesetzlichen Regeln verschiedener Verträge auf denselben konkreten Vertrag an, wobei im Falle eines Normwiderspruchs (z.B. hinsichtlich Kündigungsmöglichkeit von Auftrag und Werkvertrag) eine wertende Entscheidung über den Vorrang der einen oder anderen Regel notwendig ist.
- c) Sog. Theorie der analogen Rechtsanwendung. Diese gibt sich Rechenschaft, dass dann, wenn nicht der vom Gesetzgeber im Rahmen der Regelung eines Vertrages vorausgesetzte Typus vorliegt, nur eine analoge ("entsprechende") Anwendung der gesetzlichen Regeln in Betracht fällt.

3.Ausblick

Die oben Zif. III geschilderte Entwicklung von einem Typenzwang des romanistischen Kontrakt-Systems hin zu der alle modernen kontinentalen Kodifikationen beherrschenden Vertragstypenfreiheit ist methodisch noch nicht voll berücksichtigt: Obwohl niemand bestreitet, dass auch ausserhalb jedes Typus stehende oder Elemente verschiedener Typen verbindende Verträge voll gültig sind, herrscht immer noch allzusehr die Auffassung, jeder Vertrag müsste "eigentlich" einem der gesetzlichen Typen zugeordnet werden. Dies wird anschaulich illustriert durch die Beliebtheit des Terminus "Vertrag sui generis" ("Vertrag eigener Gattung") für die keinem gesetzlichen Typus entsprechenden Verträge (statt vieler BGE 104 II 111 oder 113 II 426): Noch wenn ein Vertrag sich keinem der traditionellen (romanistischen bzw. gesetzlichen) Typen zuordnen lässt, darf er nicht einfach für sich bestehen; es muss noch für ihn als Unikat ein "genus" hinzugedacht werden. Auch hinter der Frage nach der "Rechtsnatur" eines Vertrages verbirgt sich die Frage nach dessen Zuordnung zu einem bestimmten Typus, wie wenn er nicht ohne eine solche Zuordnung Bestand haben könnte.

Während es selbstverständlich ist, dass dem vom Gesetzgeber vorausgesetzten Typus entsprechende Verträge vorbehaltlos den diesbezüglichen gesetzlichen Regeln unterstellt werden, sollte immer dann, wenn der zur Beurteilung stehende Vertrag in wesentlichen Elementen von allen der in Frage kommenden Vertragsmodellen abweicht, nicht mit Gewalt die Zuordnung zum einen oder anderen Typus versucht werden. Vielmehr ist das Problem von der Ebene der Frage nach der Anwendbarkeit der Vertragstypen auf die Ebene der Anwendbarkeit der Einzelregelungen der verschiedenen Typen zu verlagern.

Danach ist es möglich, einen Vertrag zwar grundsätzlich einem bestimmten Typus zuzuordnen, infolge der Abweichung jedoch auch bestimmten gesetzlichen Einzelregelungen die Anwendung zu versagen (Beispiel oben Zif. 1/a) oder auf denselben Vertrag, infolge seiner Beziehung zu mehr als einem gesetzlichen Vertragstypus, gleichzeitig Einzelanordnungen verschiedener Vertragstypen anzuwenden, wenn dies sachgerecht und dem gesetzgeberischen Ordnungswillen entsprechend scheint (Beispiele oben Zif. 1/b-d). Vgl. weiter Bucher in ZSR 1983/II p. 316-327 ("II. Die verkannte Vertragstypenfreiheit").

Die herkömmliche Neigung, einen Vertrag unerachtet atypischer Elemente immer nur einem bestimmten Vertragstypus zuzuordnen, hatte insbesondere im Rahmen des Auftragsrechts jegliche Differenzierung ausgeschlossen (BGE 104 II 110 übernahm die These Gautschis, dass nach OR 394/II alle Verträge, die Arbeitsleistungen erfassen, als Auftrag zu qualifizieren sind, wenn sie nicht einem anderen gesetzlichen Typus

zugeordnet werden können; ähnlich BGE 98 II 310 E. 3). BGE 109 II 464, 466 lässt nun erstmals die Annahme eines gemischten Vertrages (dh. eines solchen, auf den die Regeln mehrerer Typen anwendbar sind) im hier geforderten Sinn zu (dazu auch unten § 12/I/4 /b)

Zusammenfassend ist zu fordern, dass der nicht zwangslos einem gesetzlichen Typus zuzuordnende Vertrag primär aus sich selbst heraus verstanden wird. Das bedeutet, dass als oberste Richtschnur der Parteiwille im weitesten Sinne gelten muss, dh. das, was die Partner bei Vertragsschluss vereinbart haben oder doch unter der gegebenen Interessenlage vereinbart hätten, wenn sie das die Auseinandersetzung veranlassende Ereignis vorausgesehen hätten. Gesetzliche Regelungen innerhalb der Typen des BT sind anzuwenden, soweit die gegebene Streitlage der von der fraglichen Lösung vorausgesetzten Situation entspricht. Dabei ist zum vornherein die Möglichkeit zu akzeptieren, dass auf einen konkret vorliegenden Vertrag bei gegebener Streitlage eine Regelung des Vertragstypus A angewendet wird, während auf denselben Vertrag unter veränderter Problemstellung eine Regel des Typus B anwendbar wäre. Vgl. dazu etwa die Beispiele unten (§ 2/III beim Trödelvertrag, § 10/I/3 für Verbindung Werkvertrag/Auftrag).

VI. Sonderfall der "Verträge mit doppeltypischen Gegenleistungen"

Im Normalfall, und in dem vom Gesetz geregelten Vertragstypen, charakterisiert bloss die Leistung der einen Partei den Vertragstypus, während die Gegenleistung hiezu in einer atypischen Geldleistung besteht; der "charakteristischen Leistung" (an welchen Begriff auch das IPR anknüpft) des Verkäufers, des Vermieters, des Werkunternehmers, des Beauftragten usw. steht die "uncharakteristische" Pflicht der Zahlung von Geld ("Preis") gegenüber, der man ihren Ursprung nicht ansieht und die austauschbar ist. Aufgrund der Vertragsfreiheit ist es möglich, statt der "Gegenleistung Geld/Preis" eine Sach-, Dienst- oder Erfolgsleistung zu vereinbaren. Diese Gegenleistung kann wiederum derjenigen eines gesetzlichen Vertragstypus entsprechen; die Besonderheit der Erscheinung liegt nicht in der Abweichung der Vertragsleistungen von den gesetzlich vorgesehenen Typen, sondern in allgemeiner Regel nicht vorgesehenem Vorhandensein von Nicht-Geldleistungspflichten auf Seiten beider Vertragsparteien. Beispiele: Ueberlassung einer Ferienwohnung während einer Saison gegen Uebereignung eines Autos; Zimmer frei gegen Mathematikunterricht an Haussohn, Wohnung frei gegen Hauswartsdienste. Der Tausch ist ein gesetzlich geregelter Sonderfall eines auf beiden Seiten Käufer und Verkäuferstellung verbindenden Vertrags (OR 237-238; unten § 5/VI).

Insgesamt wird man hinsichtlich der Folgen nicht gehöriger Erfüllung jede der beiden Vertragsleistungen nach dem entsprechenden gesetzlichen Vertragstypus behandeln (z.B. im Falle der als Gegenleistung einer Miete geschuldeten Sachleistung diese der Gewährleistung eines Verkäufers unterstellen). Sonderprobleme ergeben sich indessen z.B. im Falle des Rücktritts vom Vertrag i.S. von OR 107 oder im Falle der Anwendung der Wandlungsregelungen (OR 205 ff., unten § 4/VI/2), wo zu fragen ist, ob bei Verzicht auf die Gegenleistung die eigene Leistung erbracht werden kann oder muss. Im Falle der Nicht-Leistung wird, soweit die Frage aufgrund von OR 107 zu betrachten ist, zunehmend dem verletzten Vertragspartner die Wahl offengestellt, seine eigene Leistung zu erbringen oder aber (nach der sog. "Differenztheorie") sie zu verweigern und sich deren Geldwert als Abzugsposten auf die eigenen Ansprüche

anrechnen zu lassen (vgl. OR/AT § 20/VI/7). Im Falle der Lieferung sachmängelbehafteter Ware, die dem Empfänger als Käufer die Wandelung ermöglichen würde, ist wohl in der Regel ebenfalls ein Wahlrecht zuzugestehen; die vom Gesetzgeber für den Fall des Tauschs aufgestellte Norm (OR 238; unten § 5/VI) ist wohl verallgemeinerungsfähig.

VII. Exkurs: Vertragsverbindungen; Einheit oder Mehrheit von Verträgen

(Vgl. auch OR/AT § 9/VIII)

Mischtypen führen zur allgemeinen vertragsrechtlichen Frage, nach welchen Kriterien zu entscheiden ist, ob ein einziger Vertrag (vielleicht mit Elementen verschiedener Typen) oder eine Mehrheit von Verträgen (verschiedener Typen oder auch des gleichen Typus) vorliege. Die Frage kann z.B. Bedeutung erlangen bei Ungültigkeit (infolge unzulässigen Inhalts, Willensmängel-Anfechtung o.dgl.) einesteils oder in der Frage, ob infolge Nichterfüllung des einen Bestandteiles ein obligatorisches Retentionsrecht im anderen Bestandteil geltend gemacht werden kann (vgl. dazu BGE 45 II 318). Abgrenzung ist oft nicht nach klaren Kriterien möglich. Mehrheit von Verträgen muss angenommen werden, wenn verschiedene Akte der Konsensbildung vorliegen; Mehrheit kann angenommen werden, wenn (bei Konsensbildung uno actu) sich verschiedene Schuldverhältnisse unterscheiden lassen und diese nach den Vorstellungen der Parteien in ihrer Existenz unabhängig sind. Bei Vertragsmehrheit kann man unterscheiden:

1. lediglich äusserliche Verbindung

(z.B. bloss eine Vertragsurkunde), im übrigen aber Unabhängigkeit der Verträge.

2. Abhängigkeit der Verträge

Wie Zif. 1, jedoch mit Unterschied, dass der an sich selbständige Vertrag nur im Hinblick auf einen anderen geschlossen wurde. Drei Möglichkeiten: Vertrag A durch Vertrag B bedingt, Vertrag B durch Vertrag A bedingt, sowohl Vertrag A wie Vertrag B je durch den andern Vertrag bedingt. Annahme der Abhängigkeit bedeutet bei Ungültigkeit, Nichtabwicklung (Rücktritt etc.) i.S. von OR 107 usw. Erstreckung der Wirkungen auf den verbundenen Vertrag.

3. Alternativität

Von zwei Verträgen soll bloss der eine gelten nach Wahl einer Partei (z.B. Kauf oder Miete).

VIII. Exkurs: Mehrstufige Verträge

(Vgl. auch OR/AT § 9/IX)

Immer häufiger, zumal wenn es sich um eine langfristige Geschäftsverbindung und um wichtige Transaktionen handelt, regeln die Parteien ihre Beziehung in mehreren Stufen: Ein allgemeiner Vertrag ("Grundvertrag", "Rahmenvertrag", "Basisvertrag", "Kooperationsvertrag" oder dgl. genannt; engl. z.B. "framework contract", "master contract", franz. z.B. "contrat cadre", "contrat de coopération", spanisch z.B.

"contrato marco") soll den allgemeinen Rahmen der Rechtsverhältnisse abstecken, während die konkreten Geschäfte erst durch zusätzliche Absprachen ("Sonderverträge", "Objektverträge" o.dgl.) verabredet werden. Die übergeordneten Verträge können, aber müssen nicht, bereits bestimmte Pflichten (z.B. die Abnahme eines bestimmten Quantums Ware o.dgl.) vorschreiben; es ist aber auch möglich, dass die dort statuierten Rahmenbedingungen nur im Fall des Abschlusses von "Objektverträgen" zum Tragen kommen. Es fehlt heute noch weitgehend an einer Theorie der Regelung von Vertragsbeziehungen im beschriebenen zwei- oder mehrstufigen Vorgehen; für die Zuordnung zu einem gesetzlichen Vertragstypus (oder Feststellung von Typenvermischung/ Typenabweichung) sind der über- und der untergeordnete Vertrag gesamthaft zu berücksichtigen.