

täubungsmitteln ist unter Strafe zu stellen, also auch der Erwerb und der Besitz von Drogen und sei es nur zum Konsum. Einzig für den blossen Konsum besteht keine Bestrafungspflicht. Immerhin könne sich die Schweiz mit einem Vorbehalt zum Übereinkommen die Option offenhalten, auch Vorbereitungshandlungen zum Konsum von der Strafbarkeit auszuschliessen.

## 8. Unvoreingenommene Diskussion als Voraussetzung für eine gute Gesetzgebung

Die Bemühungen um einen sachlichen Diskurs in der Drogenpolitik müssen aufrecht erhalten werden. Allerdings bleibt die Diskussion auch dann schwierig, wenn sie ohne Emotionen geführt werden kann. Wie dargelegt, besteht die Drogenproblematik aus sehr unterschiedlich gelagerten Teilproblemen, die je nach spezifischen Massnahmen rufen, welche wiederum Nebenwirkungen haben und neue Probleme schaffen. Was beispielsweise kriminalpolitisch erwünscht

oder zumindest erwägenswert sein mag, hat unter gesundheitlichen Gesichtspunkten möglicherweise unerwünschte Folgen. Für den Gesetzgeber, der die künftige Drogenpolitik bestimmen soll, geht es deshalb darum, die Vor- und Nachteile der einzelnen Massnahmen gegeneinander abzuwägen und in einer *Gesamtbilanz* zu würdigen. Wo sich die Konsequenzen der einzelnen Massnahmen nicht vorhersehen, sondern nur einschätzen lassen, muss er eine *Risikoabwägung* vornehmen.

Die Diskussion um die künftige Drogenpolitik sollte von der Einsicht geprägt sein, dass es absolute Gewissheiten auf dem Gebiet der Drogenpolitik nur wenige gibt und ein Patentrezept zur Lösung der anstehenden Probleme nicht existiert. Wir können lediglich die Nachteile verschiedener Drogenpolitiken bis zu einem gewissen Grad auswählen und dabei versuchen, die am wenigsten schwerwiegendsten auszusuchen. Das tönt wenig ambitiös, und doch sind solche Bemühungen nicht gering zu schätzen. Denn letztlich geht es darum, die Risiken des Drogenkonsums gerade auch für unsere Jugend zu minimieren.

Professor Dr. Alfred Koller, Universität St. Gallen

# Vertragsabschluss durch Schweigen auf einen Antrag?

Bemerkungen zum Begriff der Vertragsfiktion, zu BGE 120 II 133 ff. sowie zu Art. 6 OR

## I. Vertrag und Vertragsfiktion

### 1. Der Vertragstatbestand

a) «Zum Abschluss eines Vertrages ist die übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung der Parteien erforderlich» (Art. 1 Abs. 1 OR). Die den Vertragstatbestand ausmachenden Willensäusserungen (Antrag und Annahme) müssen grundsätzlich Willenserklärungen sein. Ausnahmsweise genügt eine Willensbetätigung (vgl. § 151 BGB). Die Willenserklärung ist zur Kenntnisnahme durch Dritte bestimmt, sie ist «auf Mitteilung, Kommunikation gerichtet»<sup>1</sup>: Wer eine Willenserklärung abgibt, tut einem andern kund, es solle eine bestimmte Rechtsfolge eintreten. Ein solcher Kundgabewille fehlt bei der Willensbetätigung. Zwar wird der Rechtsfolgewille ebenfalls geäussert, aber nicht durch ein Handeln mit

Kundgabesinn<sup>2</sup>. Die Willensbetätigungen spielen im Vertragsrecht eine untergeordnete Rolle<sup>3</sup>, weshalb hier darauf nicht weiter eingetreten werden soll<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Siehe *Larenz Karl*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 7. Aufl. München 1989, 530 ff.

<sup>3</sup> In einzelnen Lehrbüchern zum Vertragsrecht wird sie überhaupt nicht erwähnt (z. B. *Bucher Eugen*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 3. Aufl. Zürich 1988; bei *Gauch Peter/Schluemp Walter*, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. Zürich 1995, findet sich zwar der Ausdruck Willensbetätigung [Nr. 181], doch wird darunter nicht eine Willensbetätigung im hier verstandenen Sinne, sondern eine konkludente Willenserklärung [dazu weiter unten im Text] verstanden).

<sup>4</sup> Eine gewisse Bedeutung haben sie hingegen bei einseitigen Rechtsgeschäften. So braucht z. B. für die Aneignung einer (Fahrnis-)Sache (Art. 718 ZGB) der Aneignungswille nur betätigt zu werden: Den Eigentumserwerb knüpft das Gesetz an den Umstand, dass der Aneignende die herrenlose Sache «für sich haben», also ihr Eigentümer sein will, und diesen Willen dadurch dokumentiert, dass er die Sache an sich nimmt und darüber wie ein Eigentümer verfügt (Eigenbesitzwille). Dass Dritte diesen Willen zur Kenntnis nehmen, muss nicht bezweckt sein, ein Erklärungswille ist also nicht erforderlich. Analog verhält es sich bei der Dereliktion (Art. 729 ZGB).

Antrag vom 1. Januar 1992 falle nicht unter Art. 2 Abs. 1 VVG. Er sei daher mangels Annahme von seiten des Versicherers nicht Vertragsinhalt geworden. Die Vollkaskoversicherung habe demzufolge im Zeitpunkt des Schadensfalles noch bestanden. Demgegenüber nahm das Bundesgericht auf Berufung der Versicherung hin an, das fragliche Schreiben beinhalte einen Änderungsantrag i. S. v. Art. 2 Abs. 1 VVG. Die in dieser Bestimmung vorgesehene 14tägige Ablehnungsfrist habe die Versicherung nicht gewahrt. Demzufolge sei die Vollkaskoversicherung durch die beantragte Teilkaskoversicherung abgelöst worden. Nach dieser aber sei der eingetretene Schaden nicht gedeckt, die Klage demnach abzuweisen.

## 2. Kommentar

Art. 2 Abs. 1 VVG kam in casu nur zur Anwendung, wenn das Schreiben von X vom 1. Januar 1992 einen Änderungsantrag im Sinne dieser Bestimmung enthielt (ein Verlängerungsantrag oder ein Antrag auf Wiederinkraftsetzung eines suspendierten Versicherungsvertrages fiel zum vorherein ausser Betracht).

a) Dem Bundesgericht ist recht zu geben, wenn es sagt, der Antrag auf Umwandlung einer Vollkasko- in eine Teilkaskoversicherung sei als Änderungsantrag aufzufassen. Eine andere Frage ist, ob es sich beim Schreiben vom 1. Januar 1992 überhaupt um einen Antrag im Rechtssinne handelte. Nicht alles, was seiner äusserlichen Gestalt nach als Antrag erscheint, ist in Wirklichkeit ein solcher (vgl. Art. 7 Abs. 1 OR, v. a. auch die Marginalie!). Das Vorliegen eines Antrags setzt voraus, dass der Antragsteller das Zustandekommen des Vertrags ausschliesslich in das Belieben des Antragsempfängers stellt. Der Antragsempfänger muss sich sagen können: «Wenn ich mein Einverständnis erkläre, ist der Vertrag perfekt»<sup>11</sup>. Im Normalfall wird der Antrag so formuliert, dass der Empfänger nur noch «ja», «einverstanden» o. ä. zu sagen braucht (Beispiel: A fragt B an, ob er sein Auto für Fr. 10 000.– kaufen wolle). Möglich ist aber auch, dass dem Antragsempfänger eine gewisse Gestaltungsfreiheit gelassen wird (Beispiel: A fragt den B an, ob er sein Auto mit oder ohne Ersatzreifen kaufen wolle, wobei der Kaufpreis je nachdem Fr. 10 000.– oder Fr. 10 500.– betragen soll)<sup>12</sup>. Ferner ist möglich, dass jemand einen Antrag stellt unter Offenlassung gewisser Punkte, welche ei-

ner späteren Vereinbarung vorbehalten bleiben sollen (Beispiel: A fragt den B an, ob er sein Auto für Fr. 10 000.– kaufen wolle; über den Zeitpunkt der Besitzübertragung müsse man sich gegebenenfalls später einigen<sup>13</sup>). Immer aber ist vorausgesetzt, dass der Antragsteller das Zustandekommen des Vertrags ausschliesslich in das Belieben des Antragsempfängers stellt und in diesem Sinne den definitiven Bindungswillen (Vertragswillen) hat. Ob dies im Einzelfall zutrifft, entscheidet sich nach den üblichen Auslegungsregeln. Entscheidend ist somit der innere Wille desjenigen, der den (angeblichen) Antrag stellt, falls der Gegner diesen Willen erkennt (Art. 18 OR). Sonst ist das Vertrauensprinzip heranzuziehen.

b) Im vorliegenden Fall äusserte X mit Schreiben vom 1. Januar 1992 vorbehaltlos seinen Willen, die Vollkaskoversicherung in eine Teilkaskoversicherung umzuwandeln, und zwar mit Wirkung ab 1. Januar 1992. Dies lässt vermuten, dass X – für die Versicherung erkennbar – den definitiven Bindungswillen hatte. So ganz eindeutig ist dies jedoch nicht. Zweifel bestehen deshalb, weil am 1. Januar 1992 offenbar noch gewisse Vertragspunkte offen waren, welche normalerweise besprochen werden, bevor es zum Vertragsabschluss kommt. So legt das Schreiben vom 21. Januar 1992 (s. oben Ziff. 1) den Schluss nahe, dass einzelne Modalitäten der Teilkaskoversicherung am 1. Januar 1992 noch nicht geregelt waren<sup>14</sup>. Auch die neue Prämie dürfte zu diesem Zeitpunkt noch nicht festgestanden haben. Indes ist es – wie gesagt – möglich, dass jemand einen Vertragsantrag stellt, obwohl er dem Gegner gewisse Gestaltungsmöglichkeiten einräumt, bzw. gewisse Punkte einer späteren Vereinbarung vorbehält<sup>15</sup>. Im konkreten Fall mag es sich so verhalten haben und der referierte Bundesgerichtsentscheid daher im Ergebnis richtig sein.

<sup>11</sup> Wird ein solcher Antrag angenommen und können sich die Parteien später über die offengelassenen Punkte nicht einigen, so kommt Art. 2 Abs. 2 OR zum Zuge. Es hat also «der Richter über diese [Punkte] nach der Natur des Geschäftes zu entscheiden».

<sup>12</sup> Die Versicherung vertrat die Ansicht, das Schreiben von X vom 1. Januar 1992 habe keinen Vertragsantrag, sondern ein Akzept enthalten; der Antrag zum Vertragsabschluss sei von ihr, der Versicherung, ausgegangen (E. 4a des referierten Entscheids). Wäre dem so, so läge der Schluss nahe, dass die Versicherung mit X die Details der Teilkaskoversicherung am 1. Januar 1992 bereits besprochen hatte. Dass dies aber tatsächlich der Fall war, dafür gibt der referierte Entscheid keine Anhaltspunkte.

<sup>13</sup> Im Normalfall bildet das Entgelt für eine Leistung (Kaufpreis, Versicherungsprämie usw.) einen Punkt, der für die Parteien so wichtig ist, dass sie vor der Einigung darüber nicht gebunden sein wollen. Es gibt jedoch Ausnahmen. Zu denken ist etwa an den Fall, da jemand ein Buch bei einer Buchhandlung bestellt, in der Annahme, es werde ihm der im Buchhandel übliche Preis verrechnet werden (vgl. Art. 212 OR, ferner Art. 322 Abs. 1, 374 und 394 Abs. 3 OR; s. Koller Alfred in Guhl Theo, Das Schweizerische Obligationenrecht, 8. Aufl. Zürich 1991, 100).

<sup>11</sup> Köhler Helmut, BGB Allgemeiner Teil, 22. Aufl. München 1994, 156.

<sup>12</sup> Z. B. Oser Hugo/Schönenberger Wilhelm, Zürcher Kommentar, Vorbemerkungen zu Art. 3–10 OR, N. 3.

meerklärung erfolgt, sondern er fingiert bei Vorliegen gewisser Voraussetzungen eine solche Erklärung. Der Vertrag ist somit in Wirklichkeit eine Vertragsfiktion<sup>18</sup> (Fiktionstheorie).

### 3. Die praktische Bedeutung des Streits

Der Theorienstreit ist nicht ohne praktische Bedeutung. Die Vertreter der Konsenstheorie unterstellen das Zustandekommen des Vertrags – konsequenterweise! – den allgemeinen Regeln über den Vertragsabschluss. Insbesondere verlangen sie, dass der Antragsempfänger – wie bei jedem Vertragsabschluss – das Erklärungsbewusstsein hat oder zumindest haben könnte<sup>19</sup>. Ist das Schweigen dem Antragsempfänger nicht in diesem Sinne zurechenbar, so soll ein Vertrag nach Art. 6 OR nicht zustandekommen: «Hat der Schweigende weder erkennen können noch müssen, dass sein passives Verhalten als Zustimmung aufgefasst wird, so kann sein Stillschweigen auch nicht als Annahme ausgelegt werden.»<sup>20</sup>

Nach der Fiktionstheorie, wie sie hier vertreten wird, ist das Erklärungsbewusstsein für die Anwendung von Art. 6 OR unerheblich. Vorausgesetzt ist lediglich, dass keine ausdrückliche Annahme zu erwarten ist und dass der Antrag nicht innert bestimmter Frist abgelehnt wird. Wenn allerdings das Erklärungsbewusstsein fehlt, kann der Antragsempfänger die Annahmeerklärung und damit den Vertrag nach Massgabe von Art. 23 ff. OR zu Fall bringen<sup>21</sup>. Das aber ist etwas ganz anderes. Folgt man der Fiktionstheorie, so

kommt Art. 6 OR auch dann zum Zuge, wenn der Antrag nicht zur Kenntnis des Antragsempfängers gelangt (z. B. wegen dessen Abwesenheit); der «fingierte» Vertrag unterliegt dann jedoch – bei gegebenen Voraussetzungen – der Irrtumsanfechtung<sup>22</sup>.

## IV. Schluss

Den Vertragsfiktionen im hier verstandenen Sinne ist gemeinsam, dass das Schweigen auf einen Antrag als Annahmeerklärung gilt. Im übrigen aber sind die Vertragsfiktionen unter sich sehr uneinheitlich. So gilt beim Tatbestand von Art. 6 OR das Schweigen nur dann als Annahme, wenn der Annahmewille typischerweise als gegeben unterstellt werden darf. Demgegenüber fehlt beim Tatbestand von Art. 2 Abs. 1 VVG eine entsprechende Einschränkung. Art. 6 OR ist also der «vertragsnähere Tatbestand» als Art. 2 Abs. 1 VVG. Es leuchtet ein, dass die unterschiedlichen Vertragsfiktionen nicht über einen Leisten geschlagen werden dürfen. Vielmehr sind die einzelnen Bestimmungen, welche Vertragsfiktionen vorsehen, je autonom auszulegen. Dabei ist der «Vertragsnähe» der Fiktion eine massgebliche Bedeutung beizumessen, dies jedenfalls in der Frage, wieweit die ordentlichen Vertragsabschlussregeln (einschliesslich der Bestimmungen über die Irrtumsanfechtung) zur Anwendung gebracht werden dürfen.

Im vorliegenden Aufsatz ging es nicht darum, die Vertragsfiktionen umfassend abzuhandeln. Vielmehr sollte lediglich eine Art Einleitungskapitel geschrieben werden. Wer sich eingehender mit der Thematik befassen will, mag die in Fn. 9 zitierte Dissertation von *Brinkmann* zur Hand nehmen. Einzelne weiterführende Hinweise finden sich auch in meinem «Allgemeinen Teil»<sup>23</sup>, an den sich die vorstehenden Ausführungen teilweise anlehnen.

<sup>18</sup> So auch von *Tuhr/Peter*, zit. in Fn. 6, 189, und *Piotet Paul*, *La formation du contrat*, Bern 1956, 39.

<sup>19</sup> Nach herrschender Auffassung genügt es für das Vorliegen einer Willenserklärung, dass derjenige, dessen Erklärungsverhalten in Frage steht, bei Aufwendung der nötigen Aufmerksamkeit das Erklärungsbewusstsein *haben könnte* (BGE 120 II 202; *Kramer*, zit. in Fn. 1, N. 50 a. E. zu Art. 1 OR, mit weiteren Nachweisen). Demgegenüber nimmt die ältere Lehre an, das Erklärungsbewusstsein müsse *tatsächlich gegeben sein* (*Oser/Schönenberger*, zit. in Fn. 12, N. 13 zu Art. 1 OR, und *Becker Hermann*, *Berner Kommentar*, N. 16 zu Art. 1 OR). Eine dritte Meinung misst dem Erklärungsbewusstsein überhaupt keine Bedeutung bei (*Gauch/Schluep*, zit. in Fn. 3, Nr. 221; *Schönenberger/Jäggi*, zit. in Fn. 16, N. 192 zu Art. 1 OR).

<sup>20</sup> *Schmidlin*, zit. in Fn. 17, N. 18 zu Art. 6 OR.

<sup>21</sup> *Bucher Eugen*, *Basler Kurzkommentar*, N. 21 zu Art. 6 OR, mit weiteren Nachweisen.

<sup>22</sup> A. A. *Schmidlin*, zit. in Fn. 17, N. 18 zu Art. 6 OR, nach dessen Ansicht das Stillschweigen keine Annahme bedeutet, falls der (abwesende) Antragsempfänger «mit keiner Offerte rechnen musste».

<sup>23</sup> *Alfred Koller*, *Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, Band I, Bern 1996, Nr. 533 ff.