

Festschrift für Anton K. Schnyder

Herausgegeben von

Pascal Grolimund
Alfred Koller
Leander D. Locker
Wolfgang Portmann

Festschrift für Anton K. Schnyder

zum 65. Geburtstag

Herausgegeben von

Pascal Grolimund

Alfred Koller

Leander D. Loacker

Wolfgang Portmann

Schulthess § 2018

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2018
ISBN 978-3-7255-7364-6

© Umschlagbild: Fotolia/lil_22

www.schulthess.com

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Autorenverzeichnis	XV

Zur Person

LEANDER D. LOACKER Anton K. Schnyder – ein Portrait	XXIII
GION JEGHER Eine Reihe von schönen Tagen	XXXIII

I Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht, Schiedsgerichtsbarkeit sowie nationales Verfahrensrecht

JÜRGEN BASEDOW <i>Soft Law</i> im Kollisionsrecht – Anmerkungen zu den Haager Grundsätzen über die Rechtswahl	3
HARALD BAUM Die Anwendung des «falschen» Rechts durch ein Schiedsgericht	19
LUKAS BOPP Die Anerkennung ausländischer Restschuldbefreiung in der Schweiz unter Einbezug der EU-Insolvenzverordnung	35
GIAN ANDRI CAPAUL Zum Anknüpfungszeitpunkt im internationalen Erbrecht	49
DIETMAR CZERNICH Die Haager Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts in der Schiedsgerichtsbarkeit	63

WOLFGANG ERNST / PREDRAG SUNARIC Zum Gebrauch von EU-Recht durch Schweizer Gerichte – IPRG Art. 13 und Privatrecht von EU-Mitgliedstaaten	79
ANDREAS FURRER / JUANA VASELLA «Transportkollisionsrecht» – Zur Rolle des IPR bei der grenzüberschreitenden Beförderung von Gütern	103
DANIEL GIRSBERGER / DIRK TRÜTEN Weltweite Parteiautonomie bei internationalen Handelsverträgen und ihre Grenzen	131
PASCAL GROLIMUND «Materialisierung von Kollisionsrecht»	145
FRANZ HASENBÖHLER / SONIA YAÑEZ Strengbeweis und Freibeweis in der schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)	157
DOMINIQUE JAKOB Time to say goodbye – Die Auswanderung von Schweizer Familienstiftungen aus stiftungsrechtlicher und international-privatrechtlicher Perspektive	171
PETER JUNG Stille Gesellschaften im internationalen Verhältnis	187
JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ Schiedsklausel und ihre Bedeutung für den Immunitätsverzicht sowie für die Voraussetzung der Binnenbeziehung im Erkenntnis- und Vollstreckungs- verfahren	209
MANUEL LIATOWITSCH Das anwendbare Recht bei der deliktischen Haftung der Gesellschaft für ihre Organe im internationalen Konzern	225
ALEXANDER R. MARKUS / ZINA CONRAD Einstweiliger Rechtsschutz – international	235

DOROTA PACZOSKA KOTTMANN Schiedsverfahren, Insolvenz und die verfängliche Qualifikation unter besonderer Berücksichtigung des polnischen Rechts	251
STEFANIE PFISTERER Die Befristung der Schiedsvereinbarung und die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts <i>ratione temporis</i> – eine Illusion?	275
RODRIGO RODRIGUEZ Ein neues internationales Insolvenzrecht für das IPRG	295
IVO SCHWANDER Sonderanknüpfung? Sonderanknüpfungen und «Sonderanknüpfungen»!	315
KURT SIEHR Anerkennung ausländischer Entscheidungen bei Leihmutterchaften auf Wunsch von Inländern	327
MIGUEL SOGO Streitgegenstand und Parteiautonomie im Zivilprozess und Betreibungsverfahren	341
DANIEL STAEHELIN Die Revision des schweizerischen internationalen Insolvenzrechts und das UNCITRAL Model Law	357
PETER STRICKLER Kollisionsrecht im grenzüberschreitenden Insolvenzverfahren – der Spagat zwischen Universalität und Sonderanknüpfung	373
FABIAN SUTER Überlegungen zum Ordre public-Charakter des Pflichtteilsrechts	385
CLAUDIO WEINGART Nachlassplanung, Nachlassspaltung, Nachlasskonflikt und EU-Erbrechtsverordnung	395

CORINNE WIDMER LÜCHINGER
Die Berücksichtigung ausländischen Steuerrechts nach Art. 19 IPRG 427

ANDREAS WIEDE
Freie Wahl von Billigflaggen und kollisionsrechtlicher Arbeitnehmerschutz –
Ein Fallbeispiel zur Regelbildung 455

II Schuldrecht, insbesondere Vertrags- und Haftpflichtrecht

DOMENICO ACOCELLA
Rechtsdogmatik und Legitimation eines vertraglichen Rückabwicklungs-
verhältnisses bei Vertragsentstehungsmängeln 493

NOEMI BHALLA / ISAAK MEIER / NICOLA MÜLLER
Airbnb aus Sicht des schweizerischen Rechts 515

PETER BREITSCHMID / ANNINA VÖGELI
Haftungsrisiken des Beraters bei «Umgehungstatbeständen» am Beispiel
von Art. 527 Ziff. 4 ZGB 547

CHRISTIAN HEIERLI
Geldwäscher als «Begünstigter» (Art. 50 Abs. 3 OR) 565

HELMUT HEISS
Unklarheiten der Unklarheitenregel – insbesondere in ihrem Verhältnis
zur allgemeinen Rechtsgeschäftslehre 589

ALFRED KOLLER
Der vermittelte Ehe- oder/und Lebenspartner – Bemerkungen zu
Art. 406a–406h OR – ein Überblick 611

ERNST A. KRAMER
Eine neue Fallstruktur zu den Reflexschäden: Zweifelsfragen zu BGE 142 III 433 621

AHMET KUT / DAVID VASELLA
Das Deliktsrecht nach dem Entwurf für ein «OR 2020» – ausgewählte Aspekte ... 631

LEANDER D. LOACKER Arbeitsrechtliche Aspekte genetischer Untersuchungen beim Menschen	647
HANS NIGG Die Krux der Anwendung der Adäquanzformel	681
WOLFGANG PORTMANN Der Arbeitnehmerbegriff im europäischen Kontext – Bewährtes und Neues im Licht aktueller Herausforderungen	699
HANS RUDOLF TRÜEB Smart Contracts	723
MARC WEBER Freizeichnungsklauseln in Auktionsbedingungen	735
 III Versicherungsrecht	
HANS-ULRICH BRUNNER Zum «Regressobligatorium» nach Art. 65 Abs. 3 SVG	755
ANDREA EISNER-KIEFER Die Revisionen des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag: Neues Spiel, neues Glück?	769
WALTER FELLMANN Brokervertrag als multilateraler Innominatvertrag – vom Umgang mit dem Interessenkonflikt des Brokers	797
MARIO GASSNER / MARTINA TSCHANZ Die Weiterentwicklung des liechtensteinischen Versicherungsrechts ab 2006	813
CHRISTOPH K. GRABER Geschäftsführung und Folgepflicht in der offenen Mitversicherung	839

MORITZ W. KUHN
Zulässigkeit der Rückversicherungstätigkeit aus dem Ausland in der Schweiz –
Auslegung von Art. 2 Abs. 2 lit. a VAG 853

ANDREA PFLEIDERER
Die aufschiebende Wirkung und das Verfahren bei der Rückerstattung von
unrechtmässig erbrachten Leistungen im Sozialversicherungsrecht 867

IOANNIS ROKAS
Occurrence of the risk due to an intentional act by the policyholder in a
fire insurance on account of a third party and the insurable interest of the bank
which has a pre-notice of a mortgage on the insured building 877

MARTIN SCHAUER
Die Entscheidung des EuGH «Endress/Allianz» und ihre Folgen für das
österreichische Recht 893

MANFRED WANDT
Die Gruppenversicherung in den Principles of European Insurance
Contract Law (PEICL) 903

ROLF H. WEBER / RAINER BAISCH
«Nudging» im Versicherungssektor 925

IV Gesellschaftsrecht

MARC AMSTUTZ
Kodifikation des Konzernrechts? Was der Gesetzgeber von Cosimo de' Medici
(1389–1464) lernen kann 947

PETER BÖCKLI
Kommanditaktiengesellschaft: Drei Fragen zu einem Mischwesen
des Gesellschaftsrechts 973

CHRISTOPH B. BÜHLER
Konzernhaftungsrisiken und mögliche Vorkehrungen zu deren Minimierung 989

JEAN NICOLAS DRUEY Konzerntransparenz	1017
LUKAS HANDSCHIN / LUCA KENEL Voraussetzungen und Umfang der Rückerstattungspflicht gemäss Art. 678 Abs. 2 OR	1035
LAURENT KILLIAS Gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten vor Schiedsgerichten – Königsweg oder Sackgasse?	1053
HANS CASPAR VON DER CRONE / MERENS CAHANNES Die Societas Unius Personae (SUP) aus Schweizer Sicht	1069
 V Internationales und nationales Wirtschaftsrecht, insbesondere Wettbewerbs- und Kartellrecht	
STEPHAN BREITENMOSER / ROBERT WEYENETH Sprünge der internationalen Rechtshilfe in Zivilsachen in öffentlich-rechtliche Untiefen	1093
IVO LORENZO CORVINI-MOHN Wein und Recht – die Geschichte eines geschichtsträchtigen Seminars	1113
JOACHIM FRICK Die Zukunft grenzüberschreitender Finanzdienstleistungen	1123
ANDREAS HEINEMANN Die internationale Reichweite des Kartellrechts	1135
MARKUS HESS Zunehmende Unklarheiten im Verhältnis zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht – Gedanken an Beispielen aus dem Anleger- und Konsumentenschutzrecht	1163

RETO M. HILTY Innovationsförderung durch Schutzbegrenzungen – ein Plädoyer für die Zwangslizenz	1179
CLAIRE HUGUENIN / OLIVER DREYER Vertragsungültigkeit als Sanktion bei UWG-Verstößen	1197
PETER NOBEL Wirtschaftsrecht und wirtschaftliche Betrachtungsweise	1217
MARK PIETH / INGEBORG ZERBES Geheimnisschutz. Vom Grundrecht zum Instrument wirtschaftlicher Machtsicherung	1241
PRZEMYSŁAW JANUSZ PRZEZAK Rechtliche Aspekte der Werbung und Verkaufsförderung von Medizinprodukten	1249
RALF MICHAEL STRAUB Der Konzern als Kartellrechtssubjekt	1269
ANDREAS THIER Überlegungen zu einer Geschichte des Wirtschaftsrechts in der Schweizerischen Eidgenossenschaft des 19. und 20. Jahrhunderts – das Wettbewerbsrecht als Beispiel	1305
PHILIPP ZURKINDEN / BORIS WENGER Das Auswirkungsprinzip im schweizerischen Kartellrecht nach dem Bundesgerichtsurteil i.S. Gaba	1327

Verzeichnisse

Schriftenverzeichnis Anton K. Schnyder	1341
Betreute Dissertationen	1359

Was für ein merkwürdiges Wort «Partner» doch ist, für einen Menschen, den man liebt. Es klingt nach einer Gesellschaft, die eine Firma gründet. Vielleicht sind die meisten Ehen so etwas Ähnliches.

WOLFGANG SCHORLAU, Die blaue Liste, Kiepenheuer & Witsch, Köln 2003, 150

ALFRED KOLLER

Der vermittelte Ehe- oder/und Lebenspartner

Bemerkungen zu Art. 406a–406h OR – ein Überblick

Inhaltsübersicht	Seite
I. Prolegomenon	611
II. Der Auftrag zur Ehe- oder Partnerschaftsvermittlung: Einführung	612
III. Die begrifflichen Merkmale des Auftrags zur Ehe- oder Partnerschaftsvermittlung im Einzelnen	615
IV. Die Form des Auftrags zur Ehe- oder Partnerschaftsvermittlung	616
V. Das Widerrufsrecht des Auftraggebers (Art. 406e OR)	618

I. Prolegomenon

Ich beginne meinen Beitrag mit einem «Prolegomenon» statt einem «Vorwort»¹, um in Erinnerung zu rufen, dass der Jubilar, der mit dieser Festschrift geehrt wird, nicht nur juristisch, sondern auch humanistisch geschult ist: Anton K. Schnyder hat seinerzeit die Matura Typus A (im Gymnasium des Klosters Einsiedeln/SZ) gemacht, also mit Latein und Altgriechisch². Der Schreibende hat die Matura ebenfalls im Kanton Schwyz gemacht, ebenfalls Typus A. Dieser Maturatyp-Gleichlauf hat zu einer besonderen Verbundenheit mit dem Jubilar (im Folgenden: Toni) geführt. Dafür gibt es freilich noch andere Gründe, etwa – auf privater Ebene – die vielen kulinarischen Treffen oder – auf juristi-

1 Prolegomenon (griech. für «Vorwort», Plural: Prolegomena) heisst wörtlich «vorher Gesagtes» als substantiviertes Partizip Präsens Passiv Neutrum von prolégein «vorher sagen» (Wikipedia).

2 Genauerer zum Lebenslauf des Jubilars findet sich u.a. in den «Ausgewählten Schriften», welche aus Anlass seines 60. Geburtstages – vom Schreibenden – herausgegeben wurden (Zürich 2013).

scher Ebene – die zahllosen Seminare, die wir universitätsübergreifend veranstaltet haben. Nicht unerwähnt bleiben darf natürlich die gemeinsame Arbeit am «Guhl»³.

In diesem Werk hat Toni u.a. und insbesondere das Auftragsrecht bearbeitet. Es lag daher nahe, den Festschriftbeitrag in diesem Gebiet anzusiedeln. Von den mich besonders interessierenden Themen musste ich eines («Der vorzeitige Widerruf des einfachen Auftrags») verwerfen, weil sich die massgebliche Gesetzesgrundlage (Art. 404 OR) in Revision befindet und ich daher hätte befürchten müssen, von vornherein Festschrift-Makulatur zu schaffen⁴. Das zweite Thema (Der Mäklervertrag) fiel der für die Festschriftbeiträge verordneten maximalen Seitenzahl (10–20) zum Opfer. Wenn ich mich schliesslich für das im Titel angesprochene Thema entschieden habe, so einfach deshalb, weil verschiedene Freunde⁵ ihr Glück (ihre Lebens- oder/und Ehepartnerin) über eine Ehevermittlung gefunden haben und damit meine Neugier hinsichtlich der einschlägigen rechtlichen Grundlagen der Vermittlungstätigkeit (insb. Art. 406a–406h OR) geweckt haben.

II. Der Auftrag zur Ehe- oder Partnerschaftsvermittlung: Einführung

1. Durch den Auftrag zur Ehe- oder zur Partnerschaftsvermittlung übernimmt der Beauftragte die Pflicht, «dem Auftraggeber gegen eine Vergütung Personen für die Ehe oder für eine feste Partnerschaft zu vermitteln» (Art. 406a OR). Diese **Begriffsbestimmung** entspricht, stellt man auf den Wortlaut ab, derjenigen des Vermittlungsmäklers i.S.v. Art. 415 OR. Indes ist der Begriff der Vermittlung in Art. 406a OR ein weiterer als in Art. 415 OR: Er erfasst sowohl die Vermittlung (dazu unten III./Ziff. 2) als auch den Nachweis eines Partners. Zudem ist der Beauftragte i.S.v. Art. 406a ff. OR nach dem gesetzlichen Leitbild nicht Mäkler, sondern Beauftragter i.S.v. Art. 394 OR⁶. Typischerweise ist also das vom Auftraggeber versprochene Entgelt Gegenleistung für die Vermittlungsbemühungen des Beauftragten, nicht – wie beim Mäklervertrag – für den damit angestrebten Erfolg. Den Parteien steht es jedoch frei, ein erfolgsabhängiges Honorar abzumachen und damit dem

3 T. GUHL, Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 9. Aufl. Zürich 2000, bearbeitet von A. KOLLER (§§ 1–47), A. K. SCHNYDER (§§ 48–58) und J. N. DRUEY (§§ 59–89).

4 Diese Gefahr besteht natürlich ohnehin: Festschriften sind nicht bekannt dafür, besonders ausgiebig gelesen zu werden.

5 Gemeint sind Freunde und Freundinnen. Auch im Folgenden wird auf Paarformen und Doppelbezeichnungen im Interesse der Lesbarkeit verzichtet. Wo keine geschlechtsneutralen Formulierungen zur Verfügung standen, steht die männliche Form auch für die weibliche.

6 N. S. PFIFFNER/M. JOOST, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Art. 319–529 OR, hrsg. von C. Huguenin/M. Müller-Chen, 3. Aufl. Zürich 2016, N 3 zu Art. 406a–406h OR; Botschaft zu E-OR Art. 406a ff., BBl 1996 I 174 f.

Auftrag die Merkmale eines Mäklervertrags (Art. 412 OR) zu verleihen⁷. Das hat aber nicht zur Folge, dass der Vertrag dem Recht über die Ehevermittlung (Art. 406a ff. OR) entzogen ist (s. später).

2. Rechtsgrundlagen. Die rechtliche Behandlung des Auftrags zur Ehe- oder Partnervermittlung ergibt sich – vorbehaltlich Sonderregeln – aus Art. 406b–406h OR, subsidiär gelten Art. 394–406 OR (Art. 406a Abs. 2 OR). Einzelne dieser Bestimmungen sind freilich beim Auftrag zur Ehe- oder Partnerschaftsvermittlung ohne Bedeutung, so etwa Art. 401 OR, andere sind nur mit Modifikationen anwendbar. Inwieweit die Bestimmungen des Allgemeinen Teils des OR durch konkurrierende Bestimmungen über den einfachen Auftrag oder den Auftrag zur Ehe- oder Partnervermittlung verdrängt werden, ist durch Gesetzesauslegung zu ermitteln.

Ist ein Auftrag zur Ehe- oder Partnerschaftsvermittlung als Mäklervertrag ausgestaltet, ändert sich nichts an der Anwendbarkeit von Art. 406b–406h OR (und von Art. 394 ff. OR, vgl. Art. 412 Abs. 2 OR), denn die fraglichen Bestimmungen sind zum Schutz des Auftraggebers erlassen, und das Schutzbedürfnis ist dort, wo ein erfolgsabhängiges Honorar abgemacht ist, nicht geringer als dort, wo sich die Honorarpflicht an die Tätigkeit als solche knüpft. Ob neben den Art. 406a ff. OR auch Bestimmungen über den Mäklervertrag (Art. 412 ff. OR) – analoge – Anwendung finden können, beurteilt sich nach den allgemeinen Grundsätzen über die Gesetzeskonkurrenz. Hinsichtlich Art. 413 und 415 OR ist die Anwendbarkeit zu bejahen, Art. 414 OR wird hingegen verdrängt (s. unten IV./Ziff. 2). Hinsichtlich Art. 417 und 418 OR stellt sich kein Konkurrenzproblem: Art. 417 OR findet nur bei der Arbeitsvermittlung und der Grundstücksmäkelei Anwendung, Art. 418 OR ist obsolet.

Bis zum Inkrafttreten von Art. 406a ff. OR war es üblich, den Auftrag zur Ehevermittlung als Mäklervertrag auszugestalten. Dem entsprach, dass sich im Recht über den Mäklervertrag eine besondere Bestimmung zum Auftrag zur Ehevermittlung fand (Art. 416 OR, wonach der Anspruch auf den Mäklerlohn nicht klagbar war). Es war aber nicht ausgeschlossen, die Honorarpflicht erfolgsunabhängig auszugestalten⁸, Art. 416 OR fand aber auch in einem solchen Fall – analoge – Anwendung. Im neuen Recht, d.h. seit der Inkraftsetzung von Art. 406a ff. OR, verhält es sich gleichsam umgekehrt. Unzutreffend scheint es, aus dem Erlass von Art. 406a ff. OR zu schliessen, der Auftrag zur Ehevermittlung könne «nicht mehr Gegenstand eines Mäklervertrages [sein]»⁹. Richtig ist lediglich, dass

7 T. PIETRUSZAK, Basler Kommentar, OR I, hrsg. von H. Honsell/N. P. Vogt/W. Wiegand, 6. Aufl. Basel 2015, N 24 zu Art. 406a OR; CHK/PFIEFFNER/JOOST (Fn. 6), N 28 zu Art. 406a–h OR; GUHL/SCHNYDER (Fn. 3), § 50 Rn. 32 f.

8 Vgl. J. HOFSTETTER, Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, in: Schweizerisches Privatrecht (SPR), Bd. VII/6, 2. Aufl. Basel 2000, 171 unten; zum deutschen Recht H. P. MANSSEL, Jauerling, Bürgerliches Gesetzbuch, hrsg. von R. Stürner, 16. Aufl. München 2015, N 4 zu BGB § 656.

9 So J. HOFSTETTER, SPR VII/6 (Fn. 8), 183.

er nicht mehr den Regeln über den Mäklervertrag untersteht bzw. nur noch insoweit, als Art. 406a ff. OR jene Regeln nicht verdrängen¹⁰.

Im deutschen Recht ist in BGB § 656 die Ehemäkelei geregelt. In der Praxis viel häufiger als Mäklerverträge sind jedoch Eheanbahnungsdienstverträge, bei denen die Vergütung nicht erfolgsabhängig ist, sondern typischerweise nach Zeitabschnitten der Vermittlungstätigkeit bemessen wird¹¹. Bleibt der Erfolg aus, kann bei einem Ehemäklervertrag ein allfällig bezahlter Vorschuss zurückgefordert werden, wogegen dies bei einem Eheanbahnungsdienstvertrag nicht der Fall ist. Andere Rückforderungsgründe (z.B. wegen Nichtigkeit des Vertrags) bleiben jedoch vorbehalten¹².

3. Im Abschnitt über den Auftrag zur Ehe- oder zur Partnerschaftsvermittlung finden sich **Bestimmungen** (Art. 406b Abs. 1 und 2, 406c OR), **welche nicht das Vertragsverhältnis zwischen Auftraggeber und Beaufragtem regeln** und daher, genau genommen, nicht den Auftrag zur Ehe- oder Partnerschaftsvermittlung betreffen. In den fraglichen Bestimmungen geht es um die «Vermittlung von oder an Personen aus dem Ausland» (Marginalie zu Art. 406b f. OR). Abs. 1 und 2 von Art. 406b OR regeln Kostenfragen, Art. 406c sieht eine Bewilligungspflicht vor.

Zu Art. 406b OR: Wird die zu vermittelnde Person vom Beaufragten veranlasst, von ihrem ausländischen Wohnsitz in die Schweiz einzureisen, so hat er ihr die Kosten der Rückreise zu vergüten, wenn diese innert sechs Monaten seit der Einreise erfolgt (Abs. 1). Dasselbe gilt im umgekehrten Fall, wenn also die zu vermittelnde Person ins Ausland reist und innert sechs Monaten wieder in die Schweiz zurückkehrt (gleiche Bestimmung). Kommt das Gemeinwesen für die Rückreisekosten auf, so kann es auf den Beaufragten Regress nehmen (Abs. 2). Beim Regressanspruch handelt es sich um den Anspruch, den Art. 406b Abs. 1 OR der zu vermittelnden Person gegenüber dem Beaufragten einräumt¹³. Es findet also eine Subrogation statt¹⁴. Abs. 3 ordnet an, dass der Beauftragte vom Auftraggeber nur im Rahmen des im Vertrag vorgesehenen Höchstbetrages (Art. 406d Ziff. 3 OR) die Rückerstattung der Reisekosten verlangen kann.

Zu Art. 406c OR: Abs. 1 ordnet eine Bewilligungspflicht «für die berufsmässige Ehe- oder Partnerschaftsvermittlung von Personen oder an Personen aus dem Ausland» an. Nach Abs. 2 erlässt der Bundesrat die Ausführungsvorschriften. Diese finden sich in der Verordnung vom 10.11.1999 über die berufsmässige Vermittlung von Personen aus dem Ausland oder ins Ausland zu Ehe oder fester Partnerschaft (SR 221.218.2).

10 Abweichend H. HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 9. Aufl. Bern 2010, 360, der primär die Art. 412 ff. OR, subsidiär die Regeln des einfachen Auftrags anwenden will.

11 Jauernig/MANSEL (Fn. 8), N 4 zu BGB § 656; aus der Rechtsprechung z.B. BGH, NJW 1983, 2817.

12 Z.B. BGH, NJW 1989, 1479 E. 4; OLG Düsseldorf, NJW-RR 1987, 691.

13 BasK/PIETRUSZAK (Fn. 7), N 1 zu Art. 406b OR; I. SCHWANDER, Handkommentar zum OR, hrsg. von J. Kren Kostkiewicz et. al, 2. Aufl. Zürich 2009, N 1 zu Art. 406b OR.

14 S. dazu allgemein A. KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. Bern 2017, Rn. 36.28 ff.

4. Die wichtigsten **Besonderheiten**, welche der Auftrag zur Ehe- oder Partnerschaftsvermittlung **hinsichtlich seiner rechtlichen Behandlung** in den Art. 406–406h OR erfahren hat, sind die folgenden:

- Der Vertrag bedarf zu seiner Gültigkeit – anders als der einfache Auftrag (Art. 11 OR) – der *schriftlichen Form* (Art. 406d OR).
- Dem Auftraggeber steht nach Abschluss des Vertrags ein befristetes *Widerrufsrecht* zu (Art. 406e OR).
- Art. 406g OR statuiert eine besondere *Aufklärungs- und Diskretionspflicht*.
- Nach Art. 406h OR können unverhältnismässig hohe *Vergütungen und Kosten* richterlich *herabgesetzt* werden (vgl. in verwandtem Zusammenhang Art. 163 Abs. 3 und 417 OR).

Die ersten beiden Punkte sind später näher zu erläutern (unten IV. und V.). Hinsichtlich Art. 406g und 406h OR sei auf die einschlägige Spezialliteratur verwiesen, etwa auf die Ausführungen des Jubilars im «Guhl»¹⁵.

III. Die begrifflichen Merkmale des Auftrags zur Ehe- oder Partnerschaftsvermittlung im Einzelnen

Durch den Auftrag zur Ehe- oder zur Partnerschaftsvermittlung übernimmt der Beauftragte – wie bereits gesagt – die Verpflichtung, «dem Auftraggeber gegen eine Vergütung Personen für die Ehe oder für eine feste Partnerschaft zu vermitteln» (Art. 406a OR). Zwei Begriffsmerkmale bedürfen näherer Erläuterung:

1. Unter den Begriff der «**festen Partnerschaft**» fallen «sämtliche Formen einer höchstpersönlichen, dauerhaften Lebensbeziehung, sowohl zwischen heterosexuellen als auch zwischen gleichgeschlechtlichen Paaren»¹⁶. Demnach finden Art. 406a ff. OR keine Anwendung einerseits auf die Vermittlung kurzfristiger, wenn auch höchstpersönlicher Kontakte (Hostessen u.ä.), andererseits auf die Vermittlung nicht höchstpersönlicher, wenn auch vielleicht auf Dauer angelegter Kontakte (Tanzpartner usw.). Eine «feste Partnerschaft» kann auch beabsichtigt sein, wenn keine gemeinsame Wohnung bezogen werden soll (es verhält sich insoweit nicht anders als bei der Ehe, welche ebenfalls keine Hausgemeinschaft voraussetzt). Der Auftrag, gleichgeschlechtliche Personen für eine «feste Partnerschaft» zu vermitteln, fällt auch dann unter Art. 406a ff. OR, wenn der Auftraggeber mit dem «festen Partner» keine eingetragene Partnerschaft i.S. des Bundesgesetzes

¹⁵ GUHL/SCHNYDER (Fn. 3), § 50 Rn. 37 f.

¹⁶ T. PIETRUSZAK, Kurzkommentar Obligationenrecht, hrsg. von H. Honsell, 2. Aufl. Basel 2014, N 3 zu Art. 406a OR.

über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare (PartG; SR 211.231) anstrebt¹⁷.

2. Der Ausdruck «**Vermittlung**» ist in einem weiten Sinne zu verstehen. Er umfasst insbesondere auch den blossen Nachweis, wie z.B. die Bekanntgabe von Name und Kontaktdaten (Adresse, Telefonnummer, E-Mail usw.)¹⁸; vgl. die romanischen Gesetzestexte, wo von *présenter* bzw. *presentare* die Rede ist. Nicht um Vermittlung i.S.v. Art. 406a OR geht es aber bei der typischen Online-Partnervermittlung (Parship, Elitepartner usw.), weil hier die Partnersuchenden («Auftraggeber») die Partnerschaftsvorschläge mittels ihrer Suchabfragen selber generieren und nicht vom Beauftragten (der Online-Partnervermittlung) erhalten. Zudem sind die Missbräuche, gegen welche die Art. 406a ff. OR gerichtet sind, bei der Online-Partnervermittlung «kaum relevant»¹⁹. Auch die *ratio legis* der Art. 406a ff. OR spricht daher gegen die Anwendung dieser Bestimmungen auf Online-Partnervermittlungsverträge. In der Lehre findet sich freilich auch die gegenteilige Ansicht²⁰.

Das Gesagte gilt allerdings unter Ausschluss von Art. 406c OR. Die in dieser Bestimmung vorgesehene Bewilligungspflicht gilt daher auch für die Online-Partnervermittlung. Einzelheiten zu den Bewilligungsvoraussetzungen finden sich – wie bereits gesagt – in Art. 2 der Verordnung über die berufsmässige Vermittlung von Personen aus dem Ausland oder ins Ausland zu Ehe oder fester Partnerschaft.

IV. Die Form des Auftrags zur Ehe- oder Partnerschaftsvermittlung

1. Der Vertrag bedarf zu seiner Gültigkeit der **schriftlichen Form** (Art. 406d OR). Es gelten Art. 12 ff. OR²¹, mit zwei Abweichungen: Zum einen müssen beide Parteien auf ein

17 Wo dies freilich nicht zutrifft, kann nicht von einem eigentlichen *Vertragsvermittlungsvertrag* gesprochen werden.

18 So fast wörtlich BasK/PIETRUSZAK (Fn. 7), N 5 zu Art. 406a OR.

19 A. F. RUSCH/P. KLAUS, Online-Partnervermittlung – Vertragsinhalt, Qualifikation und Probleme, AJP 2011, 1571.

20 Wie hier HONSELL, OR BT (Fn. 10), 360, und vor allem RUSCH/KLAUS, AJP 2011 (Fn. 19), 1571 ff., deren Argumentation hier übernommen wird. Gegenteilig C. HUGUENIN/F. HUNOLD, Qualifikation der Verträge mit Online-Partnervermittlern, in: *Private Law: national – global – comparative*, Festschrift für I. Schwenzer, hrsg. von A. Büchler/M. Müller-Chen, Bern 2011, 839 ff.; CHK/PFIFNER/JOOST (Fn. 6), N 5 zu Art. 406a–h OR. Differenzierend PIETRUSZAK (BasK [Fn. 7], N 5 zu Art. 406a OR), der Art. 406a ff. OR auf die Online-Partnervermittlung dann anwenden will, «wenn bei der Datenbankabfrage die Treffer nach einem bestimmten Passensgrad vorgeschlagen werden, der auf Persönlichkeitsprofilen der Kunden beruht». Käme es auf dieses Kriterium an, wären wohl die fraglichen Bestimmungen in den meisten Fällen anwendbar.

21 S. dazu eingehend KOLLER, OR AT (Fn. 14), Rn. 12.42 ff.; P. GAUCH/W. R. SCHLUEP/J. SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. Zürich 2014, Rn. 503 ff.

und derselben Vertragsurkunde unterschreiben (vgl. Art. 406e Abs. 1 OR)²², wogegen normalerweise die Unterschriften auf unterschiedlichen Schriftstücken stehen dürfen²³. Zum andern sind gewisse Punkte formbedürftig, die es nach den allgemeinen Regeln nicht wären (das gilt etwa hinsichtlich der Angabe des Wohnsitzes der Parteien, Art. 406d Ziff. 1 OR). Welche Punkte formbedürftig sind, wird in Art. 406d OR im Einzelnen aufgeführt (s. analog z.B. Art. 344a OR und Art. 9–11 KKG). Folgt man dem Gesetzeswortlaut, so hat jede Formwidrigkeit die Ungültigkeit des ganzen Vertrags zur Folge. Im Wege teleologischer Reduktion sind jedoch gewisse Einschränkungen angebracht²⁴. Art. 406d OR ist als blosse Formvorschrift konzipiert, er enthält jedoch mittelbar noch weitere gesetzgeberische Aussagen (unten Ziff. 2, dritter Absatz).

2. Umfang des Formzwangs. Der schriftliche Vertrag muss gemäss Art. 406d Ziff. 2 OR Angaben über die Anzahl und die Art der Leistungen des Beauftragten sowie über die Höhe der Vergütung und der Kosten, die mit jeder Leistung verbunden sind, enthalten. Über diese Punkte müssen sich also die Parteien geeinigt haben (es handelt sich um objektiv wesentliche Punkte²⁵). Anzugeben ist sicher die Vertragsdauer (da ohne deren Kenntnis weder der Leistungsumfang noch der Vergütungsumfang eruiert werden kann), anzugeben ist ferner etwa «die Anzahl der Partnervorschläge, die dem Auftraggeber während dieses Zeitraums präsentiert werden»²⁶. Allzu hohe Anforderungen dürfen in dieser letzteren Hinsicht nicht gestellt werden²⁷, doch kann es – anders als im Recht des einfachen Auftrags – nicht genügen, dass die Bestimmung des Leistungsumfangs dem Richter überlassen wird oder sich aus einer Übung ergibt²⁸.

Art. 406d Ziff. 2 OR gilt auch bei einem als Mäklervertrag ausgestalteten Auftrag. Er verdrängt Art. 414 OR, der die Frage regelt, wie sich bei einem Mäklervertrag die Vergütung bemisst, wenn sich der Vertrag darüber ausschweigt.

Der Formzwang bezieht sich auch auf das Recht des Auftraggebers (Art. 404 OR), den Vertrag jederzeit entschädigungslos zu kündigen, unter Vorbehalt der Schadenersatzpflicht wegen Kündigung zur Unzeit (Ziff. 7 von Art. 406d OR). Art. 406d Ziff. 7 OR enthält mittelbar auch die Aussage, dass Art. 404 OR beim Auftrag zur Ehevermittlung zwingend ist, sowohl hinsichtlich Abs. 1 (das Kündigungsrecht als solches kann nicht eingeschränkt werden) als auch hinsichtlich Abs. 2 (der Auftraggeber kann sich nicht rechtswirksam verpflichten, mehr als Ersatz des negativen Vertragsinteresses zu leisten)²⁹.

22 Z.B. CHK/PFIFFNER/JOOST (Fn. 6), N 10 zu Art. 406a–406h OR.

23 KOLLER, OR AT (Fn. 14), Rn. 12.45.

24 S. BasK/PIETRUSZAK (Fn. 7), N 20 zu Art. 406d OR.

25 S. dazu allgemein KOLLER, OR AT (Fn. 14), Rn. 6.27 ff.

26 BasK/PIETRUSZAK (Fn. 7), N 6 zu Art. 406d OR.

27 BasK/PIETRUSZAK (wie in der vorigen Anm.).

28 Vgl. demgegenüber zum deutschen Recht OLG Düsseldorf, NJW-RR 1987, 691 E. 2.

29 Ob und allenfalls inwieweit Art. 404 OR beim einfachen Auftrag zwingend ist, ist umstritten; s. die Nw. bei A. KOLLER, Dienstleistungsverträge – Begriff, Arten und rechtliche Grundlagen, AJP 2014, 1635 Anm. 44.

E contrario wird man aus der Bestimmung schliessen dürfen, dass Art. 404 OR hinsichtlich des Beauftragten nicht zwingend ist, weder Abs. 1 noch Abs. 2.

V. Das Widerrufsrecht des Auftraggebers (Art. 406e OR)

Nach Art. 406e OR tritt der Vertrag für den Auftraggeber erst 14 Tage nach Erhalt eines beidseitig unterzeichneten Vertragsdoppels in Kraft. Innerhalb dieser Frist kann er «seinen Antrag zum Vertragsabschluss oder seine Annahmeerklärung schriftlich widerrufen».

1. Der Widerruf i.S.v. Art. 406e OR ist auf **Beseitigung der Vertragserklärung** (Antrag oder Annahme) gerichtet³⁰. Gegebenenfalls wird also das Zustandekommen des Vertrags verhindert bzw. fällt der Vertrag, falls bereits geschlossen, dahin³¹. In der früheren (bis Ende 2015 geltenden) Fassung von Art. 406e OR war statt von Widerruf von Rücktritt die Rede. Das war terminologisch verfehlt, weil der Rücktritt, wie er vom Gesetzgeber üblicherweise (z.B. in Art. 107 Abs. 2 und 109 Abs. 1 OR) verstanden wird, nicht auf Beseitigung des Vertragstatbestandes, sondern lediglich auf Rückgängigmachung der Vertragswirkungen (Aufhebung ex tunc) gerichtet ist.

Eigentliche Rücktrittsrechte knüpfen typischerweise an einen Mangel bei der Durchführung des Vertrags an, wogegen Rechte, welche den Vertragstatbestand beseitigen (Widerrufsrechte im technischen Sinne), ihre Ursache in Umständen des Vertragsabschlusses haben. Das wirkt sich im Falle ihrer Ausübung insbesondere dahin aus, dass im einen Fall (Widerruf) bereits erbrachte Sachleistungen vindiziert werden können, im andern Fall nicht. Was jeweils vorliegt, ist Auslegungsfrage. Nebst Art. 406e OR verschaffen noch etwa Art. 40a ff. OR und Art. 16 KKG eigentliche Widerrufsrechte. Auch die Anfechtungsrechte bei Vorliegen eines Willensmangels (Art. 21, 23 OR) sind der Sache nach Widerrufsrechte³². Dagegen sind die «Widerrufsrechte» von Art. 249 f. und 404 Abs. 1 OR in Wirklichkeit Rücktrittsrechte.

2. Die **Modalitäten des Widerrufs** ergeben sich aus Art. 406e OR. Beim Erlass dieser Bestimmung orientierte sich der Gesetzgeber an dem ehemaligen Art. 226c OR über den Abzahlungskauf³³.

30 Solange die (schriftliche) Vertragserklärung noch nicht – durch Zugang beim Beauftragten – wirksam geworden ist, steht (auch) der Widerruf nach Art. 9 OR offen.

31 Z.B. I. SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. Bern 2016, Rn. 28.75.

32 R. ZIMMERMANN, Die Rückabwicklung nach Widerruf von Verbraucherverträgen, JBl 2010, 207 r.Sp.

33 Die Bestimmung ist wiedergegeben bei F. MÖRTL, Die OR-Fassungen seit 1911/12, Das schweizerische Obligationenrecht von 1911/12 und die seitherigen Änderungen, hrsg. von A. Koller, Bern 2015, 434.

a) Der Widerruf hat – wie bereits gesagt – schriftlich zu erfolgen (Art. 406e Abs. 2 OR)³⁴. Gemeint ist die einfache Schriftlichkeit i.S.v. Art. 13 ff. OR³⁵. Umstritten ist, ob die Schriftform Gültigkeitsform ist³⁶. M.E. ist dies zu bejahen, doch ist zu beachten: Eine nicht schriftliche Rücktrittserklärung kann zurückgewiesen werden. Erfolgt keine Rückweisung, ist dies regelmässig als konkludente Zustimmung zur Vertragsaufhebung zu werten. Da insoweit das Schriftformerfordernis nicht gilt (Art. 115 OR analog), kann auf diese Weise der Vertrag wirksam beendet werden und die an sich nichtige Widerrufserklärung nachträglich Geltung erlangen.

b) Für den Widerruf besteht eine Frist von 14 Tagen, welche nach Erhalt eines beidseitig unterzeichneten Vertragsdoppels zu laufen beginnt (Art. 406e Abs. 1 OR). Die Frist ist gewahrt, wenn die (schriftliche) Widerrufserklärung am 14. Tag der Post übergeben wird. Art. 406e Abs. 2 OR in der bis Ende 2015 geltenden Fassung hatte dies noch ausdrücklich vorgesehen; heute gilt dasselbe gestützt auf Art. 40e Abs. 4 OR i.V.m. Art. 406e Abs. 2 OR (der hier gemachte Verweis auf das Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften ist über den Gesetzeswortlaut hinaus nicht nur auf Art. 40f OR, sondern auch auf Art. 40e OR zu beziehen).

c) Ein im Voraus erklärter Verzicht auf das Widerrufsrecht ist unwirksam (Art. 406e Abs. 2 OR). «Im Voraus» bedeutet nicht vor Vertragsabschluss, sondern vor Beginn der Widerrufsfrist³⁷. Erst wenn diese Frist begonnen hat, kann der Auftraggeber den Vertrag durch Verzicht auf das Widerrufsrecht genehmigen. Ein Verzicht kann auch konkludent erfolgen. Leistet der Auftraggeber vor Ablauf der Frist eine Zahlung, so könnte dies nach allgemeinen rechtsgeschäftlichen Grundsätzen als (konkludenter) Verzicht auf das Widerrufsrecht anzusehen sein. Art. 406e Abs. 2 OR, wonach der Beauftragte vor Ablauf der Widerrufsfrist keine Zahlung entgegennehmen darf, steht jedoch dieser Deutung entgegen³⁸.

3. Rechtslage im Falle eines Widerrufs. Im Falle eines (rechtzeitigen und formgerechten) Widerrufs fällt der Vertrag dahin, wie wenn er nie bestanden hätte. Art. 406d Ziff. 5 OR bestimmt, dass der Widerruf «entschädigungslos» erfolgt; «im Übrigen sind die Bestimmungen über die Widerrufsfolgen [bei Haustürgeschäften] (Art. 40t) sinngemäss anwendbar» (Art. 406e Abs. 2 OR). Offenbar geht die Meinung des Gesetzgebers dahin, dass zwar der Auftraggeber keinerlei Schadenersatz schuldet, jedoch dem Beauftragten ein Anspruch auf bereicherungsrechtliche Rückerstattung einer allenfalls bereits erbrachten Leistung (Art. 40f Abs. 1 OR) oder/und auf Auslagenersatz (Art. 40f Abs. 3 OR) zustehen kann. Von praktischer Bedeutung dürften diese Ansprüche freilich nicht sein.

34 Art. 406f OR, der dies ebenfalls vorgesehen hatte, wurde per Ende 2015 als überflüssig aufgehoben.

35 BasK/PIETRUSZAK (Fn. 7), N 4 zu Art. 406f OR.

36 Bejahend BasK/PIETRUSZAK (Fn. 7), N 7 zu Art. 406f OR; HandK/SCHWANDER (Fn. 13), N 1 zu Art. 406f OR; verneinend (blosse Beweisform) P. TERCIER/L. BIERI/B. CARRON, *Les contrats spéciaux*, 5. Aufl. Zürich 2016, Rn. 4872.

37 Nicht eindeutig BasK/PIETRUSZAK (Fn. 7), N 17 zu Art. 406e OR.

38 Botschaft zu E-OR Art. 406a ff. (Fn. 6), 177.

Die umschriebene Rechtslage darf nicht zu Ungunsten des Auftraggebers abgeändert werden. Entgegenstehende Vereinbarungen, insbesondere Reugeldabreden (Art. 158 OR), sind nichtig (vgl. den ehemaligen Art. 226c Abs. 3 OR).

4. Rechtslage bei Ausbleiben des Widerrufs. Der unter Widerrufsvorbehalt stehende Vertrag ist nach Ansicht des Jubilars, dem diese Festschrift gewidmet ist, als resolutiv bedingt anzusehen (vgl. Art. 154 OR)³⁹. Kommt es daher nicht zum Widerruf, sind allfällige, noch vor Ablauf der Widerrufsfrist vorgenommene Vertragsleistungen des Beauftragten abzugelten, wie wenn der Vertrag von Anfang an unbedingt zustande gekommen wäre. Nach anderer Ansicht ist der Vertrag als suspensiv bedingt anzusehen und tritt die Vertragswirkung *ex nunc* ein⁴⁰, weshalb vor Fristablauf erbrachte Leistungen keine Entgeltspflicht auszulösen vermögen. Begründet wird dies über eine analoge Anwendung von Art. 151 Abs. 2 OR. M.E. ist die in Frage stehende Entgeltspflicht auch bei Annahme eines suspensiv bedingten Vertrags zu bejahen, also davon auszugehen, dass der Bedingungseintritt (Ausbleiben des Widerrufs) zurückwirkt (vgl. Art. 151 Abs. 2 OR a.E.). Folgt man dem, so ist die Kontroverse ohne praktische Bedeutung. Der Jubilar mag es mir daher nachsehen, wenn ich mich damit nicht weiter auseinandersetze. Beigefügt sei lediglich, dass bei Haustürgeschäften die Theorie vom *resolutiv* bedingten Vertrag herrschend ist⁴¹ und es sich sachlich keinesfalls rechtfertigt, den Auftrag zur Ehe- oder Partnerschaftsvermittlung in der hier interessierenden Frage anders zu behandeln als Haustürgeschäfte⁴². Man hat also entweder in beiden Fällen von einem resolutiv bedingten oder in beiden Fällen von einem suspensiv bedingten Vertrag auszugehen⁴³.

39 GUHL/SCHNYDER (Fn. 3), § 50 Rn. 36.

40 KUKO/PIETRUSZAK (Fn. 16), N 5 zu Art. 406e OR; HandK/SCHWANDER (Fn. 13), N 1 zu Art. 406e OR; W. Nw. bei S. HARTMANN, Konsumentenschutzrechtliche Widerrufsrechte im schweizerischen Recht – Möglichkeiten und Grenzen der Vereinheitlichung, ZSR 2008 I, 312 Fn. 29.

41 Z.B. R. DORNIER, Zürcher Kommentar, Art. 40a–f OR, hrsg. von J. Schmid, Zürich 2010, N 130 zu Art. 40f OR.

42 Vgl. HARTMANN, ZSR 2008 I (Fn. 40), 313.

43 Anders HARTMANN, ZSR 2008 I (Fn. 40), 313, der davon ausgeht, de lege lata sei eine unterschiedliche Behandlung (Annahme eines resolutiv bedingten Vertrags im Falle von Art. 40a ff. OR, Annahme eines suspensiv bedingten Vertrags im Falle von Art. 406e OR) unumgänglich.