



Vertragslücken und deren Füllung

ALFRED KOLLER*

Der vorliegende Aufsatz befasst sich mit der Frage, wie Vertragslücken zu füllen sind, wie also vorzugehen ist, wenn Vertragsparteien eine den Vertragsgegenstand betreffende Frage nicht geregelt haben. Die Auffassungen hierüber gehen stark auseinander. Der Streit dreht sich insbesondere um das Verhältnis von sog. ergänzender Vertragsauslegung und dispositivem Recht. Der Verfasser dieses Beitrags vertritt die Ansicht, dass die ergänzende Vertragsauslegung dem dispositiven Recht vorgeht, primär also auf einen allfällig feststellbaren hypothetischen Parteiwillen abzustellen ist. Das Bundesgericht gewährt demgegenüber dem dispositiven Recht den Vorrang. In der praktischen Rechtsanwendung verfährt es freilich anders.

Le présent article s'intéresse à la question de savoir comment les lacunes du contrat doivent être comblées et comment il faut procéder lorsque les parties au contrat n'ont pas réglé un point concernant l'objet du contrat. Les opinions à ce sujet sont très divergentes. Le conflit porte notamment sur le rapport entre l'interprétation du contrat dite complémentaire et le droit dispositif. L'auteur de cette contribution estime que l'interprétation complémentaire du contrat prévaut sur le droit dispositif et qu'il convient, en premier lieu, de se fonder le cas échéant sur une volonté hypothétique perceptible des parties. Le Tribunal fédéral garantit au contraire la priorité du droit dispositif. Dans l'application pratique du droit, il agit toutefois différemment.

Inhaltsübersicht

- I. Die in der Lehre vertretenen Auffassungen
 - A. Die eigene Auffassung: Vorrang des hypothetischen Parteiwillens
 - B. Abweichende Lehrmeinungen
 1. Die Auffassung von GAUCH/SCHLUEP/SCHMID: Vorrang des dispositiven Rechts
 2. Die Auffassung von MÜLLER: Vorrang des hypothetischen Parteiwillens *abstrakter* (durchschnittlicher) Vertragsparteien
- II. Die Auffassung des Bundesgerichts
 - A. BGE 115 II 484
 1. Sachverhalt
 2. Aus den Erwägungen
 3. Bemerkungen
 - B. BGE 4C.286/2005
 1. Sachverhalt
 2. Aus den Erwägungen
 3. Bemerkungen
- III. Fazit

Im Folgenden interessiert, wie Vertragslücken zu füllen sind, wie also vorzugehen ist, wenn Vertragsparteien eine den Vertragsgegenstand betreffende Frage nicht geregelt haben. Die Auffassungen hierüber gehen in Lehre und Rechtsprechung stark auseinander, wobei sich allerdings die unterschiedlichen Ansichten teilweise mehr in theoretischer denn praktischer Hinsicht unterscheiden.

I. Die in der Lehre vertretenen Auffassungen

A. Die eigene Auffassung: Vorrang des hypothetischen Parteiwillens

Vertragslücken sind nach der hier vertretenen Auffassung primär im Wege sog. ergänzender Vertragsauslegung zu füllen, subsidiär (wenn die ergänzende Auslegung die Lücke nicht zu schliessen vermag) durch das dispositive Recht. Während die Vertragsauslegung der Feststellung dessen dient, was die Parteien *abgemacht haben* (Konsens oder realer Konsens, Art. 1 OR), dient die ergänzende Auslegung der Feststellung dessen, was die Parteien *abgemacht hätten*, wenn sie ein vom Konsens nicht erfasstes Problem vertraglich geregelt hätten. Ein so ermittelter *hypothetischer* Konsens geht nach dem Gesagten dem dispositiven Recht – gleich wie ein realer Konsens – vor.¹ Eine ergänzende Vertragsauslegung ist allerdings nur insoweit zulässig, als der Vertrag und die Umstände, unter

¹ Soweit zwingendes Recht besteht, ist selbstverständlich dieses primäres Mittel der Lückenfüllung. Da allerdings zwingendes Recht auch eine allfällige vertragliche Abmachung verdrängt, ist das zwingende Recht kein spezifisches Mittel der Lückenfüllung. Mit Rücksicht hierauf spricht ein Teil der Lehre dort, wo für eine von den Parteien nicht geregelte Frage zwingendes Recht besteht, nicht von einer Vertragslücke. Nach der von mir bevorzugten Terminologie liegt immer eine Vertragslücke vor, wo es in einer bestimmten Frage an einem Konsens fehlt, daher auch dort, wo der fehlende Konsens durch zwingendes Recht ergänzt wird (ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. A., Bern 2017, N 10.02).

denen er abgeschlossen wurde, Anhaltspunkte liefern, wie die *konkreten* Parteien den Vertrag ergänzt hätten.² Mangels solcher Anhaltspunkte darf der Richter den Vertrag nur nach den einschlägigen (dispositiven) Gesetzesvorschriften und – bei Vorliegen einer Gesetzeslücke – *modo legislatoris* ergänzen, also durch Schaffung ungeschriebenen Dispositivrechts (Art. 1 Abs. 2 ZGB).³

Beispiel: V. schreibt dem M.: «Ich vermiete dir mein Pferd für 10 Tage. Der Mietzins von CHF 200 ist – entgegen der Regel von Art. 119 Abs. 2 und Art. 259d OR – auch geschuldet, falls das Pferd krank werden sollte.» Kurz nach Mietantritt stirbt das Pferd, V. verlangt trotzdem den ganzen Mietzins. Zu Recht. Zwar haben die Parteien den Fall, dass das Pferd stirbt, nicht geregelt. Da jedoch die Zinszahlungspflicht offenbar von der Gebrauchsmöglichkeit unabhängig sein sollte, muss der Tod – nach dem *hypothetischen* Parteiwillen, also im Wege *ergänzender* Auslegung – der Krankheit gleichgestellt werden. Art. 119 Abs. 2 und Art. 257d OR sind ausgeschaltet.

Im Gesetz findet sich keine Bestimmung, welche in allgemeiner Weise festhält, dass ein in ergänzender Auslegung festgestellter hypothetischer Parteiwille dem dispositiven Recht vorgeht. Es enthält jedoch verschiedene Bestimmungen, welche dies für einzelne Tatbestände vorsehen (z.B. Art. 2 Abs. 2 OR, Art. 75 und Art. 81 Abs. 1 OR). Bestimmungen dieser Art liegt letztlich der Gedanke der Privatautonomie zugrunde:⁴ Der hypothetische (übereinstimmende) Parteiwille wird dem tatsächlichen (übereinstimmenden) Parteiwillen gleichgestellt. Dieser Gedanke lässt sich – im Wege der Gesamtanalogie⁵ – verallgemeinern und muss verallgemeinert werden, sollen nicht Wertungswidersprüche entstehen. Generell muss somit gelten, dass der hypothetische Parteiwille dispositivem Recht vorgeht.

B. Abweichende Lehrmeinungen

Die hier vertretene Auffassung findet sich auch noch bei verschiedenen anderen Autoren, etwa MERZ, PIOTET, DE-

SCHENAUX und YUNG,⁶ um nur die namhaftesten zu nennen. Namentlich in der neueren Lehre finden sich jedoch auch abweichende Ansichten. Zwei grosse Gruppen lassen sich unterscheiden: Die einen gehen vom Vorrang des dispositiven Rechts aus, ziehen den hypothetischen Parteiwillen also – vorbehaltlich Sonderregeln⁷ – erst an zweiter Stelle heran (unten I.B.1.). Die anderen gehen zwar vom hypothetischen Parteiwillen als primärem Mittel der Lückenfüllung aus, nehmen als Bezugspersonen jedoch nicht die konkreten, sondern abstrakte Vertragsparteien, welche sie als redliche und gerechte Menschen unterstellen, auch das freilich unter Vorbehalt von Sonderregeln⁸ (unten I.B.2.). Beide Ansichten kommen in verschiedenen Unterarten und Schattierungen vor.⁹

1. Die Auffassung von GAUCH/SCHLUEP/SCHMID: Vorrang des dispositiven Rechts

Die Auffassung, dass das dispositive Recht dem hypothetischen Parteiwillen vorgeht, wird etwa von KLETT¹⁰ vertreten. Prominente Vertreter sind ferner GAUCH/SCHLUEP/SCHMID¹¹, diese freilich mit der Einschränkung, dass sich das – primär massgebliche – dispositive Recht in das Ver-

² KOLLER (FN 1), N 3.199, 10.23, 10.25.

³ Daraus folgt: Entspricht ein Vertrag einem gesetzlichen Vertragstyp, ohne dass er signifikante Besonderheiten aufweisen würde, so darf und soll der Richter das für den Vertragstyp geltende dispositive Recht anwenden (vgl. BGer, 28.2.1995, in: SemJud 1995, 436, E. 3b).

⁴ Vgl. KOLLER (FN 1), N 10.14/15/17 f.

⁵ Die Gesamtanalogie besteht darin, dass mehreren gesetzlichen Bestimmungen, die an verschiedene Tatbestände dieselbe Rechtsfolge knüpfen, ein allgemeiner Rechtsgrundsatz entnommen wird. Demgegenüber wird bei der Einzelanalogie die für einen Tatbestand gegebene Regel auf einen anderen, nicht geregelten, wertungsmässig aber gleich zu erachtenden Tatbestand übertragen (ERNST A. KRAMER, Juristische Methodenlehre, 6. A., Bern 2019, 232 ff.).

⁶ HANS MERZ, Berner Kommentar zu Art. 2 ZGB, Bern 1962, N 138; DERS., Vertrag und Vertragsschluss, 2. A., Freiburg 1992, N 184–187 mit Fn 44; HENRI DESCHENAUX, Schweizerisches Privatrecht, Band II: Einleitung und Personenrecht, Basel 1967, 172 f.; PAUL PIOTET, Le complètement judiciaire du contrat, ZSR 1961 I, 367 ff., 386 f.; WALTER YUNG, L'interprétation supplétive des contrats, ZBJV 1961, 41 ff., 63; weitere Nachweise bei BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 70, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6. A., Basel 2015 (zit. BSK OR I-WIEGAND).

⁷ Als Sonderregel anerkennen sie dabei nur Art. 2 Abs. 2 OR, nicht aber die anderen der oben erwähnten Bestimmungen (Art. 75 OR usw.).

⁸ Auch diese Autoren anerkennen nur Art. 2 Abs. 2 OR als Sonderregel (s. vorstehende FN).

⁹ Ein Überblick findet sich bei BSK OR I-WIEGAND (FN 6), Art. 18 N 70 f. WIEGAND selbst ist der – schwer nachvollziehbaren – Meinung, letztlich handle es sich bei der «Frage nach dem Vorrang von dispositivem Recht und Parteiwillen» um ein «Scheinproblem». Einzelne Autoren vermengen die beiden Gesichtspunkte (Lückenfüllung nach dispositivem Recht bzw. hypothetischem Parteiwillen) in einer Weise, dass kaum mehr ersichtlich ist, welcher Meinung sie anhängen (so z.B. MAX KELLER/CHRISTIAN SCHÖBI, Das Schweizerische Schuldrecht, Bd. I: Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, 3. A., Basel 1988, 137 f.).

¹⁰ KATHRIN KLETT, Vertragsrecht und dispositives Gesetzesrecht, in: Pierre Tercier/Marc Amstutz/Alfred Koller/Jörg Schmid/Hubert Stöckli (Hrsg.), Gauchs Welt, Recht, Vertragsrecht und Baurecht, Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, Zürich 2004, 459 ff., 462 f.

¹¹ PETER GAUCH/WALTER SCHLUEP/JÖRG SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 10. A., Zürich 2014, N 1254 f.

tragsganze harmonisch einfügen müsse. Das dispositive Recht hat daher dort zurückzutreten, wo es mit dem – realen oder hypothetischen – Parteiwillen in Konflikt gerät. Daher würden GAUCH/SCHLUEP/SCHMID im oben unter I.A. geschilderten Miet-Beispiel kaum zu einem anderen Ergebnis kommen (die Heranziehung von Art. 119 Abs. 2 OR geriete mit dem hypothetischen Parteiwillen in Konflikt und würde damit dem von den besagten Autoren propagierten Erfordernis, dass die Anwendung des dispositiven Rechts sich in das Vertragsganze harmonisch einfügen muss, im Widerspruch stehen).

GAUCH/SCHLUEP/SCHMID begründen ihre Ansicht (grundsätzlicher Vorrang des dispositiven Rechts vor dem hypothetischen Parteiwillen) mit der Bindung des Richters an das Gesetz (Art. 1 Abs. 1 ZGB). Diese Bindung wird hier nicht in Frage gestellt, jedoch schliesst die Bindung an das Gesetz die analoge Anwendung gesetzlicher Bestimmungen nicht aus. Auch eine Gesamtanalogie (oben I.A.) ist zulässig, wo verschiedene Bestimmungen auf einem verallgemeinerungsfähigen Gedanken beruhen. Das trifft nach der hier vertretenen Ansicht hinsichtlich jener Bestimmungen (Art. 2 Abs. 2, Art. 75 OR usw.), welche dem hypothetischen Parteiwillen (der konkreten Parteien) den Vorrang vor dem dispositiven Recht einräumen, zu.

2. Die Auffassung von MÜLLER: Vorrang des hypothetischen Parteiwillens abstrakter (durchschnittlicher) Vertragsparteien

Die Auffassung, wonach für die Füllung von Vertragslücken nicht auf den hypothetischen Parteiwillen der konkreten, sondern abstrakter (durchschnittlicher) Vertragsparteien zurückzugreifen ist, wird in besonderer Deutlichkeit von MÜLLER im Berner Kommentar vertreten. Er versteht den hypothetischen Parteiwillen als «normatives Kriterium, das auf redlich denkende Durchschnittsparteien Bezug nimmt und insofern am Gedanken der ausgleichenden Vertragsgerechtigkeit orientiert ist».¹² Der hypothetische Parteiwille bezeichne demnach «nicht einen empirischen Willen, den die [konkreten] Parteien wirklich gehabt hätten»,¹³ er habe sich vielmehr immer und «ausschliesslich am objektivierten Willen redlicher und vernünftiger Parteien»¹⁴ zu orientieren. Eine gewisse Konzession an den hypothetischen Parteiwillen der konkreten Parteien macht er immerhin insofern, als sich das Gericht bei dessen Feststellung «an Wesen und Zweck des [konkreten] Vertrags zu orientieren» habe.¹⁵ Vertragslücken

seien «somit unter Berücksichtigung der individuellen Teleologie (Ökonomie) des Vertrags zu schliessen».¹⁶ Möglicherweise würde MÜLLER daher im Miet-Beispiel von oben I.A. zu keinem anderen als dem hier befürworteten Ergebnis gelangen (die «Teleologie» des Vertrags verträgt sich nicht mit der Anwendung von Art. 119 Abs. 2 OR).

MÜLLER lässt eine inhaltliche Begründung seiner Auffassung vermissen. Er begnügt sich mit Hinweisen auf Lehre und bundesgerichtliche Rechtsprechung. Viele dieser Hinweise sind jedoch nicht einschlägig, so etwa jener auf GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, deren Ausführungen zwar teilweise in Richtung von MÜLLERS Auffassung gehen, die aber – wie gesehen – dem dispositiven Recht bei der Füllung einer Vertragslücke den Vorrang einräumen (oben I.B.1.). Entsprechendes gilt auch für die von MÜLLER zitierten Bundesgerichtsentscheide (s. nun nachstehend II.).

II. Die Auffassung des Bundesgerichts

Das Bundesgericht stellt immer wieder fest, Vertragslücken seien primär durch das dispositive Gesetzesrecht und erst subsidiär (bei Fehlen einer einschlägigen Gesetzesregel) durch Abstellen auf den hypothetischen Parteiwillen zu füllen, in der praktischen Rechtsanwendung verfährt es jedoch umgekehrt, räumt es also dem hypothetischen Parteiwillen den Vorrang ein. Bezugspunkt sind dabei – entsprechend der hier vertretenen Ansicht – die konkreten Parteien, nicht abstrakte Parteien im Sinne der von MÜLLER vertretenen Ansicht. Nur wenn ein konkreter hypothetischer Parteiwille nicht feststellbar ist und es auch an einer einschlägigen Gesetzesregel fehlt, zieht das Bundesgericht einen abstrakt bestimmten hypothetischen Parteiwillen heran. Das Gesagte lässt sich an den nachstehend besprochenen beiden Entscheiden eindrücklich illustrieren.

A. BGE 115 II 484

1. Sachverhalt

T. mietete mit Vertrag vom 27. Juli 1971 vom Ehepaar H. ein Restaurant in der Zürcher Altstadt. Im Jahre 1976 wurde der Mietvertrag unter anderem durch folgende Bestimmung ergänzt:

«Die Vertragsdauer wurde für beide Parteien um weitere 10 Jahre verlängert und ist bis zum 31. März 1987 unkündbar. Wird der Vertrag weder von der einen noch der anderen Partei wenigstens 1 Jahr vor Ablauf der Mietzeit durch eingeschriebe-

¹² CHRISTOPH MÜLLER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Art. 1–18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht, Bern 2018 (zit. BK-MÜLLER), Art. 18 OR N 481.

¹³ BK-MÜLLER (FN 12), Art. 18 OR N 481.

¹⁴ BK-MÜLLER (FN 12), Art. 18 OR N 482.

¹⁵ BK-MÜLLER (FN 12), Art. 18 OR N 484.

¹⁶ BK-MÜLLER (FN 12), Art. 18 OR N 484.

nen Brief gekündigt, so gilt er jeweils auf 5 weitere Jahre verlängert, wieder mit jährlicher Kündigungsfrist.»

In der Folge wurde eine von den Vermietern angebehrte Mietzinserhöhung gerichtlich für unzulässig erklärt. Die dadurch in Gang gesetzte, bis 24. September 1987 dauernde Sperrfrist schloss eine Kündigung auf den 31. März 1987 aus (aArt. 28 Abs. 3 BMM). Am 25. September 1987, also unmittelbar nach Ablauf der Sperrfrist, kündigten die Vermieter den Vertrag unter Einhaltung der vertraglich vorgesehenen einjährigen Kündigungsfrist auf den 30. September 1988. Der Mieter klagte auf Feststellung der Ungültigkeit der Kündigung. Er stellte sich auf den Standpunkt, der Vertrag sei auf Ende März 1987 nicht gekündigt worden, er sei daher bis zum 31. März 1992 verlängert worden und könne nicht auf einen früheren Zeitpunkt gekündigt werden. Die Gerichte des Kantons Zürich wiesen die Klage ab, ebenso das Bundesgericht.

2. Aus den Erwägungen

«4. Das Obergericht geht davon aus, die Parteien hätten weder nach empirischer noch normativer Vertragsauslegung eine Regelung für den Fall getroffen, dass die vereinbarte Möglichkeit, den Mietvertrag auf den 31. März 1987 zu kündigen, wegen zwingenden Gesetzesrechts [Kündigungssperrfrist zufolge nicht rechtmässiger Mietzinserhöhung] nicht zulässig sei. Damit sei die Annahme ausgeschlossen, auch diesfalls erstrecke sich die Mietdauer gemäss Vertragsnachtrag um fünf Jahre. Vielmehr liege eine Vertragslücke vor, welche dahingehend zu schliessen sei, dass der Kündigungstermin um die Dauer der Sperrfrist nach Art. 28 Abs. 3 BMM [heute Art. 271a lit. e Ziff. 1 OR] hinausgeschoben werde. Der Kläger erblickt darin eine Verletzung von Art. 18 OR.

a) Eine Vertragslücke liegt vor, wenn die Parteien eine Rechtsfrage, die den Vertragsinhalt betrifft, nicht oder nicht vollständig geregelt haben [...]. Ob der Vertrag in diesem Sinne einer Ergänzung bedarf, ist vorerst durch empirische, bei deren Ergebnislosigkeit durch normative Auslegung zu ermitteln [...].

Soweit das Obergericht festgestellt hat, die Parteien hätten die Frage einer gesetzlichen Einschränkung der vereinbarten Kündigungsmodalitäten nicht bedacht und deshalb nicht geregelt, hat es eine Tatfrage verbindlich beantwortet. Auf die dagegen gerichteten Einwände des Klägers ist daher nicht einzutreten. Soweit das Obergericht sodann auch aufgrund einer normativen Auslegung zum Ergebnis gelangt ist, eine vertragliche Regelung fehle, ist sein Entscheid bundesrechtlich nicht zu beanstanden. Die

Vertragsergänzung vom 15. Mai 1976 musste nach dem Vertrauensprinzip so verstanden werden, dass die Mietdauer sich bloss dann um fünf Jahre erstrecken sollte, wenn die Vertragsparteien eine Kündigung des Vertrages auf den 31. März 1987 freiwillig unterliessen, nicht aber auch dann, wenn die Auflösung auf diesen Zeitpunkt aus zwingenden gesetzlichen Gründen ausgeschlossen war. Das Vertrauensprinzip gibt keinen Anhaltspunkt dafür, dass die Parteien diesen Fall bedacht und geregelt hätten. Die Vorinstanz hat somit zu Recht eine Vertragslücke angenommen.

b) Ist ein lückenhafter Vertrag zu ergänzen, so hat der Richter – falls dispositive Gesetzesbestimmungen fehlen – zu ermitteln, was die Parteien nach dem Grundsatz von Treu und Glauben vereinbart hätten, wenn sie den nicht geregelten Punkt in Betracht gezogen hätten. Bei der Feststellung dieses hypothetischen Parteiwillens hat er sich am Denken und Handeln vernünftiger und redlicher Vertragspartner sowie an Wesen und Zweck des Vertrages zu orientieren [...]

Im Lichte der erwähnten Kriterien ist die vom Obergericht vorgenommene Vertragsergänzung nicht zu beanstanden. Auszugehen ist davon, dass die Parteien im Jahre 1976 eine Vertragsdauer von vorerst zehn Jahren vereinbarten, welche sich um weitere fünf Jahre verlängern sollte, sofern keine der Parteien die Kündigung aussprach. Da gesetzliche Kündigungsbeschränkungen nicht bedacht wurden, drängt sich aus dem Vertrauensprinzip der Schluss geradezu auf, beim Eintritt einer Sperrfrist werde die vereinbarte Vertragsdauer nur um diese verlängert und der Kündigungstermin entsprechend hinausgeschoben, ohne dass die neue fünfjährige Vertragsdauer beginne, welche die Parteien in die eigene Gestaltungsfreiheit gestellt hatten. [...]

3. Bemerkungen

Das Obergericht Zürich als Vorinstanz des Bundesgerichts hatte für dieses rechtsverbindlich festgestellt, dass im zu beurteilenden Fall (Vertragskündigung im Falle, dass der ordentliche Termin [30. September 1987] wegen einer Kündigungssperrfrist nicht eingehalten werden kann) kein tatsächlicher Konsens bestand: Die Parteien hatten an diesen Fall schlicht nicht gedacht. Auch normativ – nach dem Vertrauensprinzip – ergab sich kein anderes Auslegungsergebnis. Insbesondere durfte der Kläger (Mieter) nach Treu und Glauben nicht davon ausgehen, die vertragliche Kündigungsregelung gelte auch für diesen – nicht bedachten – Fall. Es lag somit eine Vertragslücke vor (E. 4a). Nach der gleichen Erwägung hat der Richter bei Vorliegen einer Vertragslücke zuerst das dis-

positive Gesetzesrecht und erst dann, wenn dieses nicht weiterhilft, den hypothetischen Parteiwillen heranzuziehen.¹⁷ In Wirklichkeit ist das Bundesgericht dann jedoch umgekehrt vorgegangen. Sonst hätte es die konkrete Vertragslücke (Nichtregelung des Falls, dass die vertraglich vorgesehene Kündigung durch eine gesetzliche Sperrfrist verhindert wird) nach Art. 266d OR (Kündigung mit einer Frist von sechs Monaten auf einen ortsüblichen Termin oder mangels eines Ortsgebrauchs auf Ende einer dreimonatigen Mietdauer) füllen müssen statt durch die aus dem «Vertrauensprinzip» abgeleitete Regel, dass der vertragliche Kündigungstermin um die Dauer der Sperrfrist hinausgeschoben wird (E. 4b). Das dispositive Recht kommt somit auch nach bundesgerichtlicher Ansicht erst zum Tragen, wenn die ergänzende Vertragsauslegung nicht weiterhilft, wenn sich mit anderen Worten nicht feststellen lässt, wie die – konkreten – Parteien die Vertragslücke gefüllt hätten, hätten sie diese bedacht.

Der Sache nach nimmt das Bundesgericht nur dann eine Vertragslücke an, wenn sich eine zwischen den Parteien strittige Frage weder durch Auslegung noch *ergänzende Auslegung* des Vertrags beantworten lässt, wenn also weder der reale noch der hypothetische Konsens eine Entscheidung bieten. Versteht man die Lücke in diesem – unüblich engen – Sinne, so ist dem Bundesgericht beizupflichten, wenn es das dispositive Gesetzesrecht als primäres Mittel der Lückenfüllung bezeichnet (E. 4b). Fehlt es auch hieran, so ist der Vertrag nach einer vom Richter zu schaffenden Regel zu ergänzen, vorausgesetzt, es liegt eine Gesetzeslücke vor (Art. 1 Abs. 2 ZGB). Stattdessen will das Bundesgericht darauf abstellen, «was die Parteien nach dem Grundsatz von Treu und Glauben vereinbart hätten, wenn sie den nicht geregelten Punkt in Betracht gezogen hätten» (oben E. 4b). Damit ist nicht der hypothetische Parteiwille der konkreten Parteien gemeint, sondern derjenige «vernünftiger und redlicher Vertragspartner» (gleiche Erwägung). Angesprochen ist also ein *abstrakter* Parteiwille, der sich an einem *objektiven* Massstab von Vernunft und Gerechtigkeit orientiert. Das geht zwar in die richtige Richtung, denn Gerechtigkeitsgesichtspunkte spielen bei der Schaffung von Richterrecht – gleich wie bei der Schaffung von Gesetzesrecht¹⁸ – eine zentrale Rolle, vollständig Genüge getan wird aber dem Art. 1 Abs. 2 ZGB nicht, weil nach dieser Bestimmung noch andere Gesichtspunkte eine Rolle spielen (können).¹⁹

¹⁷ Ebenso z.B. BGer, 4A_696/2015, 25.7.2016, E. 6.2.1; 4A_380/2011, 5.3.2012, E. 5.1.3; 4A_427/2011, 29.11.2011, E. 5.3, und 4C.286/2005, 18.1.2006, E. 2.2 (dazu unten II.B.).

¹⁸ HEIN KÖTZ, Dispositives Recht und ergänzende Vertragsauslegung, JuS 2013, 289 ff., 290.

¹⁹ S. PETER TUOR/BERNHARD SCHNYDER/JÖRG SCHMID/ALEXANDRA JUNG, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. A., Zürich 2015, § 5 N 31. Deren Ausführungen beziehen sich allerdings auf die Füllung von Gesetzeslücken im Allgemeinen, während es vorliegend nur um Lücken geht, welche den Vertragsinhalt zum Gegenstand haben. Hier spielt die (Vertrags-)Gerechtigkeit eine überragende Rolle. Dabei ist zu beachten, dass der Richter nicht seine Gerechtigkeitsvorstellungen verwirklichen darf, sondern sich an den

B. BGE 4C.286/2005

1. Sachverhalt

Mit Grundstückkaufvertrag vom 12. November 2001 verkaufte die Beklagte (A. AG) der Klägerin (B.) eine Stockwerkeinheit zum Preis von CHF 863'000. Vereinbarungsgemäss leistete die Klägerin am 1. Dezember 2001 eine Anzahlung von CHF 235'000. Der Restbetrag wäre auf den vorgesehenen Nutzen- und Schadenübergang am 22. Februar 2002 fällig geworden. Noch vor Erreichen dieses Termins teilte die Klägerin jedoch mit, sie sei nicht in der Lage, den Vertrag zu erfüllen. In der Folge einigten sich die Parteien auf das Dahinfallen des Vertrages. Eine ausdrückliche Vereinbarung über die konkreten Folgen der Vertragsauflösung wurde hingegen nicht getroffen. Hierauf entstand zwischen den Parteien Streit über die Höhe des der Beklagten geschuldeten Schadenersatzes (die Schadenersatzpflicht als solche stand ausser Streit). Während die Beklagte der Ansicht war, es stehe ihr das positive Vertragsinteresse (CHF 90'000) zu, und sie daher der Klägerin die Anzahlung lediglich im Umfang von CHF 145'000 zurückerstattete, wollte ihr die Klägerin nur das negative Vertragsinteresse (CHF 15'000) zugestehen und verlangte dementsprechend weitere CHF 75'000 zurück. Eine gütliche Einigung kam nicht zustande, worauf die Klägerin den letzteren Betrag einklagte. Die Klage wurde von den Luzerner Gerichten gutgeheissen, eine von der Beklagten beim Bundesgericht eingereichte Berufung hatte keinen Erfolg. Das Bundesgericht stellte vorerst fest, dass die Parteien hinsichtlich des Umfangs der Schadenersatzpflicht (positives oder negatives Vertragsinteresse?) keine Regelung getroffen hatten und daher der Aufhebungsvertrag insoweit lückenhaft war (E. 2.2). Sodann äusserte es sich zur Art der Lückenfüllung im Allgemeinen (E. 2.2) und im konkreten Fall (E. 2.3 und E. 2.5).

2. Aus den Erwägungen

«2.2 [...] Wenn ein lückenhafter Vertrag zu ergänzen ist, hat der Richter – falls dispositive Gesetzesbestimmungen fehlen – zu ermitteln, was die Parteien nach dem Grundsatz von Treu und Glauben vereinbart hätten, wenn sie den nicht geregelten Punkt in Betracht gezogen hätten. [...]

2.5 Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass sich die Parteien auf die Aufhebung des Kaufvertrages vom 12. November 2001 geeinigt, die konkrete Rückabwicklung der Kaufpreisanzahlung unter Berücksichtigung der

Wertungen des Gesetzes zu orientieren hat. Primäres Mittel der Lückenfüllung ist daher die Analogie (dazu FN 5); vgl. § 7 ABGB.

Schadenersatzansprüche der Beklagten jedoch nicht geregelt haben. Der insoweit lückenhafte Vertrag ist in dem Sinn zu ergänzen, dass die Parteien nach Treu und Glauben entsprechend Art. 109 Abs. 2 OR vereinbart hätten, dass die Klägerin der Beklagten aus dem nachträglichen Dahinfallen des Kaufvertrages im Umfang des negativen Vertragsinteresses schadenersatzpflichtig wird. [...]»

3. Bemerkungen

Die Parteien hatten sich nur über die Aufhebung des Vertrags, nicht aber darüber geeinigt, ob das positive oder das negative Vertragsinteresse geschuldet sein sollte. Zur Füllung solcher Vertragslücken führt das Bundesgericht – gleich wie in BGE 115 II 484 – aus, es sei primär auf das dispositive Recht, subsidiär auf den hypothetischen Parteiwillen abzustellen (E. 2.2). Entgegen dieser theoretischen Anweisung hat es dann jedoch nicht einfach die einschlägige Gesetzesnorm (Art. 109 Abs. 2 OR, wo Ersatz bloss des negativen Vertragsinteresses vorgesehen ist²⁰) herangezogen, sondern darauf abgestellt, «dass die Parteien» diese Bestimmung herangezogen haben würden, «wenn sie den nicht geregelten Punkt in Betracht gezogen hätten» (E. 2.3 und E. 2.5). Begründet wurde dieser hypothetische Parteiwille – wenn auch nur sehr dürftig und vermengt mit unnötigen Ausführungen zu Art. 109 Abs. 2 OR²¹ – mit dem Hinweis, dass die Vertragsaufhebung mit Rücksicht auf die fehlende Zahlungsfähigkeit der Klägerin erfolgte und daher die anwaltlich vertretene Beklagte nach Treu und Glauben hätte kundtun müssen, wenn sie mehr als die Wiederherstellung des status quo ante (darum ging es der Klägerin offensichtlich) verlangen wollte (E. 2.3 und E. 2.5 [im obigen Auszug nicht wiedergegeben]). Die Zusprechung des positiven Vertragsinteresses hätte der Beklagten im Ergebnis das verschafft, was sie im Falle der Vertragserfüllung durch die Klägerin erlangt hätte. Dies

hätte sich mit der zur Vertragsaufhebung führenden Interessenlage der Parteien ersichtlich nicht vertragen.

Gleich wie in BGE 115 II 484 war entscheidungswesentlicher Gesichtspunkt der im Wege ergänzender Vertragsauslegung ermittelte hypothetische Vertragswille, also der hypothetische Parteiwille der konkreten, nicht von abstrakten Parteien. Auf einen solchen kommt es erst an, wenn die ergänzende Auslegung nicht zum Ziele führt (weil sich dem konkreten Vertrag keine Anhaltspunkte entnehmen lassen, wie die Parteien das strittige Problem, hätten sie es bedacht, geregelt hätten) und auch kein dispositives Gesetzesrecht zur Verfügung steht. Dann ist gemäss Bundesgericht zu fragen, welche Regelung «vernünftige und redliche Vertragspartner» getroffen hätten (BGE 115 II 484 E. 4b). Richtigerweise müsste stattdessen gefragt werden, welche Regel der Gesetzgeber zur Lösung des konkreten Problems aufstellen würde (Art. 1 Abs. 2 ZGB). Zwar hat der Richter bei der Rechtsfindung modo legislatoris den hypothetischen Parteiwillen «vernünftiger und redlicher Vertragspartner» zu berücksichtigen, aber nur als eines neben anderen Kriterien (oben II.A.3., Kleindruck).

III. Fazit

Vertragslücken sind soweit möglich im Wege ergänzender Vertragsauslegung zu füllen. Es kommt also primär darauf an, was die (konkreten) Vertragsparteien abgemacht hätten, hätten sie die offengelassene Frage einer Regelung unterzogen. Lässt sich ein solcher hypothetischer Wille nicht feststellen, ist auf das dispositive Recht zurückzugreifen. Das Bundesgericht scheint zwar dem dispositiven Recht den Vorrang vor dem hypothetischen Parteiwillen einzuräumen, im praktischen Ergebnis vertritt es jedoch die hier vertretene Ansicht. Zu betonen ist, dass von einem relevanten hypothetischen Parteiwillen nur gesprochen werden kann, wenn der konkrete Vertrag und die Umstände, unter denen er abgeschlossen wurde, Anhaltspunkte liefern, wie die *konkreten* Parteien den Vertrag ergänzt hätten (oben I.A.). Mangels solcher Anhaltspunkte darf der Richter den Vertrag nur nach den einschlägigen (dispositiven) Gesetzesvorschriften und – bei Vorliegen einer Gesetzeslücke – modo legislatoris ergänzen (Art. 1 Abs. 2 ZGB). Hält man sich an diese Vorgabe, so führt das primäre Abstellen auf den hypothetischen Vertragswillen nicht nur – wie die beiden besprochenen Entscheide zeigen – zu sachgerechten Ergebnissen, vielmehr wird damit auch dem Gesetz entsprochen, welches den Vorrang des hypothetischen Parteiwillens in mehreren, auf einem allgemeinen Rechtsgedanken beruhenden Bestimmungen zum Ausdruck bringt (z.B. Art. 2 Abs. 2, Art. 75 und Art. 81 OR).²²

²⁰ Art. 109 Abs. 2 OR wäre freilich bloss analog zur Anwendung gekommen. Denn die Beklagte war ja nicht wegen Schuldnerverzugs der Klägerin zurückgetreten, vielmehr war der Vertrag einvernehmlich aufgehoben worden, und das wegen sog. vorzeitiger Erfüllungsverweigerung (Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit).

²¹ Das Bundesgericht bestätigt u.a. seine neuere Rechtsprechung, wonach Art. 109 Abs. 2 OR eine Kombination von Rücktritt und positivem Vertragsinteresse ausschliesst, dies ohne substantielle Auseinandersetzung mit der in der Lehre vertretenen Gegenauffassung; s. dazu neustens ALFRED KOLLER, Vertragsrücktritt des Verkäufers wegen Zahlungsverzugs des Käufers, AJP 2018, 1500 ff. (m.E. ist das allgemeine Verzugsrecht bzw. Art. 107 Abs. 2 OR durch gesamtanaloge Anwendung von Bestimmungen, welche die fragliche Kombination für Sondertatbestände zulassen [z.B. Art. 215 Abs. 1 OR], zu ergänzen).

²² S. zum Ganzen auch schon ALFRED KOLLER, Vertragsstreitigkeiten: Grundsätze der Streiterledigung, SJZ 2019, 643 ff.