



Richterrechtliche Geltung von Übungen?

ALFRED KOLLER*

Übungen haben aus sich heraus keine Geltung, vielmehr bedürfen sie zu ihrer Geltung einer Grundlage im objektiven Recht (Gesetz, Gewohnheits- oder Richterrecht [Art. 1 Abs. 2 ZGB]) oder im Vertrag (einschliesslich ergänzender Vertragsauslegung). Vertragliche Übernahmevereinbarungen sind selten, auch kennt das Gesetz nur wenige einschlägige Verweisregeln; Gewohnheitsrecht fehlt gänzlich. Praktisch in den Vordergrund rückt damit die Frage, inwieweit die gesetzliche Regelung richterrechtlich ergänzt werden darf. Damit befasst sich der vorliegende Aufsatz. Der Verfasser gelangt zur Auffassung, dass Übungen im kaufmännischen Verkehr für die beteiligten Parteien generell verbindlich sind, falls sie im von der Übung beherrschten Verkehrskreis tätig sind und die Übung nicht vertraglich wegbedungen haben.

L'usage n'a en soi pas de valeur ; il la tire plutôt d'une base dans le droit objectif (loi, droit coutumier ou droit jurisprudentiel [art. 1 al. 2 CC]) ou dans un contrat (y compris l'interprétation du contrat complémentaire). Des accords contractuels de reprise de l'usage sont rares ; la loi connaît également peu de renvois à ce titre. Le droit coutumier fait totalement défaut. Se pose ainsi la question de savoir dans quelle mesure la règle légale peut être complétée par la voie jurisprudentielle. C'est de cela que traite la présente contribution. L'auteur arrive à la conclusion que l'usage est généralement contraignant pour les parties prenantes dans les rapports commerciaux, si elles sont actives dans le domaine visé par l'usage et n'ont pas écarté celui-ci contractuellement.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. BGE 50 II 13
 - A. Zusammenfassung des Entscheids
 - B. Bemerkungen
- III. BGE 37 II 407
 - A. Zusammenfassung des Entscheids
 - B. Bemerkungen

I. Einleitung

Eine kaufmännische Übung,¹ d.h. die «wohl etablierte Praxis des Geschäftsverkehrs in einem bestimmten geografischen Gebiet»,² hat aus sich heraus keine Geltung. Zu ihrer Geltung ist vielmehr eine Grundlage im objektiven Recht (Gesetz [z.B. Art. 212 Abs. 3 OR], Gewohnheits- oder Richterrecht [Art. 1 Abs. 2 ZGB]) oder im Vertrag (einschliesslich ergänzender Vertragsauslegung) erforderlich. Vertragliche Übernahmevereinbarungen sind selten, auch der – im Wege ergänzender Auslegung ermittelte – hypothetische Parteiwille ist kaum je einschlägig. Denn in aller Regel finden sich weder im Vertrag noch

in den Umständen, unter denen er geschlossen wurde, irgendwelche Anhaltspunkte, welche auf einen (hypothetischen) Übernahmewillen schliessen lassen könnten. Eine ergänzende Vertragsauslegung scheidet damit aus (unten II.B., Ziff. 2). Praktisch in den Vordergrund rückt damit die Frage, inwieweit gesetzliche Verweisregeln wie der erwähnte Art. 212 Abs. 3 OR (s. ferner noch etwa Art. 124 Abs. 3, 188 und 189 OR) analogiefähig und deshalb richterrechtlich anwendbar sind. Damit befassen sich die folgenden Ausführungen, ausgehend von zwei Bundesgerichtsentscheiden, an denen sich die Fragestellung «schön» illustrieren lässt.

II. BGE 50 II 13

A. Zusammenfassung des Entscheids

Die Beklagte, eine in Baja (Ungarn) domizilierte Exportfirma für Eier, schickte der Klägerin, einer ebenfalls im Eierhandel tätigen Firma aus Basel, am 14. Juli um 10 Uhr 30 folgendes Telegramm: «Erlasse Offerte Kleinladung Kiste 35,000 ungarische Kronen, Dringzusage.» Das Telegramm traf am selben Tage um 13 Uhr in Basel ein. Zwei Stunden später (15 Uhr) telegraphierte die Klägerin zurück: «Akzeptieren Kronen 35,000 franko Buchs.» Dieses Telegramm ist am 15. Juli um 9 Uhr 20 in Baja eingetroffen. In der Folge kam es zum Streit darüber, ob die Annahmeerklärung der Klägerin rechtzeitig erfolgt und damit ein gültiger Vertrag zustande gekommen sei. Die Beklagte

* ALFRED KOLLER, Prof. em. Dr. iur., Rechtsanwalt in St. Gallen.

¹ Mit den Übungen sind hier nur die kaufmännischen gemeint, also die Handelsbräuche. Für andere Übungen, etwa die Ortsgebräuche im Mietrecht, gelten teilweise andere Regeln. Das gilt nicht zuletzt in der hier im Vordergrund stehenden Frage, inwieweit eine Übung richterrechtlich Geltung erlangen kann.

² MONIKA PFAFFINGER, Kurzkomentar zum ZGB, 2. A., Basel 2017, Art. 5 ZGB N 8.

stellte dies in Abrede und verweigerte die Lieferung der Eier, während die Klägerin den gegenteiligen Standpunkt einnahm und auf der Lieferung beharrte. Das Zivilgericht des Kantons Basel-Stadt ging in Anwendung von Art. 5 OR von einer verspäteten Annahme aus (diese hätte seines Erachtens innert 11 Stunden erfolgen müssen). Anderer Auffassung war – ebenfalls in Anwendung von Art. 5 OR – das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt. Das Bundesgericht teilte diese Auffassung (E. 2):

«[Es] ist davon auszugehen, dass es sich bei dieser am 14. Juli, 10 Uhr 30 morgens, in Baja telegraphisch aufgegebenen Offerte um eine unbefristete im Sinne von Art. 5 OR handelt, wonach der Antragsteller bis zu dem Zeitpunkt gebunden bleibt, «wo er den Eingang der Antwort bei ihrer ordnungsmässigen und rechtzeitigen Absendung erwarten darf.» Für die Berechnung dieses nützlichen Zeitraumes kann nun entgegen der Auffassung des Zivilgerichts jedenfalls dann, wenn es sich wie hier um Kaufleute handelt, nicht einseitig nur auf die normale Laufzeit eines Telegramms unter Hinzurechnung einer Überlegungsfrist und Aufgabe- u. Bestellzeit abgestellt werden, sondern es ist auch den im Handelsverkehr unter Kaufleuten dieser Branche geltenden Gewohnheiten und Gebräuchen Rechnung zu tragen, d.h. die für Geschäfte dieser Art bestehende Verkehrssitte mitzubersichtigen, die im Zweifel als stillschweigend vereinbarte *lex contractus* zu gelten hat. Auf eine solche den Eierhandel zwischen Ungarn und der Schweiz beherrschende tatsächliche Übung dahingehend, dass die Annahmefrist bei telegraphischer Offerte 24 Stunden betrage, hat sich die Klägerin in der Vorinstanz berufen, und zum Beweise hierfür eine Anzahl Bescheinigungen in- und ausländischer Eiergrosshändler ins Recht gelegt. Das Appellationsgericht ist auf eine Beweisabnahme hierüber mit der Begründung nicht eingetreten, «dass das Gericht schon auf Grund der bisherigen Akten zur Bejahung des Kaufabschlusses komme», woraus zu schliessen ist, dass es den Beweisantrag an sich prozessual nicht als unzulässig betrachtete; jedenfalls fehlt es an einer gegenteiligen Feststellung im angefochtenen Urteil. Einer Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Beweisergänzung in diesem Punkte bedarf es indessen nicht, da die notwendigen Feststellungen vom Bundesgericht auf Grund der vorhandenen Akten selbst vorgenommen werden können. Hiebei ist entscheidend auf die von der Klägerin eingelegten Bescheinigungen von Eiergrosshändlern, insbesondere auf diejenigen des M. Berler, Zürich, X. Sartory, Freiburg i.Br., Karl Sexauer, Freiburg i.Br. und der Vereinigung deutscher Eierimporteure, Berlin, abzustellen, in denen übereinstimmend bestätigt wird,

dass im internationalen Eierhandel der Antragsteller auch bei dringlichem Telegrammwechsel übungsgemäss 24 Stunden an seine Offerte gebunden bleibe. Nun hat freilich die Beklagte das Bestehen einer solchen Usance bestritten; allein irgendwelche Anhaltspunkte, die geeignet wären, Zweifel an der Zuverlässigkeit dieser Belege zu erwecken, liegen nicht vor, sodass kein Anlass besteht, dieselben nicht als den wirklichen Verhältnissen entsprechend hinzunehmen. Danach aber durfte sich die Klägerin mangels einer ausdrücklichen anderweitigen Fristansetzung nach Treu und Glauben im Verkehr darauf verlassen, dass diese den internationalen Eierhandel beherrschende tatsächliche Übung, die der Beklagten als Eierexporteurin zweifellos bekannt sein musste, stillschweigend auch für das in Aussicht genommene Geschäft gelte, ihr also die übungsgemässe Annahmefrist von 24 Stunden eingeräumt sei. Ihre gemäss Feststellung der Vorinstanz 22½ Stunden nach der Aufgabe der Offerte in Baja eingetroffene Annahmeerklärung muss daher als rechtzeitig eingegangen angesehen, und dementsprechend das Zustandekommen eines Vertragschlusses in Übereinstimmung mit dem Vorderrichter bejaht werden.»

B. Bemerkungen

1. Die Klägerin hatte zwar der Beklagten keine bestimmte Annahmefrist gesetzt, eine solche ergab sich jedoch aus einer für die Parteien verbindlichen Übung. Unter diesen Umständen hätte statt Art. 5 OR, der die Antragstellung unter Abwesenden *ohne* Annahmefrist regelt, Art. 3 («Antrag mit Annahmefrist» [Marginalie]) herangezogen werden müssen. Im Ergebnis hätte sich freilich nichts geändert. So oder so kam die übungsgemässe Frist von 24 Stunden zum Tragen und war demnach die Annahme – gerade noch – rechtzeitig erfolgt.

2. Nach Auffassung des Bundesgerichts kam die fragliche Übung als «stillschweigend vereinbarte *lex contractus*» zur Geltung, also infolge vertraglicher Vereinbarung (Art. 1 OR). Das hätte indes vorausgesetzt, dass sich die Parteien noch *vor* der Annahme des Antrags auf die diesbezügliche Übung geeinigt hätten. Davon kann keine Rede sein (vor der Annahmeerklärung erfolgte jedenfalls keinerlei Vertragserklärung der *Klägerin*). Sie konnte auch nicht im Wege ergänzender Vertragsauslegung, also über den hypothetischen Parteiwillen, der *lex contractus* zugerechnet werden. Denn eine ergänzende Vertragsauslegung setzt voraus, dass sich dem Vertrag oder den Umständen, unter denen er geschlossen wurde, konkrete Anhaltspunkte für einen hypothetischen Parteiwillen

entnehmen lassen.³ Solche Anhaltspunkte waren in concreto nicht festzustellen. Im *Ergebnis* verdient jedoch die bundesgerichtliche Auffassung Zustimmung. Denn da beide Parteien im von der Übung beherrschten Handelsbereich (Eiergrosshandel Schweiz–Ungarn) tätig waren und sie die Übung nicht wegbedungen hatten, kam diese kraft Richterrechts (Art. 1 Abs. 2 ZGB) zum Tragen (s. Näheres sogleich in Ziff. 3).

3. Die Schweiz kennt zwar im Unterschied etwa zu Deutschland kein eigenes Handelsgesetzbuch, doch finden sich im OR verschiedene Bestimmungen, welche sich auf den kaufmännischen Verkehr beziehen, sei es ausdrücklich (z.B. Art. 124 Abs. 3, 212 Abs. 3 und 429 Abs. 2 OR) oder doch zumindest ihrem Sinne nach (Art. 188 und 189 Abs. 1 OR). Die erwähnten Bestimmungen sehen vor, dass bei Handelsverträgen (Verträgen zwischen Kaufleuten) Vertragslücken durch eine allfällige kaufmännische Übung (Handelsbrauch) statt durch das dispositives Recht zu schliessen sind, dies freilich nur für den Fall, dass beide beteiligten Vertragsparteien im von der Übung beherrschten Verkehrskreis tätig sind (s. BGE 37 II 407, dazu unten III.). Unter dieser Voraussetzung entspricht die Übung nach den Vorstellungen des Gesetzgebers eher dem mutmasslichen Parteiwillen als dem dispositiven Recht. Dieses hat daher – so der gesetzgeberische Wille – bei der Lückenfüllung zurückzutreten. Dabei kann es richtigerweise nicht sein Bewenden haben. Vielmehr wird man in gesamtanaloger Anwendung der betreffenden Bestimmungen annehmen müssen, dass kaufmännische Übungen das dispositive Recht – unter den erwähnten Prämissen – generell verdrängen. Denn eine Beschränkung der Art. 188, 189, 212 Abs. 3 OR usw. auf den unmittelbaren Anwendungsbereich würde ohne sachlichen Grund zu einer Ungleichbehandlung gleich gelagerter Tatbestände führen. Dass dies vom Gesetzgeber gewollt ist, darf nicht angenommen werden, im Gegenteil: Die besagte Gesamtanalogie drängt sich im Interesse einer widerspruchsfreien Rechtsordnung auf. In diese Richtung weist BGE 41 II 252, wo entschieden wurde, Art. 212 Abs. 3 OR könne auch auf eine von der Bestimmung nicht unmittelbar erfasste Übung zur Anwendung gebracht werden.

Art. 212 Abs. 3 OR regelt zusammen mit Art. 212 Abs. 2 OR den Fall, dass sich bei einem Kaufvertrag der Kaufpreis gemäss Abmachung nach dem Gewicht der Ware berechnet und die Frage offengelassen wurde, wie der Verpackung bei der Preisberechnung Rechnung zu tragen ist. Nach der dispositiven Regel von Art. 212 Abs. 2 OR ist die Verpackung in Abzug zu

bringen. Vorbehalten sind – gemäss Art. 212 Abs. 3 OR – «die besonderen kaufmännischen Übungen», nach denen keinerlei Abzug erfolgt (sich also der Preis nach dem Bruttogewicht richtet) oder zwar ein Abzug erfolgt, dieser jedoch von vornherein festbestimmt ist oder sich nach Prozenten berechnet, also nicht nach dem Gewicht der konkreten Verpackung. Im besagten BGE 41 II 252 ging es um ein internationales Kaufgeschäft, bei dem der Kaufpreis gemäss Vertrag nach dem Gewicht der Ware zu bestimmen war, jedoch nicht geregelt war, ob das Gewicht am Versandort (Manila) oder das tiefere Gewicht am Bestimmungsort (Wohlen) preisbestimmend sei. Das Bundesgericht hat erklärt, eine diese Frage regelnde Übung sei für die Parteien verbindlich (in casu gab es jedoch nach den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz keine solche Übung).

III. BGE 37 II 407

A. Zusammenfassung des Entscheids

Die Beklagte, eine in Aarau domizilierte Firma, verkaufte der Klägerin, einer deutschen Gesellschaft aus Diedesheim-Neckarelz in Baden-Württemberg, eine gebrauchte Presse. Nach Zahlung des Kaufpreises wurde die Presse an die klägerische Adresse geliefert. Kurz darauf beschwerte sich die Klägerin bei der Beklagten wegen mangelnder Gebrauchsfähigkeit der Maschine, erklärte die Wandelung des Vertrags und stellte die Presse zur Verfügung. Die Beklagte bestritt das Vorliegen eines Mangels. Das Handelsgericht des Kantons Aargau hat die auf Rückabwicklung des Vertrags gerichtete Klage der Klägerin mit der Begründung abgewiesen, im Kanton Aargau bestehe beim Handel mit gebrauchten Maschinen die Übung, dass vorbehaltlich einer ausdrücklichen gegenteiligen Abrede ein Recht, die Sache zu beanstanden, «über die Versendung des Kaufgegenstandes und die Bezahlung des Kaufpreises hinaus nicht bestehe». Da die Parteien die fragliche Übung nicht wegbedungen hätten, sei die Klage abzuweisen, ohne dass die Gebrauchsfähigkeit der Ware geprüft werden müsse. Das Bundesgericht, das von der Klägerin mittels Berufung (heute: zivilrechtliche Beschwerde) angerufen wurde, teilte diese Auffassung nicht. Zwar stellte es den *Bestand* der fraglichen Übung nicht in Frage (die entsprechende Feststellung des Handelsgerichts war für das Bundesgericht verbindlich), es kam jedoch zum Schluss, sie habe für die Klägerin keine Geltung erlangt, dies aufgrund folgender Erwägung (E. 3):

«[Es ist] anzunehmen, daß solche Usancen niemals die Natur eines den Vorschriften des geschriebenen Rechts derogierenden Gewohnheitsrechtes zu erlangen vermögen, sondern vom Richter stets nur als Mittel für die Auslegung des Parteiwillens beigezogen werden können (vergl. AS 14 S. 475, 23 I S. 770, 24 II S. 640). Inwieweit

³ ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. A., Bern 2017, N 3.199.

es nun angehe, aus der Tatsache der allgemeinen Beobachtung einer solchen Übung im betreffenden Geltungsgebiete eine Vermutung dafür herzuleiten, daß in diesem Gebiete wohnende Parteien beim Vertragsschlusse willens seien, ihr Vertragsverhältnis im Sinne dieser Übung zu ordnen, ist hier nicht zu prüfen. Denn die eine Partei wohnt hier außerhalb des kantonalen Geltungsbereichs der Übung, ja sogar außerhalb der Schweiz, und es fehlt auch sonst jeder Anhaltspunkt für die Annahme, daß sie schon vor und unabhängig von dem streitigen Geschäft aus besonderem Grunde (etwa infolge früherer Geschäfte dieser Art mit Kantonseinwohnern) vom Bestande der Übung Kenntnis gehabt hätte, und daß ihr also der Wille zugemutet werden könne, sich derselben beim jetzigen Vertragsabschlusse stillschweigend zu unterziehen. Somit kann die Übung hier nur auf dem Wege Vertragsinhalt geworden sein, daß die Klägerin sie der Beklagten vor der Eingehung des Vertrages bekannt gegeben und diese sie als Bestandteil des Vertrages angenommen hat. Solches ist aber, entgegen der Behauptung der Beklagten und der Auffassung der Vorinstanz, nicht geschehen [...].»

B. Bemerkungen

Wie bereits gesagt, haben Übungen aus sich heraus keine Geltung, sondern kommen nur bei Vorliegen besonderer Gründe zum Tragen (oben I.). Der Entscheid erweckt insoweit den Eindruck, eine Übung gelte nur im Falle ihrer vertraglichen Übernahme (sie könne «stets nur als Mittel für die Auslegung des Parteiwillens beigezogen werden»). Indes steht ausser Frage, dass auch das Gesetz (z.B. Art. 212 Abs. 3 OR) als Geltungsgrund in Frage kommt, ebenso Gewohnheitsrecht (Art. 1 Abs. 2 ZGB), freilich – nach der soeben erwähnten Bestimmung – nur bei Vorliegen einer Gesetzeslücke, also *gesetzesergänzend*, nicht *gesetzesderogierend*. Unter der gleichen Voraussetzung (Vorliegen einer Gesetzeslücke) kann eine Übung kraft Richterrechts Geltung erlangen, insbesondere mittels Analogie (vgl. BGE 41 II 252 E. 4 [Anwendung von Art. 212 Abs. 3 OR auf einen von der Bestimmung nicht unmittelbar erfassten Sachverhalt, allerdings ohne ausdrückliche Berufung auf das Institut der Analogie]; s.oben II.B., Ziff. 3, Kleindruck).

Nach der hier vertretenen Auffassung ist das Gesetz – wie bereits gesagt (oben II.B., Ziff. 3) – im Wege der Gesamtanalogie durch die Regel zu ergänzen, dass sich Kaufleute einen Handelsbrauch ohne weiteres entgegenhalten lassen müssen, wenn sie beide dem Verkehrskreis angehören, in dem sich die Übung herausgebildet hat, freilich unter Vorbehalt einer gegenteiligen Abrede. Dahinter steckt die Überlegung, dass Kaufleute die Geltung

solcher Übungen ohne weiteres (auch ohne vertragliche Übernahme) voraussetzen dürfen und daher keinen Anlass haben, sich um deren Einbezug in den Vertrag zu bemühen. Es ist also der hypothetische Parteiwille, welcher letztlich einer solchen Übung die Geltung verschafft, freilich nicht der hypothetische Wille der konkreten Parteien, sondern derjenige durchschnittlicher (kaufmännischer) Vertragsparteien (wo es sich anders verhält, weil der Vertrag oder die Umstände, unter denen er geschlossen wurde, Anhaltspunkte für einen entsprechenden konkreten Parteiwillen bieten, gilt die Regel schon kraft ergänzender Vertragsauslegung und gehört damit zur *lex contractus*)⁴.

In der Sache ist dies weitgehend anerkannt, doch berufen sich Bundesgericht (BGE 50 II 13) und Lehre⁵ jeweils auf eine stillschweigende Übernahme der Übung, dies selbst in Fällen, in denen es nicht nur an einer vertraglichen Übernahme, sondern darüber hinaus auch an irgendwelchen Anhaltspunkten, welche auf einen konkreten hypothetischen Parteiwillen schliessen lassen, fehlt und damit auch eine ergänzende Vertragsauslegung ausscheidet. In praktischer Hinsicht dürfte sich die Kontroverse kaum auswirken, doch scheint es vorzugswürdig, eine Übung – bei gegebenen Voraussetzungen – auf das objektive Recht (in Anwendung von Art. 1 Abs. 2 ZGB geschaffenes Richterrecht) abzustützen statt auf einen fiktiven (in Wirklichkeit nicht vorhandenen) Parteiwillen.

Im referierten Entscheid kam die seinerzeit im Kanton Aargau herrschende Übung, wonach mangels anderer Abrede ein Rügerecht nur bis zur Versendung der Ware bzw. der Kaufpreiszahlung besteht, nicht zum Tragen, weder kraft Vertrags oder ergänzender Vertragsauslegung (E. 3) noch kraft objektiven Rechts (Art. 1 Abs. 2 ZGB), Letzteres deshalb nicht, weil eine der Vertragsparteien (die Klägerin) nicht im Kanton Aargau domiziliert war (dieselbe E.). Die Rügepflicht der Klägerin richtete sich daher nach Gesetz (Art. 246 und 248 aOR, welche inhaltlich dem heutigen Recht [Art. 201 und 204 OR] entsprachen).

In einer oben nicht wiedergegebenen Erwägung (E. 4) stellte das Bundesgericht fest, die Beanstandung der Maschine sei rechtzeitig erfolgt, dementsprechend könne die Klage – entgegen der Vorinstanz – nicht zufolge verspäteter Rüge abgewiesen werden. Ob auch die übrigen Voraussetzungen für eine Gutheissung der Klage, insbesondere das Vorliegen der von der Klägerin behaupteten Gebrauchsunfähigkeit der Presse, erfüllt waren, konnte das Bundesgericht bei der gegebenen Aktenlage nicht feststellen. Es hiess daher die Berufung gut und wies die Sache zur Ergänzung des Sachverhalts und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurück.

⁴ S. in verwandtem Zusammenhang (Schaffung von Schutzpflichten) KOLLER (FN 3), N 10.36.

⁵ Z.B. PETER JÄGGI/PETER GAUCH/STEPHAN HARTMANN, Zürcher Kommentar, Art. 18 OR, 4. A., Zürich 2015, Art. 18 N 442; CHRISTOPH MÜLLER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Art. 1–18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht, Bern 2018, Art. 1 OR N 381.