Vertragsstreitigkeiten: Grundsätze der Streiterledigung

Prof. Dr. iur. Alfred Koller, Rechtsanwalt (St. Gallen)

Der Begriff der Vertragsstreitigkeit wird hier in einem weiten Sinne verstanden. Gemeint ist damit nicht nur eine Streitigkeit über den Vertragsinhalt, sondern überhaupt jede Streitigkeit zwischen Vertragsparteien, soweit sie den Vertragsgegenstand betrifft. Nach welchen Grundsätzen so verstandene Vertragsstreitigkeiten zu entscheiden sind, ist teilweise umstritten, freilich mehr in theoretischer denn praktischer Hinsicht. Vorbehältlich zwingenden Rechts ist für die Entscheidung von Vertragsstreitigkeiten primär der übereinstimmende Parteiwille heranzuziehen. Dabei steht ein in ergänzender Vertragsauslegung ermittelter hypothetischer Konsens einem durch Auslegung ermittelten realen Konsens gleich. Erst wenn sich kein übereinstimmender Parteiwille feststellen lässt, ist auf das dispositive Recht zurückzugreifen.

Le terme de «litige contractuel» doit être compris ici dans un sens large. Ne sont donc pas uniquement concernés les litiges portant sur le contenu d'un contrat, mais tous les litiges survenant entre les parties à un contrat, pour autant qu'ils touchent à l'objet du contrat. Savoir selon quels principes ces litiges doivent être tranchés est en partie controversé, certes plus d'un point de vue théorique que pratique. Sauf si des dispositions impératives existent, ce sont d'abord les manifestations des volontés concordantes des parties qui sont déterminantes pour décider d'un litige contractuel. Dans ce cas, on tient compte tant de la volonté réelle des parties comme elle peut être interprétée que de la façon dont elles devaient être comprises selon le principe de la confiance fondé sur les exigences de la bonne foi. Ce n'est que dans les cas où on ne peut constater aucune volonté commune des parties que les dispositions supplétives s'appliquent. ***P.P.***

I. Überblick

A. Verhältnis von objektivem Recht und Parteiwille

Vertragsstreitigkeiten sind in erster Linie nach allfälligem – geschriebenem und ungeschriebenem (Art. 1 Abs. 2 ZGB) – zwingendem Recht und in zweiter Linie nach der vertraglichen Abmachung (Art. 1 OR), also dem im Wege der Auslegung ermittelten übereinstimmenden Parteiwillen zu entscheiden. Weist der Vertrag hinsichtlich eines bestimmten Streitpunktes eine Lücke auf, ist diese im Wege sog. ergänzender Vertragsauslegung und, soweit diese nicht weiterhilft, durch den Rückgriff auf das dispositive Recht zu füllen, wobei dieses wiederum unter Einschluss allfälligen ungeschriebenen Rechts zu verstehen ist.[1] Während die Vertragsauslegung der Feststellung dessen dient, was die Parteien abgemacht *haben* (Konsens oder realer Konsens, Art. 1 OR), dient die ergänzende Vertragsauslegung 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 (Nw. in Fn. 9; zu abweichenden Ansichten s. unten II./B.).[2]

Beispiel: V. schreibt dem M.: «Ich vermiete dir mein Pferd für zehn Tage. Der Mietzins von CHF 200 ist – entgegen der Regel von Art. 119 Abs. 2 und 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 257d OR sind ausgeschaltet.

---

[1] S. im Einzelnen *Alfred Koller*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. A., Bern 2017, § 10.

[2] Dass allein dies sachgerecht und gesetzeskonform ist, habe ich andernorts dargelegt, s. *Koller* (Fn. 1) § 10 Rn. 10.12 ff., 10.21 ff.

B. Zwingendes Recht

Mit dem zwingenden Recht ist nebst den unabdingbaren Vorschriften des Gesetzes auch allfälliges unabdingbares *Richterrecht* gemeint. Die Schaffung von Richterrecht setzt freilich das Vorliegen einer Gesetzeslücke, also die planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes,[3] sowie das Fehlen einschlägigen Gewohnheitsrechts voraus (Art. 1 Abs. 1 und 2 ZGB). Letztere Voraussetzung ist ohne praktische Bedeutung (Gewohnheitsrecht spielt in der Rechtsanwendung kaum eine Rolle) und kann daher vernachlässigt werden. Bei der Schaffung von Richterrecht steht der Analogieschluss im Vordergrund, vorab die Einzelanalogie, also die sinngemässe Anwendung einer Gesetzesbestimmung auf einen von der Bestimmung nicht erfassten, aber wertungsmässig gleich zu erachtenden Tatbestand.[4] Würde ein solcher Tatbestand nicht der betreffenden Gesetzesbestimmung unterstellt, hätte dies eine ungleiche Behandlung gleich gelagerter Tatbestände zur Folge, was vom Gesetzgeber nicht gewollt sein kann.[5] Im Ergebnis ist dies unbestritten, doch wird der Analogieschluss teilweise der Gesetzes*auslegung* statt der Gesetzes*ergänzung* zugeordnet.[6] Zur Gesamtanalogie s. sogleich C.

Beispiele zur Einzelanalogie: Nach Art. 100 Abs. 1 OR ist «eine zum voraus getroffene Verabredung, wonach die Haftung für rechtswidrige Absicht oder grobe Fahrlässigkeit ausgeschlossen sein würde, [...] nichtig». Unmittelbar betrifft die Bestimmung nur den Ausschluss von *Nichterfüllungs*ansprüchen (genauer: der vertraglichen Haftung für Schadenersatz im Rahmen der Nichterfüllung eines Vertrags). Analog kann sie jedoch auch auf die Wegbedingung von *Erfüllungs*ansprüchen zur Anwendung gelangen. Schliesst beispielsweise eine Bank die Haftung für grobe Fehler (eines Organs) bei der Anlageberatung aus, so kommt Art. 100 Abs. 1 OR unmittelbar zum Tragen; analog hingegen dann, wenn sie für den Fall, dass das Konto eines Kunden durch einen Dritten «geleert» wird, dessen Rückzahlungsanspruch (Erfüllungsanspruch) auch für den Fall groben Verschuldens (eines Organs) der Bank ausschliesst (BGE 132 III 449 E. 2; 4A_379/2016; HGer Zürich, ZR 2017 Nr. 4). – Art. 418u OR, der dem Agenten unter gewissen Voraussetzungen einen «unabdingbaren» (Abs. 1) Anspruch auf «Entschädigung für die Kundschaft» (Marginalie) einräumt, gilt analog auch zugunsten des Alleinvertreters (BGE 134 III 505 E. 4.3/4).

C. Dispositives Recht

Das soeben zum zwingenden Recht Gesagte hat sinngemäss auch für das *dispositive Recht* Gültigkeit. Dieses ist also unter Einschluss richterrechtlicher Regeln zu verstehen, und solche dürfen nur bei Vorliegen einer Gesetzeslücke (und Fehlen von Gewohnheitsrecht) geschaffen werden. Bei der Lückenfüllung spielt nebst der Einzelanalogie auch die sog. Gesamtanalogie eine bedeutsame Rolle. Während bei ersterer – wie gesehen – die für einen Tatbestand gegebene Regel auf einen anderen, nicht geregelten, wertungsmässig aber gleich zu erachtenden Tatbestand übertragen wird, besteht letztere darin, dass mehreren gesetzlichen Bestimmungen, die an verschiedene Tatbestände dieselbe Rechtsfolge knüpfen, ein allgemeiner Rechtsgrundsatz entnommen wird.[7]

Beispiel: Verschiedene Bestimmungen sehen vor, dass bei Handelsverträgen (Verträgen zwischen Kaufleuten) Vertragslücken durch eine allfällige kaufmännische Übung (Handelsbrauch) statt durch das dispositive Recht zu schliessen sind (z.B. Art. 124 Abs. 3 und 212 Abs. 3 OR, ihrem Sinne nach auch Art. 188 und 189 Abs. 1 OR), dies freilich nur für den Fall, dass beide beteiligten Vertragsparteien in dem von der Übung beherrschten Verkehrskreis tätig sind (s. BGE 37 II 407). Unter dieser Voraussetzung entspricht die Übung nach den Vorstellungen des Gesetzgebers eher dem Parteiwillen als das dispositive Recht. Dieses hat daher – so der gesetzgeberische Wille – bei der Lückenfüllung zurückzutreten. Dabei kann es richtigerweise nicht sein Bewenden haben. Vielmehr ist in gesamtanaloger Anwendung der betreffenden Bestimmungen anzunehmen, dass kaufmännische Übungen das dis-

[3] Diese aus dem deutschen Recht stammende Begriffsbestimmung hat sich auch in der Schweiz durchgesetzt (s. z.B. *Ulrich Häfelin*, Zur Lückenfüllung im öffentlichen Recht, in: Ulrich Häfelin (Hrsg.), Festschrift Hans Nef, Zürich 1981, 91 f., 98 ff., 113 ff.; *Ernst A. Kramer*, Juristische Methodenlehre, 5. A., Bern 2016, 199). Zu den Lückenarten, die für die hier interessierende Thematik nicht von Bedeutung sind und auf die daher nicht weiter eingetreten wird, s. *Kramer*, a.a.O., 201 ff.

[4] *Kramer* (Fn. 3) 216 f.

[5] Ist ein gesetzlich nicht geregelter Tatbestand einem gesetzlich geregelten gleichzustellen, so ist damit nicht nur das Vorliegen einer Gesetzeslücke festgestellt, sondern auch die Art der Lückenfüllung (Analogie) vorgegeben. Die Analogie ist mithin sowohl Behelf zur Auffindung einer Gesetzeslücke als auch zu deren Füllung (s. eingehend *Claus-Wilhem Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. A., Berlin 1983, 71 ff.).

[6] Das war auch die Sichtweise von Eugen Huber, dem massgeblichen ZGB-Redaktor (*Kramer* [Fn. 3] 211 f.).

[7] Genaueres bei *Kramer* (Fn. 3) 217 f. Statt von Einzelanalogie ist auch von Gesetzesanalogie die Rede und statt von Gesamtanalogie von Rechtsanalogie. Diese beiden wenig sachadäquaten Ausdrücke werden hier nicht verwendet.

positive 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 drängt sich im Interesse einer widerspruchsfreien Rechtsordnung die besagte Gesamtanalogie auf (s. analog oben B. für die Einzelanalogie)[8]. – S. ferner Fn. 15.

II. Das Kriterium des Parteiwillens und dessen Verhältnis zum dispositiven Recht

A. Eigene Auffassung

Nach dem Gesagten (I.) sind Vertragsstreitigkeiten vorbehältlich zwingenden Rechts nach dem (übereinstimmenden) Parteiwillen zu entscheiden. Dieser geht dem dispositiven Recht vor. Dabei steht ein hypothetischer, im Wege *ergänzender* Vertragsauslegung ermittelter Konsens einem durch Vertrags*auslegung* festgestellten realen Konsens (Art. 1 Abs. 2 OR) gleich[9] (zu abweichenden Ansichten s. unten B.). Eine ergänzende Vertragsauslegung ist allerdings nur insoweit zulässig, als der Vertrag und die Umstände, unter denen er abgeschlossen wurde, Anhaltspunkte liefern, wie die *konkreten* Parteien den Vertrag ergänzt hätten.[10] 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).[11] Ergänzungen und Präzisierungen:

1. *Der massgebliche Parteiwille*

Die Feststellung des realen Vertragswillens (Konsenses i.S.v. Art. 1 OR) erfolgt nach dem *Vertrauensprinzip*, soweit sich die Parteien nicht nachweislich – z.B. aufgrund einer einschlägigen Zeugenaussage – richtig verstanden haben (tatsächlicher Konsens im Unterschied zum normativen, nach Vertrauensprinzip festgestellten Konsens). Das Vertrauensprinzip besagt nach gängiger – wenn auch ungenauer[12] – Formulierung, dass die Willenserklärungen so zu verstehen sind, wie sie der Gegner (Erklärungsempfänger) nach Treu und Glauben verstehen durfte und musste (neustens z.B. BGE 4A_291/2018 E. 3.4.1 = Pra 2019 Nr. 67, 676). Die nach dem Vertrauensprinzip massgeblichen Kriterien (Vertragswortlaut, Vertragsverhandlungen, Interessenlage der Parteien usw.[13]) bestimmen auch die ergänzende Auslegung bzw. die Feststellung eines hypothetischen Konsenses (illustrativ der nachstehend referierte BGE 115 II 484, wo das Vertrauensprinzip vorab im Rahmen der Auslegung [E. 4a], dann im Rahmen ergänzender Auslegung [E. 4b] herangezogen wurde). Beides kann praktisch, wiewohl theoretisch klar trennbar, ineinander übergehen und lässt sich nicht immer eindeutig trennen. Das ist so lange ohne praktische Bedeutung, als man einen hypothetischen Konsens einem realen gleichstellt und beides dem dispositiven Recht vorgehen lässt.

BGE 115 II 484 betraf einen Mietvertrag über ein Restaurant zwischen T. (Mieter) und den Eheleuten H. (Vermieter). Der Mietvertrag wurde im Jahre 1971 abgeschlossen und 1976 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 eingeschriebenen Brief gekündigt, so gilt er jeweils auf 5 weitere Jahre verlängert, wieder mit jährlicher Kündigungsfrist.»

Die Vermieter verlangten in der ersten Hälfte der 1980er-Jahre erfolglos eine Mietzinserhöhung. Das hatte zur Folge, dass eine Kündigungssperrfrist ausgelöst wurde (Art. 28 Abs. 3 des damals geltenden BMM, vgl. Art. 271a Abs. 1 lit. e OR). Nach Ablauf der Sperrfrist kündigten die Vermieter den Vertrag unter Einhaltung der einjährigen Kündigungsfrist auf

---

[8] S. *Alfred Koller*, Richterrechtliche Geltung von Übungen?, AJP 2019 684.

[9] Wie hier z.B. *Hans Merz*, in: Berner Kommentar. Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht, Band I, Einleitung und Personenrecht, Art. 1–10 ZGB, N 138 zu Art. 2 ZGB, Bern 1962; *ders.*, Vertrag und Vertragsschluss, 2. A., Freiburg 1992, Rn. 184–187 mit Anm. 44; *Henri Deschenaux*, SPR II 172 f.; *Paul Piotet*, Le complètement judiciaire du contrat, ZSR 1961 I 367 ff., 386 f.; w.Nw. bei *Wolfgang Wiegand*, in: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, N 70 zu Art. 18 OR.

[10] *Koller* (Fn. 1) Rn. 3.199, 10.23, 10.25.

[11] 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, SemJud 1995 436 E. 3b).

[12] *Koller* (Fn. 1) Rn. 3.151 Anm. 68.

[13] S. Näheres bei *Ernst A. Kramer*, Berner Kommentar, Art. 1–18 OR. Allgemeine Bestimmungen: Die Entstehung durch Vertrag, Bern 1986, N 22 ff. zu Art. 18 OR, N 106 ff. zu Art. 1 OR; *Peter Jäggi/Peter Gauch/Stephan Hartmann*, Zürcher Kommentar zu Art. 18 OR, Auslegung, Ergänzung und Anpassung der Verträge; Simulation, Zürich 2015, N 370 ff.

den 30. September 1988. T. bestritt die Gültigkeit der Kündigung. Er stellte sich auf den Standpunkt, da auf Ende März 1987 nicht gekündigt worden sei, sei der Vertrag um weitere fünf Jahre verlängert worden. Den Umstand, dass eine Kündigung auf den fraglichen Zeitpunkt gar nicht möglich gewesen wäre, hielt er für unbeachtlich. Das Bundesgericht nahm hingegen an, dieser Fall sei vom Geltungsbereich der vertraglichen Kündigungsregelung ausgenommen worden. Es ging insoweit von einem – «stillschweigenden» (Art. 1 Abs. 2 OR) – realen Konsens aus (E. 4a). Richtigerweise hätte wohl ein hypothetischer Konsens angenommen werden müssen. Da die Parteien die infrage stehende Kündigungsproblematik schlechterdings nicht bedacht hatten, fehlte es naturgemäss auch an entsprechenden Willenserklärungen und damit an einer – «stillschweigenden» – Abrede. Hingegen liess sich aus dem Vertragskontext zwanglos ableiten, dass die Parteien – hätten sie das Problem bedacht – übereingekommen wären, dass nur das *freiwillige* Unterlassen der Kündigung zur fünfjährigen Vertragsverlängerung führt. Was im Falle einer *unfreiwillig* unterlassenen Kündigung gelten sollte, liess sich dem Vertrag unzweifelhaft nicht entnehmen. Das Bundesgericht kam jedoch zum Schluss, es lasse sich – in ergänzender Auslegung – ein hypothetischer Parteiwille feststellen (E. 4b).

«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 [...].»

Das Bundesgericht ist also der Sache nach davon ausgegangen, mit Ablauf der Sperrfrist sei der Vertrag unter Einhaltung der vertraglich vorgesehenen einjährigen Kündigungsfrist auf Ende eines Monats kündbar geworden. Dem ist, was die Kündigungsfrist anbelangt, ohne Weiteres zuzustimmen. Hingegen scheint zweifelhaft, ob der vertraglich abgemachte Kündigungstermin wirklich jede Bedeutung verloren hatte. Denn wenn die Parteien eine Kündigung nur auf Ende März vorsahen, so mag dies gute Gründe gehabt haben (z.B. betriebliche). Unter Umständen hätte es daher dem (hypothetischen) Vertragswillen besser entsprochen, wenn die Kündigung erst auf Ende März 1989 (statt schon auf Ende September 1988) zugelassen worden wäre.

2. *Dispositives Recht*

Ergibt die (allenfalls ergänzende) Vertragsauslegung, dass der (allenfalls hypothetisch ergänzte) Vertrag eine konkrete Streitlage nicht oder nur unvollständig regelt, so hat der Richter auf das dispositive Gesetzesrecht zurückzugreifen bzw. – bei Vorliegen einer Gesetzeslücke – eine eigene (dispositive) Regel zu schaffen, soweit nicht im Einzelfall einschlägiges Gewohnheitsrecht festzustellen ist (Art. 1 Abs. 2 ZGB).

Bei der Füllung einer Gesetzeslücke hat der Richter nach der Anweisung von Art. 1 Abs. 2 ZGB *modo legislatoris* vorzugehen, d.h. «nach der Regel» zu entscheiden, die er «als Gesetzgeber aufstellen würde». Er darf sich daher nicht an den eigenen Wertvorstellungen orientieren, sondern hat sich an die im Gesetz zum Ausdruck kommenden Wertungen zu halten. Daraus folgt das Analogiegebot (oben I./B. und C.). Wo der Richter nicht auf gesetzliche Wertungen zurückgreifen kann, hat er sich an die der schweizerischen Rechtsordnung zugrunde liegenden *allgemeinen Wertprinzipien* zu halten (vgl. § 7 ABGB[14]). Beide Gesichtspunkte können ineinander übergreifen. So wird man die – richterrechtlich geschaffene[15] – clausula rebus sic stantibus nur teilweise als Produkt gesamtanaloger Anwendung von Irrtumsregeln (z.B. Art. 24 Ab. 1 Ziff. 4 OR) sehen dürfen, im Übrigen aber aus einem allgemeinen Wertprinzip herleiten.

Das dispositive Vertragsrecht, d.h. die Regeln, welche bei Fehlen eines einschlägigen (realen oder hypothetischen) Konsenses eingreifen sollen, ist weitgehend Ausdruck des hypothetischen Parteiwillens[16], freilich nicht von konkreten, sondern durchschnittlicher Parteien (konkrete Parteien kann der Gesetzgeber naturgemäss nicht vor Augen haben). Während der hypothetische Parteiwille konkreter Parteien im Einzelfall auf eine objektiv ungerechte Lösung zielen mag (sie können einen objektiv unausgewogenen Vertrag geschlossen haben, was im Falle der ergänzenden Vertragsauslegung nicht ausser Betracht gelassen werden darf)[17], trifft dies für den hypothetischen Vertragswillen durchschnittlicher Parteien von vornherein nicht zu. Denn von durchschnittlichen Parteien darf erwartet werden, dass sie eine gerechte, am Massstab von Treu und Glauben orientierte Lösung getroffen hätten. Was für den Gesetzgeber Geltung hat, gilt sinngemäss auch für

[14] Diese Bestimmung sieht vor, dass eine Gesetzeslücke primär im Wege der Analogie zu füllen ist, subsidiär (bei Fehlen einer Analogiebasis) durch Rückgriff auf die «natürlichen Rechtsgrundsätze». Darunter sind die der österreichischen Rechtsordnung zugrunde liegenden «allgemeinen Wertprinzipien» zu verstehen (*Helmut Koziol/Rudolf Welser/Andreas Kletečka*, Grundriss des bürgerlichen Rechts, Bd. I: Allgemeiner Teil, Sachenrecht, Familienrecht, 14. A., Wien 2014, Rn. 114).

[15] Allerdings ist die dogmatische Grundlage der clausula rebus sic stantibus umstritten (*Koller* [Fn. 1] Rn. 29.21).

[16] *Hein Kötz*, Dispositives Recht und ergänzende Vertragsauslegung, JuS 2013 289 ff., 290.

[17] *Koller* (Fn. 1) Rn. 10.25, mit Hinweis auf eine abweichende Ansicht.

den Richter, der gesetzesergänzend Recht zu schaffen hat. So hat er im Rahmen einer Analogie den im Gesetz kodifizierten hypothetischen Vertragswillen durchschnittlicher Parteien umzusetzen.

B. Abweichende Ansichten in Lehre und Rechtsprechung

Die hier vertretene Ansicht, wonach ein hypothetischer Konsens einem realen Konsens gleichsteht und daher dem dispositiven Gesetzesrecht vorgeht, wird in Lehre und Rechtsprechung nicht durchwegs geteilt, jedenfalls in theoretischer Hinsicht (in ihren praktischen Auswirkungen unterscheiden sich die unterschiedlichen Auffassungen nur beschränkt).

1. *Die Auffassung des Bundesgerichts*

Nach den einschlägigen Bundesgerichtsentscheiden hat der Richter bei Vorliegen einer Vertragslücke zuerst das dispositive Recht und erst dann, wenn dieses nicht weiterhilft, den hypothetischen Parteiwillen heranzuziehen (s. z.B. BGE 115 II 484 E. 4b [dazu oben A.] und BGer 4C.286/2005 E. 2.2 [dazu unten][18]). In Tat und Wahrheit geht jedoch das Bundesgericht bei der Urteilsfindung in der umgekehrten Reihenfolge vor. Sonst hätte es in BGE 115 II 484 die 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. Auch im zweiten der oben erwähnten Entscheide (BGE 4C.286/2005) erfolgte die Lückenfüllung – entgegen dem theoretischen Konzept des Bundesgerichts – mittels ergänzender Vertragsauslegung, nicht gestützt auf das dispositive Recht.

In BGer 4C.286/2005 ging es um Folgendes: 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 letztgenannten Betrag einklagte. Die Klage wurde von den Luzerner Gerichten gutgeheissen, eine von der Beklagten beim Bundesgericht eingereichte Berufung hatte keinen Erfolg.

Das Bundesgericht stellte vorab fest, es liege eine Vertragslücke vor, und fuhr dann fort, der Richter habe bei Vorliegen einer Vertragslücke «– 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» (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 ist[19]) 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 gänzlich unnötigen Ausführungen zu Art. 109 Abs. 2 OR[20] – mit dem Hinweis, dass die Vertragsaufhebung mit Rücksicht auf die fehlende Zahlungsfähigkeit der Klägerin er-

[18] S. ferner etwa BGer 4A_696/2015 E. 6.2.1; 4A_380/2011 E. 5.1.3; 4A_427/2011 E. 5.3; w.Hw. bei *Christoph Müller*, Berner Kommentar, Art. 1–18 OR. Allgemeine Bestimmungen mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht, Bern 2019, N 468 Anm. 981 zu Art. 18 OR.

[19] 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 für Fälligkeit).

[20] Das Bundesgericht bestätigt u.a. seine neuere Rechtsprechung, wonach Art. 109 Abs. 2 OR eine Kombination von Rücktritt und positivem Vertragsinteresse ausschliesst, dies ohne substanzielle Auseinandersetzung mit der in der Lehre vertretenen Gegenauffassung; s. dazu neustens *Alfred Koller*, Vertragsrücktritt des Verkäufers wegen

folgte 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. 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.

2. *Die Auffassung von Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger*

Den gleichen theoretischen Ansatz wie das Bundesgericht vertreten in der Lehre insbesondere *Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger*[21], dies jedoch mit der Einschränkung, dass sich das dispositive Recht in das Vertragsganze harmonisch einfügen müsse[22]. Das dispositive Recht hat daher dort zurückzutreten, wo es mit dem – realen oder hypothetischen – Parteiwillen in Konflikt gerät. Daher würden *Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger* in dem oben unter I. geschilderten Miet-Beispiel wohl zu keinem anderen Ergebnis kommen (das Heranziehen von Art. 119 Abs. 2 OR geriete mit dem hypothetischen Parteiwillen in Konflikt und würde damit mit dem von den besagten Autoren propagierten Erfordernis, dass die Anwendung des dispositiven Rechts sich in das Vertragsganze harmonisch einfügen muss, im Widerspruch stehen). Nichts anderes dürfte für den vom Bundesgericht in BGE 115 II 484 entschiedenen Fall gelten: Die Anwendung von Art. 266d OR wäre mit der vertraglichen Kündigungsregelung nicht in Einklang zu bringen.

III. Fazit

Vorbehältlich zwingenden Rechts ist für die Entscheidung von Vertragsstreitigkeiten primär der übereinstimmende Parteiwille heranzuziehen. Dabei steht ein in ergänzender Vertragsauslegung ermittelter hypothetischer Konsens einem durch Auslegung ermittelten realen Konsens (Art. 1 OR) gleich. Erst wenn sich kein übereinstimmender Parteiwille feststellen lässt, 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. «Lausanne» kommt also zu zutreffenden Urteilen, wenn auch auf verfehlter konzeptioneller Grundlage (illustrativ BGE 115 II 484). Dies wirkt sich in einer oft zweifelhaften Entscheidbegründung aus (illustrativ BGer 4C.286/2005). Sollte das Bundesgericht dereinst Theorie und Praxis in Einklang bringen, würden wohl auch Autoren wie *Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger*, welche ebenfalls dem bundesgerichtlichen Konzept huldigen, ihre Auffassung revidieren und sich offen zum Vorrang des hypothetischen Parteiwillens vor dem dispositiven Recht bekennen.

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).

21 *Peter Gauch/Walter R. Schluep/Jörg Schmid/Susan Emmenegger*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 10. A., Zürich 2014, Rn. 1254 f.

22 Ohne diese Einschränkung *Kathrin Klett*, Vertragsrecht und dispositives Gesetzesrecht, in: Pierre Tercier (Hrsg.), Gauchs Welt. Recht, Vertragsrecht und Baurecht. Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, Zürich 2004, 459 ff., 462 f.