

Der aussergerichtliche Vergleich¹

Prof. Dr. iur. Peter Gauch
Universität Freiburg/Schweiz

Publiziert in: *Innominatverträge*, Festgabe WALTER R. SCHLUEP, Zürich 1988, S. 3 ff. Die Seitenzahlen dieser Publikation sind im nachfolgenden Text in eckiger Klammer eingefügt.

- I. Begriff, Merkmale und Abgrenzung
 1. Begriff und Merkmale
 2. Abgrenzung zur Saldoquittung
- II. Ausgewählte Einzelfragen
 1. Abschluss und Inhalt des Vergleiches
 2. Die Wirkung des Vergleiches
 3. Der mangelhafte Vergleich

[3] Der aussergerichtliche Vergleich hat eine eminent praktische Bedeutung, was es rechtfertigt, ihn auch in diesem Buch vorzustellen, obwohl er zu den «klassischen» Innominatkontrakten gehört und dementsprechend schon vielfach behandelt wurde (vgl. z.B. SCHLUEP, Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/2, S. 943 ff.). Zunächst spreche ich von seinem Begriff, seinen Merkmalen und seiner Abgrenzung gegenüber der Saldoquittung. Dann trete ich auf verschiedene Einzelfragen ein.

I. Begriff, Merkmale und Abgrenzung

1. Begriff und Merkmale

1. Der Vergleich («transaction») ist nach der **Definition** des Bundesgerichts: die «durch gegenseitige Zugeständnisse zustandegekommene vertragliche Beseitigung eines Streites oder einer Ungewissheit über ein bestehendes [4] Rechtsverhältnis»². Er kann vor oder nach Prozessanhebung abgeschlossen werden. Kommt er vor dem Gericht zustande oder wird er von diesem genehmigt, so ist er ein «gerichtlicher» Vergleich³. Trifft dies nicht zu, so handelt es sich um einen «aussergerichtlichen» Vergleich.

¹ An der Freiburger Strassenverkehrsrechtstagung 1984 hielt ich einen Vortrag über den «aussergerichtlichen Vergleich zwischen der Haftpflichtversicherung des Motorfahrzeughalters und dem Geschädigten». Teile dieses Vortrages sind auch in den nachfolgenden Aufsatz eingeflossen.
Wertvolle Unterstützung erhielt ich von meiner Assistentin, Frau RA MONIKA BÜRGE-LEU.

² BGE 95 II 423 f.; vgl. auch BGE 105 II 277; 100 II 144 f.; 41 II 617; 20, 1194. Diese Definition entspricht der Begriffsumschreibung, wie sie auch in der Lehre verwendet wird (vgl. z.B. MEIER-HAYOZ, Vergleich, in: Schweizerische Juristische Kartothek 463, 1; SEETHALER, Der aussergerichtliche Vergleich, Diss. Zürich 1946, S. 14; SCHLUEP, Innominatverträge, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/2, Basel und Stuttgart 1979, S. 944; TERCIER, Les reglements transactionnels, in: Journées du droit de la circulation routière, Fribourg 1984, S. 2).

³ MEIER-HAYOZ (zit. Anm. 2), S. 2; GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979, S. 393 ff. VOGEL (Grundriss des Zivilprozessrechts, Bern 1984, S. 167) verlangt indessen lediglich, dass der Vergleich dem Gericht eingereicht wird.

2. Der aussergerichtliche Vergleich des Privatrechts (um den es hier geht⁴) wird ohne richterliche Mitwirkung abgeschlossen⁵. Ausserdem weist er folgende **Merkmale** auf:

a. Er ist ein **Vertrag**, an dem sich mindestens zwei Parteien (die «Vergleichsparteien») beteiligen. Da der Vergleich im schweizerischen Recht nicht besonders geregelt wird, ist er hierzulande ein *Innominatkontrakt*⁶ und untersteht den Grundsätzen, die für solche Verträge gelten⁷. Im Unterschied zum Prozessvergleich, der sowohl dem Privat- als auch dem Prozessrecht zugehört⁸, hat er rein privatrechtlichen Charakter, weshalb er unmittelbar keine prozessualen Wirkungen entfaltet.

b. Der Vergleich bezweckt die «**Beseitigung eines Streites oder einer Ungewissheit über ein bestehendes Rechtsverhältnis**»⁹, indem er «einen unsicheren oder bestrittenen Rechtszustand» unter den Vergleichsparteien «zu einem sicheren und unbestreitbaren» macht¹⁰.

- Gegenstand des Vergleiches kann *irgendein* (auch ein nur behauptetes¹¹) *Rechtsverhältnis* sein¹², das in der Verfügungsgewalt der Vergleichsparteien [5] steht¹³. Vorausgesetzt ist allerdings, dass das Rechtsverhältnis, über das der Vergleich abgeschlossen werden soll, im Zeitpunkt des Vergleichsabschlusses umstritten oder ungewiss ist. Das massgebliche Kriterium bildet «die subjektive Beurteilung der Sach- oder Rechtslage durch die Parteien»¹⁴.

Der *Streit* äussert sich darin, dass die Parteien aus irgendwelchen (auch tatsächlichen) Gründen gegensätzliche Rechtsstandpunkte vertreten. *Ungewiss* hingegen ist ein Rechtsverhältnis, wenn die Parteien z.B. über dessen Bestand, Fortbestand, Inhalt, Umfang oder Durchsetzbarkeit «nicht im klaren sind»¹⁵. Diese Ungewissheit (etwa über die Höhe, Fälligkeit oder Verjährung eines Anspruches) kann tatsächlich oder rechtlich be-

⁴ Es gibt auch öffentlich-rechtliche Vergleiche. Obwohl sie in der vorliegenden Arbeit ausgeklammert bleiben, drängt sich doch ein Hinweis auf BGE 104 V 165 auf, der namentlich für das Sozialversicherungsrecht von Bedeutung ist. Denn nach diesem Entscheid lässt sich eine erforderliche Verfügung nicht durch Vergleich ersetzen. Der Vergleich mit einem zuständigen Verwaltungsorgan stellt lediglich übereinstimmende Parteimeinungen fest. Entschieden werden muss aber durch die Verfügung, die als selbständiger Verwaltungsakt sich nicht darauf beschränkt, den abgeschlossenen Vergleich zu bestätigen. Sehr kritisch für das Sozialversicherungsrecht: MAURER, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Bern 1983, S. 472 f.

⁵ Über die Abgrenzung zum aussergerichtlichen Nachlassvertrag vgl. SCHLUEP (zit. Anm. 2), S. 946 und 950 ff.

⁶ MEIER-HAYOZ (zit. Anm. 2), S. 3; SCHLUEP (zit. Anm. 2), S. 947.

⁷ Vgl. SCHLUEP (zit. Anm. 2), S. 947 und 795 ff.

⁸ Über die Doppelnatur des Prozessvergleiches: BGE 110 II 46.

⁹ Vgl. oben und die in Anm. 2 Zitierten.

¹⁰ LARENZ, Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil, Bd. I, 14. Aufl., München 1987, § 7/IV, 94.

¹¹ BGE 100 II 145.

¹² Zu eng GUHL/MERZ/KUMMER, Das Schweizerische Obligationenrecht, 7. Aufl., Zürich 1980, S. 292.

¹³ MEIER-HAYOZ (zit. Anm. 2), S. 3; LARENZ (zit. Anm. 10), § 7/IV, 94; JAUERNIG/VOLLKOMMER (in JAUERNIG, Bürgerliches Gesetzbuch, 4. Aufl., München 1987), N 2 zu § 779 BGB; SCHLUEP (zit. Anm. 2), S. 944. «Gewisse Rechtsverhältnisse sind der freien Verfügung überhaupt entzogen und können daher von vorneherein «nicht Gegenstand eines Vergleiches bilden. So kann eine Scheidung oder Trennung einer Ehe nicht durch Vergleich herbeigeführt werden» (GULDENER, zit. Anm. 3, S. 395).

¹⁴ JAUERNIG/VOLLKOMMER (zit. Anm. 13), N 2/b zu § 779 BGB.

¹⁵ MEIER-HAYOZ (zit. Anm. 2), S. 2. Das trifft schon dann zu, wenn eine Partei mit Wissen der andern zweifelt.

gründet sein. Sie muss unter den Vergleichsparteien (und nur unter ihnen) bestehen, weshalb es nicht darauf ankommt, wie sich die Lage objektiv verhält¹⁶.

- Praktisch bedeutsam sind vor allem Vergleiche, die sich auf schuldrechtliche Verhältnisse beziehen. Besonders häufig vergleichen sich die Parteien über *Forderungen*, deren Bestand oder Höhe zwischen ihnen umstritten oder ungewiss ist¹⁷. Der angestrebte, sichere und unbestreitbare Rechtszustand wird z.B. dadurch hergestellt, dass der Schuldner die vom Gläubiger behauptete Forderung in einer bestimmten Höhe anerkennt (Schuldanererkennung), während der Gläubiger auf eine Mehrforderung verzichtet (negatives Schuldanerkenntnis¹⁸) oder bei voller Anerkennung seiner Forderung einen sonstigen Vorteil (eine «Abfindung», etwa in Form einer Stundung oder eines zusätzlichen Leistungsversprechens) gewährt¹⁹.

Schuldanererkennung und Verzicht, die in einem Vergleich enthalten sein können²⁰, sind möglicherweise auch so formuliert, dass sie sich ihrem Wortlaut nach auf eine Tatsache (z.B. den Wert einer beschädigten Sache) [6] beziehen²¹. Sie bewirken, dass künftig der Betrag, und nur er, geschuldet wird, auf den sich die Parteien verglichen haben. Soweit nämlich die anerkannte Forderung nicht bestand, wirkt deren Anerkennung schuld begründend; umgekehrt aber erlischt die Forderung in dem Umfang, als der verzichtende Gläubiger sich mit weniger begnügt, als bisher geschuldet wurde²².

- Obwohl der Vergleich obligatorisch wirken kann²³, ist er *kein reines Verpflichtungsgeschäft*. Denn der Vergleichsvertrag stellt die (bis anhin) umstrittene oder ungewisse Rechtslage durch die ausgetauschten Willenserklärungen fest («Feststellungsgeschäft»²⁴) und greift (soweit die Feststellung von der wirklichen Rechtslage abweicht) unmittelbar und umgestaltend in das Rechtsverhältnis ein, über das die Parteien gemeinsam verfügen. Insbesondere sind Schuldanererkennung und Forderungsverzicht im Vergleich selber enthalten²⁵; der Vergleich begründet also nicht nur eine Pflicht der jeweili-

¹⁶ MEIER-HAYOZ (zit. Anm. 2), S. 2. Der Ungewissheit eines Rechtsverhältnisses steht es gleich, wenn die Verwirklichung eines Anspruches unsicher ist (ausdrücklich: § 779 Abs. 2 BGB; vgl. MEIER-HAYOZ, zit. Anm. 2, S. 2 und die dort Zitierten).

¹⁷ Möglicherweise erstreckt sich der Vergleich auch auf künftige Forderungen (z.B. Schadenersatzforderungen), von denen ungewiss ist, ob und in welchem Umfang sie entstehen.

¹⁸ GAUCH/SCHLUEP, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Zürich 1987, Nr. 1909.

¹⁹ VON THUR, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Bd./Zweite Hälfte, München und Leipzig 1918, S. 265.

²⁰ SCHLUEP (zit. Anm. 2), S. 947.

²¹ Vgl. VON THUR (zit. Anm. 19), S. 252 f. Kein Vergleich ist aber in aller Regel die gegenseitige Anerkennung des gemeinsam ermittelten Ausmasses, wie sie im Bauwesen (bei Leistungen zu Einheitspreisen) üblich ist. Soweit sich aus den Umständen keine andere Meinung der Parteien ergibt, beinhaltet diese gegenseitige Anerkennung des Ausmasses weder eine Schuldanererkennung des Bauherrn noch einen Verzicht des Unternehmers auf die Bezahlung nicht erfasster Leistungseinheiten. Vielmehr beschränkt sie sich auf eine gemeinsame Vorstellungsäusserung über den Umfang der tatsächlich ausgeführten Leistung, die eine natürliche Vermutung für die Richtigkeit des anerkannten Ausmasses begründet (vgl. GAUCH, Der Werkvertrag, 3. Aufl., Zürich 1985, Nr. 642 f.). Sinn gemäss verhält es sich für beidseitig unterzeichnete Regierapporte (vgl. GAUCH, a.a.O., Nr. 702 und 703).

²² LARENZ (zit. Anm. 10), § 7/IV, S. 94.

²³ Sei es durch schuld begründende Anerkennung von Forderungen oder durch Vereinbarung zusätzlicher Verpflichtungen.

²⁴ VON THUR (zit. Anm. 19), S. 247.

²⁵ Vgl. SCHLUEP (zit. Anm. 2), S. 948.

gen Partei, die Forderung durch besonderen «Vollzugsakt» (ganz oder teilweise) anzuerkennen oder zu erlassen²⁶.

c. Jeder Vergleich beruht auf «**gegenseitigen Zugeständnissen**» der Parteien, was ein «gegenseitiges Nachgeben» (§ 779 BGB) der Beteiligten (nicht aber längere Verhandlungen) erfordert. Die «Zugeständnisse» können einen mannigfachen Inhalt haben. Sie kommen in verschiedenen Erscheinungsformen vor, z.B. als Schuldanerkennung, Schuldverlass, Erlass von Verzugszinsen, Einräumung einer Zahlungsfrist, Gewährung einer Stundung, Verzicht auf bereits erlaufene Verjährung oder Übernahme neuer Verpflichtungen. Immer aber müssen die Zugeständnisse «gegenseitig» sein, indem *beide* Parteien einander «nachgeben». Denn ohne «gegenseitige Zugeständnisse» der beteiligten Parteien liegt kein Vergleich vor, sondern z.B. eine Schenkung (Art. 239 OR) oder ein reiner Erlassvertrag (Art. 115 OR), mag auch der Vertrag von den Beteiligten selber als «Vergleich» bezeichnet werden²⁷. Doch ist zu beachten:

[7] Dass die Zugeständnisse der Parteien objektiv gleichwertig sind, bildet kein Begriffsmerkmal des Vergleiches. Unerheblich ist sogar, ob jede Partei im Nachgeben der Gegenpartei (subjektiv) ein Äquivalent für die eigenen Zugeständnisse erblickt, oder ob es einem Beteiligten etwa nur um die Herstellung des Rechtsfriedens geht²⁸. Überhaupt dürfen an die Zugeständnisse der Parteien keine weiteren Anforderungen gestellt werden, als dass sie gegenseitig sind. Dieses Erfordernis ist z.B. auch dann erfüllt, wenn die an einem Abrechnungsstreit Beteiligten vereinbaren, eine vorgelegte Baukosten-Abrechnung sollte ohne Rücksicht auf die Ansprüche, die sich für die eine oder andere Partei daraus ergeben, verbindlich sein²⁹.

d. Da die «gegenseitigen Zugeständnisse» für den Vergleich begriffswesentlich sind, wird bisweilen angenommen, dass der Vergleichsvertrag ein **vollkommen zweiseitiger (synallagmatischer) Schuldvertrag** sei³⁰. Das trifft jedoch schon deshalb nicht zu, weil der Vergleich (wie gesagt) selbst dann kein reines Verpflichtungsgeschäft ist, wenn er obligatorisch wirkt. Daraus folgt unter anderem:

Kommt eine Partei mit der Erfüllung einer vergleichsweise anerkannten Forderung in *Verzug* (Art. 102 OR), so ist die Gegenpartei deswegen nicht berechtigt, den abgeschlossenen Vergleich nach den Regeln über den Schuldnerverzug (Art. 107 ff. OR) durch Vertragsrücktritt (Art. 109 OR) aufzuheben und derart den Rechtszustand wiederherzustellen, wie er vor Abschluss des Vergleichsvertrages bestand³¹. Das gilt auch dann, wenn der betreffende Verzugsgläubiger seinerseits eine synallagmatische Gegenleistung schuldet oder bereits erbracht hat³². Zwar besteht hier ein vertragliches Austauschverhältnis, das als solches den Regeln der Art. 107–109 OR unterliegt. Ein allfälliger Rücktritt des Verzugsgläubigers führt aber nur zur Aufhebung dieses Verhältnisses, ohne die Parteien in die Lage zurückzusetzen, in der sie sich vor dem Vergleich befanden. Doch steht natürlich nichts im Weg,

²⁶ Vgl. zum Ganzen: LARENZ (zit. Anm. 10) § 7/IV, 94 ff.

²⁷ Art. 18 OR; BGE 41 II 618.

²⁸ LARENZ (zit. Anm. 10), § 7/IV, S. 95 f.

²⁹ BGE 95 II 424.

³⁰ Z.B. Semjud 42, 1920, S. 582; 97, 1975, S. 110; MEIER-HAYOZ (zit. Anm. 2), S. 1; SCHLUEP (zit. Anm. 2), S. 949; SEETHALER (zit. Anm. 2), S. 29; ebenso bereits VON THUR (zit. Anm. 19), S. 265.

³¹ Im Ergebnis gleich: BJM 1985, 197 ff.; ZR 9, 1910, Nr. 160, S. 281; BECKER, Berner Kommentar, Bd. VI: Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen (Art. 1–183 OR), Bern 1941, N 5 zu Art. 107 OR; anders aber: MEIER-HAYOZ (zit. Anm. 2) und SCHLUEP (zit. Anm. 2), S. 949 f.

³² Zumindest unklar: BJM 1985, 198 f.

den Vergleich von vorneherein an die Resolutivbedingung (Art. 154 OR) zu knüpfen, dass eine anerkannte Forderung vom Schuldner vereinbarungsgemäss erfüllt werde.

2. Abgrenzung zur Saldoquittung

1. [8] Durch seinen Vertragscharakter unterscheidet sich der Vergleich von der *Saldoquittung*, worin der Empfänger einer Leistung deren Empfang bestätigt («Empfangsbekennnis»; Art. 88 OR) und ausserdem erklärt, mit dem Erhaltenen («per Saldo aller Ansprüche») befriedigt zu sein. Trotz der Saldoerklärung, die sie enthält, ist eine derartige Quittung kein Vergleich³³. Dies schon deshalb nicht, weil sie nur die Erklärung des Leistungsempfängers, aber keine Gegenerklärung des Leistenden enthält, so dass es an der Grundvoraussetzung für einen Vergleichsvertrag fehlt.

2. Das Gesagte schliesst jedoch nicht aus, dass die Saldoquittung im konkreten Fall mit einem Vergleich zusammenhängt. So kann die Saldoerklärung Bestandteil eines (gleichzeitig) mit dem Empfang der quittierten Leistung abgeschlossenen Vergleiches sein oder ihren Grund in einem zuvor abgeschlossenen Vergleichsvertrag haben³⁴. Notwendig aber ist dies nicht, damit eine Saldoquittung vorliegt³⁵.

II. Ausgewählte Einzelfragen

Im Zusammenhang mit dem umschriebenen Vergleichsvertrag stellen sich zahlreiche Einzelfragen, aus denen nachfolgend einige herausgegriffen und erörtert werden. Die ausgewählten Fragen betreffen den Abschluss und den Inhalt des Vergleiches, dessen Wirkung und allfällige Mängel.

1. Abschluss und Inhalt des Vergleiches

1. Der Abschluss des (aussergerichtlichen) Vergleiches untersteht den allgemeinen Bestimmungen des OR über den Vertragsabschluss (Art. 1 ff. OR). Hervorzuheben sind nur wenige Einzelpunkte:

a. [9] Dem Abschluss des Vergleichsvertrages gehen kürzere oder längere Verhandlungen voraus. Diese **Vergleichsverhandlungen** sind Vertragsverhandlungen, welche die Beteiligten zu einem Verhalten nach Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) verpflichten, woraus sich allenfalls eine *Culpa-Haftung* des treuwidrigen Verhandlungspartners ergeben kann³⁶. Scheitern die Verhandlungen, «so darf der Umfang der Vergleichsbereitschaft einer Partei

³³ TERCIER (zit. Anm. 2), S. 6. Anders z.B. OFTINGER, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Zürich 1975, S. 469; MAURER, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 2. Aufl., Bern 1986, S. 369 f.

³⁴ Vgl. BERGER, Die Saldoquittung in der Versicherung, SVZ 1947, S. 195 f.

³⁵ In der Versicherungspraxis werden z.B. auch dann Saldoquittungen einverlangt, wenn die geschuldete Versicherungsleistung zwischen den Parteien weder umstritten noch ungewiss war oder der Versicherer keinerlei «Zugeständnisse» macht (vgl. BERGER, zit. Anm. 34, S. 197). Ein Recht auf eine Saldoquittung hat der Versicherer jedoch nicht (BGE 88 II 115 f.); vielmehr kann er (wie jeder Schuldner, der eine Zahlung leistet) nur eine einfache Quittung (Art. 88 OR) verlangen.

³⁶ Vgl. statt vieler: GAUCH/SCHLUEP (zit. Anm. 18) Nr. 720 ff.

bei der folgenden prozessualen Auseinandersetzung vom Richter nicht zu ihren Ungunsten ausgelegt werden»³⁷. Ausserdem ist zu merken:

Blosse Vergleichsverhandlungen über eine Forderung vermögen von Gesetzes wegen weder die *Verjährung* zu hemmen (Art. 134 OR)³⁸, noch verlängern sie die Verjährung um eine Nachfrist (Art. 139 OR)³⁹. Wohl aber ist möglich, dass eine spätere Verjährungseinrede am Rechtsmissbrauchsverbot des Art. 2 Abs. 2 ZGB scheitert⁴⁰. Und ausserdem dürfte es richtig sein, schon die grundsätzliche Anerkennung der Forderung (unter Vorbehalt ihrer Höhe) als Unterbrechungshandlung (Art. 135 OR) zu werten⁴¹.

b. Da das Gesetz für den Abschluss des Vergleichsvertrages keine besondere Form vorschreibt, ist der Vergleich an sich an keine **gesetzliche Gültigkeitsform** gebunden (Art. 11 OR)⁴². Das bedeutet:

- Grundsätzlich kann der Vergleich *in beliebiger Form* (z.B. auch mündlich oder stillschweigend) abgeschlossen werden⁴³. Das gilt selbst dann, «wenn das ungewisse oder streitige Rechtsverhältnis, das Anlass zum Vergleich gab, einer besondern Form bedurfte oder aus dem Abschluss eines formbedürftigen Rechtsgeschäftes entstanden war. So bedarf z.B. der Vergleich, der einen Streit über die Wirkungen oder über die Anfechtung eines Grundstückkaufes beilegt, nicht wegen seines Zusammenhanges mit diesem Vertrag schlechthin der öffentlichen Beurkundung»⁴⁴.
- Der Grundsatz gilt aber nicht ohne *Ausnahmen*. So ist «eine besondere Form» einzuhalten, soweit «die im Vergleich getroffenen Abreden (oder einzelne von ihnen) die Merkmale» einer formbedürftigen Vereinbarung [10] «aufweisen»⁴⁵. Das trifft z.B. zu, wenn eine Vergleichspartei eine Forderung abtritt (Art. 165 Abs. 1 OR), sich zur Übertragung von Grundeigentum verpflichtet (Art. 657 ZGB), eine Bürgschaft eingeht (Art. 493 OR), auf die Bezahlung von (nicht durch Freizeit ausgeglichener) Überstundenarbeit verzichtet (Art. 321c Abs. 3 OR)⁴⁶ oder verspricht, sich nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses jeder konkurrierenden Tätigkeit zu enthalten (Art. 340 Abs. 1 OR). Der Umfang des Formzwanges bestimmt sich nach der anwendbaren Formvorschrift und deren Zweck.

³⁷ MEIER-HAYOZ (zit. Anm. 2), S. 6.

³⁸ SPIRO, Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalefristen, Bern 1975, § 108, S. 246.

³⁹ Vgl. demgegenüber SPIRO (zit. Anm. 38) § 108, S. 245 ff.

⁴⁰ Vgl. VON TUHR/ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, 3. Aufl., Zürich 1974, S. 232.

⁴¹ Vgl. das «obiter dictum» in BGE 100 II 46; ausdrücklich offengelassen in BGE 61 II 336.

⁴² BGE 106 II 223; 95 II 424.

⁴³ Vgl. GAUCH/SCHLUEP (zit. Anm. 18) Nr. 469. Anders verhält es sich für den gerichtlichen Vergleich, der den Formvorschriften des anwendbaren Prozessrechts untersteht. Mit dem gerichtlichen Vergleich nahe verwandt ist die Scheidungskonvention (über die Nebenfolgen einer Scheidung), die zu ihrer Rechtsgültigkeit der richterlichen Genehmigung bedarf (Art. 158 Ziff. 5 ZGB).

⁴⁴ BGE 95 II 424.

⁴⁵ BGE 95 II 424.

⁴⁶ Die vergleichsweise Vereinbarung einer Pauschalabfindung für Überstunden, deren Umfang und Notwendigkeit umstritten sind, fällt jedoch nicht unter die Formvorschrift des Art. 321c Abs. 3 OR (BGE 106 II 223).

Ausserdem greift die Regel des *Art. 12 OR* ein, sobald ein Vertrag, für den eine gesetzliche Form⁴⁷ vorgeschrieben ist, durch den Vergleich «abgeändert» wird⁴⁸, ohne dass ein Fall von *Art. 115 OR* vorliegt⁴⁹. Die gesetzliche Formbindung des Vertrages erstreckt sich alsdann auch auf dessen «Abänderung» («mit Ausnahme von ergänzenden Nebenbestimmungen, die mit der Urkunde nicht im Widerspruche stehen»)⁵⁰. Die Missachtung der Form hat zur Folge, dass die vereinbarte «Abänderung» ungültig ist, der ursprüngliche Vertrag also unverändert weiter gilt⁵¹.

Die soeben erwähnte Ungültigkeitsfolge wird der Eigenart des Vergleiches allerdings nicht gerecht, wenn unter den Vergleichsparteien gerade streitig oder ungewiss war, ob die durch den Vergleich festgestellte Rechtslage tatsächlich bestehe oder eine «Abänderung» des Vertrages darstelle. Mit Rücksicht darauf lässt sich mit guten Gründen die Ansicht vertreten, dass ein solcher Fall, in dem der Streit oder die Ungewissheit über die bestehende [11] Vertragslage (unter Inkaufnahme einer eventuellen «Abänderung») beseitigt werden soll, nicht unter die Formvorschrift des *Art. 12 OR* fällt. Für diese Ansicht spricht auch die Überlegung, dass *Art. 12 OR* nur von der «Abänderung» (nicht vom Vergleichsvertrag als solchem) handelt; dass er nicht absolut gilt (vgl. z.B. *Art. 493 Abs. 5 OR* und *BGE 103 II 128 zu Art. 344a OR*); und dass Formvorschriften (als Ausnahme vom Grundsatz der Formfreiheit) eng auszulegen sind⁵².

- Sind nur einzelne Teile des Vergleiches formbedürftig, so kommt, wenn die Form verletzt wurde, *Art. 20 Abs. 2 OR* sinngemäss zur Anwendung⁵³. Das bedeutet, dass nur die formwidrigen Teile ungültig sind, sobald nicht anzunehmen ist, dass der Vergleich ohne diese Teile überhaupt nicht geschlossen worden wäre. Andernfalls ist der ganze Vergleichsvertrag formungültig, es sei denn, dass an die Stelle des ungültigen Teils eine gesetzliche Regel tritt⁵⁴.

c. Von der Frage nach dem gesetzlichen Formzwang zu unterscheiden ist jene nach der **vertraglich vorbehaltenen Form**. Haben die Parteien für den Abschluss des Vergleichsvertrages eine bestimmte Form vorbehalten⁵⁵, so spielt die gesetzliche Vermutung des *Art.*

⁴⁷ *Art. 12 OR* bezieht sich seinem Wortlaut nach zwar nur auf die «schriftliche» Form, kommt aber sinngemäss zur Anwendung, wenn das Gesetz eine andere Form vorschreibt (statt vieler: SCHMIDLIN, Berner Kommentar, Bd. VI/1/1, Lieferung 3, Bern 1986, N 1 zu *Art. 12 OR*, mit weiteren Hinweisen).

⁴⁸ Vgl. *BGE 95 II 423 f.*, der jedoch die Anwendbarkeit des *Art. 12 OR* für den konkreten Fall (mangels einer vereinbarten «Abänderung») verneint.

⁴⁹ Nach *Art. 115 OR* kann «eine Forderung ... durch Übereinkunft ganz oder zum Teil auch dann formlos aufgehoben werden, wenn zur Eingebung der Verbindlichkeit eine Form erforderlich ... war». Die Frage, wie sich der Anwendungsbereich dieser Bestimmung zum Anwendungsbereich des *Art. 12 OR* verhält, ist allerdings kontrovers (Vgl. SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, I. Bd.: Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung, 3. Aufl., Teilbd. V 1A, Zürich 1973, N 18 ff. zu *Art. 12 OR*, und SCHMIDLIN, zit. Anm. 47, N 9 ff. zu *Art. 12 OR*), was hier (da es sich um ein allgemeines Problem handelt) nur vermerkt sein soll.

⁵⁰ Zu dem in *Art. 12 OR* verwendeten Begriff der «Abänderung» und zum Vorbehalt «ergänzender Nebenpunkte» vgl. SCHMIDLIN (zit. Anm. 47), N 1 ff./14 ff. zu *Art. 12 OR*; SCHÖNENBERGER/JÄGGI (zit. Anm. 49) N 2 ff./N 15 ff. zu *Art. 12 OR*. Keine «Abänderung» ist die Aufhebung des Vertrages, die somit formfrei vereinbart werden kann (vgl. die zitierte Kommentarliteratur und *BGE 95 II 425*).

⁵¹ SCHÖNENBERGER/JÄGGI (zit. Anm. 49), N 14 zu *Art. 12 OR*; VON TUHR/PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd.I, 3. Aufl., Zürich 1979, S. 243; differenziert: SCHMIDLIN (zit. Anm. 47), N 6 zu *Art. 12 OR*.

⁵² SCHÖNENBERGER/JÄGGI (zit. Anm. 49), N 24 zu *Art. 11 OR*.

⁵³ Vgl. GAUCH/SCHLUEP (zit. Anm. 18), Nr. 462 und dort Zitierte.

⁵⁴ HÜRLIMANN, Teilnichtigkeit von Schuldverträgen nach *Art. 20 Abs. 2 OR*, Diss. Freiburg 1984, S. 96.

⁵⁵ Vgl. darüber im allgemeinen: GAUCH/SCHLUEP (zit. Anm. 18), Nr. 471 ff.

16 Abs. 1 OR, wonach die Beteiligten vor Erfüllung der Form nicht gebunden sein wollen. Diese (widerlegbare) Vermutung wirkt im Streitfall gegen denjenigen, der das Zustandekommen des formwidrigen Vergleiches behauptet. Vermutet wird, dass der Vergleichsvertrag mangels übereinstimmender Erklärung des Abschlusswillens nicht zustandekam⁵⁶. Doch ist zu merken:

- Die Vermutung des Art. 16 Abs. 1 OR greift nur ein, wenn sich der Formvorbehalt der Parteien auf den Vergleichsvertrag (!) bezieht. Wurde für die Eingebung eines Vertragsverhältnisses, über das sich die Parteien später vergleichen, eine Form vorbehalten, so genügt dies nicht, um auch den spätern Vergleich (selbst wenn er zur «Abänderung» des Vertrages führt⁵⁷) dem vereinbarten Formvorbehalt zu unterwerfen. Ohne entsprechende Abrede bezieht sich die für den Vertragsabschluss vorbehaltene Form nicht auf den späteren Vergleich.
- Überhaupt kein Formvorbehalt liegt im Umstand, dass für einen bestimmten Vergleich die Einhaltung einer irgendwie gearteten Form üblich ist. Deshalb vermag der blosser Bestand einer von den Parteien nicht [12] übernommenen Übung in keinem Fall die Formbedürftigkeit des Vergleiches zu begründen⁵⁸.

d. Die Vergleichsparteien brauchen den Vertrag nicht «persönlich» abzuschliessen. An Stelle der Parteien können auch gewillkürte oder gesetzliche **Vertreter** handeln.

- Die *gewillkürte Vertretung* setzt eine entsprechende Vollmacht des Vertreters voraus⁵⁹. Eine Generalvollmacht genügt grundsätzlich nicht. Vielmehr muss der Vertreter (mit Ausnahme des Prokuristen⁶⁰) eine Sondervollmacht haben⁶¹, die z.B. in einer gewöhnlichen Prozessvollmacht nicht mitenthalten ist⁶².

Überhaupt darf eine Vollmacht, Vergleiche mit Wirkung für einen andern einzugehen, nicht leichthin angenommen werden. So gehört z.B. der Abschluss eines Vergleiches nicht zu den Handlungen, welche die «Verrichtungen» eines Versicherungsagenten «gewöhnlich mit sich bringen» (Art. 34 Abs. 1 VVG)⁶³. Und die blosser Ermächtigung (z.B. einer Haftpflichtversicherung), Verhandlungen mit einem Geschädigten über die Erledigung des Schadensfalles zu führen, umfasst nicht auch die Vollmacht, den Fall mit Wirkung für den Ersatzpflichtigen zu vergleichen.

⁵⁶ Vgl. GAUCH/SCHLUEP (zit. Anm. 18) Nr. 472; KELLER/SCHÖBI, Das Schweizerische Schuldrecht, Bd. I, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, Basel und Frankfurt 1982, S. 27.

⁵⁷ BGE 40 II 616; VON TUHR/PETER (zit. Anm. 51), S. 245; GAUCH/SCHLUEP (zit. Anm. 18), Nr. 483.

⁵⁸ Vgl. BGE 54 II 307; JÄGGI/GAUCH, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Bd.: Obligationenrecht, Teilbd. V 1b, Kommentar zu Art. 18 OR, 3. Aufl., Zürich 1980, N 409 zu Art. 18 OR; SCHÖNENRBERGER/JÄGGI (zit. Anm. 49) N 24 zu Art. 16 OR.

⁵⁹ Bei fehlender (oder ungenügender) Vollmacht des Vertreters tritt die Vertretungswirkung nur ein, wenn der Vertretene den abgeschlossenen Vergleich genehmigt (Art. 38 OR); es sei denn, ein gutgläubiger Vergleichspartner werde nach Massgabe der anwendbaren Gesetzesbestimmungen (z.B. Art. 33 Abs. 3, Art. 34 Abs. 3, Art. 37 OR) geschützt (vgl. dazu GAUCH/SCHLUEP, zit. Anm. 18, Nr. 1026 ff. und Nr. 1049 ff.).

⁶⁰ Vgl. Art. 459 OR.

⁶¹ Vgl. Art. 396 Abs. 3 OR.

⁶² GAUTSCHI, Berner Kommentar, Bd. VI: Das Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilbd. Art. 394-406 OR), Bern 1971, N 51b zu Art. 396; MEIER-HAYOZ (zit. Anm. 2), S. 6; SEETHALER (zit. Anm. 2), S. 80 ff.

⁶³ BGE 60 II 452 f.; vgl. KOENIG, Der Versicherungsvertrag, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/2, S. 526. Das schliesst allerdings nicht aus, dass der im Einzelfall beteiligte Agent vom Versicherer ermächtigt wurde, den konkreten Vergleich (oder Vergleiche solcher Art) einzugehen.

- Für die *gesetzliche Vertretung* des Entmündigten verlangt Art. 421 Ziff. 8 ZGB, dass die Vormundschaftsbehörde dem Abschluss des Vergleichsvertrages durch den Vormund zustimmt⁶⁴. Was die Vertretung eines Kindes [13] betrifft, gilt die Regel des Art. 304 Abs. 1 ZGB, wonach die Eltern von Gesetzes wegen befugt sind, das Kind im Umfang der elterlichen Gewalt zu vertreten. Bei Interessenkollisionen muss dem Kind jedoch ein Vertretungsbeistand ernannt werden (Art. 306 Abs. 2 und 392 Ziff. 2 ZGB). Dieser hat die Anweisungen der Vormundschaftsbehörde zu beobachten (Art. 418 ZGB)⁶⁵, ist aber nicht verpflichtet, für den Abschluss des Vergleiches die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters einzuholen⁶⁶.

2. Der vereinbarte Inhalt des abgeschlossenen Vergleiches (namentlich die Frage, welche Ansprüche und Streitpunkte durch den Vergleich erledigt worden sind) ist durch Vertragsauslegung zu ermitteln. Zur Anwendung kommen die gebräuchlichen Auslegungsmittel und Auslegungsregeln⁶⁷. Neben dem Wortlaut sind sämtliche Umstände (insbesondere auch die Interessenlage der Parteien) zu berücksichtigen, die eine Schlussfolgerung auf den Willen der beteiligten Parteien erlauben. Lässt sich ein übereinstimmender wirklicher Wille der Parteien feststellen, so ist dieser massgeblich, sonst der objektive Sinn des Erklärten⁶⁸. Im Zweifel⁶⁹ sind Abreden, worin eine Vergleichspartei auf Rechte verzichtet, eng auszulegen. So gelten *die restriktiven Auslegungsgrundsätze*, welche für die Saldoquittung entwickelt wurden⁷⁰, auch für die Auslegung des Vergleiches⁷¹. Demzufolge beschränkt sich z.B. die Wirkung eines Vergleiches, den ein Geschädigter mit einem Versicherer abschliesst, im Zweifel «auf die Folgen des schädigenden Ereignisses, die zur Zeit des Vergleichsabschlusses bereits entstanden waren oder deren Eintritt voraussehbar war, auch wenn ... der Versicherer die pauschale Abfindung aller Ansprüche bezweckt haben sollte»⁷². Etwas anderes gilt nur, wenn es unmissverständlich vereinbart wurde⁷³, die Auslegungsmittel also mit Gewissheit zu einem andern Ergebnis führen.

⁶⁴ Wer unter *Mitwirkungsbeiratschaft* (Art. 395 Abs. 1 ZGB) steht, kann den Vergleich nur unter Mitwirkung des Beirates abschliessen (Art. 395 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB); dieser braucht nach herrschender Meinung keine Zustimmung der Vormundschaftsbehörde (BUCHER, Berner Kommentar Bd. I: Einleitung und Personenrecht, 2. Abteilung: Die natürlichen Personen, 1. Teilbd. (Art. 11–26 ZGB), Bern 1976, N 109 zu Art. 14 und N 90 zu Art. 19 ZGB; anders: DESCHENAUX/STEINAUER, Personnes physiques et tuelle, 2. Aufl., Bern 1986, Nr. 1125a). Zur Verwaltungsbeiratschaft vgl. Art. 395 Abs. 2 ZGB. Der *Vertretungsbeistand* (Art. 392 ZGB) muss die Weisungen der Vormundschaftsbehörde beobachten (Art. 418 ZGB) und sogar deren Zustimmung einholen, wenn er an Stelle des Vormundes handelt (Art. 421 Ziff. 8 ZGB; TUOR/SCHNYDER, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 10. Aufl., Zürich 1986, S. 375). Zum Verwaltungsbeistand vgl. Art. 393 und 419 ZGB.

⁶⁵ Vgl. Anm. 64.

⁶⁶ BGE 99 II 368 f.

⁶⁷ Vgl. JÄGGI/GAUCH (zit. Anm. 58), N 344 ff. und N 411 ff. zu Art. 18 OR.

⁶⁸ JÄGGI/GAUCH (zit. Anm. 58), N 332, 342 f., 424 zu Art. 18 OR.

⁶⁹ Die Regeln für Zweifelsfälle setzen voraus, dass die Auslegungsmittel zu keinem sicheren Ergebnis führen und mindestens zwei verschiedene Deutungen als ernsthaft vertretbar erscheinen (JÄGGI/GAUCH, zit. Anm. 58, N 440 zu Art. 18 OR).

⁷⁰ BGE 100 II 45; 102 III 47; OFTINGER (zit. Anm. 33), S. 475.

⁷¹ OFTINGER (zit. Anm. 33), S. 474; MAURER (zit. Anm. 33), S. 369 f.

⁷² OFTINGER (zit. Anm. 33), S. 474 f., vgl. auch BGE 109 II 349; ferner JAUERNIG/VOLLKOMMER (zit. Anm. 13), N 2/f zu § 779 BGB: «Eine in einem Vergleich über Unfallfolgen enthaltene (vorbehaltlose) Abfindungserklärung (Verzicht auf künftige Ansprüche) kann einschränkend auszulegen sein, wenn die Parteien bei Vertragsabschluss von einem beschränkten Schadenkreis ausgegangen sind und nachträglich nicht vorhersehbare Spätschäden eintreten.»

⁷³ BGE 100 II 45, sinngemäss.

3. [14] Soweit der abgeschlossene Vergleichsvertrag lückenhaft ist, muss der Vertrag ergänzt werden. Obwohl der Vergleich einen Innominatvertrag darstellt, unterliegt seine **Ergänzung** den gleichen Regeln wie die Ergänzung gesetzlich geregelter Verträge⁷⁴, wenn auch mit den Besonderheiten, die sich aus seiner Eigenart als Innominatvertrag ergeben⁷⁵. Zum Beispiel findet gesetzliches Vertragstypenrecht von vorneherein keine unmittelbare Anwendung auf den Vergleichsvertrag⁷⁶. Das allerdings bildet kein Hindernis, passende Normen gesetzlich geregelter Verträge durch Analogieschluss beizuziehen. Verpflichtet sich etwa eine Vergleichspartei zur Übereignung einer Sache, so kann sich diesbezüglich eine sinngemässe Anwendung der kaufrechtlichen Gewährleistungsregeln (Art. 192 ff./Art. 197 ff. OR) rechtfertigen.

2. Die Wirkung des Vergleiches

1. Der gültig zustandegekommene Vergleich ist **zwischen den beteiligten Parteien** verbindlich⁷⁷. Die Parteien sind an den Vergleich gebunden (Bindungswirkung). Zwischen ihnen gilt die durch Vergleich festgestellte und allenfalls (z.B. auch durch Vereinbarung zusätzlicher Verpflichtungen) modifizierte Rechtslage (Gestaltungswirkung)⁷⁸. Im einzelnen:

a. Wird der Vergleich unter Anwesenden abgeschlossen, so tritt die Gestaltungswirkung erst in dem *Zeitpunkt* ein, da die übereinstimmenden Willenserklärungen ausgetauscht sind. Für den Vertrag unter Abwesenden gilt hingegen die Sonderregel des *Art. 10 OR*. Danach wird die Gestaltungswirkung des zustandegekommenen Vertrages (auch eines Vergleichsvertrages) auf einen Zeitpunkt zurückbezogen, in dem der Vertrag noch nicht zustandegekommen war⁷⁹. Die Wirkung beginnt «mit dem Zeitpunkte, wo die Erklärung der Annahme zur Absendung abgegeben wurde» (Abs. 1); im Falle einer «stillschweigenden Annahme» nach Art. 6 OR beginnt sie bereits «mit dem Empfange des Antrages» (Abs. 2).

b. Wurde eine Forderung vergleichsweise anerkannt, so kann sie fortan gestützt auf den Vergleich (als selbständigem Verpflichtungsgrund) geltend gemacht werden⁸⁰. Trotz des Vergleiches behält die anerkannte Forderung aber [15] ihren bisherigen Charakter (z.B. den Charakter einer «Kaufpreis-» oder «Werklohnforderung»). Der Vergleich an sich hat also *keine novierende Wirkung*⁸¹, weshalb z.B. bestehende Sicherheiten für verglichene Forderungen fortbestehen.

Eine Novation, welche die ursprüngliche Forderung des Gläubigers beseitigen und durch eine neue ersetzen würde, ist zwar nicht ausgeschlossen. Doch wird sie nicht vermutet (Art. 116 Abs. 1 OR), sondern muss zwischen den Vergleichsparteien eindeutig («unzweideu-

⁷⁴ BGE 107 II 149; JÄGGI/GAUCH (zit. Anm. 58), N 547 zu Art. 18 OR.

⁷⁵ Vgl. JÄGGI/GAUCH (zit. Anm. 58), N 548 ff. zu Art. 18 OR.

⁷⁶ SCHLUEP (zit. Anm. 2), S. 947.

⁷⁷ Zum mangelhaften Vergleich siehe unten.

⁷⁸ Zur Bindungs- und Gestaltungswirkung eines Vertrages vgl. GAUCH/SCHLUEP (zit. Anm. 18), Nr. 210 f.

⁷⁹ BGE 99 II 301; SCHÖNENBERGER/JÄGGI (zit. Anm. 49), N 4 zu Art. 10 OR.

⁸⁰ LARENZ (zit. Anm. 10), § 7/IV, S. 93 f.; SCHÖNENBERGER/JÄGGI (zit. Anm. 49), N 8 und N 13 zu Art. 17 OR.

⁸¹ JAUERNIG/VOLLKOMMER (zit. Anm. 13), N 3/a zu § 779 BGB; LARENZ (zit. Anm. 10), § 7/IV, S. 94 f.; MEIER-HAYOZ, (zit. Anm. 2), S. 7; SCHLUEP (zit. Anm. 2), S. 947; anders: BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1979, S. 409; GAUTSCHI (zit. Anm. 62), N 51b zu Art. 396 OR; SPIRO (zit. Anm. 38), § 163, S. 388.

tig»⁸²) verabredet sein («animus novandi»⁸³), was von dem zu beweisen ist, der sich darauf beruft.

c. Die vergleichsweise Anerkennung einer Forderung unterbricht deren *Verjährung* (Art. 135 Ziff. 1 OR). Wird die Forderung (im Sinne des Art. 137 Abs. 2 OR) schriftlich anerkannt, so beträgt die neue Verjährungsfrist immer zehn Jahre. Das gleiche gilt, und zwar unabhängig von der Form, wenn der Vergleich nach Massgabe der getroffenen Vereinbarung novierende Wirkung hat⁸⁴. Von der anerkannten Forderung zu unterscheiden sind zusätzliche Verpflichtungen, die durch den Vergleich begründet werden. Für sie beträgt die Verjährungsfrist zehn Jahre (Art. 127 OR)⁸⁵, sofern das Bundeszivilrecht nicht etwas anderes bestimmt.

d. Als aussergerichtlicher Vergleich hat der Vergleichsvertrag *weder materielle Rechtskraft noch den Charakter eines Vollstreckungstitels*, der eine definitive Rechtsöffnung (Art. 80 SchKG) gestatten würde⁸⁶. Hingegen ist die in einem schriftlichen Vergleich enthaltene Schuldanerkennung ein provisorischer Rechtsöffnungstitel, sobald die Voraussetzungen des Art. 82 SchKG erfüllt sind.

2. Die Wirkung des Vergleiches **beschränkt sich grundsätzlich auf den Rechtskreis der Vergleichsparteien**. Davon gibt es aber Ausnahmen.

So erlischt z.B. die Verpflichtung des Bürgen, wenn der Gläubiger die verbürgte Hauptschuld vergleichsweise erlässt (Art. 114 Abs. 1/Art. 509 Abs. 1 OR). Auch kann der Vergleich Abreden (Leistungsversprechen oder Verfügungen) enthalten, die im Rahmen des rechtlich Zulässigen⁸⁷ *zugunsten Dritter* [16] (Art. 112 Abs. 2 OR) wirken. Zum Beispiel können die Vergleichsparteien vereinbaren, dass die eine Partei auf ihre Forderung gegenüber einem Dritten verzichtet, so dass der Dritte von seiner Schuld (ganz oder teilweise) befreit wird⁸⁸. Enthält der Vergleich eine gültige Forderungsabtretung (Art. 164/165 OR), so erhält der Schuldner («debitor cessus») einen neuen Gläubiger, und zwar mit den Wirkungen, die in Art. 167 ff. OR umschrieben sind. *Die Rechtsstellung Dritter vermag der Vergleich jedoch nicht zu verschlechtern*. Die Vergleichsparteien können nichts vereinbaren, was einen Dritten rechtlich belasten würde. Weder können sie z.B. Eigentum an einer Sache übertragen, die einem Dritten gehört⁸⁹, noch Verpflichtungen eines Dritten begründen. Das alles entspricht einem allgemeinen Grundsatz⁹⁰, der auch durch Art. 111 OR nicht

⁸² BGE 107 II 481.

⁸³ Dass eine solche Novationsabrede «häufig» getroffen wird (wie BGE 105 II 277 annimmt), ist zumindest zweifelhaft. Zur Rechtslage, wenn die alte (zu tilgende) Schuld gar nicht bestanden hat: BGE 104 II 196; BUCHER (zit. Anm. 81), S. 367 f.; GAUCH/SCHLUEP (zit. Anm. 18) Nr. 1922; VON TUHR/ESCHER (zit. Anm. 40), S. 183.

⁸⁴ Vgl. BUCHER (zit. Anm. 81), S. 409; SPIRO (zit. Anm. 38), § 163, S. 388 und § 289, S. 672 f.

⁸⁵ BGE 100 II 145.

⁸⁶ MEIER-HAYOZ (zit. Anm. 2), S. 7.

⁸⁷ Über den engen Zulässigkeitsbereich für Verfügungen zugunsten Dritter vgl. GAUCH/SCHLUEP (zit. Anm. 18), Nr. 2579 und dort Zitierte.

⁸⁸ BGE 100 II 144 f. Dass ein Schuldverlass zugunsten eines Dritten möglich ist, wird durch Art. 176 OR bestätigt.

⁸⁹ Das Eigentum an der Sache, die einem Dritten gehört, bleibt von der Verfügung im Vergleichsvertrag unberührt, es sei denn, dass die Rechtssätze des gutgläubigen Erwerbes eingreifen würden (Art. 933 ff. ZGB).

⁹⁰ GAUCH/SCHLUEP (zit. Anm. 18), Nr. 2543. Vgl. aber immerhin Art. 194 OR, wonach unter den darin genannten Voraussetzungen eine Pflicht des Verkäufers zur Rechtsgewährleistung besteht, wenn der

durchbrochen wird. Denn der «Vertrag zu Lasten eines Dritten» (Randtitel zu Art. 111 OR) hat keine Belastung des Dritten zur Folge. Sein besonderes Merkmal besteht vielmehr darin, dass eine Partei der andern verspricht, für die Leistung des Dritten einzustehen, was auch in einem Vergleichsvertrag geschehen kann.

Nachfolgend soll auf zwei wichtige Einzelfälle besonders eingetreten werden. Der erste Fall betrifft den Vergleich eines durch Körperverletzung Geschädigten, der zweite Fall den Vergleich eines Solidarschuldners.

3. Beim Vergleich eines durch Körperverletzung Geschädigten (Art. 46 OR) ergeben sich Probleme vor allem dann, wenn der Geschädigte nach Abschluss des Vergleichsvertrages an den Verletzungen stirbt. Alsdann stellt sich die Frage, wie sich der Vergleich auf allfällige Ansprüche der Hinterbliebenen auswirkt.

Da der Verletzte Verfügungsmacht nur über seine eigenen Ansprüche hat, wirkt sein Vergleich mit dem Haftpflichtigen nicht zu Lasten Dritter, die wegen des spätern Todes Ersatz von Versorgerschaden (Art. 45 Abs. 3 OR) oder Leistung von Genugtuung (Art. 47 OR) beanspruchen können⁹¹. Diese Ansprüche, die unmittelbar in den berechtigten Dritten (nicht im Getöteten selbst) entstehen, werden durch den abgeschlossenen Vergleich in keiner Weise beeinträchtigt⁹².

[17] Dasselbe gilt für allfällige Genugtuungsansprüche, die den Angehörigen eines Verletzten schon wegen seiner Körperverletzung entstehen⁹³. Auch über sie kann der Verletzte nicht durch Vergleich verfügen; gleichgültig, ob er später an den erlittenen Verletzungen stirbt oder sie überlebt.

4. Der Vergleich eines Solidarschuldners (Art. 143 ff. OR) wirkt zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger, zwischen denen er abgeschlossen wird. Was die andern (am Vergleich unbeteiligten) Solidarschuldner betrifft, so gilt, was folgt:

a. Der von einem Solidarschuldner abgeschlossene Vergleich *vermag die Lage seiner Mitschuldner grundsätzlich nicht zu erschweren* (Art. 146 OR)⁹⁴. Vorbehalten bleibt eine verjährungsunterbrechende Wirkung des Vergleiches. Denn «die Unterbrechung der Verjäh-

Käufer das Recht des Dritten in guten Treuen (allenfalls auch in einem Vergleich) anerkennt (vgl. dazu BGE 100 II 27 ff.).

⁹¹ VON TUHR/PETER (zit. Anm. 51), S. 435; OFTINGER (zit. Anm. 33), S. 472.

⁹² Zu den Rechtsbehelfen des Haftpflichtigen, der «im Vergleich erhebliche Zahlungen unter der Voraussetzung einer verhältnismässig lange fortdauernden Arbeitsunfähigkeit zugesichert hat», vgl. OFTINGER (zit. Anm. 33), S. 472 f.

⁹³ Vgl. BGE 112 II 220 ff./226 ff.

⁹⁴ Das gilt auch für den Vergleich, den der Haftpflichtversicherer eines Motorfahrzeughalters (Art. 63 Abs. 1 und 2 SVG) mit dem Geschädigten abschliesst, gegenüber dem er direkt haftbar ist (Direktanspruch des Geschädigten: Art. 65 Abs. 1 SVG). Anerkennt der Versicherer eine Ersatzforderung, die bis anhin überhaupt nicht oder nicht in diesem Umfang bestand, so hat dies keinen Einfluss auf die Haftung des Halters, begründet also keine zusätzliche Haftpflicht des Halters.

Dementsprechend kann die Anerkennung dem Halter auch nicht entgegengesetzt werden, wenn es um den Rückgriff des Versicherers (Art. 65 Abs. 3 SVG) oder eine Prämienhöhung (im vereinfachten Prämienstufensystem) geht (ungenau: BGE 77 II 70 ff.; abzulehnen: Entscheid SVA XIII, Nr. 82, der den Halter mit dem Beweis belastet, dass der Vergleich zu seinem Nachteil abgeschlossen wurde). Der Versicherer wird sich zwar häufig auf eine Versicherungsbedingung berufen, wonach «die Erledigung der Ansprüche des Geschädigten durch die Gesellschaft ... für den Versicherten in allen Fällen verbindlich» ist. Ob eine solche Formularbestimmung an der soeben erwähnten Rechtslage etwas ändert, ist aber fraglich. Dagegen sprechen die Unklarheit der Bestimmung, die sich nicht ausdrücklich auf den Vergleich bezieht, und die übermässige Bindung des Versicherten (Art. 27 ZGB), die sie sonst begründen würde.

«auch gegen die übrigen Mitschuldner». Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts⁹⁵ bezieht sich Art. 136 OR allerdings nur auf den Fall der echten Solidarität⁹⁶, was aber nicht ausschliesst, dass inhaltlich gleichlautende Sonderbestimmungen (z.B. Art. 83 Abs. 2 SVG⁹⁷) vom Erfordernis der echten Solidarität absehen.

b. Wird der *Solidarschuldner durch den abgeschlossenen Vergleich von seiner Schuld befreit*, so wirkt die Befreiung sicher dann zugunsten auch seiner Mitschuldner, wenn dies dem Vertragswillen der Vergleichsparteien entspricht (Art. 112 Abs. 2 OR)⁹⁸. Alsdann entfaltet der Vergleich (gestützt auf den «Gesamttilgungswillen» der Vergleichsparteien) eine Gesamtwirkung [18] zugunsten sämtlicher Solidarschuldner⁹⁹. Wie aber verhält es sich, wenn es an einer entsprechenden Vereinbarung fehlt? Darüber sind die Meinungen geteilt.

- Den richtigen Ansatzpunkt bietet *Art. 147 Abs. 2 OR*, wonach die ohne Befriedigung des Gläubigers eintretende Befreiung eines Solidarschuldners «zugunsten der andern ... so weit wirkt, als die Umstände ... es rechtfertigen». Diese Bestimmung öffnet den Weg zu einer Lösung, die allen Beteiligten gerecht wird. Die Lösung besteht darin, dass der Gläubiger, der in die Befreiung seines Vergleichspartners einwilligt, von jedem der übrigen Solidarschuldner nur noch jenen (reduzierten) Betrag einfordern kann, den dieser im Innenverhältnis tragen muss (Art. 148 Abs. 1 OR)¹⁰⁰. Dadurch entfällt das Problem des Rückgriffs (Art. 148 f. OR), das sich einstellt, wenn man den einen Solidarschuldner trotz der Befreiung des andern in vollem Betrag weiterhaften lässt, wie es der herrschenden Meinung entspricht¹⁰¹. Dann nämlich ergibt sich folgendes Dilemma:
- Entweder lässt man den Rückgriff des Belangten, der «mehr als seinen Teil» bezahlt hat (Art. 148 Abs. 2 OR), auf den befreiten Solidarschuldner zu¹⁰², was diesen um den Vorteil des abgeschlossenen Vergleiches bringt. Oder man verneint das Rückgriffsrecht gegenüber dem Befreiten¹⁰³, wodurch der Belangte einen ungerechtfertigten Nachteil erleidet¹⁰⁴, und der Grundsatz, wonach niemand über Rechte Dritter verfügen kann, durchbrochen wird¹⁰⁵. So oder anders gelangt man zu einem *unbefriedigenden Ergebnis*,

⁹⁵ BGE 104 II 229; 55 II 313.

⁹⁶ BGE 106 II 253 f.

⁹⁷ Danach wirkt «die Unterbrechung der Verjährung gegenüber dem Haftpflichtigen ... auch gegenüber dem Versicherer und umgekehrt», obwohl zwischen Versicherer und Haftpflichtigem keine echte Solidarität besteht.

⁹⁸ Vgl. BGE 107 II 226 ff. für den Vergleich eines echten Solidarschuldners; KELLER/SCHÖBI, Das Schweizerische Schuldrecht, Bd. IV, Gemeinsame Rechtsinstitute für Schuldverhältnisse aus Vertrag, unerlaubter Handlung und ungerechtfertigter Bereicherung, Basel/Frankfurt 1984, S. 14.

⁹⁹ Für den Erlassvertrag wird dies in § 423 BGB ausdrücklich vorgesehen.

¹⁰⁰ So bereits ROSSEL, Manuel du droit fédéral des obligations, 4. Aufl., Lausanne/Genf 1920, Bd. I, S. 189; vgl. auch GAUCH (zit. Anm. 21), Nr. 2035 ff.; Art. 1285 Abs. 2 CCfr. und Art. 1302 CCit.; offengelassen in BGE 107 II 229.

¹⁰¹ Statt vieler: BGE 60 II 226; 34 II 498 f.; 33 II 146 f.; KELLER/SCHÖBI (zit. Anm. 98), S. 13; OFTINGER (zit. Anm. 33), S. 346.

¹⁰² Z.B. BGE 60 II 226; 34 II 498 f.; KELLER/SCHÖBI (zit. Anm. 98), S. 22; GAUCH/SCHLUEP (zit. Anm. 18), Nr. 2426; VON TUHR/ESCHER (zit. Anm. 40), S. 313.

¹⁰³ Z.B. unter Hinweis auf die Subrogationsbestimmung des Art. 149 Abs. 1 OR (OFTINGER, zit. Anm. 33, S. 346 f.), die nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts (BGE 103 II 140, 53 II 30) jedoch nur bei echter Solidarität eingreift.

¹⁰⁴ Dies auch dann, wenn man annehmen wollte, dass Art. 148 Abs. 3 OR sinngemäss zur Anwendung kommt.

¹⁰⁵ Zutreffend: KELLER/SCHÖBI (zit. Anm. 98), S. 22.

das durch die hier vertretene Lösung vermieden wird. Denn diese Lösung verhindert von vorneherein, dass die Befreiung des solidarisch haftbaren Vergleichspartners, die der Gläubiger sich selber zuzuschreiben hat, über den Weg des Rückgriffs (ganz oder teilweise) illusorisch gemacht oder auf die Mitschuldner des Befreiten abgewälzt wird¹⁰⁶. Bei einem Vergleich, der einen intern [19] voll ausgleichspflichtigen Solidarschuldner befreit, hat sie eine ungeteilte Gesamtwirkung des Schuldnerlasses zur Folge.

3. Der mangelhafte Vergleich

Der abgeschlossene Vergleich kann (wie jeder andere Vertrag) an einem **Mangel** leiden, der ihn ungültig oder einseitig unverbindlich macht¹⁰⁷. Unterliegt er ausnahmsweise einem Formzwang, so kann er (ganz oder teilweise) formungültig sein. Fehlt es einer Partei an der vorausgesetzten Handlungsfähigkeit, so beurteilt sich die Rechtslage nach den einschlägigen Vorschriften des Gesetzes¹⁰⁸. Im übrigen sind zu unterscheiden:

1. Der Inhaltmangel nach Art. 20 OR. Ein solcher Mangel liegt vor, wenn der Vergleich einen unmöglichen oder widerrechtlichen Inhalt hat oder gegen die guten Sitten verstösst¹⁰⁹. Trifft dies zu, so ist der Vergleichsvertrag nichtig (Art. 20 Abs. 1 OR)¹¹⁰. Betrifft aber der Mangel nur einzelne Teile des Vertrages, so kann bei gegebenen Voraussetzungen eine Teilnichtigkeit nach Art. 20 Abs. 2 OR oder eine «modifizierte» Teilnichtigkeit¹¹¹ Platz greifen.

Unsittlich und damit nichtig ist z.B. der Schweigegeldvertrag¹¹², worin sich ein Vergleichspartner für die Unterlassung einer Strafanzeige oder den Rückzug eines Strafantrages einen Vorteil ausbedingt, der ihm nicht gebührt¹¹³. Zulässig ist eine entsprechende Abmachung jedoch dann, wenn die ausbedungene Leistung nur zum Ersatz des durch die Straftat angerichteten Schadens dient¹¹⁴.

2. Die Übervorteilung. Sie wird in Art. 21 OR geregelt. Diese Bestimmung erlaubt es dem Übervorteilten, innert Jahresfrist (seit Abschluss des Vertrages) zu erklären, dass er den

¹⁰⁶ Wer die Lösung ablehnt, muss entweder ein unbilliges Ergebnis in Kauf nehmen oder einen Ausweg «konstruieren», der letztlich doch den Gläubiger mit den Folgen des Vergleiches belastet. Zwei Wege werden vorgeschlagen, je nachdem, ob die Regresspflicht des befreiten Solidarschuldners bejaht wird (Fall 1) oder nicht (Fall 2). Im ersten Fall soll der Befreite, auf den zurückgegriffen wird, seinerseits einen Regressanspruch gegen den Gläubiger haben («Regresskreisel»: SELB, Münchener Kommentar, Bd. 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., München 1985, N21 zu § 426 BGB). Und im zweiten Fall soll der belangte Solidarschuldner, dem man den Regress versagt, vom Gläubiger nach Massgabe des Art. 149 Abs. 2 OR Schadenersatz verlangen können (OFTINGER, zit. Anm. 33, S. 347).

¹⁰⁷ Zur älteren Rechtsprechung: THILO, De la transaction et de son invalidation, SJZ 28, 1931/32, S. 373 ff.

¹⁰⁸ Vgl. darüber GAUCH/SCHLUEP (zit. Anm. 18), Nr. 279.

¹⁰⁹ Vgl. darüber GAUCH/SCHLUEP (zit. Anm. 18), Nr. 495 ff.

¹¹⁰ Zu den Besonderheiten, wenn eine Norm des öffentlichen Rechts verletzt oder eine Partei in sittenwidriger Weise gebunden wird: GAUCH/SCHLUEP (zit. Anm. 18), Nr. 529 und Nr. 530 ff.

¹¹¹ Darüber GAUCH/SCHLUEP (zit. Anm. 18), Nr. 540–545a; ausführlich und grundlegend: HÜRLIMANN (zit. Anm. 54), S. 74 ff.

¹¹² BGE 76 II 370.

¹¹³ ZR 81, 1982, Nr. 54, S. 135 f.

¹¹⁴ ZR 81, 1982, Nr. 54, S. 136. Die Drohung mit Strafanzeige kann indes den dadurch erlangten Vertrag nach Art. 29 f. OR einseitig unverbindlich machen (vgl. BUCHER, zit. Anm. 81, S. 199; VON TUHR/ESCHER, zit. Anm. 40, S. 328).

Vertrag nicht halte. Auf den Vergleich kommt die Bestimmung zwar nicht unmittelbar zur Anwendung, da der Vergleichsvertrag kein synallagmatischer Schuldvertrag ist¹¹⁵. Doch rechtfertigt es sich, Art. 21 [20] OR sinngemäss anzuwenden¹¹⁶. Sind sämtliche Tatbestandselemente des Art. 21 OR erfüllt, so ist der Vergleichsvertrag zugunsten des Übervorteilten einseitig unverbindlich. Schwierigkeiten bereitet nur das tatbestandsmässige Erfordernis, wonach der Vertrag «ein offenkundiges Missverhältnis zwischen der Leistung und der Gegenleistung» begründen muss. Dieses objektive Erfordernis passt nicht unmittelbar auf den Vergleichsvertrag, hat aber bei der Anwendung auf den Vergleich eine dem Vergleichsvertrag entsprechende Bedeutung:

Für die Beantwortung der Frage, ob durch den Vergleich ein «offenkundiges Missverhältnis» begründet wurde, kommt es auf die «gegenseitigen Zugeständnisse» der Parteien an, also z.B. nicht auf die Höhe der von den Parteien vergleichsweise übernommenen Verpflichtungen. Entscheidend ist somit das «Ausmass des beiderseitigen Nachgebens»¹¹⁷, und zwar vom Standpunkt der Beteiligten aus betrachtet¹¹⁸.

Dass immer auch die subjektiven Voraussetzungen der Übervorteilung gegeben sein müssen, versteht sich von selbst¹¹⁹.

3. Die Willensmängel. Dass der Vergleich den Regeln über die Willensmängel (Art. 23 ff. OR) unterliegt, steht ausser Zweifel¹²⁰. Der Vergleichsvertrag kann also wegen wesentlichen Irrtums (Art. 23), wegen absichtlicher Täuschung (Art. 28) oder wegen Furchterregung (Art. 29 f.)¹²¹ einseitig unverbindlich sein. Voraussetzung und Geltendmachung der Unverbindlichkeit unterstehen den ordentlichen Bestimmungen des Obligationenrechts (Art. 23 ff. OR)¹²².

a. [21] So kann z.B. eine Vergleichspartei **durch absichtliche Täuschung** zum Abschluss des Vergleichsvertrages verleitet werden (Art. 28 OR). Diese Täuschung kann durch posi-

¹¹⁵ Anders: SCHLUEP (zit. Anm. 2), S. 949.

¹¹⁶ GAUCH/SCHLUEP (zit. Anm. 18), Nr. 568a.

¹¹⁷ LARENZ (zit. Anm. 10) § 7/IV, S. 92, Anm. 42; anders wohl SCHLUEP (zit. Anm. 2), S. 949.

¹¹⁸ Vgl. JAUERNIG/VOLLMKOMMER (zit. Anm. 13), N 4/a zu § 779 BGB.

¹¹⁹ BGE 54 II 190.

¹²⁰ Vgl. BGE 110 II 46; 111 II 350; GAUCH/SCHLUEP (zit. Anm. 18), Nr. 710 ff.

¹²¹ Vgl. BGE 111 II 349 ff. Die widerrechtliche Drohung kann auch von einem Dritten (allenfalls sogar von einem Gericht) ausgehen (Art. 29 OR). Immer aber muss die erregte Furcht eine «gegründete» sein, was bei der Furcht vor der Geltendmachung eines Rechtes nur zutrifft, «wenn die Notlage des Bedrohten benutzt worden ist, um ihm die Einräumung übermässiger Vorteile abzunötigen» (Art. 30 OR).

¹²² Anders verhält es sich für den *gerichtlichen Vergleich* und die damit verwandte *Scheidungskonvention* (GAUCH/SCHLUEP, zit. Anm. 18, Nr. 710b f.):

Da der *gerichtliche Vergleich* nicht nur ein Vertrag des Privatrechts, sondern auch ein Institut des Prozessrechts ist (BGE 110 II 46), kann das anwendbare Prozessrecht für die Geltendmachung von Willensmängeln besondere Formen und Fristen (z.B. einen bestimmten Rechtsmittelweg) vorschreiben (BGE 110 II 44 ff.). Solche prozessualen Schranken verstossen nicht gegen das Bundesrecht, sondern lassen sich durchaus mit Art. 31 OR vereinbaren. Wer einen Prozessvergleich abschliesst, es dann aber unterlässt, einen entdeckten Willensmangel in den prozessualen Formen und Fristen geltend zu machen, verwirkt sein Recht, sich auf den Mangel zu berufen (BGE 110 II 49). In BGE 60 II 83 hat sich das Bundesgericht sogar überlegt, ob das kantonale Prozessrecht die Anfechtung des Prozessvergleiches nicht völlig ausschliessen könne.

Was sodann die *Scheidungskonvention* betrifft, bleibt eine Berufung auf Willensmängel nur so lange möglich, als die Genehmigung des Richters (Art. 158 Ziff. 5 ZGB) noch aussteht. Nach der richterlichen Genehmigung kann sie bloss noch unter den Voraussetzungen und mit den Mitteln angefochten werden, die das Prozessrecht für die Anfechtung von Urteilen vorsieht (BGE 60 II 82; 99 II 361).

tives Verhalten oder durch Schweigen geschehen und sich auch auf solche Punkte beziehen, die durch den Vergleich geregelt werden sollen.

- Täuscht der eine Vergleichspartner den andern *durch positives Verhalten*, so erregt er den Irrtum der andern Partei, insbesondere durch Vorspiegelung oder Unterdrückung von rechtlichen oder faktischen Verhältnissen.

Häufig besteht die Täuschungshandlung in der unrichtigen Beantwortung von Fragen, die der eine Partner dem andern stellt (vgl. z.B. Art. 39 VVG). Doch ist zu beachten, dass das Fragerecht der einen Partei beschränkt wird durch das Persönlichkeitsrecht des andern (Art. 27 ff. ZGB). Wer seinen Vergleichspartner über persönliche Lebenssachverhalte (z.B. Konfession, Parteizugehörigkeit, Schwangerschaft, Krankheiten, Vorstrafen) ausforscht, die unter dem Gesichtspunkt des konkret abzuschliessenden Vergleiches nicht von unmittelbarem (objektivem) Interesse sind, hat keinen Anspruch auf wahrheitsgemässe Beantwortung und kann sich bei Falschbeantwortung auch nicht auf absichtliche Täuschung berufen¹²³.

- Der Vergleichspartner täuscht *durch Schweigen*, wenn er seinen Partner über einen bestehenden Irrtum nicht aufklärt, obwohl er den Irrtum kennt und zu dessen Aufklärung verpflichtet wäre. Eine Aufklärungspflicht kann sich aus Gesetz, Vertrag oder aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ergeben.

Der Grundsatz von Treu und Glauben greift aber erst ein, wenn der Verhandlungspartner des Irrenden (z.B. ein Versicherer) über einen (ihm erkennbaren) Informationsvorsprung verfügt. Und er begründet (zum Ausgleich dieses «Informationsgefälles») eine Aufklärungspflicht nur im Rahmen des Zumutbaren und dort, wo vom Irrenden nicht einmal erwartet werden kann, dass er die zur Beseitigung seines Irrtums erforderlichen Fragen (sei es dem Verhandlungspartner oder einem Dritten) stellt¹²⁴.

- «Die *von einem Dritten verübte absichtliche Täuschung* hindert die Verbindlichkeit für den Getäuschten nur, wenn der andere zur Zeit des Vertragsabschlusses die Täuschung gekannt hat oder hätte kennen sollen» (Art. 28 Abs. 2 OR). Vertreter oder andere Abschlussgehilfen eines Vergleichspartners sind keine «Dritte» im Sinne des Art. 28 Abs. 2 OR; deren Verhalten wird dem betreffenden Vergleichspartner ohne weiteres als eigenes Verhalten zugerechnet.

b. Eine Besonderheit gilt für den **Grundlagenirrtum** (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR). Er kann sich (anders als die absichtliche Täuschung) *nicht auf bestrittene oder ungewisse Punkte* beziehen, die (als «caput controversum») durch den [22] Vergleich gerade geregelt werden sollten¹²⁵. «Als Sachverhalt, dessen irrtümliche Würdigung die Unverbindlichkeit des getroffenen Abkommens zu begründen vermag», kommen vielmehr nur (rechtliche oder tatsächliche) Umstände in Betracht, «die von beiden Teilen oder doch von einer Partei (der irrenden) mit Wissen der Gegenpartei dem Vergleiche als feststehend zugrunde gelegt wurden»¹²⁶.

Solche Umstände (die das «caput non controversum» bilden) gibt es. Gegenstand eines Grundlagenirrtums können zum Beispiel sein: Der Bestand einer Forderung, den die Parteien, die sich nur über die Höhe vergleichen, als gegeben voraussetzen; die Gültigkeit ei-

¹²³ Vgl. zum Ganzen GAUCH/SCHLUEP (zit. Anm. 18), Nr. 647a.

¹²⁴ Vgl. zum Ganzen GAUCH/SCHLUEP (zit. Anm. 18), Nr. 649.

¹²⁵ BGE 54 II 191; Semjud 97, 1975, S. 111; BECKER (zit. Anm. 31), N 37 zu Art. 24 OR; GAUCH/SCHLUEP (zit. Anm. 18), Nr. 710a; GUHL/MERZ/KUMMER (zit. Anm. 12), S. 123; MEIER-HAYOZ (zit. Anm. 2), S. 6; VON TUHR/PETER (zit. Anm. 51), S. 313.

¹²⁶ BGE 54 II 191.

nes eingereichten Strafantrages, gegen dessen «Rückzug» eine Partei in den Vergleich einwilligt; oder auch ein medizinischer Befund, von dessen Richtigkeit die Vergleichsparteien ausgehen, weil er in einem Gutachten festgestellt wurde¹²⁷. Bezweckt der Vergleich aber gerade, die aus einem unsicheren Befund entstehende Ungewissheit zu beseitigen, so ist diesbezüglich ein Grundlagenirrtum ausgeschlossen¹²⁸.

c. Anders als das Bundesgericht nach dem letzten Stand seiner Rechtsprechung¹²⁹ annimmt, kann Gegenstand eines Grundlagenirrtums immer nur ein gegenwärtiger oder vergangener Sachverhalt sein¹³⁰. Das aber bedeutet nicht, dass die unrichtige oder fehlende Vorstellung einer Vergleichspartei über die Zukunft schlechterdings unerheblich wäre. Treten nämlich Verhältnisse ein, über die eine Partei bei Abschluss des Vergleiches eine unrichtige oder keine Vorstellung hatte, so können diese «veränderten Verhältnisse»¹³¹ unter dem **Gesichtspunkt der «clausula rebus sic stantibus»** durchaus beachtlich sein. Sie bilden einen Grund, der einen Eingriff des Richters (durch Vertragsaufhebung oder sonstige Anpassung des Vergleichsvertrages) rechtfertigen kann¹³². Der angerufene Richter hat nach Massgabe des «hypothetischen Parteiwillens»¹³³ zu entscheiden, ob der Vergleichsvertrag trotz der Verhältnisänderung unverändert gelten oder ob er angepasst werden soll und allenfalls wie¹³⁴.

Das soeben Gesagte gilt allerdings nur, wenn sich die Rechtslage, die wegen der eingetretenen Verhältnisänderung besteht, nicht schon aus dem Vergleichsvertrag selbst ergibt¹³⁵. Denn in den Schranken der Rechtsordnung (Art. 19 [23] Abs. 1 OR) steht es den Vergleichsparteien frei, durch Vereinbarung von Rektifikationsklauseln oder andern (negativen oder positiven) Anpassungsregeln¹³⁶ bereits im voraus festzulegen, was bei Eintritt bestimmter Verhältnisänderungen zu gelten hat. Insbesondere aber ist eine Berufung auf eingetretene Verhältnisänderungen nach dem Zweck des Vergleiches ausgeschlossen, wenn die wegen ihres möglichen Eintritts bestandene Ungewissheit durch den Vergleichsvertrag gerade beseitigt werden sollte.

4. Für die Anfechtung von Vergleichen, die der Erledigung von Haftpflichtforderungen aus Art. 58 ff. SVG dienen, enthält das Strassenverkehrsgesetz eine wichtige Sonderbestimmung, welche die allgemeine Regelung des OR ergänzt. Nach der zwingenden Bestimmung des Art. 87 Abs. 2 SVG sind «Vereinbarungen, die offensichtlich unzulängliche Entschädigungen festsetzen, ... binnen Jahresfrist seit ihrem Abschluss anfechtbar».

a. Die Bestimmung des Art. 87 Abs. 2 SVG bezieht sich darauf, dass «nach einem Unfall und in dessen Kenntnis Vereinbarung erfolgen, die dem Geschädigten nachteilig sind»¹³⁷. Im Ergebnis schränkt sie die Freiheit, Vergleiche inhaltlich zu gestalten, erheblich

¹²⁷ Vgl. Semjud 83, 1961, S. 577 ff.

¹²⁸ Vgl. z.B. BGE 101 II 19 f.

¹²⁹ BGE 109 II 110 ff.

¹³⁰ GAUCH/SCHLUEP (zit. Anm. 18) Nr. 602 ff. mit weiteren Hinweisen auf Lehre und Rechtsprechung, wo die Frage kontrovers ist.

¹³¹ Z.B. auch eine Änderung der Rechtsprechung (LARENZ, zit. Anm. 10, § 7/IV, S. 97).

¹³² Im einzelnen: JÄGGI/GAUCH (zit. Anm. 58) N 620 ff. zu Art. 18 OR.

¹³³ Vgl. JÄGGI/GAUCH (zit. Anm. 58), N 643 und N 651 zu Art. 18 OR.

¹³⁴ Vgl. JÄGGI/GAUCH (zit. Anm. 58), N 630 zu Art. 18 OR.

¹³⁵ Vgl. JÄGGI/GAUCH (zit. Anm. 58), N 624 zu Art. 18 OR.

¹³⁶ Vgl. JÄGGI/GAUCH (zit. Anm. 58), N 576 ff. zu Art. 18 OR.

¹³⁷ OFTINGER (zit. Anm. 33), S. 470.

ein. Über den Vergleich hinaus findet sie Anwendung auch auf die Saldoerklärung des Geschädigten in einer Saldoquittung¹³⁸.

b. Die Anfechtungsmöglichkeit, die sich aus Art. 87 Abs. 2 SVG ergibt, ist eine starke Waffe in der Hand des Geschädigten¹³⁹. Sie setzt nicht voraus, dass der Tatbestand des Art. 21 OR erfüllt ist, sondern *stellt einzig auf die «offensichtliche Unzulänglichkeit» der Entschädigung ab*. Bei deren Beurteilung muss der Vergleich in seiner Gesamtheit (z.B. unter Einschluss einer vereinbarten Genugtuungssumme) gewürdigt werden¹⁴⁰, ohne dass der Rechtsanwendende an starre Kriterien gebunden wäre¹⁴¹. Massgebend ist der Zeitpunkt des Vergleichsabschlusses¹⁴². Eine andere Meinung dagegen «will (soweit prozessual zulässig) auf den Zeitpunkt des Urteils im Anfechtungsprozess abstellen»¹⁴³. Diese Meinung verdient aber schon deshalb keine Zustimmung, weil sie die Anfechtbarkeit des Vergleiches von zufälligen Entwicklungen abhängig macht.

c. Sind die Voraussetzungen des Art. 87 Abs. 2 SVG erfüllt, so beseitigt die Anfechtungserklärung des Geschädigten den abgeschlossenen Vergleich ex [24] tunc, was den Berechtigten in die Lage versetzt, erneut den vollen Haftungsbetrag geltend zu machen. Diese *Anfechtungswirkung* setzt kein richterliches Gestaltungsurteil voraus¹⁴⁴, sondern knüpft sich unmittelbar an die (empfangsbedürftige) Mitteilung des Geschädigten, er wolle an den Vergleich nicht gebunden sein.

d. Art. 87 Abs. 2 SVG ist zwar eine Sonderbestimmung, insofern aber kein Sonderfall, als sich auch *in andern Spezialgesetzen praktisch gleichlautende Bestimmungen* finden. So kann z.B. nach Art. 17 des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes (EHG) «jeder Vertrag, kraft dessen eine offenbar unzulängliche Entschädigung dem Verletzten oder den Anspruchsberechtigten zugesichert oder entrichtet worden ist, ... angefochten werden». Nach Art. 8 Abs. 2 des Kernenergiehaftpflichtgesetzes (KHG) sind «Vereinbarungen, die offensichtlich unzulängliche Entschädigungen festsetzen, ... innert dreier Jahre nach ihrem Abschluss anfechtbar».

Korr.: MD, 15.02.2005

¹³⁸ OFTINGER (zit. Anm. 33), S. 469.

¹³⁹ Vgl. BGE 99 II 366 ff.; OFTINGER (zit. Anm. 33), S. 469 ff.

¹⁴⁰ BGE 99 II 372 f.; 64 II 53.

¹⁴¹ «Schadenersatz und Genugtuung nimmt man zusammen: es kommt auf das Total an» (OFTINGER, zit. Anm. 33, S. 470), wobei auch indirekte Vorteile des Geschädigten (rasche Erledigung der Streitsache ohne Prozessrisiko und Prozesskosten) zu berücksichtigen sind (OFTINGER, S. 470 f.; Semjud 84, 1962, S. 271).

¹⁴² BGE 109 II 348 f.; 99 II 371 ff.

¹⁴³ OFTINGER (zit. Anm. 33), S. 472, mit weitem Hinweisen.

¹⁴⁴ Widersprüchlich: OFTINGER (zit. Anm. 33), S. 470.