

## Zum «Reinen Auslegungsstreit» – Eine Klarstellung

Prof. Peter Gauch, Prof. Walter R. Schluep (Freiburg / Zürich)

Die Autoren führen die von Prof. Max Keller in seinem Beitrag auf S. 126 ff. des laufenden Jahrganges der SJZ begonnene Diskussion darüber weiter, ob der Richter im reinen Auslegungsstreit die Konsensfrage prüfen darf, obwohl keine Partei sich auf Dissens beruft. Sie reagieren auf eine Kritik von Max Keller, legen die von ihnen vertretene Auffassung dar und grenzen sie ab von der Meinung, die Keller vertritt.

In SJZ 78 (1982) 126 ff. kritisiert Max Keller die «Theorie des sog. „Reinen Auslegungsstreites“», die von einem «Teil der modernen Lehre», neuestens von Eugen Bucher (Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1979, S. 155), vertreten werde. Zu dieser Lehre zählt Max Keller nebst Bucher ausdrücklich auch einige Stellen im OR-Skriptum Gauch/Schluep/Jäggi, weshalb wir beide kritisch angesprochen sind. Da die Kritik<sup>1</sup> eine wichtige Einzelfrage betrifft, versuchen wir nachstehend eine Klarstellung, soweit es um unsere «Lehrmeinung» geht<sup>2</sup>. Die dabei zitierten Nummernverweise beziehen sich auf die zweite Auflage unseres Skriptums (Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Zürich 1981). – Um was geht es?

1. Vorab geht es um einen *praktischen Fall*, der oft vorkommt, nachstehend aber nur verkürzt skizziert wird:

Die Prozessparteien streiten um die Auslegung eines Vertrages, ohne den Eintritt der Vertragswirkung (und damit den Bestand) des Vertrages wegen fehlender Einigung in Frage zu stellen (Nr. 866). Die eine Partei behauptet zur Begründung ihres Rechtsbegehrens einen bestimmten, durch Vereinbarung festgesetzten Vertragsinhalt, den die Gegenpartei (mit oder ohne eigene Prozess-Auslegung) bestreitet. Keine Partei beruft sich auf Dissens<sup>3</sup>, auch nicht für den Fall einer ihr ungünstigen Vertragsauslegung durch den Richter.

<sup>1</sup> Kritisch auch: Esther Lange: Das Auslegungsprinzip des Sichverständlichmachens (Diss. Zürich 1981) 80 ff.

<sup>2</sup> Die einschlägige Stelle bei Bucher besteht aus folgendem Satz: «Wenn die Parteien übereinstimmend einen Vertrag behaupten und nur über dessen Inhalt streiten, kann der Richter nicht annehmen, es sei überhaupt kein Konsens und damit kein Vertrag zustandegekommen» (S. 155, Anm. 9). Wie Bucher diesen Satz in einer entwickelten «Theorie» zu Ende denken würde, ist uns unbekannt.

<sup>3</sup> «Dissens» verstehen wir hier als «Negation des Konsenses». Er bezeichnet den Tatbestand, wonach (mindestens in einem Vertragspunkt) es an übereinstimmenden Willens-

Die skizzierte Streitlage<sup>4</sup> wird von Peter Jäggi als «reiner Vertragsauslegungsstreit» bezeichnet<sup>5</sup>. Dieser Streit ist gekennzeichnet durch eine Beschränkung seines Gegenstandes, indem die Parteien übereinstimmend und endgültig voraussetzen, dass ein Vertrag (mit einem durch die Streitentscheidung zu bestimmenden Inhalt) zustandegekommen ist. Eine solche Beschränkung entspricht der Interessenlage vieler Parteien, die den Vertrag wegen ihres Streites über einzelne Punkte nicht gefährden wollen (Nr. 866). Dementsprechend gehören reine Auslegungsstreite zum vertrauten Bild der Gerichtspraxis<sup>6</sup>. Besonders häufig gibt es sie vor Schiedsgericht.

Im Einzelfall kann der Auslegungsstreit (Nr. 864) natürlich auch Teil eines umfassenderen Streites sein, der noch einen Konsensstreit über das Zustandekommen des Vertrages einschliesst (Nr. 866). Dann liegt jedoch kein «reiner» Auslegungsstreit mehr vor, weshalb diese Streitlage hier ausgeklammert bleibt.

2. Obwohl die Parteien den Streitgegenstand beschränkt haben, kann der reine Auslegungsstreit zur Erkenntnis des Richters führen, dass im streitigen Punkt kein Konsens erreicht wurde, weshalb es insofern an einer durch Vereinbarung festgesetzten Regel fehlt. Nach der *Theorie, die von Max Keller kritisiert wird*, darf der Richter in diesem Fall eines Partikulardissenses «nicht gleichsam gegen den Willen beider Parteien die Konsensfrage prüfen und – gegebenenfalls – annehmen, ein Vertrag sei mangels Konsenses nicht zustandegekommen» (Keller, S. 126).

Wie verhält es sich nach der Theorie, die wir vertreten?

3. Die *Theorie, die unserem Skriptum zugrunde liegt*, wird dort nicht ausgeführt, sondern – mit Rücksicht auf den Zweck des Skriptums – nur implizite behandelt. Nach «unserer» Theorie hat der Richter im erwähnten Dissens-Fall (Ziff. 2) den Vertrag zu ergänzen (Nr. 869 f.; 908 ff.; 924 ff.), sei es

erklärungen fehlt, also weder ein tatsächlicher noch ein rechtlicher (auf Vertrauensprinzip beruhender) Konsens besteht. Vgl. dazu Nr. 296 und 297 unseres Skriptums.

<sup>4</sup> Vgl. auch Schönenberger/Jäggi N 172 zu Art. 1 OR und Jäggi/Gauch N 326 in Verbindung mit N 320 ff. zu Art. 18 OR.

<sup>5</sup> Schönenberger/Jäggi N 172 zu Art. 1 OR.

<sup>6</sup> Vgl. z. B. BGE 82 II 445 ff., 82 II 378 ff., 99 II 290 ff., 104 II 281 ff., 106 II 229 ff., 107 II 161 ff.

durch eine Norm des dispositiven Gesetzesrechts (Nr. 909 ff.) oder durch eine von ihm selbst geschaffene Regel (Nr. 916 ff.). In der Tat darf also der Richter (bei reinem Auslegungstreit) den Dissens nicht in dem Sinne berücksichtigen, dass er den Bestand des Vertrages von sich aus verneint; vielmehr muss er (entsprechend dem beschränkten Streitgegenstand) vom Zustandekommen des Vertrages ausgehen<sup>7</sup>.

Das alles gilt jedoch nur mit einer wichtigen *Einschränkung*, die wir im Skriptum deutlich hervorheben. Für den reinen Auslegungstreit, bei dem «das Zustandekommen des Vertrages im Prozess unbestritten» ist, «der Streit» sich «also nur um den Inhalt des Vertrages» dreht (Nr. 924), halten wir ausdrücklich fest:

«Eine Vertragsergänzung ist auch in einem solchen (auf den Vertragsinhalt beschränkten) Streitfall ausgeschlossen, wenn der (angebliche) Vertrag wegen seiner Unvollständigkeit kein sinnvolles Ganzes bildet, also keine ‚vernünftige, in sich geschlossene Änderung im Lebensbereich der Parteien‘ herbeiführt (Schönenberger/Jäggi N 84 zu Art. 1 OR). Alsdann kann von einer Ergänzung des ‚Vertrages‘ überhaupt nicht mehr gesprochen werden, weil es schon an dem vom Vertragsbegriff geforderten Mindestinhalt des Vertrages fehlt (Jäggi/Gauch N 540 zu Art. 18 OR). Somit lässt sich sagen, dass es keine Ergänzung des Vertrages in den objektiv wesentlichen Vertragspunkten gibt, die den als Essentialia bezeichneten Mindestinhalt des Vertrages ausmachen» (Nr. 925).

Dieses Zitat stellt klar: Die Kritik von Max Keller beruht im materiellrechtlichen Kernbereich (S. 127 f.) auf einem Missverständnis, soweit sie tatsächlich unser Skriptum betrifft. Weder unterstellen wir, dass die Parteien «objektiv wesentliche Punkte ... zu subjektiv unwesentlichen» machen können; noch lassen wir eine Ergänzung in objektiv wesentlichen Punkten zu. Vielmehr setzt auch nach unserer Meinung die «Ergänzung eines Vertrages ... begrifflich und praktisch einen Vertrag voraus» (Keller). Eine Vertragsergänzung muss selbstverständlich scheitern, wenn es gar keinen ergänzungsfähigen «Vertrag» gibt<sup>8</sup>.

4. Was nach dem Gesagten bleibt, ist zur Hauptsache eine *Meinungsverschiedenheit im Bereich der subjektiv wesentlichen Punkte*. Nach unserer Meinung

kann der Richter den Vertrag in einem solchen Punkt ergänzen, wenn er im reinen Auslegungstreit feststellt, dass die Parteien darin keinen Konsens erreicht haben (Nr. 926). Entgegen der Ansicht von Keller (S. 128) besteht hier kein Grund, dass der Richter das Zustandekommen des Vertrages, den beide Parteien aufrechterhalten wollen, von sich aus verneint<sup>9</sup>. Der reine Auslegungstreit mündet daher in einen *Ergänzungstreit*, was vielfach gar nicht auffällt, weil Auslegung und Ergänzung oftmals ineinanderübergehen.

Dass es Parteien gibt, welche die Aufrechterhaltung des Vertrages trotz Dissenses in einem subjektiv wesentlichen Punkte wollen, ist nach unserer Ansicht nicht nur «denkbar» (anders: Keller, S. 127); vielmehr ist dies durchaus begreiflich, wenn man die Einbettung von Parteibeziehungen in den Zeitablauf beachtet. Die Interessenlage, wie sie bei Vertragsabschluss noch bestand, kann sich bis zu einem späteren Prozess völlig geändert haben: namentlich dann, «wenn die Geschäfte teilweise schon abgewickelt sind»<sup>10</sup>. Den Vertrag aus dogmatischen Gründen jetzt scheitern zu lassen, obwohl beide Parteien ihn wollen, scheint uns verfehlt.

5. Nach unserer Meinung ist somit – beim reinen Auslegungstreit – eine Vertragsergänzung in subjektiv wesentlichen Punkten möglich (Ziff. 4). Ausgeschlossen jedoch ist eine Ergänzung mit Bezug auf objektiv wesentliche Punkte, die als «Essentialia negotii» den vom Vertragsbegriff geforderten *Mindestinhalt des Vertrages* ausmachen (Ziff. 3). Dieser objektive Mindestinhalt, der Geschäftskern (Nr. 308), umfasst «das, und nur das, was nach den Umständen gerade genügt, um ein sinnvolles Ganzes darzustellen»<sup>11</sup>. Darüber muss in jedem Fall Konsens bestehen, damit der Richter vom Zustandekommen des Vertrages ausgehen kann (Ziff. 3).

Zu beachten bleibt nun aber, dass das Wort «Essentialia» gewöhnlich noch in einem anderen (klassischen) Sinne verwendet wird: zur Bezeichnung der einem gesetzlichen Vertragstyp (Mietvertrag, Werkvertrag) wesentlichen Inhalte<sup>12</sup>. Diese *typwesentlichen Punkte* decken sich nicht notwendigerweise mit dem Mindestinhalt (Geschäftskern), «den übereinstim-

<sup>7</sup> Ausdrücklich: Skriptum 1. Aufl. (1977), Nr. 556. Offenbar diese Stelle ist anvisiert, wenn Keller auf S. 127 (linke Spalte) einen – von uns noch nicht durchschauten – «Trugschluss» behauptet. Die Differenzierungen der 2. Aufl. (insbes. Nr. 865 f./925) dürfte Keller übersehen haben. Zum Ganzen vgl. im übrigen Jäggi/Gauch N 328 zu Art. 18 OR.

<sup>8</sup> Jäggi/Gauch N 328 und 540 zu Art. 18 OR.

<sup>9</sup> Unser Standpunkt ist nicht aussergewöhnlich, wenn man bedenkt, dass das Bundesgericht im Anwendungsbereich des Art. 20 Abs. 2 OR Verträge selbst dann aufrechterhält, wenn ein «Hauptpunkt» nichtig ist (BGE 107 II 218). Diese Rechtsprechung ist auch für unseren Zusammenhang bemerkenswert, obwohl es natürlich in Art. 20 Abs. 2 OR nicht um eine Konsensfrage geht.

<sup>10</sup> von Büren: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil (Zürich 1964) 169.

<sup>11</sup> Schönenberger/Jäggi N 84 zu Art. 1 OR.

<sup>12</sup> Schönenberger/Jäggi N 2 f. zu Art. 2 OR.

mende Willenserklärungen haben müssen, damit sie überhaupt einen Vertrag darstellen»<sup>13</sup>. Vielmehr gibt es typwesentliche Punkte, die nicht zu diesem unentbehrlichen Geschäftskern gehören. In solchen Punkten ist eine Vertragsergänzung möglich, und zwar beim reinen Auslegungsstreit selbst dann, wenn die betreffenden (typwesentlichen) Punkte im Einzelfall subjektiv wesentlich sind (Nr. 926).

6. Die verzwickte Unterscheidung zwischen den subjektiv-, den objektiv- und den typwesentlichen Vertragspunkten (Nr. 308 f. und 926) kann *Anlass zu neuen Meinungsverschiedenheiten* sein. Missverständnisse sind schon deshalb zu erwarten, weil die Rechtsprache den Ausdruck «objektiv wesentlich» auch für die typwesentlichen Punkte verwendet.

Aber auch der Sache nach werden die objektiv wesentlichen Punkte bisweilen den typwesentlichen gleichgestellt, indem man den objektiven Mindestinhalt des Vertrages (den Geschäftskern) in den typwesentlichen Punkten erblickt<sup>14</sup>. Diese Auffassung ist allerdings nur auf Nominatkontrakte zugeschnitten, da es typwesentliche Punkte (die den gesetzlichen Vertragstyp bestimmen) bei Innominatverträgen gerade nicht gibt<sup>15</sup>. Bei Innominatkontrakten bleibt gar nichts anderes übrig, als den Geschäftskern mit der Formel vom «sinnvollen Ganzen» (Ziff. 5) zu umschreiben<sup>16</sup>. Warum das für Nominatverträge anders sein soll, ist um so weniger ersichtlich, als für die Ergänzung von Innominat- und Nominatverträgen die gleichen Regeln gelten<sup>17</sup>. Auch im Nominatbereich kann ein ergänzungsfähiger Mindestkonsens über den Geschäftskern vorliegen, obwohl der Konsens nicht alle typwesentlichen Punkte regelt<sup>18</sup>. Das Gesetz selber enthält verschiedene Stellen, welche die Auf-

fassung bestätigen, dass eine Ergänzung in typwesentlichen Punkten nicht zum vornherein ausgeschlossen ist (vgl. z. B. Art. 322 und Art. 374 OR).

7. Zweifellos ist es ein Verdienst von *Max Keller*, dass er mit seinem kritischen Aufsatz ein umstrittenes Thema zur Diskussion stellt. Nachzutragen bleibt einzig, dass die «moderne Lehre» vom reinen Auslegungsstreit weniger neu ist als sie scheint. Vielmehr hat sie – wie so manches, das «modern» erscheint – ihre Vorläufer. So meint bereits *Danz* in seiner klassischen «Auslegung der Rechtsgeschäfte», dass der auslegende Richter selbst dann, wenn die Parteien sich über ein sog. *Essentiale* des Vertrages, wie z. B. Kaufpreis ... streiten, *nicht auf Ungültigkeit* des Vertrages erkennen» darf. «Denn er würde hier gegen das Verhandlungsprinzip verstossen, insofern er auf einen Punkt erkennen würde, über den die Parteien gar kein Urteil verlangen, worauf ihr Antrag gar nicht gerichtet ist ...» (3. Aufl., Jena 1911, S. 212).

Und das Bundesgericht führt schon in BGE 29 II 125 (im Jahre 1903) aus:

«Die Parteien selber sind darüber einig, dass ein Vertrag im Sinne des Art. 1 OR abgeschlossen worden ist; sie haben diesen Vertrag während nahezu zwei Jahren beidseitig ausgeführt; streitig sind sie nur über die Auslegung eines Punktes des Vertrages – was unter der ‚vereinbarten Formel‘ zu verstehen sei – sowie darüber, ob der Vertrag vom Beklagten gebrochen worden sei. Unter diesen Umständen geht es nicht an, dass der Richter von sich aus erkläre, ein bindender Vertrag sei überhaupt nicht zustande gekommen, es fehle an der nach Art. 1 und 2 OR erforderlichen übereinstimmenden gegenseitigen Willensäusserung der Parteien über die wesentlichen Punkte.»

Der zitierte Bundesgerichtsentscheid setzt sich bewusst und ausdrücklich darüber hinweg, dass «logischer Anordnung gemäss» in erster Linie das Zustandekommen des Vertrages zu prüfen wäre (29 II 124 f.). Vor allem aber zeigt er auf, dass der «reine Auslegungsstreit» mehr ist als ein reiner Professorenstreit. Zusammen mit den Ausführungen von *Danz* belegt er, dass über den «reinen Auslegungsstreit» diskutiert wurde, noch bevor es hierfür einen Namen gab. Wie weit den Belegstellen auch in den Einzelheiten (z. B. hinsichtlich der prozessrechtlichen Argumentation von *Danz*) zugestimmt werden kann, soll hier nicht weiter erörtert werden.

<sup>13</sup> *Schönenberger/Jäggi* N 3 und N 61 zu Art. 2 OR.

<sup>14</sup> Vgl. z. B. *Kramer* N 154 zu Art. 1 OR und N 7 zu Art. 2 OR; *Guhl/Merz/Kummer*, 7. Aufl., 93.

<sup>15</sup> *Kramer* N 154 zu Art. 1 OR, unter Hinweis auf *Schluép*: *Schweiz. Privatrecht VII/1* (Basel 1979) 776.

<sup>16</sup> Vgl. *Kramer* N 154 zu Art. 1 OR, unter Hinweis auf *Schönenberger/Jäggi* N 84 zu Art. 1 OR.

<sup>17</sup> BGE 107 II 149; *Jäggi/Gauch* N 547 zu Art. 18 OR; *Meier-Hayoz*, SJK Nr. 1134, 7; *Schluép* (zit. Anm. 15) 782 ff.

<sup>18</sup> Aufschlussreich dazu: *Soergel/Lange/Hefermehl*, 11. Aufl. (Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1978), N 4, N 7 zu § 154 BGB; *Staudinger/Dilcher*, 12. Aufl. (Berlin 1980), N 3 zu § 154 BGB; *Jauernig* (München 1979) N 2 b zu § 154 BGB.