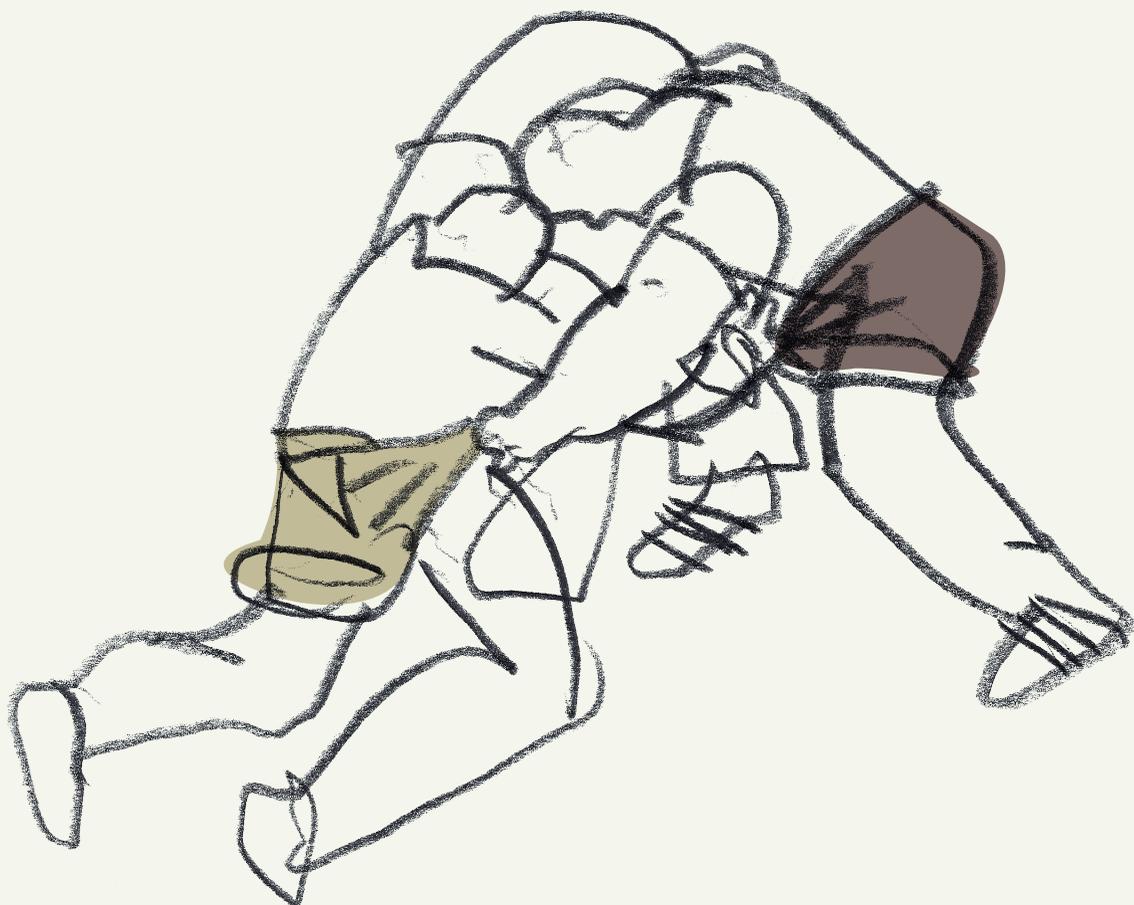


**Alfred Koller**

# OR AT

**Band II**

**Bundesgerichtspraxis zum Allgemeinen Teil  
des Obligationenrechts**



Stämpfli Verlag

Die vorliegende Entscheidsammlung zum Allgemeinen Teil des Obligationenrechts umfasst 110 Urteile aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Die Entscheide sind in 19 Themenkreise gegliedert. Das Verständnis der Entscheide soll durch eine – vielfach kritische – Besprechung der massgeblichen Urteilserwägungen gefördert werden. Dem gleichen Zweck dienen einleitende Bemerkungen zu den einzelnen Themenkreisen sowie die zahlreichen Verweise auf Band I des vorliegenden Werks, der eine systematische Darstellung des OR AT enthält.

---

Alfred Koller

Prof. Dr. iur., em. Ordinarius der Universität St. Gallen

# **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**

Band II

**Bundesgerichtspraxis zum Allgemeinen Teil  
des Obligationenrechts**



Stämpfli Verlag

---

Dieses Buch ist urheberrechtlich geschützt. Jede Form der Weitergabe an Dritte (entgeltlich oder unentgeltlich) ist untersagt. Die Datei enthält ein verstecktes Wasserzeichen, in dem die Daten des Downloads hinterlegt sind.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> ab-rufbar.

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z.B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2023  
[www.staempfliverlag.com](http://www.staempfliverlag.com)

E-Book ISBN 978-3-7272-6978-3

Über unsere Online-Buchhandlung [www.staempflishop.com](http://www.staempflishop.com)  
ist zudem folgende Ausgabe erhältlich:

Print ISBN 978-3-7272-6744-4

---

## Vorwort

Der vorliegende Band mit kommentierten Bundesgerichtsurteilen versteht sich als Ergänzung zur gleichzeitig erscheinenden 5. Auflage meines OR AT aus dem Jahre 1995. Die dort dargelegten allgemeinen Lehren des Obligationenrechts sollen hier anhand ausgewählter Bundesgerichtspraxis illustriert und konkretisiert werden. Die Urteilscommentare dienen insbesondere der Darstellung abweichender Auffassungen und Kontroversen. Die beiden Bände sind durch Querverweise aufeinander bezogen und gegenseitig erschlossen.

Die Sammlung enthält Entscheidungen zu 19 Themenkreisen. Zu den praktisch oder/und dogmatisch bedeutsamsten wie etwa dem Vertragsabschluss oder dem vertraglichen Schadenersatzrecht finden sich im Regelfall mehrere Urteile. Neben Entscheiden aus der neueren Rechtsprechung wurden auch ältere Entscheide in die Sammlung aufgenommen, etwa weil sie nach wie vor den Stand der Rechtsprechung wiedergeben und seither keine einschlägigen Entscheide mehr ergangen sind oder weil sie ein Rechtsproblem in besonders anschaulicher Weise zur Darstellung bringen. Einzelne Entscheide sind doppelt – jeweils in unterschiedlichem Kontext – besprochen.

Der Urteilssachverhalt wird immer nur insoweit wiedergegeben, als er für die im jeweiligen Kontext massgeblichen Urteilsgründe relevant ist. Viele Sachverhalte sind daher vereinfacht oder zumindest gekürzt. Den einzelnen Entscheiden vorangestellt ist eine Zusammenfassung der zentralen Urteils-erwägungen. Bei amtlich publizierten Entscheiden werden hin und wieder die publizierten Regesten übernommen. Meist handelt es sich jedoch – wie generell bei den nicht amtlich publizierten BGE – um «Eigenkreationen».

Bei den meisten Entscheiden werden Sachverhalt und Erwägungen je unter einem eigenen Titel («Sachverhalt» bzw. «Erwägungen» oder «Auszug aus den Erwägungen») wiedergegeben, bei einer Minderheit wird beides unter einem einzigen Titel («Aus dem Urteil» oder «Zusammenfassung des Entscheids»), je nachdem, ob die Erwägungen wörtlich oder nur sinngemäss wiedergegeben sind) zusammengefasst.

Ich habe zu danken: vorab Herrn PETER NÜESCH, der mich bei der Herausgabe der Entscheidungssammlung von Anfang bis Ende in vielfältiger Weise unterstützt hat, aber auch Herrn STEPHAN CUBER, der mit grossem Einsatz die Druckvorlage erstellt hat. Die Zusammenarbeit mit den beiden Herren war für mich ein Vergnügen.

Alfred Koller

St. Gallen, 27. Dezember 2022/3. März 2023

V

---

## Hinweise

### 1. Zitierweise für die Urteile des Bundesgerichts

Die Zitierweise entspricht weitgehend den offiziellen Richtlinien des Bundesgerichts zur Zitierweise seiner Urteile.

BGE 127 III 164

(wenn auf ganzen Entscheid  
verwiesen wird)

BGE 127 III 164, 167

(wo wörtlich zitiert wird oder nur  
die Ausführungen auf der angege-  
benen Seite interessieren)

BGE 2A\_92/2008

(für nicht amtlich publizierte  
Urteile)

BGE 127 III 164 E. 3

(wenn auf eine einschlägige  
Erwägung verwiesen wird)

BGE 127 III 164 E. 3 S. 169

(wo sich die Angabe von  
Erwägung und Seite aufdrängt)

### 2. Hinweise auf die Schreibweise

Ich halte mich im Allgemeinen an die neue deutsche Schreibweise. Abweichungen erfolgen insbesondere dort, wo die neue Schreibweise zu Missverständnissen führen könnte; daher wird z.B. der «altdeutsche» Ausdruck *sonstwie* dem «neudeutschen» *sonst wie* vorgezogen.

Es werden soweit möglich geschlechtsneutrale Formulierungen verwendet. Wo solche nicht zur Verfügung stehen, wird die maskuline Form als generisches Maskulinum, also geschlechtsneutral, verwendet. Auf die Verwendung von Paarformen und Doppelbezeichnungen wird hingegen im Interesse des Sprachflusses verzichtet, ebenso auf neuste Ausformungen der Gendersprache (Radfahrer\*innen und dgl.).

### 3. Abkürzungen

Es werden dieselben Abkürzungen verwendet wie in Band I (s. das dortige Abkürzungsverzeichnis auf S. XXXIII).

---

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	V
Hinweise .....	VI
Inhaltsverzeichnis .....	VII
Literaturverzeichnis .....	XIII
<b>§ 1 Grundlegende Institute des Obligationenrechts: Obligation und Gestaltungsrecht .....</b>	<b>1</b>
I. Einleitung .....	1
II. Obligation .....	2
(1) BGE 122 III 10 .....	2
(2) BGE 129 III 181 .....	5
III. Gestaltungsrecht .....	7
(3) BGE 143 III 15 = Pra 2017 Nr. 45 .....	7
(4) BGE 133 III 360 = Pra 2008 Nr. 6 .....	10
<b>§ 2 Zustandekommen des Vertrags – der Vertragstatbestand .....</b>	<b>13</b>
I. Einleitung .....	13
II. Konsens und Dissens .....	15
(5) BGE 105 II 16 .....	15
(6) BGE 45 II 433 .....	18
III. Wesentliche Punkte .....	20
(7) BGE 119 II 347 .....	21
(8) BGE 41 II 252 .....	23
(9) BGE 5A_251/2010 .....	27
IV. Antrag und Annahme .....	29
(10) BGE 98 II 109 .....	29
(11) BGE 50 II 13 .....	33
<b>§ 3 Vertragsauslegung und Vertragsergänzung .....</b>	<b>37</b>
Einleitung .....	37
(12) BGE 37 II 407 .....	37
(13) BGE 115 II 484 .....	40
(14) BGE 4C.286/2005 .....	45
<b>§ 4 Form der Verträge .....</b>	<b>48</b>
I. Einleitung .....	48
II. Wesentliche Punkte und Formzwang .....	49
(15) BGE 95 II 309 .....	49
(16) BGE 4A_24/2008 .....	52
III. Umfang des Formzwangs; Rechtslage bei Nichteinhaltung der Form .....	55
(17) BGE 106 II 146 .....	55
(18) BGE 86 II 33 .....	57
(19) BGE 127 III 248 = Pra 2002 Nr. 72 .....	59
(20) BGE 4A_573/2016 .....	61

<b>§ 5</b>	<b>Inhaltliche Schranken der Vertragsfreiheit</b>	67
	<i>I. Einleitung</i>	67
	<i>II. Unmöglicher Vertragsinhalt (Art. 20 OR)</i>	69
	(21) BGE 138 III 29	70
	(22) BGE 110 II 239 = Pra 1984 Nr. 241	73
	<i>III. Gegen zwingendes Privatrecht verstossende Verträge</i>	74
	(23) BGer, Pra 1995 Nr. 251	75
	<i>IV. Gegen öffentliches Recht verstossende Verträge</i>	76
	(24) BGE 64 II 233	77
	(25) BGE 80 II 327	79
	(26) BGE 102 II 401	82
	(27) BGE 87 II 203	85
	<i>V. Gegen das Persönlichkeitsrecht (Art. 27 ZGB) verstossende Verträge</i>	87
	(28) BGE 107 II 216	88
	<i>VI. Sittenwidrige Verträge</i>	93
	(29) BGE 123 III 101	93
	(30) BGE 147 IV 73	95
<b>§ 6</b>	<b>Willensmängel</b>	100
	<i>I. Überblick</i>	100
	<i>II. Der Grundlagenirrtum</i>	102
	(31) BGE 114 II 131	102
	(32) BGE 4A_335/2018 = Pra 2021 Nr. 5	107
	(33) BGE 129 III 320	115
	(34) BGE 135 III 537 = Pra 2010 Nr. 40	119
	<i>III. Der Erklärungsirrtum</i>	122
	(35) BGE 105 II 23	122
	<i>IV. Die Täuschung</i>	127
	Einleitung	127
	(36) BGE 4A_297/2019	129
	(37) BGE 116 II 431	132
	<i>V. Die Drohung (Furchterregung)</i>	135
	Einleitung	135
	(38) BGE 6B_192/2014	137
	(39) BGE 125 III 353	141
	<i>VI. Die Übervorteilung</i>	144
	(40) BGE 61 II 31	144
<b>§ 7</b>	<b>Vertragsabschluss durch direkte Stellvertreter</b>	148
	<i>I. Einleitung</i>	148
	<i>II. Voraussetzungen der Vertretungswirkung</i>	150
	(41) BGE 90 II 285	150
	(42) BGE 120 II 197	155
	(43) BGE 41 II 268	158
	(44) BGE 90 II 404	160
	(45) BGE 97 II 66	163

<b>§ 8</b>	<b>Formularverträge (AGB-Verträge)</b>	166
	Einleitung	166
(46)	BGE 115 II 264	167
(47)	BGE 109 II 452	172
(48)	BGE 138 III 411	178
<b>§ 9</b>	<b>Vertragsänderung und -beendigung aus besonderem Grund</b>	182
	Einleitung	182
(49)	BGE 135 III 1	186
<b>§ 10</b>	<b>Die Haftung für culpa in contrahendo und andere Vertrauenshaftungen</b>	188
	Einleitung	188
(50)	BGE 121 III 350 = Pra 1996 Nr. 168	194
(51)	BGE 4C.193/2000	199
(52)	BGE 105 II 75	200
(53)	BGE 90 II 449	203
<b>§ 11</b>	<b>Bereicherungsrecht</b>	206
	<i>I. Einleitung</i>	206
	<i>II. Die Konditionssperre von Art. 63 Abs. 1 OR</i>	212
	Einleitung	212
(54)	BGE 115 II 28	213
(55)	BGE 119 II 20 = Pra 1993 Nr. 188	215
(56)	BGE 123 III 101	219
(57)	BGE 64 II 121	222
	<i>III. Bereicherungsrechtliche Rückabwicklung nicht oder nicht gültig zustande gekommener synallagmatischer Dauerverträge</i>	225
(58)	BGE 108 II 112	228
(59)	BGE 129 III 320	231
(60)	BGE 134 III 438	232
<b>§ 12</b>	<b>Erfüllung der Obligationen</b>	236
	<i>I. Überblick</i>	236
	<i>II. Erfüllung mittels eines Aliud?</i>	237
	Einleitung	237
(61)	BGE 94 II 26 = Pra 1968 Nr. 145	238
	<i>III. Pflicht des Unternehmers zu persönlicher Mitwirkung bei der Erfüllung?</i>	242
	Einleitung	242
(62)	BGE 103 II 52	243
	<i>IV. Pflicht des Gläubigers zur Annahme einer Teilleistung?</i>	246
	Einleitung	246
(63)	BGE 75 II 137	246
	<i>V. Erfüllungsverweigerung aus besonderem Grund</i>	249
	Einleitung	249
(64)	BGE 4A_533/2013	254
(65)	BGE 122 IV 322	255

(66)	BGE 4A_235/2018 .....	257
VI.	<i>Ersatzvornahme nach Art. 98 Abs. 1 OR</i> .....	260
(67)	BGE 142 III 321 .....	260
VII.	<i>Erfüllung von Geldschulden: Wahrung der Zahlungsfrist von Art. 257d OR</i> .....	263
	Einleitung .....	263
(68)	BGE 119 II 232 .....	264
(69)	BGE 124 III 145 .....	266
VIII.	<i>Erfüllung einer Geldschuld: Bestimmung der massgeblichen Währung</i> .....	268
	Einleitung .....	268
(70)	BGE 137 III 158 = Pra 2011 Nr. 95 .....	269
IX.	<i>Erfüllung einer Geldschuld: Das Nennwertprinzip und dessen Grenzen</i> .....	272
	Einleitung .....	272
(71)	BGE 51 II 303 .....	273
<b>§ 13</b>	<b>Erlöschen (Untergang) der Obligation infolge Unmöglichkeit und Schuldnerverzugs –</b>	
	<b>Teil 1: Tatbestände</b> .....	277
I.	<i>Überblick</i> .....	277
II.	<i>Erlöschen der Obligation infolge Unmöglichkeit</i> .....	281
	Einleitung .....	281
(72)	BGE 135 III 212 .....	282
(73)	BGE 4A_477/2008 .....	287
III.	<i>Untergang der Obligation infolge verzugsbedingten Leistungsverzichts des Gläubigers (Art. 107f. OR)</i> .....	289
	Einleitung .....	289
(74)	BGE 116 II 436 = Pra 1991 Nr. 41 .....	291
(75)	BGE 143 III 495 .....	294
(76)	BGE 90 II 285 .....	300
<b>§ 14</b>	<b>Untergang der Obligation infolge Unmöglichkeit oder Schuldnerverzugs – Teil 2: Haftung des Schuldners auf Ersatz des positiven Vertragsinteresses</b> .....	305
I.	<i>Einleitung</i> .....	305
(77)	BGE 4A_251/2010 .....	307
(78)	BGE 123 III 16 .....	310
II.	<i>Die Haftungsvoraussetzungen</i> .....	316
	Einleitung .....	316
(79)	BGE 4C.266/1994 .....	317
(80)	BGE 111 II 352 .....	319
(81)	BGE 85 II 267 .....	321
III.	<i>Bestimmung der Ersatzleistung für die ausgebliebene Leistung: Schadensberechnung und Schadenersatzbemessung</i> .....	323
	Einleitung .....	324
(82)	BGE 111 II 156 .....	330
(83)	BGE 84 II 6 .....	333

(84)	BGE 109 II 474 .....	334
(85)	BGE 104 II 198 .....	338
(86)	BGE 120 II 296 = Pra 1996 Nr. 79 .....	343
<b>§ 15</b>	<b>Schlechterfüllung einer Obligation</b> .....	347
	<i>I. Einleitung</i> .....	347
	1. Leistung an einen (nicht empfangsberechtigten) Dritten .....	348
	2. Mangelhafte Leistung .....	351
	<i>II. Die Haftung wegen Schlechterfüllung (Art. 97 Abs. 1 OR):</i>	
	<i>Kausalitätsfragen</i> .....	354
(87)	BGE 4A_464/2008 = Pra 2009 Nr. 67 .....	354
(88)	BGE 4A_65/2019 .....	362
<b>§ 16</b>	<b>Verjährung der Obligationen</b> .....	366
	<i>I. Einleitung</i> .....	366
	<i>II. Von der Verjährung im Allgemeinen: Begriff, Gegenstand und</i>	
	<i>Wirkungen</i> .....	366
(89)	BGE 122 III 10 .....	366
(90)	BGE 119 II 216 .....	368
(91)	BGE 146 III 82 = Pra 2021 Nr. 6 .....	371
	<i>III. Hemmung und Unterbrechung der Verjährung</i> .....	374
(92)	BGE 5A_730/2018 .....	374
(93)	BGE 5A_563/2009 .....	376
(94)	BGE 147 III 419 .....	378
<b>§ 17</b>	<b>Solidarität im Schadenersatzrecht</b> .....	383
	<i>I. Einleitung</i> .....	383
	1. Von der Solidarität im Allgemeinen .....	383
	2. Zur Solidarität zwischen Haftpflichtigen im Besonderen .....	385
	<i>II. Bundesgerichtspraxis zum Aussenverhältnis</i> .....	390
(95)	BGE 100 II 332 .....	390
(96)	BGE 95 II 43 .....	393
	<i>III. Bundesgerichtspraxis zum Innenverhältnis</i> .....	398
(97)	BGE 79 II 66 .....	398
(98)	BGE 144 III 319 .....	400
<b>§ 18</b>	<b>Besonders geartete Schuldverträge</b> .....	404
	<i>I. Vertrag zugunsten eines Dritten</i> .....	404
	Einleitung .....	404
(99)	BGer, Pra 1996 Nr. 150 = ZBGR 1996, S. 338 ff. ....	410
(100)	BGE 89 II 87 .....	416
	<i>II. Sicherungsverträge: Garantievertrag, Bürgschaft,</i>	
	<i>Schuldmitübernahme</i> .....	418
	1. Überblick .....	419
	2. Präzisierungen zu Begriff und Gültigkeitsanforderungen der	
	Sicherungsverträge .....	420
	3. Schuldmitübernahme oder Bürgschaft? .....	423
(101)	BGE 129 III 702 .....	423

4. Bürgschaft oder Garantievertrag? .....	428
(102) BGE 113 II 434 .....	428
<i>III. Bedingungen</i> .....	431
Einleitung .....	431
(103) BGE 4C.424/2005 .....	433
(104) BGE 4A_523/2018 .....	437
<i>IV. Reugeld und Konventionalstrafe</i> .....	439
Einleitung .....	439
(105) BGE 4A_227/2020 .....	442
<b>§ 19 Sukzession in Obligationen, insbesondere Forderungsabtretung und externe Schuldübernahme</b> .....	447
<i>I. Allgemeines</i> .....	447
<i>II. Die Forderungsabtretung</i> .....	448
Einleitung .....	448
(106) BGE 57 II 537 .....	452
(107) BGE 111 III 73 .....	454
<i>III. Die externe Schuldübernahme</i> .....	457
Einleitung .....	457
(108) BGE 46 II 242 .....	460
(109) BGE 50 II 518 .....	461
(110) BGE 60 II 332 .....	462
<b>Entscheidregister</b> .....	465

---

## Literaturverzeichnis

- AMONN/WALTHER Amonn Kurt/Walther Fridolin, Grundriss des Schuldbeitreibungs- und Konkursrechts, 9. A. Bern 2013
- BasK/BEARBEITER Basler Kommentar zum Schweizer Recht  
ZGB I (Art. 1–456 ZGB), 6. A. Basel 2018  
ZGB II (Art. 457–977 ZGB), 6. A. Basel 2019  
OR I (Art. 1–529 OR), 7. A. Basel 2020  
OR II (Art. 530–964), 5. A. Basel 2016  
VVG, 2. A. Basel 2023  
ZPO, 3. A. Basel 2017
- BAUMGARTNER/DOLGE/  
GEHRI/SPÜHLER Baumgartner Samuel/Dolge Annette/Gehri Myriam/Spühler Karl, Schweizerisches Zivilprozessrecht mit Grundzügen des internationalen Zivilprozessrechts, 10. A. Bern 2018
- BerK/BEARBEITER Berner Kommentar zum ZGB/OR/ZPO, Bern ab 1910
- BUCHER, OR AT Bucher Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. A. Zürich 1988
- CHK/BEARBEITER Amstutz Marc et al. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. A. Zürich 2016
- CR/BEARBEITER Thévenoz Luc/Werro Franz (Hrsg.), Commentaire romand, Code des obligations I, Art. 1–529 OR, 3. A. Genf/Basel 2021
- ENGEL, OR AT Engel Pierre, Traité des obligations en droit suisse, dispositions générales du CO, 2. A. Bern 1997
- FASEL Fasel Urs, Handels- und obligationenrechtliche Materialien, Bern 2000
- FELLMANN/KOTTMANN Fellmann Walter/Kottmann Andrea, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. 1, Bern 2012
- FLUME Flume Werner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2: Das Rechtsgeschäft, 4. A. Berlin 1992
- GAUCH, Werkvertrag Gauch Peter, Der Werkvertrag, 6. A. Zürich 2019
- GAUCH/STÖCKLI,  
Präjudizienbuch Gauch Peter/Stöckli Hubert, Präjudizienbuch OR, 10. A. Zürich 2021
- GAUCH/SCHLUEP/  
SCHMID Gauch Peter/Schluep Walter R., Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Bd. 1, bearbeitet von Jörg Schmid, 11. A. Zürich 2020
- GAUCH/SCHLUEP/  
EMMENEGGER Gauch Peter/Schluep Walter R., Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Bd. 2, bearbeitet von Susan Emmenegger, 11. A. Zürich 2020

- GUHL/BEARBEITER Guhl Theo, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. A. Zürich 2000, bearbeitet von Alfred Koller (§§ 1–47), Anton K. Schnyder (§§ 48–58) und Jean Nicolas Druey (§§ 59–89)
- GULDENER Guldener Max, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A. Zürich 1979
- HONSELL, OR BT Honsell Heinrich, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 10. A. Bern 2017
- HONSELL/ISENRING/  
KESSLER Honsell Heinrich/Isenring Bernhard/Kessler Martin A., Schweizerisches Haftpflichtrecht, 5. A. Zürich 2013
- HUBER I Huber Ulrich, Handbuch des Schuldrechts, Bd. 9: Leistungsstörungen, Bd. I: Die allgemeinen Grundlagen – Der Tatbestand des Schuldnerverzugs – Die vom Schuldner zu vertretenden Umstände, Tübingen 1999
- HUBER II Huber Ulrich, Handbuch des Schuldrechts, Bd. 9: Leistungsstörungen, Bd. II: Die Folgen des Schuldnerverzugs – Die Sondertatbestände der Erfüllungsverweigerung und der vom Schuldner zu vertretenden Unmöglichkeit, Tübingen 1999
- HUGUENIN, OR AT/BT Huguenin Claire, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. A. Bern 2019
- Jauernig/BEARBEITER Stürner Rolf (Hrsg.), Jauernig – Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 18. A. München 2021
- KELLER I Keller Alfred, Haftpflicht im Privatrecht, Bd. I, 6. A. Bern 2001
- KELLER II Keller Alfred, Haftpflicht im Privatrecht, Bd. II, 2. A. Bern 1997
- KOLLER, OR BT I Koller Alfred, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Bd. 1: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Art. 184–318 OR, Bern 2012
- KOLLER,  
Gutgläubensschutz Koller Alfred, Der gute und der böse Glaube im allgemeinen Schuldrecht (Habil.), 2. A. Freiburg 1989
- KOLLER,  
Werkvertragsrecht Koller Alfred, Schweizerisches Werkvertragsrecht, Zürich 2015
- Koller/AUTOR,  
Grundstückkauf Koller Alfred (Hrsg.), Der Grundstückkauf, 3. A. Bern 2017
- Koller/MÖRTL Koller Alfred (Hrsg.)/Mörtl Fabian, Die OR-Fassungen seit 1911/12, Das schweizerische Obligationenrecht von 1911/12 und die seitherigen Änderungen, Bern 2015
- KRAMER,  
Methodenlehre Kramer Ernst A., Juristische Methodenlehre, 6. A. Bern 2019

- LANGE/SCHIEMANN Lange Hermann/Schiemann Gottfried, Schadensersatz, 3. A. Tübingen 2003
- LEUENBERGER/  
UFFER-TOBLER Leuenberger Christoph/Uffer-Tobler Beatrice, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. A. Bern 2016
- MEDICUS/PETERSEN,  
BürgR Medicus Dieter/Petersen Jens, Bürgerliches Recht, 28. A. München 2021
- MEDICUS/LORENZ,  
SchR AT Medicus Dieter/Lorenz Stephan, Schuldrecht I: Allgemeiner Teil, 22. A. München 2021
- MEDICUS/LORENZ,  
SchR BT Medicus Dieter/Lorenz Stephan, Schuldrecht II: Besonderer Teil, 18. A. München 2018
- MERZ, SPR VI/1 Merz Hans, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 1. Teilband: Die Obligation, SPR VI/1, Basel 1984
- MERZ, Vertrag Merz Hans, Vertrag und Vertragsschluss, 2. A. Freiburg 1992
- MünchK/BEARBEITER Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. A. München ab 2020
- OFTINGER, Bundes-  
gerichtspraxis Oftinger Karl, Bundesgerichtspraxis zum Allgemeinen Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 2. A. Zürich 1973
- OFTINGER/STARK I Oftinger Karl/Stark Emil W., Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I: Allgemeiner Teil, 5. A. Zürich 1995
- OFTINGER/STARK II/1 Oftinger Karl/Stark Emil W., Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. II: Besonderer Teil, Teilband 1, 4. A. Zürich 1987
- OFTINGER/STARK II/2 Oftinger Karl/Stark Emil W., Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. II, Besonderer Teil, Teilband 2, 4. A. Zürich 1989
- SCHWENZER/  
FOUNTOULAKIS, OR AT Schwenzler Ingeborg/Fountoulakis Christiana, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8. A. Bern 2020
- SHL/BEARBEITER Sutter-Somm Thomas/Hasenböhler Franz/Leuenberger Christoph (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. A. Zürich 2016
- TUOR/SCHNYDER/  
SCHMID/JUNGO Tuor Peter/Schnyder Bernhard/Schmid Jörg/Jungo Alexandra, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. A. Zürich 2015
- VON BÜREN, OR AT von Büren Bruno, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964
- VON TUHR/ESCHER von Tuhr Andreas/Escher Arnold, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 2. Bd., 3. A. Zürich 1974

VON TUHR/PETER

von Tuhr Andreas/Peter Hans, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 1. Bd., 2 Lieferungen, 3. A. Zürich 1974 und 1979

ZürK/BEARBEITER

Zürcher Kommentar zum ZGB/OR, Zürich ab 1909

---

# § 1 Grundlegende Institute des Obligationenrechts: Obligation und Gestaltungsrecht

## I. Einleitung

1. Bei der Obligation als hauptsächlichem Gegenstand des Obligationenrechts handelt es sich um ein Recht auf eine Leistung (I/Rn 2.02). Diesem Recht entspricht eine inhaltsgleiche Pflicht. Ist das Recht auf die Leistung klagbar, ist die Obligation vollkommen, sonst unvollkommen (I/Rn 2.51). Auch die unvollkommene Obligation begründet allerdings eine *rechtliche* Bindung zwischen den Beteiligten (ein *Rechtsverhältnis*), nicht bloss eine soziale (zur Unterscheidung s. I/Rn 3.25 f. und BGE 129 III 181/Nr. 2). Die an der Obligation Beteiligten sind der Gläubiger als Berechtigter und der Schuldner als Verpflichteter. 1.01

Eine über das Obligationenrecht hinausweisende Erscheinungsform der Obligation ist die Realobligation, bei der die Gläubiger- oder Schuldnerstellung mit dem Eigentum an einer Sache (lat. *res*) verknüpft ist (I/Rn 2.49). Diese dingliche Verknüpfung macht die Realobligation nicht zum dinglichen Recht, was sich insbesondere daran zeigt, dass sie – anders als die dinglichen Rechte – der Verjährung unterliegt (BGE 122 III 110/Nr. 1). 1.02

2. Unter einem Gestaltungsrecht versteht man gemeinhin die Befugnis, die Rechtsstellung eines andern ohne dessen Mitwirkung zu verändern (I/Rn 2.69). Beispielsweise kann bei einem auf Kündigung gestellten Vertrag die kündigungsberechtigte Partei den Vertrag ohne Mitwirkung der anderen aufheben. Immerhin muss die Kündigung erklärt werden (eine Willensbetätigung [I/Rn 3.07] genügt nicht), und die Erklärung ist zudem empfangsbedürftig (I/Rn 3.09), sie muss also zu ihrer Wirksamkeit dem Kündigungadressaten zugehen (BGE 143 III 15/Nr. 3). 1.03

Die Ausübung eines vermeintlichen, also in Wirklichkeit nicht bestehenden Gestaltungsrechts zeitigt grundsätzlich keinerlei Gestaltungswirkung (BGE 133 III 360/Nr. 4). Wo ausnahmsweise eine Wirkung eintritt, ist es nicht die dem Recht gemässe. Wenn beispielsweise ein Arbeitgeber den Arbeitsvertrag aus wichtigem Grund kündigt (Art. 337 OR), obwohl ein solcher und damit auch ein Kündigungsrecht tatsächlich nicht besteht, so fällt der Vertrag zwar dahin, aber nicht mit den Rechtsfolgen von Art. 337b OR, sondern mit jenen von Art. 337c OR. S. Näheres unten in Rn 1.19 ff. 1.04

## II. Obligation

### (1) BGE 122 III 10<sup>1</sup>

Gewöhnliche Obligation oder Realobligation? – Verjährung von Realobligationen.

#### Aus dem Urteil

1.05 Mit Kaufvertrag vom 24. November 1971 verkaufte V der K. AG das Grundstück Grundbuch St. Gallen-Bruggen Nr. 234, das an die Gleise der SBB grenzt. V besass noch weitere an das verkaufte Grundstück angrenzende Grundstücke. Um sich die Möglichkeit offen zu halten, in einem späteren Zeitpunkt einen Gleisanschluss durch das verkaufte Grundstück erstellen zu können, wurde im Kaufvertrag eine Bestimmung folgenden Inhalts aufgenommen:

«Die Käuferin verpflichtet sich, auf erstes Verlangen eines Hinterlegers das Stammgleis auf ihrem Teilstück in eigenen Kosten projektgemäss auszuführen und dasselbe zur Mitbenützung durch die Hinterleger freizugeben. ... Der Bau und die Benützung der Stammgleisanlage ist durch die Begründung einer Dienstbarkeit zugunsten aller Beteiligten sicherzustellen.»

Ebenfalls am 24. November 1971 wurde mit einem anderen Vertrag das Recht der Hinterleger, die Industriestammgleisanlage mitzubenenützen, durch das Errichten einer Grunddienstbarkeit zu Lasten des verkauften Grundstücks auch dinglich begründet. Auch dieser Vertrag hält die Verpflichtung der Käuferin fest, das Gleis auf erstes Verlangen eines Hinterlegers auf eigene Kosten zu erstellen.

Mit Schreiben vom 12. März 1990 verlangte V von der K. AG die Erstellung des Stammgleises und erhob Klage, als sich diese dem Begehren mit der Begründung, der Anspruch sei verjährt, widersetzte. V wandte dagegen ein, bei der Gleiserstellungspflicht handle es sich um eine Realobligation, eine solche unterliege nicht der Verjährung. Das Bundesgericht hat – in E. 1 – das Vorliegen einer Realobligation verneint und darüber hinaus festgestellt, dass für Realobligationen die gewöhnlichen Verjährungsregeln (Art. 127 ff. OR) gelten:

1.06 Die Vorinstanz hat die Frage geprüft, ob die Forderung des Klägers nicht verjähre, weil sie als nebensächliche Leistungspflicht im Sinne von Art. 730 Abs. 2 ZGB aufzufassen sei, welche wie die Grunddienstbarkeit selbst nicht verjähren könne (vgl. zur Unverjährbarkeit von Grunddienstbarkeiten: LIVER, Zürcher Kommentar, N. 186 ff. zu

---

<sup>1</sup> S. zu dieser Entscheidung – in anderem Kontext (Verjährungsbeginn nach Art. 130 Abs. 1 oder Abs. 2 OR?) – auch noch unten Nr. 89/Rn 16.03 ff.

Art. 734 ZGB). Eine solche Pflicht zur Vornahme von Handlungen darf mit der Dienstbarkeit nur verbunden werden, wenn jene im Verhältnis zur Dienstbarkeit sowohl dem Inhalt wie dem Umfang nach von nebensächlicher Bedeutung sind. Dem Inhalt nach ist eine Handlung dann von nebensächlicher Bedeutung, wenn sie lediglich dazu dient, die Ausübung der Dienstbarkeit zu ermöglichen, zu erleichtern oder zu sichern. Dem Umfang nach ist sie es, wenn die Leistungspflicht nicht die hauptsächliche Last darstellt (BGE 106 II 315 E. 2e S. 320; vgl. LIVER, Zürcher Kommentar, N. 194 ff. zu Art. 730 ZGB; REY, Berner Kommentar, N. 171 ff. zu Art. 730 ZGB). Die zweite dieser Voraussetzungen ist jedenfalls nicht gegeben, da der Bau des Stammgleises im Vergleich zur Duldung der Benützung durch die Hinterlieger nicht als nebensächliche Last betrachtet werden kann.

Dazu kommt, dass auf Forderungen aus einer nebensächlichen Leistungspflicht die gewöhnlichen Verjährungsregeln anzuwenden sind. Es handelt sich um realobligatorische Forderungen, deren Erfüllung sich nach Art. 97 ff. OR richtet und für welche das Grundstück nicht haftet, weshalb sie verjährungsrechtlich ausschliesslich Art. 127 ff. OR, nicht aber Art. 807 ZGB unterstehen (LIVER, Zürcher Kommentar, N. 225 ff. zu Art. 730 ZGB). Die Vorinstanz ist demnach zu Recht davon ausgegangen, dass die Forderung des Klägers den gewöhnlichen Verjährungsregeln unterliege.

## Bemerkungen

1. Für Realobligationen (I/Rn 2.49) besteht – gleich wie für dingliche Rechte – ein numerus clausus. Sie können nur insoweit begründet werden, als dies gesetzlich vorgesehen ist. Eine wichtige hierher gehörige Regel ist Art. 730 Abs. 2 ZGB. Diese Bestimmung sieht vor, dass mit einer Grunddienstbarkeit, welche definitionsgemäss ein Unterlassen oder Dulden zum Gegenstand hat (Art. 730 Abs. 1 ZGB), eine Verpflichtung zur Vornahme einer positiven Handlung verbunden werden kann, sofern diese im Verhältnis zur Dienstbarkeit (zum Dulden bzw. Unterlassen) «nebensächlich» ist. Zur Realobligation wird eine diesem Erfordernis genügende Verpflichtung (nur) unter der weiteren Voraussetzung, dass ein entsprechender Grundbucheintrag erfolgt (Art. 730 Abs. 2 ZGB)<sup>2,3</sup>. Ob sich die Handlungspflicht (Pflicht zur Erstellung des Gleises) im konkreten Fall in rechtsgenügender Weise aus dem Grundbuch ergab, musste vom Bundesgericht nicht entschieden werden, da sie jedenfalls im Verhältnis zur

1.07

<sup>2</sup> Art. 730 Abs. 2 Satz 2 ZGB, welcher diese Voraussetzung festhält, wurde erst 2012 ins Gesetz aufgenommen, der Sache nach galt er aber schon zuvor (BGE 124 III 289 E. 1b m.Hw.). Art. 21 Abs. 2 SchlT/ZGB hat hieran m.E. nichts geändert (s. den Aufsatz Dienstbarkeiten als Gegenstand von Nachbarstreitigkeiten, AJP 2010, S. 353 ff., 354); das ist freilich umstritten (Frage offengelassen in BGE 5A\_249/2018 E. 5.3.1 und 5.4).

<sup>3</sup> Der Eintrag muss auf dem Blatt sowohl des berechtigten als auch des belasteten (dienenden) Grundstücks erfolgen (Art. 968 ZGB). Konstitutiv ist jedoch nur der letztere Eintrag. Hinsichtlich des berechtigten Grundstücks hat also Art. 968 ZGB nur Ordnungscharakter.

Grunddienstbarkeit (Pflicht, die Gleisbenützung zu dulden) nicht nebensächlich war<sup>4</sup>.

- 1.08 Dem Gesagten zufolge kann eine Realobligation nach Art. 730 Abs. 2 ZGB nur begründet werden, wenn sie im Grundbuch eingetragen wird und daher für allfällige Dritterwerber des belasteten Grundstücks ohne weiteres ersichtlich ist. Demgegenüber haben gesetzliche Unterhaltspflichten i. S. v. Art. 741 ZGB unabhängig von einem Grundbucheintrag realobligatorischen Charakter (BGE 124 III 289 E. 1c). Dahinter steckt der Gedanke, dass die besagte Bestimmung eine für beide Seiten sachgerechte Lösung enthält und daher keiner Publizität bedarf. Anders wiederum, wenn die Parteien eine von Art. 741 ZGB abweichende Vereinbarung treffen. Eine solche ist nur verbindlich, «wenn sie sich aus den Belegen des Grundbuchs erschliessen lässt» (Art. 741 Abs. 2 ZGB)<sup>5</sup>. Das Publizitätserfordernis ist also gewahrt, wenn auch in milderer Form als nach Art. 730 Abs. 2 ZGB, wonach die vertragliche Verabredung ihren Niederschlag im Grundbucheintrag finden muss.
- 1.09 2. Ob es sich bei der Gleiserstellungspflicht um eine Realobligation handelte oder nicht, war für den Ausgang des bundesgerichtlichen Verfahrens nicht entscheidend. Denn die Verjährung richtete sich in jedem Fall nach Art. 127 ff. OR (E. 1 des referierten Entscheids). Die Verjährungsfrist betrug 10 Jahre (Art. 127 OR), was im Prozess offenbar nicht streitig war. Streitig war hingegen der Verjährungsbeginn (Anwendung von Art. 130 Abs. 1 OR oder Art. 130 Abs. 2 OR?). Das Bundesgericht brachte die letztere Bestimmung zur Anwendung (BGE 122 III 10 E. 4–6; unten Rn 16.03 ff.).

---

<sup>4</sup> Vgl. demgegenüber BGE 106 II 315 E. 2e, wo die Pflicht eines Stockwerkeigentümers, zwecks Vermeidung von Trittschall Spannteppiche zu legen, gegenüber der Verpflichtung, übermässige Schallimmissionen zu unterlassen, als nebensächliche Nebenpflicht angesehen wurde.

<sup>5</sup> Art. 741 ZGB betrifft positive Leistungspflichten sowohl des Belasteten als auch des Berechtigten. Demgegenüber geht es in Art. 730 Abs. 2 ZGB nur um positive Pflichten des Belasteten (herrschende Lehre, zuletzt SCHMID JÖRG/BUTTLIGER DOMINIC, Zwei Fragen aus dem Dienstbarkeitsrecht: Prägungsformel und nebensächliche Verpflichtungen, ZBJV 2017, S. 116 ff., 129 f.; a.A. WERMELINGER AMÉDÉO/PFÄFFLI ROLAND, Nebensächliche Verpflichtungen und Unterhaltlasten im Dienstbarkeitsrecht – Ist der Berechtigte fein raus?, ZBGR 2022, S. 5 ff.).

**(2) BGE 129 III 181**

Gefälligkeitsabrede oder unentgeltlicher Auftrag? – Verschuldensunabhängige Haftung analog Art. 422 Abs. 1 OR.

**Aus dem Urteil**

Am Nachmittag des 1. März 1997 begab sich A zum Bauernhof von B, um dort ein Kalb zu besichtigen, das er eventuell übernehmen wollte. Im Verlaufe des Besuches wurde A von B dazu veranlasst, ihm bei der Umplatzierung eines schweren Rundholzes behilflich zu sein. Dieses Holz stand in einer Baugrube an die Fassade des Wohnhauses angelehnt. Es sollte mit Hilfe eines von B gelenkten Baggers «Menzi-Muck» bewegt werden. A bestieg eine in die Baugrube gestellte Leiter, von wo aus er eine an der Schaukel des «Menzi-Muck» befestigte Kette um das Rundholz legen sollte. Bevor es dazu kam, stürzte er von der Leiter und verletzte sich schwer.

1.10

Im Juni 1999 erhob A gegen B Klage auf Zahlung von Schadenersatz und Genugtuung. Die Gerichte des Kantons St. Gallen wiesen die Klage ab. Eine dagegen von B erhobene Berufung<sup>6</sup> hiess das Bundesgericht gut. Es erwog vorab, zwischen den Parteien habe ein Gefälligkeitsverhältnis ohne Rechtsbindungswillen bestanden (E. 3.2). Hierauf erinnerte es an seine Rechtsprechung, wonach bei einem unentgeltlichen Auftrag (Art. 394 OR) Art. 422 Abs. 1 OR analog zur Anwendung gelangt und daher der Auftraggeber für Schäden, die der Beauftragte in Ausführung des Auftrags erleidet, unter den dort vorgesehenen Voraussetzungen verschuldensunabhängig einzustehen hat (BGE 61 II 95). Bei einem Gefälligkeitsverhältnis ohne Rechtsbindungswillen – so das Bundesgericht weiter – könne es sich nicht anders verhalten (E. 4.1). Ob die Haftungsvoraussetzungen von Art. 422 Abs. 1 OR im konkreten Fall gegeben waren und in welchem Umfang B allenfalls haftete, konnte das Bundesgericht bei der gegebenen Aktenlage nicht selbst entscheiden, weshalb es die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückwies (E. 4.3). Vorliegend interessiert nur E. 3.2:

In BGE 116 II 695 E. 2b/bb ist festgehalten worden, dass auch im Bereich der Arbeitsleistungen unverbindliche Gefälligkeiten vorkommen, die keine Vertragsbindung entstehen lassen und namentlich zu keiner Vertragshaftung des Leistenden bei Nicht- oder Schlechterfüllung führen. Ob Vertrag oder Gefälligkeit vorliegt, entscheidet sich gemäss diesem Urteil nach den Umständen des Einzelfalles, insbesondere der Art der Leistung, ihrem Grund und Zweck, ihrer rechtlichen und wirtschaftlichen Bedeutung, den Umständen, unter denen sie erbracht wird, und der bestehenden Interessenlage der Parteien. Für einen Bindungswillen spricht ein eigenes, rechtliches oder wirtschaftli-

1.11

---

<sup>6</sup> Heute: Beschwerde in Zivilsachen.

ches Interesse des Leistenden an der gewährten Hilfe oder ein erkennbares Interesse des Begünstigten, fachlich qualifiziert beraten oder unterstützt zu werden.

An diesen Grundsätzen haben sich auch die kantonalen Gerichte orientiert. Sie haben insbesondere die Art der Arbeitsleistung, das fehlende wirtschaftliche Interesse des Klägers sowie das mangelnde Interesse des Beklagten an fachkundiger Unterstützung berücksichtigt und haben auf dieser Grundlage einen Rechtsbindungswillen der Parteien verneint. Sie haben die Umstände zutreffend gewürdigt und die massgebenden Grundsätze richtig angewandt. Insoweit liegt keine Verletzung von Bundesrecht vor.

## Bemerkungen

- 1.12 Ein Schuldvertrag (Art. 1 OR) liegt nur vor, wenn sich die Parteien rechtlich binden und Obligationen begründen wollen. Bei Gefälligkeitsabreden trifft dies nicht zu. Solche Abreden lassen daher keine Obligationen entstehen. Wer sich beispielsweise mit einem Freund zum Essen verabredet, ist nicht im rechtlichen Sinne zur Essensteilnahme verpflichtet. Will er jedoch am Essen nicht teilnehmen, ist er nach Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB) zur Absage verpflichtet und kann bei pflichtwidriger Nichtabsage haftbar werden (Art. 41 Abs. 1 OR). Eine vertragliche Haftung (Art. 97 OR) scheidet hingegen mangels Verletzung einer Leistungspflicht aus (s. bereits I/Rn 2.30).
- 1.13 Erleidet der Gefälligkeitshelfer im Zuge der Hilfeleistung einen Schaden, so steht ihm nach Massgabe von Art. 422 Abs. 1 OR, der freilich nur analoge Anwendung findet, Schadenersatz zu. Nach dem Gesetzeswortlaut setzt die Haftung einzig voraus, dass sie der Billigkeit entspricht. Das Bundesgericht macht sie jedoch zusätzlich davon abhängig, dass der übernommenen Tätigkeit ein gewisses Schädigungspotential innewohnt und sich genau dieses verwirklicht. Von der Haftung nicht erfasst werden daher «so genannte Zufallsschäden», das heisst Schäden, die darauf beruhen, dass sich «das allgemeine Lebensrisiko verwirklicht» (E. 4.1 a. E.). Im konkreten Fall wohnte der dem A übertragenen Tätigkeit zweifellos ein gewisses Schädigungspotential inne, welches sich in der Folge auch verwirklichte. Die Haftung des B war daher zu bejahen, falls sie unter den gegebenen Umständen (Art. 4 ZGB) billig war. Darüber konnte das Bundesgericht nicht befinden, nicht nur, weil der Sachverhalt ungenügend abgeklärt war, sondern auch, weil die Ermessensausübung primär Sache der kantonalen Gerichte ist (unten Rn 17.48).

### III. Gestaltungsrecht

#### (3) BGE 143 III 15 = Pra 2017 Nr. 45

Kündigung eines Mietvertrags mit eingeschriebenem Brief. – Wirksamwerden der Kündigungserklärung, wenn der Mieter zu Hause nicht angetroffen und ihm daher eine Abholungseinladung in den Briefkasten gelegt wird (Geltung der absoluten Empfangstheorie).

#### Sachverhalt<sup>7</sup>

Mit Vertrag vom 6. Februar 1995 mietete Frau Z eine 4-Zimmer-Wohnung in einer Liegenschaft in Carouge. Am 29. November 2013 teilte ihr der Vermieter mittels eingeschriebenen Briefs die ordentliche Kündigung des Mietverhältnisses per 31. März 2014 mit. Da Z nicht zu Hause angetroffen wurde, hinterliess der Postbote eine Abholungseinladung mit dem Hinweis, der Brief könne zwischen dem 2. und 9. Dezember 2013 bei der zuständigen Poststelle abgeholt werden. Die Mieterin kam erst nach Ablauf der Abholfrist von einer Ferienreise zurück.

1.14

In der Folge kam es zwischen den Parteien zum Streit darüber, ob und gegebenenfalls wann die Kündigungserklärung wirksam geworden war. Die erste Instanz nahm an, die Kündigung sei am 3. Dezember 2013 wirksam geworden. Die zweite Instanz betrachtete hingegen die Kündigung als unwirksam, da die Mieterin mit einer Kündigung während der Ferien nicht habe rechnen müssen. Das Bundesgericht schloss sich der erstinstanzlichen Auffassung an.

#### Aus den Erwägungen<sup>8</sup>

4.1 Die Kündigung stellt eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung einer Vertragspartei dar (BGE 137 III 208 E. 3.1.1). ... In Bezug auf die Mitteilung der Kündigung des Mietverhältnisses kommt die sog. absolute Empfangstheorie zur Anwendung (BGE 140 III 244 E. 5; BGE 137 III 208 E. 3.1.2; BGE 118 II 42 E. 3; BGE 107 II 189 E. 2). Dies bedeutet, dass der Beginn des Fristenlaufs sich nach jenem Zeitpunkt bestimmt, in welchem die Willensäusserung (das heisst die Kündigung des Mietvertrags) in den Machtbereich des Empfängers oder seines Vertreters gelangt ist, so dass der Adressat bei normaler Organisation seines Geschäftsverkehrs in der Lage ist, davon Kenntnis zu nehmen (BGE 137 III 208 E. 3.1.2).

1.15

Bei einem eingeschriebenen Brief gilt, dass, wenn der Postbote diesen dem Adressaten (oder einem zur Entgegennahme der Sendung ermächtigten Dritten) nicht tatsächlich

<sup>7</sup> Gemäss Pra 2017 Nr. 45.

<sup>8</sup> Originaltext französisch. Übersetzung weitgehend gemäss Pra 2017 Nr. 45.

aushändigen konnte und er im Briefkasten oder im Postfach des Adressaten eine Abholungseinladung hinterlässt, die Sendung als zugegangen gilt, sobald der Empfänger gemäss Abholungseinladung bei der Poststelle davon Kenntnis nehmen kann; dabei handelt es sich um denselben Tag, an dem die Abholungseinladung im Briefkasten hinterlegt wurde, wenn vom Adressaten erwartet werden kann, dass er die Sendung sofort abholt, andernfalls in der Regel um den darauf folgenden Tag (BGE 137 III 208 E. 3.1.2; BGE 107 II 189 E. 2 S. 192; Urteil 4A\_471/2013 vom 11. November 2013 E. 2). Die für verfahrensrechtliche Fristen geltende sog. Zustellfiktion (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO; Art. 44 Abs. 2 BGG), wonach eine Sendung [erst] nach Ablauf der sieben-tägigen Abholfrist als zugestellt gilt, ist auf materiellrechtliche Fristen nicht anwendbar. Dasselbe gilt für den in Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO angebrachten Vorbehalt, wonach eine Zustellung nur dann als erfolgt gilt, wenn der Adressat mit einer solchen rechnen musste (...).

Gemäss Rechtsprechung trägt die absolute Empfangstheorie den gegensätzlichen Interessen der beiden Parteien, das heisst denen des Absenders und des Empfängers, in ausgewogener Weise Rechnung. Der Absender trägt das Risiko der Übermittlung der Sendung bis zum Zeitpunkt, in welchem sie in den Machtbereich des Adressaten gelangt, während dieser innerhalb seines Machtbereichs das Risiko trägt, dass er vom Kommunikationsträger verspätet beziehungsweise überhaupt nicht Kenntnis erhält. Bei einer Anwendung der relativen Empfangstheorie, wonach eine Sendung dann zugegangen ist, wenn der Empfänger sie auf der Post abholt bzw. wenn er sie nicht abholt, am siebten und letzten Tag der Abholfrist, wäre dieses Gleichgewicht gestört (BGE 137 III 208 E. 3.1.3 in fine; BGE 140 III 244 E. 5.1 in fine).

Der Adressat trägt also das Risiko, dass er – zum Beispiel infolge von Abwesenheit oder Ferien – von der Willenserklärung nicht oder erst verspätet Kenntnis nimmt (...).

4.2 Gemäss den Feststellungen im angefochtenen Entscheid wurde die Abholungseinladung für das amtliche Kündigungsformular und das Begleitschreiben, welche vom Vermieter am 29. November 2013 mittels eingeschriebenen Briefes gesendet worden waren, am 2. Dezember 2013 in den Briefkasten der Mieterin gelegt; Letzteres ergebe sich aus dem schriftlichen Zustellungsnachweis der Post. Die Abholfrist lief vom 2. bis 9. Dezember 2013. ... Demnach ist vorliegend die Zustellung der Kündigung am 3. Dezember 2013 gültig erfolgt, mit anderen Worten einen Tag, nachdem die Abholungseinladung in den Briefkasten der Mieterin gelegt worden war, wie dies das Mietgericht in Übereinstimmung mit der auf Rechtsgeschäfte anwendbaren absoluten Empfangstheorie festhielt.

4.3 Es kann an dieser Stelle offenbleiben, ob die Mieterin nebst ihren Ferien aus anderen Gründen (wie zum Beispiel aufgrund von Krankheit) nicht in der Lage war, ihren Geschäftsverkehr so zu organisieren, dass sie sich am 3. Dezember 2013 auf die Post begeben konnte, ihr diesbezügliches Vorbringen erweist sich als rein theoretischer Natur. ...

Entgegen der Auffassung der Vorinstanz ist im vorliegenden Fall ausserdem unbeachtlich, dass die Mieterin nicht mit einer Kündigung rechnen musste. Bei den Regeln über die Zustellfiktion nach Ablauf der Abholfrist von sieben Tagen und ihrer Ausnahme, sofern der Adressat nicht mit einer Zustellung rechnen musste, handelt es sich um ver-

fahrensrechtliche Bestimmungen, welche auf die Berechnung von materiellrechtlichen Fristen keine Anwendung finden; davon ausgenommen sind einzig die zwei Fälle der Mitteilung einer Erhöhung des Mietzinses sowie die Zahlungsaufforderung. Das Urteil 4A\_250/2008 vom 28. Juni 2008, E. 3.2, welches das kantonale Gericht zitiert, ist hier somit nicht einschlägig, da es in diesem Fall gerade um eine Zahlungsaufforderung bzw. eine Kündigung des Mietvertrags gestützt auf Art. 257d OR ging. ...

## Bemerkungen

Kann ein eingeschriebener Brief mit einer privatrechtlichen Willenserklärung dem Adressaten nicht zugestellt werden und wird ihm daher eine Abholungseinladung in den Briefkasten gelegt, so wird die Erklärung grundsätzlich in dem Moment wirksam, in dem mit ihrer Abholung auf dem Postamt, an das der Brief zurückgegangen ist, erwartet werden darf (sog. absolute Empfangstheorie). Da mit einer Abholung am Tag, an dem die Abholungseinladung in den Briefkasten gelegt wird, im Normalfall nicht gerechnet werden darf (OGer ZH, pläd 1995, S. 57 E. 5c), gilt der Brief vorbehaltlich einer vorherigen Abholung regelmässig erst am folgenden Tag oder, bei einem Zustellungsversuch am Samstag, am Montag darauf als zugestellt (I/Rn 39.47 mit Hw. auf die einschlägigen Gesetzesgrundlagen).

1.16

Abweichungen finden sich im Mietrecht. Dort gilt – kraft ungeschriebenen Rechts (Art. 1 Abs. 2 ZGB) – für gewisse Erklärungen des Vermieters die sog. relative Empfangstheorie. Nach dieser wird die Erklärung erst mit der tatsächlichen Abholung bzw. mit dem – früheren – Ablauf der Abholfrist wirksam. Die relative Empfangstheorie gilt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung für die Anzeige einer Mietzinserhöhung (Art. 269d OR) sowie die Fristansetzung mit Kündigungsandrohung i. S. v. Art. 257d OR (BGE 119 II 147 E. 2), nicht aber für die Kündigung des Mietverhältnisses (BGE 137 III 208 E. 3), auch nicht die ausserordentliche nach Art. 257d OR (BGE 137 III 208 E. 3.1.3)<sup>9</sup>. In dem vom Bundesgericht entschiedenen Fall kam daher die absolute Empfangstheorie zum Tragen. Dass die Kündigung während der Ferienabwesenheit der Mieterin erfolgte, änderte daran nichts, freilich unter Vorbehalt des Rechtsmissbrauchsverbots (Art. 2 Abs. 2 ZGB). In concreto konnte aber dem Vermieter kein rechtsmissbräuchliches Verhalten vorgeworfen werden.

1.17

---

<sup>9</sup> Herrschende Auffassung auch in der Lehre, z. B. KOLLER, OR BT I, § 9 Rn 141, m.w.Nw.

**(4) BGE 133 III 360 = Pra 2008 Nr. 6**

Eine Gestaltungserklärung ist nur wirksam, wenn das ausgeübte Gestaltungsrecht tatsächlich Bestand hat. – Anwendung auf den Lizenzvertrag (Unwirksamkeit einer fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund, wenn ein wichtiger Grund in Wirklichkeit nicht gegeben ist).

**Zusammenfassung des Entscheids**

1.18 Mit Vertrag vom 28. August 1998 verlieh die B. International AG der A. GmbH das ausschliessliche Recht (Lizenz), während zehn Jahren weltweit die Marke B. für Schuhe, Kleider und Zubehör im Bereich des Golfsports zu benutzen. Mit Schreiben vom 4. Januar 2006 teilte die Lizenzgeberin der A. GmbH mit, dass sie eine Reihe von Vertragsverletzungen festgestellt habe, und setzte ihr eine 60-tägige Frist, um den vertragsgemässen Zustand wiederherzustellen. Die A. GmbH bestritt die Vertragsverletzungen, worauf die B. International AG den Lizenzvertrag mit sofortiger Wirkung aus wichtigem Grund kündigte.

Die A. AG bestritt die Rechtmässigkeit der Kündigung und stellte beim Einzelrichter des Bezirks Lugano das Begehren, die Gesuchsgegnerin sei superprovisorisch zu verpflichten, den am 28. August 1998 abgeschlossenen Lizenzvertrag so lange zu erfüllen, bis der Streit in einem ordentlichen Gerichtsverfahren entschieden sei. Der angerufene Richter kam zum Schluss, die Vertragskündigung sei in jedem Fall – auch bei Nichtvorliegen des behaupteten wichtigen Grundes – wirksam, die Gesuchstellerin könne daher höchstens noch Schadenersatz verlangen, aber nicht mehr die Vertragserfüllung. Er wies daher das Gesuch ab, ohne zu prüfen, ob die prozessualen Voraussetzungen für die Anordnung der angebehrten vorsorglichen Massnahme (Art. 261/65 ZPO) gegeben waren. Dieser Entscheid wurde vom Appellationshof des Kantons Tessin mit gleicher Begründung bestätigt.

Das Bundesgericht hiess die von der A. GmbH eingereichte staatsrechtliche Beschwerde<sup>10</sup> gut. Es stellte vorab fest, dass jeder Dauervertrag aus wichtigem Grund vorzeitig gekündigt werden kann, die Kündigung aber grundsätzlich unwirksam ist, wenn der vom Kündigenden behauptete wichtige Grund in Wahrheit nicht gegeben ist (E. 8.1.2). In E. 8.1.3 erwähnt es die Ausnahmeregel von Art. 337 OR, wonach beim Arbeitsvertrag eine Kündigung aus wichtigem Grund die vertragliche Beziehung in jedem Fall beendet. Schliesslich betont das Bundesgericht den Ausnahmecharakter dieser Regelung. Ihr – wie die Tessiner Gerichte – allgemeine Tragweite beizumessen, sei willkürlich (E. 8.2). In einer weiteren Erwägung (E. 8.3) lehnte

---

<sup>10</sup> Heute: Verfassungsbeschwerde.

es das Bundesgericht ab, Art. 404 OR, wonach beim einfachen Auftrag ein *jederzeitiges* Kündigungsrecht besteht, auf den Lizenzvertrag (analog) anzuwenden. Der angefochtene Entscheid wurde daher aufgehoben (E. 8.4) und die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen (E. 9).

## Bemerkungen

1. Es gilt der an sich selbstverständliche Grundsatz, dass die Ausübung eines Gestaltungsrechts die beabsichtigte Umgestaltung der Rechtslage nur herbeiführt, wenn das Recht tatsächlich Bestand hat. Daher bewirkt beispielsweise die Anfechtung eines Vertrags wegen eines Willensmangels (Täuschung, Grundlagenirrtum usw.) den Dahinfall des Vertrages nur unter der Voraussetzung, dass der Willensmangel tatsächlich gegeben ist (BGE 128 III 70 E. 1), und die Kündigung eines Vertrags aus wichtigem Grund führt nur zur vorzeitigen Vertragsbeendigung, wenn der behauptete wichtige Grund wirklich vorliegt. Der Grundsatz erleidet allerdings verschiedene Einschränkungen: 1.19

Einmal beendet die fristlose Kündigung eines *Arbeitsvertrags* aus wichtigem Grund den Vertrag auch dann, wenn der wichtige Grund in Wahrheit nicht gegeben ist, dies allerdings – anders als bei gegebenem wichtigem Grund (Art. 337b OR) – mit Haftungsfolgen zu Lasten des Kündigenden (Art. 337c/d OR; oben Rn 1.04). Entsprechendes gilt beim *Agenturvertrag* (Art. 418r OR). Auch der *Werkvertrag* (Art. 363 OR) kann jederzeit aufgelöst werden, allerdings nur vom Besteller und nur unter Inkaufnahme von Haftungsfolgen, falls kein wichtiger Grund die vorzeitige Vertragsbeendigung rechtfertigt (Art. 377 OR)<sup>11</sup>. Ferner kann auch der *einfache Auftrag* jederzeit aufgelöst werden, und zwar grundsätzlich ohne Haftungsfolgen (Art. 404 OR). Entsprechendes gilt aufgrund entsprechender Verweisregeln bei *einzelnen besonderen Auftragsarten*, z. B. beim Mäklervertrag (Art. 412 Abs. 2 OR) oder der Kommission (Art. 425 Abs. 2 OR), nicht aber beim Agenturvertrag (s. oben). Vereinzelt wird gestützt auf Art. 394 Abs. 2 OR angenommen, Art. 404 OR finde bei gesetzlich nicht geregelten Dienstleistungsverträgen (Innominatverträgen) ebenfalls und eo ipso Anwendung<sup>12</sup>. Das dürfte kaum dem Gesetzessinn entspre- 1.20

<sup>11</sup> Dass Art. 377 OR bei Vorliegen eines wichtigen Grundes keine Anwendung findet, steht für den Schreibenden ausser Frage, ist aber nicht allseits anerkannt (s. KOLLER, Werkvertragsrecht, Rn 1062 mit Anm. 761 f.).

<sup>12</sup> So z. B. BerK/REHBINDER/STÖCKLI, N 49 zu Art. 319 OR, welche von einem numerus clausus der Verträge auf Arbeitsleistung mit dem Auftrag als subsidiärer Vertragsform ausgehen. So der Sache nach auch BGE 4A\_141/2011 (Anwendung von Art. 404 OR auf einen Unterrichtsvertrag), anders aber BGE 83 II 525 (s. die folgende Anm.).

chen<sup>13</sup>. Sicher ist aber jedenfalls, dass Art. 394 Abs. 2 OR nur *Dienstleistungsverträge* betrifft und daher keine Grundlage abgibt, um auch andere Verträge wie den Lizenzvertrag einem jederzeitigen Auflösungsrecht zu unterwerfen. Auch die übrigen der erwähnten Auflösungsregeln geben keine entsprechende Analogiebasis ab, betreffen sie doch ebenfalls alleamt Dienstleistungsverträge. Bei anderen Verträgen setzt die vorzeitige Beendigung durchwegs einen besonderen Grund voraus, etwa Gläubigerverzug (Art. 95 OR), Schuldnerverzug (Art. 107 Abs. 2 OR) oder eine grobe und andauernde Verletzung von Nebenpflichten (Art. 257f Abs. 3 OR; vgl. I/§ 57).

- 1.21 Das Gesetz umschreibt die möglichen besonderen Auflösungsgründe nicht abschliessend. Weitere Auflösungsgründe ergeben sich durch einzelanaloge Anwendung von einschlägigen gesetzlichen Auflösungsregeln. Zudem ist in gesamtanaloger Anwendung all jener Bestimmungen, welche – ausdrücklich oder der Sache nach – eine vorzeitige Auflösung zulassen, der allgemeine Grundsatz abzuleiten, dass eine Partei den Vertrag dann vorzeitig beenden kann, wenn ihr das Festhalten am Vertrag bis zum regulären Vertragsende unzumutbar geworden ist (I/Rn 29.09). Eine Beschränkung dieses Grundsatzes auf Dauerverträge (so z.B. BGE 138 III 304 E. 7; 96 II 154 E. 3e a.E.) rechtfertigt sich nicht. Zwar betreffen jene Bestimmungen, welche ein Auflösungsrecht ausdrücklich von der Zumutbarkeit der Vertragsfortsetzung abhängig machen (z. B. Art. 266 g [Miete], 337 OR [Arbeitsvertrag]), durchwegs Dauerverträge. Indes beruhen auch Bestimmungen wie die erwähnten Art. 95 und 107 Abs. 2 OR auf dem gleichen Gedanken, wiewohl sie nicht ausdrücklich auf das Zumutbarkeitserfordernis Bezug nehmen.
- 1.22 2. Gestaltungserklärungen sind grundsätzlich unwiderruflich (I/Rn 3.136). Eine Ausnahme ergibt sich aus dem Rechtsmissbrauchsverbot (Art. 2 Abs. 2 ZGB): Bestreitet der Gestaltungsgegner die Wirksamkeit der Gestaltungserklärung, so muss er sich den Widerruf nach Treu und Glauben entgegenhalten lassen (BGE 128 III 70). In dem eben erwähnten BGE ging es um die Anfechtung eines Vertrags wegen Täuschung und Grundlagenirrtums. Das Bundesgericht erklärte, die Anfechtungserklärung könne vom Anfechtenden einseitig zurückgenommen werden, wenn der Anfechtungsgegner das Vorliegen des behaupteten Anfechtungsgrundes bestreite. Im konkret beurteilten Fall sei daher «von einem wirksamen Widerruf der Erklärung auszugehen, falls ... die Klägerseite aufgrund des Verhaltens des Beklagten annehmen durfte, dieser widersetze sich der Anfechtungserklärung und wolle am Vertrag festhalten» (E. 2).

<sup>13</sup> So kann der Kommissionsagenturvertrag – gleich wie der Agenturvertrag – nur nach Massgabe von Art. 418r OR aufgelöst werden, Art. 404 OR bleibt aus dem Spiel. Die Gegenauffassung führt zu einer unhaltbaren Ungleichbehandlung der beiden Verträge, was vom Gesetzgeber nicht gewollt sein kann. Auch beim Liegenschaftsverwaltungsvertrag passt Art. 404 OR nach den Vorstellungen des Gesetzgebers nicht (BGE 83 II 525 E. 1). S. im Einzelnen KOLLER ALFRED, Dienstleistungsverträge – Begriff, Arten, rechtliche Grundlagen, AJP 2014, S. 1627 ff., 1634 f.

---

## § 2 Zustandekommen des Vertrags – der Vertragstatbestand

### I. Einleitung

Der Vertrag besteht im Austausch übereinstimmender Willenserklärungen (Art. 1 Abs. 1 OR; I/Rn 3.142). Die Übereinstimmung (der Konsens) muss sich allerdings nur auf die sog. wesentlichen Punkte beziehen; Nichteinigung (Dissens) in einem nicht wesentlichen Punkt schliesst also einen rechtsverbindlichen Vertrag nicht aus (I/Rn 6.12). Die Vertragserklärungen können gleichzeitig ausgetauscht werden (I/Rn 7.01), regelmässig erfolgen sie jedoch zeitlich gestaffelt. Dabei bezeichnet das Gesetz (z. B. Art. 3 OR) die erste Erklärung als Antrag, die zweite als Annahme. Lehre und Rechtsprechung sprechen stattdessen auch von Offerte und Akzept. Präzisierungen: 2.01

1. Ob ein Konsens vorliegt, bestimmt sich in erster Linie danach, ob sich die Parteien richtig verstanden haben, also ein tatsächlicher Konsens gegeben ist. Gegebenenfalls schadet eine falsche Ausdrucksweise, welche die Parteien aus Irrtum oder willentlich gewählt haben, nicht (Art. 18 Abs. 1 OR; BGE 105 II 16/Nr. 5). Ist ein tatsächlicher Konsens nicht erwiesen, sind die Erklärungen nach Vertrauensprinzip auszulegen (s. Näheres unten in § 3). Stimmen die so ermittelten Erklärungen überein, spricht man von einem normativen Konsens. Kann eine Partei nachweisen, dass ihr tatsächlicher Erklärungswille davon abweicht, steht ihr nach Massgabe von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1–3 OR die Vertragsanfechtung wegen Erklärungsirrtums offen (z. B. BGE 105 II 23/Nr. 35). In BGE 90 II 449/Nr. 53 hätte auf Dissens, nicht auf Erklärungsirrtum erkannt werden müssen. 2.02

2. Bei den wesentlichen Punkten ist zwischen subjektiver und objektiver Wesentlichkeit zu unterscheiden. Subjektiv wesentlich ist ein Punkt, wenn er nach der erkennbaren Absicht (zumindest) einer Partei Voraussetzung für den Vertragsabschluss ist<sup>1</sup>. Subjektive Wesentlichkeit wird nicht vermutet (Art. 2 Abs. 1 OR). Zu den subjektiv wesentlichen Punkten zählt regelmässig die Höhe des Entgelts für eine Leistung, jedoch längst nicht immer (so werden etwa Reparaturaufträge über Autos häufig geschlossen, ohne dass die Parteien die Entgeltshöhe thematisieren). Objektiv wesentlich sind Punkte, über die sich die Parteien kraft objektiven Rechts geeinigt haben 2.03

---

<sup>1</sup> Z. B. BGE 103 II 190 (subjektive Wesentlichkeit verneint), 127 III 248 (subjektive Wesentlichkeit bejaht, unten Rn 4.22).

müssen, ansonsten der Vertragsabschluss gescheitert ist (I/Rn 6.13)<sup>2</sup>. Kommt es hinsichtlich eines unwesentlichen Punktes nicht zu einer Einigung, ist der Vertrag zu ergänzen, primär nach dem hypothetischen Parteiwillen (so Art. 2 Abs. 2 OR für den Fall, dass die Parteien eine spätere Regelung vorbehalten haben), subsidiär nach dem dispositiven Recht (s. zur Vertragsergänzung im Einzelnen unten § 3).

- 2.04 3. Wer einem andern den Antrag zum Abschluss eines Vertrags unterbreitet, kann – vorbehaltlich Sonderregeln – selbst bestimmen, wie lange er an den Antrag gebunden sein will (Art. 3 OR). Setzt er eine entsprechende Frist, muss eine allfällige Annahmeerklärung dem Antragsteller innert Frist zu-gehen (Empfangstheorie), ansonsten der Antrag seine Verbindlichkeit verliert. Andernfalls (bei Fehlen einer Fristbestimmung) kommt es darauf an, ob der Antrag an einen Anwesenden (Art. 4 OR) oder an einen Abwesenden (Art. 5 OR) gestellt wird. Während im ersten Fall der Antrag sofort angenommen werden muss, ansonsten er dahinfällt, gilt im zweiten Fall eine relativ komplexe Regelung zur Fristbestimmung (I/Rn 7.36 f.; illustrativ BGE 98 II 109/Nr. 10). Vorbehalten bleibt – im kaufmännischen Verkehr – eine allfällige abweichende Übung (BGE 50 II 13/Nr. 11).
- 2.05 4. Ein rechtsgenügender Konsens erzeugt die konsensgemässen Wirkungen, sofern den einschlägigen Gültigkeitsanforderungen Genüge getan wurde (dazu § 4 [Formvorschriften], § 5 [Inhaltsschranken] und § 6 [Willensmängel]). Zu den konsensgemässen Wirkungen kommen regelmässig gesetzliche oder/und durch ergänzende Vertragsauslegung (I/Rn 8.03) gewonnene. Haben beispielsweise die Parteien eines Kaufvertrags den Lieferort für die Kaufsache nicht geregelt, so bestimmt sich dieser nach Art. 74 Abs. 2 Ziff. 2 OR, sofern sich nicht «aus den Umständen» (Art. 74 Abs. 1 OR), also aufgrund ergänzender Vertragsauslegung, ein einschlägiger hypothetischer Parteiwille ergibt. S. Näheres in § 3.

---

<sup>2</sup> Neuerdings vertritt VION ADRIEN, *L'étendue minimale de l'accord en droit suisse des contrats* (art. 1 et 2 CO) (Diss.), Lausanne 2019, Rn 723 ff., 1550 (zusammenfassende These), die Auffassung, solche Punkte gebe es nicht: Die Parteien müssten sich nur über die subjektiv wesentlichen Punkte geeinigt haben.

## II. Konsens und Dissens

### (5) BGE 105 II 16

Steht fest, dass sich die Parteien richtig verstanden haben (tatsächlicher Konsens), bleibt das Vertrauensprinzip aus dem Spiel. – Vorliegen eines wesentlichen Irrtums?

### Sachverhalt

Aurelio Penza (Kläger) und die ICC Handels AG (Beklagte), beide im Handel mit Chemikalien tätig, führten am 18. Januar 1974 telefonisch Verhandlungen über die Lieferung von Ätznatron. Noch am gleichen Tag bestätigte die ICC Handels AG durch ihren Angestellten F. das «Festgebot gültig bis Februar 21» für «2000 mt netto Ätznatron». Als Preis waren 195 USD «per mt fob italian port» genannt. Die Zahlung sollte durch ein «unwiderrufliches Akkreditiv» durch die Bank Bär in Zürich erfolgen. Dieses «Festgebot» verstehe sich «vorbehältlich Schiffsraumbuchung». Mit Fernschreiben vom 21. Januar 1974 nahm Penza auf dieses «Festgebot» Bezug und bestätigte, Ätznatron «von ihnen gekauft und sie an uns verkauft zu haben», wobei die von der ICC Handels AG genannten Bedingungen (betr. Preis, Akkreditiv, Schiffsraumbuchung usw.) ausdrücklich wiederholt wurden. Kurz darauf teilte die ICC Handels AG dem Penza mit, die von ihrem Angestellten F. durchgegebene Offerte basiere auf einer Falschinterpretation eines Fernschreibens ihres New Yorker Büros, dieses habe nämlich die Ware zum genannten Preis *kaufen*, nicht *verkaufen* wollen. Sie könne das Ätznatron nicht liefern. Penza behaftete jedoch die ICC Handels AG beim «Festgebot», das von ihm zu Recht als Verkaufsofferte aufgefasst worden sei. In der Folge kam es über die Frage der Vertragsgültigkeit zum Prozess. Die Zuger Gerichte verneinten die Gültigkeit, das Bundesgericht kam zum gegenteiligen Schluss:

2.06

### Aus den Erwägungen

2. Das Obergericht legt vorab das Fernschreiben der Beklagten vom 18. Januar 1974 aus, und zwar «allein unter objektivem Gesichtspunkt nach dem Vertrauensprinzip». Auf den inneren Willen der Beklagten komme es nicht an. Weil die von der Beklagten in diesem Fernschreiben verwendete Formel «Festgebot gültig bis ...» im internationalen Chemikalienhandel als feste Kaufsofferte verstanden werde, die Beklagte den Kläger im gleichen Fernschreiben aber aufforderte, ein Akkreditiv zu eröffnen, was nur ein Verkäufer tue, sei ihre Willensäusserung unklar und könne weder als Verkaufs- noch als Kaufsofferte betrachtet werden. Einen Vertrag hätten die Parteien somit nicht geschlossen. Diese Auslegung ficht der Kläger vor Bundesgericht an und macht unter Hinweis auf sein Antwortfernschreiben vom 21. Januar 1974 geltend, er

2.07

habe nach Treu und Glauben die Willensäusserung der Beklagten als Verkaufsangebot verstehen dürfen. ...

3. a) Richtig ist, dass nach Art. 1 OR der Vertragsschluss vom Vorliegen übereinstimmender Willensäusserungen – und nicht vom wirklichen Willen der Vertragspartner – abhängt und dass diese Willensäusserungen nach dem Vertrauensgrundsatz auszulegen sind, indem massgebend ist, wie sie vom Empfänger in guten Treuen verstanden werden durften und mussten (BGE 101 II 331 E. 2, BGE 96 II 141 E. 2; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 188 und 195 f. zu Art. 1 OR). Auf Undeutlichkeiten und Unrichtigkeiten einer Willenserklärung kommt es aber nicht an, wenn der Empfänger sie so versteht, wie der Erklärende sie meinte (VON TUHR/PETER, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Zürich 1979, S. 288). Dem Empfänger steht somit der Nachweis offen, dass der Erklärende nicht von dem für ihn günstigen objektiven Sinn seiner Willensäusserung, sondern von einem andern, für ihn ungünstigeren Sinn ausgegangen ist; umgekehrt vermag der Erklärende den durch Auslegung ermittelten Sinn seiner Erklärung mit dem Nachweis beiseite zu stossen, dass seine Erklärung vom Empfänger nicht im verkehrsüblichen, sondern in einem für diesen ungünstigeren Sinn verstanden worden sei (SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 205 zu Art. 1 OR). Diese Überlegungen entsprechen dem Grundgedanken von Art. 18 Abs. 1 OR, wonach bei der Beurteilung eines Vertrages der übereinstimmende wirkliche Wille und nicht die unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise zu beachten ist. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz darf somit der innere Wille der Beklagten anlässlich der Abfassung ihres Fernschreibens vom 18. Januar 1974 nicht einfach als unerheblich übergangen werden.

b) Das Obergericht stellt fest, der Angestellte der Beklagten, F., sei «zugestandenermassen subjektiv von einem Verkaufswillen» der Beklagten ausgegangen. Dass er das englische «bidding firm» im Fernschreiben der Muttergesellschaft mit «Festgebot» übersetzt habe und trotzdem der Meinung gewesen sei, die Beklagte wolle verkaufen, zeige deutlich, dass er im Chemikalienhandel nicht derart erfahren gewesen sei, wie der Kläger es behaupte. Damit ist hinreichend klar festgestellt, dass die Beklagte, die sich unstreitig das Verhalten F.'s anrechnen lassen muss, bei der Abfassung ihres Fernschreibens vom 18. Januar 1974 verkaufen und nicht kaufen wollte. Noch klarer ergibt sich das aus dem erstinstanzlichen Urteil, auf welches das Obergericht verweist. Dort wird ausgeführt, die Beklagte selber gestehe ein, dass F. die englischsprachige Anweisung des Mutterhauses falsch verstanden habe. «In falscher Deutung eines Fernschreibens ihrer Muttergesellschaft» habe die Beklagte somit dem Kläger am 18. Januar 1974 die fragliche Menge Ätznatron verkaufen wollen.

c) Hat der Kläger das Fernschreiben der Beklagten vom 18. Januar 1974 so verstanden, wie es gemeint war, so ist der Vertrag nach dem Gesagten zustande gekommen; für eine Auslegung der beidseitigen Willenserklärungen nach Treu und Glauben besteht diesfalls von vornherein kein Raum mehr. ...

5. Steht somit fest, dass die Beklagte dem Kläger 2000 mt Ätznatron zu den aus den schriftlichen Erklärungen der Parteien sich ergebenden Bedingungen verkauft hat, so ... ist zu klären, ob sie sich zu Recht auf Irrtum beruft. Die Frage, ob und inwiefern sie sich geirrt habe, betrifft tatsächliche Verhältnisse und wäre an sich durch die Vorinstanz zu beantworten. Vom Bundesgericht zu prüfende Rechtsfrage ist aber, ob ein solcher Irrtum wesentlich im Sinne der Art. 23 und 24 OR sei. Vorliegend kommen

von vornherein nur die in Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1 und 4 aufgezählten Fälle des Irrtums in Betracht. Ein Erklärungsirrtum im Sinne von Ziff. 1 entfällt, weil die Beklagte zur Zeit des Vertragsschlusses die Chemikalien tatsächlich verkaufen wollte. Nichts zu ihren Gunsten ableiten kann sie auch aus dem Umstand, dass ihr Angestellter F. die Weisung des Mutterhauses, wonach dieses Ätznatron kaufen und nicht verkaufen wollte, falsch verstand. Das ist keineswegs eine erkennbare und notwendige Grundlage des von den Parteien geschlossenen Vertrages im Sinne von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR, sondern vielmehr ein unbeachtlicher Irrtum im Beweggrund gemäss Art. 24 Abs. 2 OR. Gleich verhält es sich auch hinsichtlich der Frage, ob die Beklagte über die verkaufte Ware je verfügt habe. Willensmängel scheiden in diesen Belangen somit aus.

## Bemerkungen

1. Das Bundesgericht bestätigt die Regel, dass es für das Zustandekommen eines Vertrags i. S. v. Art. 1 OR in erster Linie auf einen tatsächlichen Konsens ankommt und nur dann, wenn sich ein solcher nicht nachweisen lässt, auf einen normativen, nach Vertrauensprinzip ermittelten (I/Rn 3.47 ff./144). Im konkret beurteilten Fall stand fest, dass die Beklagte (bzw. ihr Angestellter F.) Ätznatron verkaufen und der Kläger solches kaufen wollte und daher von einem tatsächlichen Konsens auszugehen war. Dementsprechend kam das Vertrauensprinzip nicht zum Tragen, und für die Urteilsfindung war es von Vornherein unerheblich, wie der Ausdruck «Festgebot» unter den gegebenen Umständen (normativ) zu verstehen war. 2.08
2. F. hatte offenbar Vertretungsbefugnis (daher musste sich die Beklagte sein Vertragsverständnis zurechnen lassen). F. hätte allerdings den Vertrag nicht geschlossen, wenn er die Weisung des Mutterhauses der Beklagten richtig verstanden hätte, nämlich als Weisung zu kaufen (nicht: zu verkaufen). Er befand sich also in einem Irrtum, und zwar in einem Motivirrtum. Ein Erklärungsirrtum lag nicht vor, da seine Willenserklärung ja genau so verstanden wurde, wie er sie verstanden wissen wollte, nämlich als Verkaufsofferte. Anders hätte es sich verhalten, wenn er in Tat und Wahrheit hätte kaufen wollen und erklärt hätte, er wolle verkaufen. Ein solcher Erklärungsirrtum hätte die Beklagte zur Vertragsanfechtung berechtigt (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1 OR; vgl. BGE 45 II 433/Nr. 6; 105 II 23/Nr. 35). Weshalb der Motivirrtum des F. nicht wesentlich war und daher nicht zur Vertragsanfechtung berechtigte, scheint nicht ohne weiteres einsichtig. M. E. hätte der gegenteilige Schluss nahegelegen. 2.09
3. Im konkreten Fall hatte der Kläger nicht auf Erfüllung, sondern auf Ersatz des Nichterfüllungsschadens (Ersatz des positiven Vertragsinteresses) geklagt. Die Klage wurde vom Bundesgericht – wohl in Anwendung von Art. 107 Abs. 2 OR i. V. m. Art. 108 Ziff. 1 OR (der Entscheid spricht sich darüber nicht aus) – im Grundsatz gutgeheissen. Wäre ein wesentlicher Mo- 2.10

tivirrtum (Grundlagenirrtum) bejaht worden, hätte die Beklagte ebenfalls zum – ganzen oder teilweisen – Ersatz des Nichterfüllungsschadens verpflichtet werden können (Art. 26 Abs. 2 OR).

**(6) BGE 45 II 433**

Konsenstheorien (Willens- und Erklärungstheorie). – Erklärungsirrtum (Kauf von reinem Kalisalpeter statt eines Abfallprodukts davon).

## Sachverhalt

- 2.11 Die Klägerin (Verkäuferin), Inhaberin einer chemischen Fabrik, und die Beklagte (Käuferin), eine Handelsfirma, schlossen einen Kaufvertrag, welcher von der Klägerin durch Zuschrift vom 30. Oktober 1918 an die Beklagte wie folgt bestätigt wurde:

«Wir nehmen höflich Bezug auf unsere gestrige telephonische Unterredung mit Ihrem Herrn Kraft, wobei wir Ihnen zur Lieferung innert 14 Tagen verkauften: 2500/3000 kg Kalisalpeter, chemisch rein, keine pflanzenschädliche Bestandteile enthaltend, zu 5 Fr. 25 Cts. pro Kilo, in Fässern von circa 300 Kilos, welche zu 6 Fr. pro Stück berechnet werden, zahlbar netto Kassa bei Erhalt der Ware.»

Die Beklagte bestätigte am 2. November 1918 den Empfang dieser Zuschrift, ohne an deren Inhalt etwas auszusetzen. Als sie dann aber am 8./9. November die Rechnung im Betrage von 16881 Fr. 35 Cts. erhielt, wurde ihr bewusst, dass der Preis 100-mal höher war als erwartet. Die Rechnung betraf nämlich – gleich wie das Bestätigungsschreiben der Klägerin vom 30. Oktober 1918 – chemisch reinen und daher sehr teuren Salpeter, wie er in geringen Mengen zum Konservieren von Fleisch verwendet wird, wogegen die Beklagte ein weitaus billigeres, zum Düngen geeignetes Abfallprodukt erwerben wollte. Demgemäss hatte die Beklagte den Preis von Fr. 5.25 auf 100 kg Salpeter, und nicht, wie im Bestätigungsschreiben und in der Rechnung angegeben, auf *ein* kg bezogen. Umgehend schickte sie ihren Verwalter zu der Klägerin, um den Preis und die Rechnung «richtig stellen» zu lassen. Die Klägerin wollte jedoch von einer Richtigstellung nichts wissen. Sie machte geltend, von Düngsalpeter sei nie die Rede gewesen, sie habe angenommen, die Beklagte brauche den Kalisalpeter als Fleischkonservierungsmittel für sich und zur Abgabe an andere. Beide Parteien beharrten auf ihrem Standpunkt, worauf die Verkäuferin auf Erfüllung des Vertrags klagte. Das Bundesgericht gab – wie schon das Handelsgericht des Kantons Aargau als Vorinstanz – der Käuferin recht.

## Aus den Erwägungen

1. Es ist klar, dass wenn die Beklagte glaubte, sie schliesse einen Vertrag über Kalisal peter zu 5 Fr. 25 Cts. per 100 kg ab, während ihre Erklärung vom 2. November 1918, in Beantwortung des klägerischen Bestätigungsschreibens vom 30. Oktober, auf einen Preis von 5 Fr. 25 cts. per kg deutete, ein gültiger Kaufvertrag nicht vorliegt, nehme man an, dass die innere Willensübereinstimmung und damit nach Art. 1 OR eine Voraussetzung des Vertragsabschlusses gefehlt habe (Willenstheorie), oder dass zwar der Vertrag infolge der Übereinstimmung der Erklärungen zustande gekommen sei (Erklärungstheorie), aber ein wesentlicher Irrtum vorliege. Im letzteren Falle liegt das Wesentliche schon darin, dass der Irrtum sich als solcher über den Inhalt der Erklärung erweist, und nicht etwa die Beweggründe zu dieser betrifft. Aber auch die Bestimmungen von Art. 24 Ziff. 1 bis 4 OR würden zutreffen. Es kann in dieser Hinsicht auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden. Die falsche Vorstellung der Beklagten bezog sich auf die Beschaffenheit der wesentlichen Vertragselemente, in erster Linie der Kaufsache – die Beklagte wollte Kalisal peter kaufen, der vom Geschäftsverkehr als Düngemittel betrachtet und verwendet wird, nicht das vom Verkehr zu anderer Verwendung bestimmte, chemisch reine und deshalb viel teurere Produkt –; der Irrtum ist also namentlich auch ein solcher über den Wert der verabredeten Leistung, die Höhe des Kaufpreises, und er ist erheblich, da nach den Umständen anzunehmen ist, dass die Beklagte bei Kenntnis des wahren Sachverhaltes die angefochtene Erklärung nicht abgegeben haben würde (...).

2.12

2. Fragen kann sich danach ernstlich nur, ob die Beklagte sich wirklich im angegebenen Irrtum befunden habe. Die Vorinstanz hat indessen auf Grund des durchgeführten Beweisverfahrens diese Frage bejaht, indem sie ausführt, aus den von der Beklagten vor Aufgabe der Bestellung getroffenen Massnahmen (Erkundigung beim Bauernsekretariat, Ausbedingung der Pflanzenunschädlichkeit usw.) dürfe unbedenklich geschlossen werden, dass sie wirklich Kunstdünger zu kaufen beabsichtigt und auch zu kaufen geglaubt habe; durch diesen Irrtum über die Sache sei der andere über den Preis verursacht, denn es stehe fest, dass die Beklagte erst nach Erhalt der Faktur entdeckt habe, dass die von ihr versprochene Leistung sich mit ihrem wirklichen Willen nicht decke, indem sie für die 2500 bis 3000 kg Kalisal peter 5 Fr. 25 Cts. per kg versprochen habe, anstatt für je 100 kg. Man hat es hier mit einer für das Bundesgericht verbindlichen tatsächlichen Feststellung über den inneren Willen der Beklagten zu tun. ...

## Bemerkungen

1. Das Bundesgericht hat in E. 1 offengelassen, ob der Willens- oder der Erklärungstheorie zu folgen sei. Nach der ersten Theorie setzt der Konsens i. S. v. Art. 1 OR voraus, dass die inneren Willen der Parteien übereinstimmen, nach der zweiten kommt es auf die Übereinstimmung der Willenserklärungen an. Heute ist die Willenstheorie überholt. Auch das Bundesgericht stellt seit langem auf die Erklärungstheorie ab. Nach dieser Theorie war der Vertrag – so das Bundesgericht – zustande gekommen, jedoch wegen Erklärungsirrtums anfechtbar. Zustande gekommen war er, weil die Be-

2.13

klagte nach Treu und Glauben (Vertrauensprinzip) den Vertragswillen der Klägerin hatte erkennen müssen und der abweichende Vertragswille der Beklagten für die Klägerin nicht erkennbar war, daher normativ – entsprechend dem Vertragswillen der Klägerin – von einem Konsens über den Kauf von reinem Salpeter auszugehen war. Anfechtbar war der Vertrag, weil die Beklagte erwiesenermassen (E. 2) Düngesalpeter hatte kaufen wollen und nicht – wie objektiv erklärt – reinen. Dieser Irrtum war zweifellos wesentlich (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 2 OR, error in objecto). Entsprechendes gilt für den Irrtum hinsichtlich des Preises (der normativ abgemachte Preis war 100-mal höher als der gewollte), dieser war daher auch nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 3 erheblich (error in quantitate).

- 2.14 Das Bundesgericht hat nicht im Einzelnen dargelegt, weshalb – bei Zugrundelegung der Erklärungstheorie – von einem normativen Konsens auszugehen war. Evident war dies nicht. Vielmehr kann man sich mit guten Gründen fragen, ob nicht ein Dissens vorlag. Denn der Ausdruck Kalisalpeter ist für sich allein mehrdeutig (es kann sowohl Düng- als auch reiner Salpeter gemeint sein), und der Umfang der Bestellung (100 kg) hätte allenfalls bei der Klägerin Zweifel wecken müssen, ob die Beklagte tatsächlich reinen Salpeter meinte. Im Ergebnis hätte sich freilich auch bei Annahme eines Dissenses nichts geändert: Die auf Vertragserfüllung gerichtete Klage wäre ebenfalls abzuweisen gewesen.
- 2.15 2. Die Klägerin hatte nur auf Erfüllung des Vertrages (Zahlung des Kaufpreises gegen Lieferung der Ware) geklagt, nicht auch eventualiter auf Schadenersatz i. S. v. Art. 26 OR. Nach dieser Bestimmung hätte sie zumindest Anspruch auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses gehabt, denn der Irrtum der Beklagten war – wie praktisch jeder Erklärungsirrtum – ihrer Fahrlässigkeit zuzuschreiben (vgl. BGE 105 II 23/Nr. 35).

### III. Wesentliche Punkte

- 2.16 In der Praxis sind Streitigkeiten darüber, ob ein von den Parteien nicht geregelter Punkt in der einen oder anderen Hinsicht wesentlich ist, nicht selten und nicht immer einfach zu entscheiden. Im Folgenden sollen daher mehrere Entscheide zur Illustration herangezogen werden. Ausser Betracht bleiben vorderhand Entscheide zum Verhältnis von objektiver Wesentlichkeit und Formzwang – ein Verhältnis, das unterinstanzlichen Gerichten immer wieder Mühe bereitet, manchmal auch dem Bundesgericht (s. unten § 4 [Rn 4.01 und II.]).

**(7) BGE 119 II 347**

Mietvertrag: Entgeltshöhe als objektiv wesentlicher Punkt. – Rechtslage bei nicht rechtsgenügender Einigung über die Mietzinshöhe: Recht des Vermieters, die Sache jederzeit zurückzuverlangen; faktisches Vertragsverhältnis bis zur Rückforderung.

**Sachverhalt**

Der Sachverhalt ist im referierten Entscheid nicht wiedergegeben, er lässt sich jedoch aus den publizierten Erwägungen rekonstruieren, wenn auch nur rudimentär: Zwei Parteien, A und B, hatten sich auf die entgeltliche Überlassung einer Sache zum Gebrauch geeinigt und für die ersten sechs Monate der Gebrauchsdauer das Entgelt der Höhe nach bestimmt. Für die Zeit danach fehlte eine entsprechende Einigung. Offenbar gingen die Parteien davon aus, man werde sich später über die Entgeltshöhe einigen. Eine solche Einigung blieb aber aus, worauf A die von ihm zum Gebrauch überlassene Sache ohne vorgängige Kündigung zurückverlangte. Dazu war er – vorbehaltlich Art. 2 Abs. 2 ZGB – berechtigt, wenn die Einigung über die Entgeltshöhe zu den wesentlichen Vertragspunkten zählte und daher ein gültiger Mietvertrag nicht oder jedenfalls höchstens für die ersten sechs Monate zustande gekommen war (unten Rn 2.20).

2.17

**Aus den Erwägungen**

5. Obwohl eine längere Vertragsdauer auf unbestimmte Zeit beabsichtigt war, bestand ein Konsens über den Mietzins bloss für die ersten 6 Monate. Der Mietvertrag besteht über diese Anfangsphase hinaus nur dann weiter, wenn die Bestimmung der Mietsache und die grundsätzliche Einigung auf Entgeltlichkeit der Gebrauchsunterlassung als unentbehrliche Bestandteile (*essentialia negotii*) für das Zustandekommen des Mietvertrages genügen (OR-ZIHLMANN, N. 1 zu Art. 253 OR). Bei fehlender Einigung über die Höhe des Mietzinses ist der Vertrag, wenn diese Auffassung zutrifft, vom Richter nach Massgabe dessen, was die Parteien unter den gegebenen Umständen in guten Treuen vereinbart hätten, zu ergänzen (BGE 100 II 330 f.). Daraus ergäbe sich die vorliegend nicht umstrittene Konsequenz, dass die Auflösung des Vertrages einer Kündigung bedurfte.

2.18

a) Indessen ist die Rechtslage eine andere. Als Folge fundierter Kritik von JEANPRÊTRE (JdT 123/1975 I S. 610 ff.) und MERZ (ZBJV 112/1976 S. 99 ff.), die beide die Bestimmung oder Bestimmbarkeit des Mietzinses als essentiell betrachten und die Geltung eines den speziellen Regelungen für den Arbeitsvertrag, den Werkvertrag und den Auftrag (Art. 322 Abs. 1, Art. 374 und 394 Abs. 3 OR) entsprechenden allgemeinen Rechtssatzes (BGE 100 II 330 S. 331) verneinen, beschränkte das Bundesgericht in BGE 108 II 112 E. 4 S. 113 f. die Aussage über die Möglichkeit richterlicher Vertragsergänzung auf den Tatbestand bereits erfolgter Nutzung. In einem nicht publizierten Urteil vom 17. Juni 1985 i. S. P., E. I.2 äusserte es sich dann unmissverständlich da-

hin, dass sich die Parteien über die Höhe des Mietzinses einigen müssten und sich BGE 108 II 112 nur auf die bereits verflossene Gebrauchsdauer bezogen habe. Somit komme der Vertrag selbst bei grundsätzlicher Einigung auf entgeltliche Gebrauchsüberlassung und trotz begonnener Erfüllung nicht zustande und der Mieter habe keinen Anspruch auf weiteren Gebrauch der Mietsache. Daher wurde in jenem Fall das Ausweisungsbegehren des Vermieters geschützt und eine Erstreckung mangels eines Vertragsverhältnisses abgelehnt.

Von dieser Rechtsprechung wieder abzugehen besteht kein Anlass. Nach Ablauf der ersten Phase von 6 Monaten der Miete folgte keine zweite. Ob sie für die Zeit ab Februar 1992 einen Mietvertrag zu anderen Konditionen abschliessen wollten, konnten die Parteien frei entscheiden; sie müssen das Risiko eines Scheiterns der Vertragsverhandlungen auch dann tragen, wenn sie voreilig mit einer Einigung gerechnet und mit dem Vollzug begonnen haben. Fehlender Konsens lässt sich, wenn es um den Willen zur Begründung eines Vertragsverhältnisses überhaupt geht, auch nicht durch ein gerichtliches Urteil ersetzen.

## Bemerkungen

- 2.19 1. Das Bundesgericht hat sich zur subjektiven Wesentlichkeit der Mietzinshöhe nicht geäußert und die objektive Wesentlichkeit bejaht, Letzteres m. E. zu Recht. Zu Recht hat es die von den Verfechtern der Gegenauffassung befürwortete Analogie zu Art. 374 und 394 Abs. 3 OR abgelehnt. Denn beide Bestimmungen betreffen einfache Austauschverträge. Beim Mietvertrag aber handelt es sich um einen Dauervertrag. Bei einem solchen kann es dem Richter nicht zustehen, für die Zukunft rechtsgestaltend einen Vertrag zu schaffen, den die Parteien so nicht geschlossen haben. Das ergibt sich mittelbar aus Art. 320 Abs. 3 OR, wonach ein ungültiger Arbeitsvertrag von den Parteien bei deren Gutgläubigkeit so lange zu erfüllen ist, bis sich eine Partei auf die Ungültigkeit beruft. Mittelbar ist damit gesagt, dass der Richter nicht pro futuro die Geltung des Vertrags anordnen darf, wenn eine Partei nicht mehr gebunden sein will. Keinerlei Bedeutung hat im vorliegenden Kontext der vom Bundesgericht erwähnte Art. 322 Abs. 1 OR (die Bestimmung ist schlechterdings nicht einschlägig).
- 2.20 2. Die Parteien hatten einen Mietvertrag auf unbestimmte Zeit geschlossen. *Dieser* Mietvertrag war nicht gültig zustande gekommen. Fragen kann man sich lediglich, ob ein Vertrag wenigstens für die ersten sechs Monate, also die Zeit, für die eine rechtsgenügende Einigung über den Mietzins getroffen worden war, rechtsverbindlich zustande gekommen war. Das wird man bejahen müssen, wenn die Verbindlichkeit des Vertrags in keiner Weise von der späteren Einigung über die Entgeltshöhe abhängen sollte, also diese nicht subjektiv wesentlich war, oder die Parteien in jedem Fall zumindest für sechs Monate gebunden sein wollten. Andernfalls wird man annehmen

müssen, dass es an einem gültigen Vertrag von Anfang an mangelte und daher jede Partei – entsprechend Art. 320 Abs. 3 OR – ihre Leistung jederzeit verweigern konnte. Dass die Parteien den Vertrag in Vollzug gesetzt hatten, spricht wohl dafür, dass sie ihn jedenfalls für sechs Monate gelten lassen wollten und daher für diesen Zeitraum von einer entsprechenden Bindung auszugehen war. Diese Auffassung dürfte auch dem referierten Entscheid zugrunde liegen.

Unterstellt man, dass keinerlei vertragliche Bindung vorlag, so konnten beide Parteien die Rückabwicklung des Vertrags verlangen, also Rückzahlung des erbrachten Entgelts bzw. wertmässige Abgeltung der Gebrauchsüberlassung. Dabei handelte es sich m. E. um bereicherungsrechtliche Ansprüche, nach bundesgerichtlicher Ansicht hingegen um solche aus faktischem Vertrag, mithin um vertragliche (BGE 108 II 112/Nr. 58).

2.21

### **(8) BGE 41 II 252**

Kauf von Hanf mit Bestimmung des Preises nach dem Gewicht der Ware. – Dissens über die Art der Gewichtsberechnung (Versandgewicht oder Gewicht am Lieferort?). – Wesentlichkeit des Dissenses.

### **Sachverhalt**

Am 13. August 1913 fand zwischen den Parteien in Wohlen eine Besprechung über den Kauf von 2000 kg Strangen-Hanf durch die Kläger (Gebrüder Dreifuss) vom Beklagten (Schwegler) statt. Sie einigten sich auf die Lieferung von 2000 kg zu 9 Fr. per Kilogramm, netto 30 Tage, franko Wohlen, lieferbar in zwei Sendungen (erste Sendung von zirka 500 kg lieferbar im September, der Rest im Oktober und November 1913). Gleichen Tages schrieb der Beklagte an die Kläger:

2.22

«Gemäss unserer heutigen Absprache habe ich Ihnen zu liefern:

2000 Kg. Hanf in Strangen, prima courante Qualität, zum Preise von 9 Fr. netto 30 Tage, franko hier, Originalgewicht. Lieferung: bis zirka 500 Kg. im September, Rest von zirka 1500 Kg. nach Eintreffen im Oktober und November a. c. Zahlung per Anweisung auf 30 Tage netto nach Erhalt der Ware und Faktura.»

Die Kläger erwiderten sofort, dass das Originalgewicht (von Manila) bei ihnen nicht in Betracht kommen könne, sie müssten wie immer auf das bei der Ablieferung in Wohlen festzustellende Gewicht abstellen, wovon der Beklagte Vormerkung nehmen wolle. In der darauffolgenden Korrespondenz beharrten beide Parteien auf ihrem Standpunkt. Der Beklagte weigerte sich am 18. August 1913 endgültig, den Vertrag so zu halten, wie die Kläger ihn verstanden wissen wollten; gleichzeitig wiederholte er seine Offerte, die indessen von den Klägern mit der Begründung abgelehnt wurde, dass sie nie Hanf zu Originalgewicht kauften. Am 18. September kamen die Kläger auf

die Sache zurück, indem sie den Beklagten um Ablieferung der im September lieferbaren 500 kg ersuchten. Der Beklagte antwortete, es sei kein gültiger Vertrag zustande gekommen. Darauf setzte ihm der Vertreter der Kläger mit Zuschrift vom 24. September 1913 eine Frist zur Erfüllung bis Ende des Monats an, ansonst die Kläger ihn wegen Vertragsbruches auf Schadenersatz belangen würden. Da der Beklagte auf seiner Weigerung bestand, reichten die Gebrüder Dreifuss Klage ein, mit der sie Schadenersatz (Ersatz des entgangenen Gewinns) in Höhe von Fr. 7000.– geltend machten. Der Beklagte trug auf Abweisung der Klage an. Er machte insbesondere geltend, ein Vertrag sei mangels Einigung über das Gewicht der Ware (Originalgewicht oder Gewicht bei Ablieferung?) nicht zustande gekommen. Die Klage wurde vom aargauischen Handelsgericht abgewiesen. Eine von den Klägern beim Bundesgericht eingereichte Berufung<sup>3</sup> blieb erfolglos.

### Aus den Erwägungen

- 2.23 3. ... Die Vorinstanz stellt fest, der Beklagte habe gemeint, es handle sich bei der Gewichtsangabe um das Originalgewicht (von Manila), Jakob Dreifuss dagegen um das Effektiv- oder Ablieferungsgewicht (in Wohlen); weder das eine noch das andere sei erwiesenermassen genannt worden. Dieser Eindruck, den die Vorinstanz insbesondere aus der persönlichen Befragung der Parteien gewonnen hat, steht nicht im Widerspruch mit den Akten, noch mit der Erfahrung des Lebens. Denn da der Beklage ganz kurze Zeit nach der Besprechung, am nämlichen Tage, seine Auffassung über das massgebende Gewicht den Klägern mitteilte, ohne dass inzwischen etwas vorgefallen wäre, was eine Willensänderung seinerseits hätte bewirken können, so ist als natürlich anzusehen, jene Auffassung habe seinem Vertragswillen entsprochen; Preisschwankungen – konstatiert die Vorinstanz – haben ihm in der Zwischenzeit keine bekannt werden können; das zeigt auch die spätere Offerte des Beklagten vom 18. August 1913, die zum gleichen Preise von 9 Fr. per Kilogramm erfolgte und nur deshalb ausgeschlagen wurde, weil die Kläger prinzipiell nicht auf Grund des Originalgewichtes abschliessen wollten. In der Verhandlung vor dem Handelsgericht haben denn auch die Kläger ihre Bestreitung, dass der Beklage seiner Offerte vom 13. August 1913 das Originalgewicht zugrunde gelegt habe, fallen gelassen und nur in Abrede gestellt, dass er ausdrücklich jenes Wort brauchte.

Die Parteien waren also über die Art der Gewichtsbestimmung und damit über ein grundlegendes Element zur Bestimmung des Kaufpreises uneinig. Nun genügt die Nichtübereinstimmung des inneren Willens freilich nicht, um nach Art. 1 ff. OR den Nichtabschluss eines Vertrages anzunehmen. Allein es fehlt hier auch der – nur scheinbar vorhandene – äussere Konsens. Die Art der Gewichtsbestimmung ist in casu ein derart wesentlicher Bestandteil des Vertrages, dass, was nach Aussen erklärt wurde, nicht hinreichend war, um einen rechtsgültigen Kauf zustande zu bringen; dass der Dissens den Parteien selber verborgen war, ist unerheblich. Die Frage, ob das Original- oder das Effektivgewicht des Hanfes für den Kaufpreis massgebend sei, ist kein blosser Neben-

<sup>3</sup> Heute: Beschwerde in Zivilsachen.

punkt im Sinne von Art. 2 OR, sondern ein solcher, bei dessen bewusster Nichtregelung die Parteien das Geschäft überhaupt nicht abgeschlossen haben würden, also ein wesentlicher Punkt (vergl. OSER, Komm. S. 25, ferner S. 18 ff.; VON TUHR in Zeitschr. f. schw. R., N. F. 15 S. 289 ff.). Die Sache liegt auch nicht so, dass der Inhalt des Vertrages an sich klar und vollständig war, und nur in der Vorstellung des einen Kontrahenten eine unrichtige Auffassung geherrscht hätte. Dann wäre der Beklagte allerdings auf die Anrufung des Irrtums angewiesen. Allein so wie die gegenseitigen Willensäusserungen der Parteien lauteten, konnte gerade so gut das Gewicht am Versendungsort wie dasjenige am Ort der Ablieferung als massgebend betrachtet werden, zumal da die Käufer wussten, dass es sich um eine Distanzsendung handelte. Auch der Umstand, dass Frankolieferung vereinbart wurde, ändert daran nichts; denn diese Vereinbarung verweist gerade darauf, dass ein Transport stattfand, dass also zwei Orte für die Gewichtsbestimmung in Betracht kamen.

4. Die vorhandene Unbestimmtheit könnte nur durch die besonderen kaufmännischen Übungen gehoben werden, wie sie Art. 212 OR vorbehält, der von der Bestimmung des Kaufpreises mangels Abrede handelt. Das kantonale Urteil enthält aber eine kategorische Feststellung des Inhalts, es bestehe keine Usance, wonach Hanf regelmässig zu Effektivgewicht gehandelt werde; es fänden Abschlüsse mit beiderlei Gewichtsbestimmung (Original- und Effektivgewicht) statt; eine Regel existiere nicht, sodass von einer Vermutung zu Gunsten dieser oder jener Partei nicht gesprochen werden dürfe. ... [Diese] Erkenntnis [entzieht sich] der Überprüfung durch das Bundesgericht. ...

## Bemerkungen

1. Die subjektive Vertragsauslegung, welche auf Feststellung eines tatsächlichen Konsenses bzw. Dissenses gerichtet ist, beruht auf Beweiswürdigung, die – als Sachverhaltsfeststellung – der bundesgerichtlichen Überprüfung grundsätzlich, nämlich mit den Vorbehalten von Art. 97 und 105 BGG, entzogen ist (z. B. BGE 135 III 410 E. 3.2; 132 III 626 E. 3.1). Demgegenüber gehört die objektive Vertragsauslegung, welche auf Feststellung eines normativen Konsenses bzw. Dissenses gerichtet ist, zur Rechtsanwendung und kann damit vom Bundesgericht frei überprüft werden (Art. 95 lit. a BGG). Dabei ist es an die (tatsächlichen) Feststellungen der kantonalen Vorinstanz über die für die Vertragsauslegung massgeblichen Umstände mit dem gemachten Vorbehalt gebunden. Die besagten BGG-Bestimmungen waren zwar bei Erlass von BGE 41 II 252 noch längst nicht in Kraft, es galt jedoch inhaltlich dieselbe Rechtslage (Art. 63 Abs. 2 und 64 des ehemaligen Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege, OG).

2.24

2. Die Parteien waren sich einig, dass der Beklagte 2000 kg Hanf ab Manila zu liefern hatte und dass der Kaufpreis Fr. 900.– pro kg betrug. Hingegen hatten sie sich nicht darauf geeinigt, ob das Gewicht des Hanfs in Manila (zum Versand aufgegebene Menge) oder in Wohlen (hier eingetroffene Menge) für die Preisbestimmung massgeblich sein sollte. Jedenfalls fehlte

2.25

es an einem tatsächlichen Konsens. Nach Ansicht des Bundesgerichts fehlte es auch an einem normativen («äusseren») Konsens. Demgegenüber hatte die Vorinstanz einen solchen noch bejaht, und zwar im Sinne der Kläger (Einigung auf das Gewicht in Wohlen), jedoch dem Beklagten das Recht zugestanden, den Vertrag wegen Erklärungsirrtums anzufechten. Diese Auffassung wurde vom Bundesgericht verworfen, weil unter den gegebenen Umständen keine Partei auf eine bestimmte Art des massgeblichen Gewichts (Gewicht des Versendungs- bzw. Ablieferungsortes) habe schliessen dürfen. Da die Art der Kaufpreisbestimmung für die Parteien wesentlich war (s. sogleich Ziff. 3), war der Vertrag – wegen wesentlichen Dissenses – nicht zustande gekommen. Einer Vertragsanfechtung bedurfte es daher nicht. Diese Auffassung war für den Beklagten mit dem Vorteil verbunden, dass eine Haftung nach Art. 26 OR – anders als im Falle einer Irrtumsanfechtung – von vornherein ausschied.

- 2.26 3. Ein Dissens hindert, sofern er sich auf einen wesentlichen Punkt bezieht, das Zustandekommen des Vertrags. Andernfalls kommt der Vertrag trotz des Dissenses zustande; die damit verbundene Vertragslücke ist im Wege der Vertragsergänzung (I/§ 10) zu überbrücken. Im konkreten Fall hat das Bundesgericht angenommen, die Art der Kaufpreisbestimmung (Bestimmung nach dem Versandgewicht bzw. dem Gewicht bei Ankunft) habe zu den subjektiv wesentlichen Vertragspunkten gehört und daher das Zustandekommen des Vertrags gehindert (E. 3). Diese Auffassung traf zweifellos zu. Denn die Kaufpreisbestimmung ist für die Parteien – von Ausnahmefällen abgesehen (I/Rn 6.19) – subjektiv wesentlich und ein Ausnahmefall war vorliegend offensichtlich nicht gegeben, wie sich insbesondere aus dem Verhalten der Parteien nach Vertragsabschluss ergab (s. die entsprechenden Erwägungen des Bundesgerichts). Der Vertrag war somit nicht zustande gekommen.
- 2.27 An diesem Ergebnis hätte sich auch dann nichts geändert, wenn eine Übung in die eine oder andere Richtung bestanden hätte. Die gegenteilige Ansicht des Bundesgerichts (E. 4) lässt sich mit der Annahme, die Art der Kaufpreisbestimmung habe zu den subjektiv wesentlichen Punkten gehört, nicht vereinbaren. Denn *entweder* ist ein Punkt subjektiv wesentlich, dann muss sich der Konsens notwendig auch auf diesen Punkt beziehen, *oder* er ist es nicht, dann lässt sich ein allfälliger Dissens im Wege der Vertragsergänzung – u. U. mittels einer Übung – überbrücken. Eine Übung kann mit anderen Worten einen Dissens nur dort überwinden, wo deren Regelungsgegenstand nicht zu den subjektiv wesentlichen Punkten zählt.
- 2.28 4. Die Kaufpreisbestimmung ist in aller Regel auch objektiv wesentlicher Punkt eines Kaufvertrags (I/Rn 6.42). Anders nur dort, wo sich der Preis kraft objektiven Rechts bestimmen lässt, wie dies namentlich bei Bestehen eines Marktpreises (Art. 212 Abs. 1 OR) oder dort der Fall ist, wo das Ge-

setz für die Bestimmung des Preises auf eine Übung verweist (Art. 212 Abs. 3 OR). Beide Bestimmungen kommen allerdings nur dort zum Zuge, wo die Kaufpreisbestimmung keinen subjektiv wesentlichen Punkt betrifft (s. soeben Rn 2.27)<sup>4</sup>. Die vom Bundesgericht in E. 4 abgehandelte Frage, ob für die Preisbestimmung in Fällen, in denen die Parteien den Preis nach dem Gewicht bestimmen, jedoch die Frage offenlassen, wie sich ein Gewichtsverlust auf den Preis auswirkt, eine Übung bestand, hätte daher nicht beantwortet werden müssen. Sie hätte sich – wie bereits gesagt – nur gestellt, wenn die Preisbestimmung für die Parteien – entgegen der Regel – nicht subjektiv wesentlich gewesen wäre. Dies unterstellt, wäre eine allfällige Übung – nach Art. 212 Abs. 3 OR – beachtlich gewesen:

Art. 212 Abs. 3 OR betrifft zwar unmittelbar nicht die Preisbestimmung in Fällen, in denen sich der Preis nach dem Gewicht der verkauften Ware bemisst, die Ware während des Transports an Gewicht verliert und nicht geregelt ist, wie sich dieser Verlust auf den Preis auswirkt. Vielmehr betrifft er Fälle, in denen ein Preis für eine bestimmte Gewichtseinheit abgemacht ist (z. B. Fr. 3.50 für 1 kg Äpfel) und die Frage offengelassen wurde, ob sich dieser Einheitspreis nur auf die Ware oder auf die Ware inklusive Verpackung bezieht. Wenn jedoch das Gesetz für diesen Fall eine allfällige Übung zum Zuge kommen lässt, so ist sachlich nicht einzusehen, weshalb es sich im anderen Fall anders verhalten sollte. Hätte daher eine entsprechende Übung bestanden, wäre diese zum Zuge gekommen. 2.29

Ob man dieses Ergebnis durch extensive Auslegung von Art. 212 Abs. 3 OR (so offenbar der referierte Entscheidung) oder aber durch analoge Anwendung dieser Bestimmung – und damit Gesetzesergänzung (Art. 1 Abs. 2 ZGB) – erreicht, ist unter praktischem Gesichtspunkt nicht von Belang. Methodisch ist jedoch die erste Auffassung m. E. unhaltbar, steht also nur der Analogieweg offen. Ganz allgemein muss im Übrigen gelten, dass eine kaufmännische Übung für Kaufleute, die in dem von der Übung beherrschten Verkehrskreis tätig sind, unabhängig von einer einvernehmlichen Übernahme der Übung Geltung erlangt (vgl. BGE 50 II 13/Nr. 11 und unten Rn 2.44 ff.). 2.30

### (9) BGE 5A\_251/2010

Objektive und subjektive Wesentlichkeit des Baurechtszinses.

### Zusammenfassung des Entscheids

Frau X ist Eigentümerin eines Grundstücks, auf dem ein selbständiges und dauerndes Baurecht zu Gunsten der A. SA lastet. X und die A. SA setzten den Baurechtszins im November 1980 auf Fr. 13 740.– pro Jahr fest und sahen im öffentlich beurkundeten Vertrag überdies vor, dass dieser jährlich 2.31

<sup>4</sup> BASK/KOLLER, N 2 zu Art. 212 OR, mit Präzisierung.

an den Landesindex der Konsumentenpreise anzupassen sei. Im April 2001 trafen die Parteien eine neue Vereinbarung, in welcher der Baurechtszins auf neu Fr. 15 520.– festgesetzt wurde. Rund fünf Jahre später, im Oktober 2006, forderte Frau X von der A. SA Fr. 103 607.–. Dieser Betrag ergab sich aus der Differenz zwischen dem an die Teuerung angepassten Baurechtszins, wie er gemäss Vertrag vom November 1980 zu bezahlen gewesen wäre, und dem tatsächlich bezahlten – tieferen – Baurechtszins, wie er gemäss der Vereinbarung von 2001 zu bezahlen war. Frau X machte namentlich geltend, die Vereinbarung von 2001 sei nicht öffentlich beurkundet worden und daher wegen Verstosses gegen Art. 779a ZGB ungültig.

Die A. SA wies das Begehren zurück, worauf X beim Kantonsgericht Neuenburg Klage einreichte. Diese wurde abgewiesen. Eine beim Bundesgericht eingereichte Beschwerde in Zivilsachen hatte keinen Erfolg. Das Bundesgericht hat vorerst seine Rechtsprechung (BGE 113 II 402; 135 III 295) in Erinnerung gerufen, wonach bei Formbedürftigkeit eines Vertrags nicht der ganze Vertragsinhalt dem Formzwang unterliegt, sondern nur die objektiv wesentlichen sowie jene Punkte, welche subjektiv wesentlich und zudem vertragstypisch sind (E. 6.1.1). Mit Bezug auf den konkreten Vertrag hat es die objektive oder subjektive Wesentlichkeit des Baurechtszinses verneint (E. 6.3) und ist dementsprechend davon ausgegangen, dass die Zinsabrede nicht dem Formzwang von Art. 779a ZGB unterlag und daher auch die nachträgliche Zinsänderung nicht formbedürftig sein konnte (Art. 12 OR, wonach die Änderung eines *formbedürftigen* Punktes nicht ohne weiteres ebenfalls formbedürftig ist, kam von vornherein nicht zum Tragen).

## Bemerkungen

- 2.32 M. E. gehört der Baurechtszins zu den objektiv wesentlichen Punkten. Objektiv wesentlich sind – wie gesehen (Rn 2.03) – all jene Vertragspunkte, deren Regelung nicht dem Richter überlassen werden kann und die daher notwendig der Vereinbarung durch die Parteien bedürfen, soweit das Gesetz keine einschlägige Regel enthält. Was beim einen Vertrag im Gesetz geregelt ist, muss es bei einem anderen Vertrag nicht sein. Daher kann nicht in allgemeiner Weise gesagt werden, welche Punkte objektiv wesentlich sind. Wer beispielsweise eine Geldsumme einem andern zur Nutzung überlässt, braucht sich mit diesem nicht darüber zu einigen, ob ein Entgelt zu leisten ist oder nicht. Denn in dieser Frage hält das Gesetz eine Dispositivregel (Art. 313 OR) bereit (es liegt ein Darlehensvertrag vor). Anders verhält es sich hinsichtlich einer Gebrauchsüberlassung. Insoweit fehlt eine dem Art. 313 OR entsprechende Regel. Da es nicht dem Richter überlassen sein kann zu entscheiden, ob für die Gebrauchsüberlassung ein Entgelt geschul-

det ist oder nicht, müssen sich die Parteien in diesem Punkt einigen, ansonsten es an einem gültigen Vertrag fehlt (vgl. BGE 119 II 347 E. 5/Nr. 7). So viel lässt sich immerhin sagen: Bei Fehlen einer einschlägigen gesetzlichen Regel haben sich die Parteien darüber zu einigen, ob für eine bestimmte Leistung ein Entgelt geschuldet ist oder nicht, worin das Entgelt gegebenenfalls bestehen soll und nach welchen Kriterien sein Umfang zu bestimmen ist. Das Gesagte gilt m. E. auch beim Baurechtsvertrag. Die in Frage stehende Zinsänderungsabrede hätte daher – vorbehaltlich Art. 12 OR – der öffentlichen Beurkundung bedurft.

Nach Art. 12 OR erstreckt sich bei beurkundungsbedürftigen Verträgen<sup>5</sup> der Formzwang auch auf «jede Abänderung, mit Ausnahme von ergänzenden Nebenbestimmungen, die mit der Urkunde nicht im Widerspruche stehen». Änderungsklauseln, welche die Entgeltshöhe (hier: Höhe des Baurechtszinses) zum Gegenstand haben, können nicht als solche Nebenbestimmungen angesehen werden. Die Zinsänderung hätte daher der öffentlichen Beurkundung bedurft und die Klage – vorbehaltlich Art. 2 Abs. 2 ZGB – gutgeheissen werden müssen.

2.33

#### IV. Antrag und Annahme

##### (10) BGE 98 II 109

Vertragsabschluss unter Abwesenden. – Bestimmung der Annahmefrist nach Art. 5 OR.

##### Sachverhalt

Mit schriftlichem Vertrag vom 13. Mai 1969 stellte das Institut auf dem Rosenberg in St. Gallen (im Folgenden: das Institut) den amerikanischen Staatsangehörigen Ed. F. Kossova mit Antritt auf den 1. September 1969 als Gymnasiallehrer an. Ende Dezember 1969 kehrte Kossova für die Weihnachtsferien in die USA zurück. Mit einem mit «Washington, den 4.1.1970» datierten, am 5. Januar 1970 in Tacoma, Washington, aufgegebenen Luftpost-Expressbrief teilte Kossova seiner Arbeitgeberin mit, dass er wegen Grippeerkrankung den Dienst nicht am Mittwoch, 7. Januar, sondern erst «nächste Woche» (Woche vom 12.–18. Januar 1970) wieder antreten könne. Er fügte bei:

2.34

---

<sup>5</sup> Art. 12 OR bezieht sich unmittelbar nur auf die einfache Schriftlichkeit, analog jedoch auch auf die öffentliche Beurkundung (I/Rn 12.147).

«Sollten Sie aber leicht (leicht) einen Ersatz für mich finden, bitte lassen Sie mich telegraphisch verständigen, weil ich in dem Falle gerne in den USA bleiben würde; ich will aber meine Pflicht tun und wieder kommen.» (Unterschrift).

Dieser Brief traf am 8. Januar 1970 um 8.30 Uhr beim Institut ein. Noch am gleichen Tag fand es einen Ersatz für Kossova in der amerikanischen Staatsangehörigen Helge Fischer, welche zu jenem Zeitpunkt probeweise in einem Hotel in Liestal angestellt war, schloss mit ihr einen schriftlichen Dienstvertrag ab und reichte ein Gesuch um Bewilligung des Stellenwechsels ein. Am 13. Januar 1970 wurde die Bewilligung mündlich erteilt. Hierauf schickte das Institut dem Kossova umgehend ein Telegramm folgenden Inhalts an die von ihm angegebene Adresse in New York:

«Ersatz gefunden, Vertrag aufgelöst, Rückkehr nicht mehr erforderlich, Grüsse Gademann.»

Kossova trat am 11. Januar 1970 die Rückreise von der amerikanischen Westküste an und erhielt am 14. Januar auf dem Flugplatz von New York telefonisch Kenntnis vom Telegramm seiner Arbeitgeberin. Da er das Billett nach Kloten bereits besass, vor dem Rückflug stand und keine Möglichkeit mehr hatte, für das laufende Schuljahr in den Vereinigten Staaten noch einen Unterrichtsauftrag zu erhalten, kehrte er gleichwohl nach St. Gallen zurück. Als er am 15. Januar beim Institut den Dienst wieder antreten wollte, wurde ihm dies verwehrt. Hierauf klagte er gegen das Institut bzw. dessen Betreiberin (Institut auf dem Rosenberg AG) auf Zahlung des Lohnes für die Zeit vom 1. Januar bis 31. August 1970 im Betrag von Fr. 12015.60.–. Das Bezirksgericht St. Gallen sprach ihm lediglich Fr. 751.– nebst Zins für die erste Hälfte Januar 1970 zu und wies die Mehrforderung ab. Das Kantonsgericht St. Gallen bestätigte dieses Urteil. Das Bundesgericht schützte die Berufung<sup>6</sup> Kossovas und wies die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurück.

## Aus den Erwägungen

2.35 1. Die Parteien stimmen auch im Berufungsverfahren darin überein, dass das am 5. Januar 1970 in Tacoma (Washington) an die Beklagte abgesandte Luftpostschreiben des Klägers einen Antrag auf vorzeitige Auflösung des Dienstvertrages enthielt. Der Kläger macht indessen geltend, die Beklagte habe dieses Angebot nicht rechtzeitig angenommen, weshalb die gegenteilige Auffassung der Vorinstanz gegen Art. 5 OR verstosse.

a) Da der Kläger für die Annahme seines Antrages keine Frist gesetzt hatte, war er solange gebunden, bis die Antwort bei ordnungsgemässer und rechtzeitiger Absendung (Art. 5 Abs. 1 OR) bei ihm eintraf, wobei er rechtzeitige Ankunft seiner Offerte voraussetzen durfte (Art. 5 Abs. 2 OR). Der Vorinstanz ist darin beizupflichten, dass der Klä-

---

<sup>6</sup> Heute: Beschwerde in Zivilsachen.

ger angesichts der grossen Entfernung nicht mit einer rascheren Übermittlung seiner Offerte, die am 8. Januar 1970 um 08.30 Uhr bei der Beklagten eintraf, rechnen konnte. Auch ist mit dem Kantonsgericht davon auszugehen, dass die telegrafische Beförderung der Annahmeerklärung im Sinne des Gesetzes ordnungsgemäss war. Dabei kann offen bleiben, ob der Kläger vom Fernschreiben, das die Beklagte am 13. Januar, offenbar um 09.58 Uhr, aufgegeben hatte, erst am folgenden Tag Kenntnis erhielt. Diesen Umstand hätte der Kläger selber zu vertreten, da die Beklagte an die von ihm angegebene Adresse telegraphiert hatte.

b) Zu prüfen ist daher, welche Überlegungszeit der Kläger der Beklagten einräumen musste. Nach VON TUHR/SIEGWART, OR I S. 176, ist die Überlegungszeit nach Inhalt und Tragweite der Offerte sowie nach den persönlichen, dem Offerenten bekannten Umständen des Adressaten mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu bemessen. Ferner ist nach BECKER (1. Aufl. N. 3 zu Art. 5 OR) zu beachten, dass die Beantwortung innerhalb der geschäftsüblichen Zeit erwartet werden kann. Ähnlich äussern sich OSER/SCHÖNENBERGER (N. 6 ff. zu Art. 5 OR), jedoch mit dem Hinweis, dass der Sonntag in Geschäfts-sachen für die Bemessung der Frist ausser Betracht falle.

Wie die Vorinstanz feststellt, verstrichen zwischen dem Eintreffen des Angebotes bei der Beklagten – Donnerstag, den 8. Januar 1970, 08.30 Uhr – und der Absendung der fernschriftlichen Annahmeerklärung – Dienstag, den 13. Januar 1970 – 5 Tage, wovon 2 Tage auf ein Wochenende fielen. Die Beklagte musste aus dem Schreiben des Klägers vom 5. Januar 1970, obwohl ihr keine Frist angesetzt wurde, erkennen, dass der Kläger eine rasche Antwort erwartete. Er stellte darin seine Rückkehr zur Arbeit für die «nächste Woche», also für Montag, den 12. Januar 1970 in Aussicht. Auf eine kurze Befristung der Offerte deutete auch die Tatsache hin, dass er die Auflösung des Dienstvertrages nur für den Fall anbot, dass die Beklagte «leicht», d. h. ohne zeitraubende Abklärungen, einen Ersatz finden konnte. Sie durfte demnach das Ergebnis eines Arbeitsbewilligungsverfahrens nicht abwarten. ... Zudem wusste sie beim Vertragschluss mit Helge Fischer nur, dass der Kläger gemäss Brief vom 5. Januar 1970 die Arbeit am Montag, den 12. Januar wieder aufzunehmen beabsichtigte, und sie musste daher berücksichtigen, dass er vor seiner Abreise an der angegebenen Adresse Bescheid erwarten durfte. Die Annahmeerklärung vom 13. Januar war daher verspätet, und der Vertrag bestand weiter.

## Bemerkungen

1. Der Streit drehte sich um die Frage, ob der Dienstvertrag (heute: Arbeitsvertrag) vorzeitig durch vertragliche Übereinkunft (Aufhebungsvertrag) aufgelöst worden war. Traf dies nicht zu, hatte der Kläger Anspruch auf Ersatz des Lohnes bis zum ordentlichen Vertragsende, also bis zum Ablauf einer allenfalls fest vereinbarten Vertragsdauer bzw. bis zum Zeitpunkt, auf den der Vertrag ordentlicherweise gekündigt werden konnte (das war offenbar Ende August 1970), andernfalls stand ihm – entsprechend den kantonalen Urteilen – nur der Lohn bis zum Zeitpunkt der vorzeitigen Auflösung (Mitte Januar 1970) zu.

2.36

- 2.37 2. Der Kläger hatte der Beklagten für die Annahme seines Antrags auf vorzeitige Vertragsauflösung zwar keine bestimmte Frist gesetzt, aus seinem Schreiben vom 4. Januar 1970 ergab sich jedoch, dass er jedenfalls noch vor Beginn der Woche vom 12.–18. Januar 1970 über das Vertragsschicksal Bescheid haben wollte. Spätestens am 11. Januar 1970 fiel daher sein Auflösungsantrag und damit das Annahmerecht der Beklagten dahin. Die telegraphische Antwort der Beklagten vom 13. Januar 1970 war somit verspätet, ohne dass im Einzelnen geprüft werden musste, wann genau die Annahmefrist zu Ende gegangen war. Im Übrigen dürfte dies schon am 10. Januar der Fall gewesen sei:
- 2.38 Gemäss Art. 5 OR setzt sich die Annahmefrist bei einem Antrag unter Abwesenden und Fehlen einer vom Antragsteller gesetzten Annahmefrist aus drei Zeitabschnitten zusammen (I/Rn 7.37): der Zeit zwischen der Absendung des Antrags und dem mutmasslichen Eintreffen beim Antragsempfänger; einer den Umständen angemessenen Überlegungsfrist; der Zeit, welche die Übermittlung der Annahmeerklärung mutmasslich benötigt, wobei der Antragsteller von einer ordnungsmässigen Absendung ausgehen darf. Wo er eine bestimmte Art der Übermittlung vorgeschrieben hat, hat sich der Antragsempfänger an diese zu halten oder eine schnellere Übermittlungsart zu wählen.
- 2.39 In casu erfolgte der Antrag mittels Luftpost-Expressbrief. Dieser wurde am Montag, 5. Januar 1970, der Post übergeben und traf am Donnerstag, 8. Januar, 8.30 Uhr, beim Institut ein. Eine dreitägige Übermittlungsdauer darf wohl als üblich angesehen werden. Dies als richtig unterstellt, begann die Überlegungsfrist am 8. Januar. Bei deren Bemessung ist zu berücksichtigen, dass der Kläger die Vertragsauflösung davon abhängig machte, dass die Beklagte «leicht», d. h. ohne zeitraubende Abklärungen, einen Ersatz finden würde. Mehr als zwei Tage durfte sich daher die Beklagte für die Suche wohl nicht Zeit lassen. Spätestens am Morgen des 10. Januar 1970 (Samstag) musste somit die Annahmeerklärung abgesandt werden, und zwar telegraphisch, da diese Art der Übermittlung vom Antragsteller vorgeschrieben worden war. Die Bindung des Klägers an seinen Antrag auf vorzeitige Vertragsauflösung endete somit am Abend des 10. Januar 1970, wenn man davon ausgeht, dass die normale Laufzeit eines Telegramms damals höchstens einen halben Tag (12 Stunden) betrug<sup>7</sup>.
- 2.40 3. Wenn das Institut den Antrag Kossovas auf vorzeitige Auflösung des Dienstvertrags rechtzeitig annehmen wollte, blieb ihm keine Zeit, um die

---

<sup>7</sup> In BGE 50 II 13/Nr. 11 ist von einer normalen Laufzeit von 11 Stunden die Rede (s. unten Rn 2.41 und 2.42).

erforderliche Bewilligung für den Stellenwechsel Helge Fischers einzuholen. Es riskierte also im Falle rechtzeitiger Annahme des Antrags, zwischen Stuhl und Bank zu fallen, d. h. ohne Lehrer für die bis dahin von Kossova innegehabte Lehrerposition dazustehen. Dieses Risiko konnte das Institut nur durch Festhalten am Vertrag mit Kossova vermeiden. Warum es dies nicht getan hat (Unzufriedenheit mit den Leistungen Kossovas, Wunsch, Kossova entgegenzukommen usw.), lässt sich dem Entscheid nicht entnehmen.

### **(11) BGE 50 II 13**

Vertragsschluss unter Abwesenden. – Bestimmung der Annahmefrist mittels eines Handelsbrauches.

### **Sachverhalt**

Die Beklagte, eine in Baja (Ungarn) domizilierte Exportfirma für Eier, schickte der Klägerin, einer ebenfalls im Eierhandel tätigen Firma aus Basel, am 14. Juli um 10 Uhr 30 folgendes Telegramm: «Erlasse Offerte Kleinladung Kiste 35,000 ungarische Kronen, Dringzusage». Das Telegramm traf am gleichen Tage um 13 Uhr in Basel ein. Zwei Stunden später (15 Uhr) telegraphierte die Klägerin zurück: «Akzeptieren Kronen 35,000 franko Buchs.» Dieses Telegramm ist am 15. Juli um 9 Uhr 20 in Baja eingetroffen. In der Folge kam es zum Streit darüber, ob die Annahmeerklärung der Klägerin rechtzeitig erfolgt und damit ein gültiger Vertrag zustande gekommen sei. Die Beklagte stellte dies in Abrede und verweigerte die Lieferung der Eier, während die Klägerin den gegenteiligen Standpunkt einnahm und auf der Lieferung beharrte. Das Zivilgericht des Kantons Basel-Stadt ging in Anwendung von Art. 5 OR von einer verspäteten Annahme aus (die [telegraphische] Annahmeerklärung hätte seines Erachtens innert 11 Stunden bei der Beklagten eintreffen müssen). Anderer Auffassung war – ebenfalls in Anwendung von Art. 5 OR – das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt. Das Bundesgericht teilte diese letztere Auffassung.

2.41

### **Aus den Erwägungen**

2. [Es] ist davon auszugehen, dass es sich bei dieser am 14. Juli, 10 Uhr 30 morgens, in Baja telegraphisch aufgegebenen Offerte um eine unbefristete im Sinne von Art. 5 OR handelt, wonach der Antragsteller bis zu dem Zeitpunkt gebunden bleibt, «wo er den Eingang der Antwort bei ihrer ordnungsmässigen und rechtzeitigen Absendung erwarten darf.» Für die Berechnung dieses nützlichen Zeitraumes kann nun entgegen der Auffassung des Zivilgerichts jedenfalls dann, wenn es sich wie hier um Kaufleute handelt, nicht einseitig nur auf die normale Laufzeit eines Telegramms unter Hinzurechnung einer Überlegungsfrist und Aufgabe- u. Bestellzeit abgestellt werden. sondern es

2.42