Gerichtliche Rechtsanwendung bei Innominatverträgen

lic. iur.
Henk Fenners,
Assistent
am Lehrstuhl für Privatrecht
der Universität Fribourg

lic. iur.
Errol Küffer,
Assistent
am Lehrstuhl für Privatrecht
der Universität Fribourg

Das Recht der Innominatverträge ist vergleichbar mit einem grossen, unberechenbaren Meer. Überall befinden sich gefährliche Klippen der Lehrstreite. Die Vertragsparteien sind wie Seeleute einerseits auf möglichst grosse Freiheit aus, andererseits bei einem Sturm (sprich Vertragsstreit) auf einen Leuchtturm (eine klare Methode der Rechtsanwendung) angewiesen, der ihnen den Weg in einen sicheren Hafen weist. Ziel dieses Aufsatzes ist es, einen solchen Wegweiser für die gerichtliche Rechtsanwendung bei Innominatverträgen aufzustellen.

Bild: Keystone

A. Einleitung

Die Vertragsfreiheit bildet ein grundlegendes Prinzip des schweizerischen Vertragsrechts. Sie umfasst nicht nur die Partnerwahl-, Form- und Abschlussfreiheit, sondern beinhaltet auch die Inhaltsfreiheit. Diese erlaubt den Parteien, den Inhalt ihres Vertrages innerhalb der Schranken des Gesetzes beliebig festzulegen. Ein Aspekt der Inhaltsfreiheit ist die Typenfreiheit, wonach die Parteien nicht an die im Besonderen Teil des OR geregelten Vertragstypen (Nominatverträge) gebunden sind. Zulässig sind also auch Verträge, die sich den gesetzlich geordneten Verträgen nicht zuordnen lassen (Innominatverträge). Vor allem im Wirtschaftsleben wurden eine Reihe solcher neuartiger Vertragsarten entwickelt. Die Anerkennung der Innominatverträge wirft die Frage des anwendbaren Rechts auf. Die Suche nach einer Antwort bildet Gegenstand der nachstehenden Ausführungen.

Zunächst wird der Begriff des Innominatvertrags erläutert und von anderen Vertragserscheinungen abgegrenzt (B.). Danach folgt eine kritische Darstellung der verschiedenen Theorien und Methoden zur Feststellung der einschlägigen Rechtsnormen (C.). Zum Schluss werden die Ergebnisse in Form eines Stufenbaus des auf Innominatverträge anzuwendenden Rechts zusammengefasst («Fazit»).

B. Grundlagen

Unter den *Begriff Innominatverträge* fallen sämtliche Verträge, die weder im Besonderen Teil des OR (Art. 184–551) noch in einem Spezialgesetz[1] geregelt sind. Der Ausdruck Innominatvertrag (lat. innominatus = unbenannt) ist insofern irreführend, als es nicht auf die fehlende gesetzliche Benennung, sondern auf die fehlende Regelung im Gesetz ankommt. So hat das Gesetz zwar gewissen Verträgen wie z.B. dem Willensvollstreckungsvertrag (Art. 517 f. ZGB) oder Vorvertrag (Art. 22 OR) einen Namen gegeben, sie jedoch zu ordnen unterlassen.

Innerhalb der Innominatverträge werden gemeinhin *zwei Gruppen* auseinandergehalten.[2]

- Einerseits die gemischten Verträge, die Tatbestandselemente verschiedener Vertragstypen in sich vereinen. Die Kombination besteht nach der hier vertretenen Auffassung allerdings nur aus Elementen gesetzlich geregelter Verträge.[3] Als Beispiel kann der «Hauswartsvertrag» angeführt werden: Dieser stellt eine Mischung aus den Hauptleistungen der Miete (Überlassung einer Wohnung zum Gebrauch) und des Arbeitsvertrags (Erbringung der Hauswartsdienste) dar.

Der Ausdruck Innominatvertrag ist insofern irreführend, als es nicht auf die fehlende gesetzliche Benennung, sondern auf die fehlende Regelung im Gesetz ankommt.

- Andererseits die Verträge eigener Art (auch als Verträge sui iuris oder sui generis bezeichnet), die zumindest ein Element enthalten, das sich keinem gesetzlich geordneten Vertragstyp zuordnen lässt.[4] Zu diesen Verträgen gehören demnach all diejenigen Innominatverträge, die nicht als gemischte Verträge zu qualifizieren sind.

1 Spezialgesetzlich geregelt ist z.B. der Versicherungsvertrag: Er wird durch das Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908 (VVG) normiert.

2 Vgl. dazu WALTER R. SCHLUEP / MARC AMSTUTZ, in: HEINRICH HONSELL / NEDIM P. VOGT / WOLFGANG WIEGAND (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 2. Aufl., Basel 1996, N 6 ff., zu Einleitung vor Art. 184 ff. OR; WALTER R. SCHLUEP, Innominatverträge, in: SPR VII/2, Basel 1979, 763 ff. (771 f.); INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht (Allgemeiner Teil), 2. Aufl., Bern 2000, Nr. 3.16; PETER GAUCH / WALTER R. SCHLUEP / JÖRG SCHMID, Schweizerisches Obligationenerecht (Allgemeiner Teil), Band I, 7. Aufl., Zürich 1998, Nr. 252.

3 So auch GAUCH / SCHLUEP / SCHMID (zit. in Fn. 2), Nr. 252; PIERRE ENGEL, Contrats de droit suisse, 2. Aufl., Bern 2000, 740. Anderer Meinung sind u.a. SCHLUEP / AMSTUTZ (zit. in Fn. 2), N 7 zu Einleitung vor Art. 184 ff. OR, die zu den gemischten Verträgen auch Kombinationen aus gesetzlich geregelten und nicht geregelten Vertragsarten zählen.

4 Ein Innominatelement ist z.B. das Exklusivrecht des Alleinvertreters beim Alleinvertriebsvertrag.

Einige Innominatverträge sind heutzutage derart geläufig und standardisiert, dass sie als eigentliche (aussergesetzliche) Vertragstypen angesehen werden können. Solche *verkehrstypischen* Innominatverträge sind z.B. der Factoring-, der Leasing- oder der Franchisingvertrag. Andere gesetzlich nicht geregelte Verträge tragen individuelle Züge, so dass eine Standardisierung nicht vorliegt. Diese Verträge werden als *atypische* Innominatverträge bezeichnet.[5]

Von einem Innominatvertrag *abzugrenzen* ist zunächst der zusammengesetzte Vertrag (auch Vertragsverbindung oder Netzvertrag genannt). Dieser stellt keinen einheitlichen Vertrag, sondern eine Verbindung mehrerer selbständiger Verträge dar.[6] Als Beispiel kann der sogenannte Bierlieferungsvertrag genannt werden, bei dem die Brauerei eine Gastwirtschaft zu einem reduzierten Mietzins vermietet und im Gegenzug der Mieter sich zu einem langfristigen Bierbezug verpflichtet (Mietvertrag und Vorvertrag zu einzelnen Kaufverträgen). Aufgrund des tiefen Zinses bildet die Miete zwar eine wirtschaftliche Einheit mit dem Vorvertrag (bzw. den nachfolgenden Kaufverträgen), in rechtlicher Hinsicht sind die einzelnen Verträge indes auseinanderzuhalten.[7]

Ein Normmangel liegt bloss dann vor, wenn die Parteien nicht selbst Regeln gesetzt haben, anhand derer sich ein konkreter Vertragsstreit entscheiden lässt.

Nicht zu den Innominatverträgen zählen alsdann die sogenannt typischen Verträge mit Beimischung. Zwar enthalten auch sie ein atypisches Element, doch kommt diesem lediglich untergeordnete Bedeutung zu, so dass das Typenrecht der Hauptleistung den ganzen Vertrag beherrscht. In diese Kategorie gehört bspw. der Vertrag über die Vermietung eines Zimmers mit Reinigung: Das Putzen ist lediglich ein beigemischtes, typenfremdes Element innerhalb dieses Mietvertrags.[8]

C. Rechtsanwendung

Das hauptsächlichste Rechtsproblem, das die Innominatverträge aufwerfen, besteht darin, dass im Gegensatz zu den gesetzlich geordneten Verträgen *spezielle Gesetzesvorschriften fehlen.* Immerhin kommt der Allgemeine Teil des OR auf Innominat- und Nominatverträge in gleicher Weise zur Anwendung, wie dies für das französische Recht Art. 1107 Abs. 1 des Code civil trefflich zum Ausdruck bringt: «Les contrats, soit qu'ils aient une dénomination propre, soit qu'ils n'en aient pas, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent titre.» Der Normmangel ist also nicht allgemeiner, sondern vielmehr besonderer Natur.[9]

Ein Normmangel liegt jedoch bloss dann vor, wenn die Parteien nicht selbst Regeln gesetzt haben, anhand derer sich ein konkreter Vertragsstreit entscheiden lässt. Richtschnur für die Streitentscheidung bei Innominatverträgen bildet mit anderen Worten die vertragliche Regelung. Allerdings besteht die Vertragsfreiheit nur in den Schranken des Gesetzes: Gemäss Art. 19 Abs. 2 und Art. 20 Abs. 1 OR darf der Vertragsinhalt nicht unmöglich, unsittlich oder widerrechtlich sein. Ein Vertragsinhalt ist widerrechtlich, wenn er gegen zwingendes Recht, d.h. gegen unabänderliche Gesetzesvorschriften des Privatrechts oder gegen die öffentliche Ordnung verstösst.

Streiten die Parteien über den vereinbarten Inhalt des abgeschlossenen Innominatvertrags, so hat sich das Gericht bei der Rechtsanwendung an die in der Folge präsentierte Stufenfolge zu halten.

5 Vgl. statt vieler WILHELM SCHÖNENBERGER / PETER JÄGGI, Zürcher Kommentar, V. Band: Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1–529 OR), Teilband V 1a (Art. 1–17 OR), 3. Aufl., Zürich 1973, N 115 und 117 zu Art. 1 OR.

6 SCHLUEP / AMSTUTZ (zit. in Fn. 2), N 10 zu Einleitung vor Art. 184 ff. OR; THEO GUHL / ALFRED KOLLER et al., Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., Zürich 2000, § 40 N 19 ff.

7 BGE 25 II 373 ff. Siehe auch BGE 25 II 473 ff. und 38 II 552 ff. Anzumerken ist jedoch, dass in der Praxis die Abgrenzung der zusammengesetzten von den gemischten Verträgen durchaus Schwierigkeiten bereiten kann: vgl. etwa GUHL / KOLLER (zit. in Fn. 6), § 40 N 26 f. und BGE 41 II 105 ff. (Annahme eines gemischten Vertrags).

8 Beispiel nach EUGEN BUCHER, Obligationenrecht (Besonderer Teil), 3. Aufl., Zürich 1988, 20.

9 Statt vieler SCHLUEP (zit. in Fn. 2), 780; ERNST A. KRAMER / BRUNO SCHMIDLIN, Berner Kommentar, Band VI: Das Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilband: Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1–18 OR, Bern 1986, N 256 zu Art. 18 OR; BGE 103 II 102 ff. (104), E. 1.

I. Zwingendes Recht

Vorab ist festzustellen, ob auf den in Frage stehenden Innominatvertrag einschlägige zwingende Gesetzesnormen anwendbar sind.

Wenig Probleme verursachen dabei die *zwingenden Vorschriften* des öffentlichen Rechts, des Allgemeinen Teils des OR[10] und der sonstigen ohne Rücksicht auf den Typus anwendbaren Erlasse.[11] Der zwingende Charakter ergibt sich entweder bereits aus dem Wortlaut oder durch Auslegung der betreffenden Bestimmung.[12] Zudem gibt es im Privatrecht einige (wenige) zwingende ungeschriebene Rechtsgrundsätze, so z.B. die Möglichkeit der Beendigung von Dauerverträgen aus wichtigen Gründen.[13]

Die *zwingenden Bestimmungen des speziellen Teils des OR* geben dagegen besondere Probleme auf. Definitionsgemäss zeichnen sich die Innominatverträge gerade dadurch aus, dass bei ihnen eine spezifische gesetzliche Regelung fehlt. Gleichwohl kann (oder muss!) aber unter Umständen zwingendes Vertragstypenrecht auf Innominatverträge analog anwendbar sein,[14] wenn der Schutzzweck einer zwingenden Norm deren Anwendung auf den konkreten Innominatvertrag verlangt.[15] Eine Anwendung von zwingenden Normen des Besonderen Teils des OR drängt sich darüber hinaus dann auf, wenn ein Innominatvertrag geschlossen wurde, um eine unabänderliche Vorschrift eines Nominatvertrags zu umgehen.[16]

Die Lehre und Rechtsprechung haben sich bisher kaum zu dieser Problematik geäussert. Immerhin unterstellte das Bundesgericht einen Franchisevertrag den Schutzvorschriften des Arbeitsrechts (Art. 319 ff. OR), da «die Schutzbedürftigkeit der schwächeren Vertragspartei die sinngemässe Anwendung zwingender Vorschriften erheischen [kann], welche das Gesetz für verwandte Vertragstypen vorsieht».[17]

Einige Innominatverträge haben sich zu eigentlichen (aussergesetzlichen) Verkehrstypen entwickelt, andere weisen dagegen individuelle Züge auf, so dass eine Standardisierung nicht vorliegt.

II. Vereinbartes Recht

Falls kein zwingendes Recht Anwendung verlangt, hat das Gericht im Vertrag nach einer Regel zu suchen, die eine Antwort auf die konkrete Streitfrage gibt. Zu diesem Zweck muss der Vertrag ausgelegt werden. Bei der *Auslegung* von Innominatverträgen gelten dieselben Grundsätze wie bei den gesetzlich geregelten Verträgen.[18] Bei der Feststellung des vereinbarten Vertragsinhalts steht am Ausgangspunkt demnach die Frage, ob sich der wirkliche Wille der Parteien deckt (Art. 18 Abs. 1 OR). Lässt sich ein übereinstimmender wirklicher Wille nicht ermitteln, so kommt es auf den mutmasslichen Parteiwillen an. Dafür ist das Vertrauensprinzip heranzuziehen, das besagt, dass der Vertragswortlaut so zu verstehen ist, «wie eine Person (der Empfänger) einen wirklichen oder vermeintlichen Erklärungsvorgang nach den Umständen auffassen durfte und musste».[19]

10 Vgl. etwa Art. 21, 28 f., 34 Abs. 2 und 100 Abs. 1 OR.

11 Für Innominatverträge sind namentlich das Kartellrecht und Art. 27 ZGB von Bedeutung.

12 GAUCH / SCHLUEP / SCHMID (zit. in Fn. 2), Nr. 647; ERNST A. KRAMER, Berner Kommentar, Band VI: Das Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, Unterteilband 1a: Inhalt des Vertrages, Kommentar zu Art. 19–22 OR, Bern 1991, N 146 zu Art. 19–20 OR; PIERRE TERCIER, Des législateurs innommés, in: Innominatverträge, Festgabe für Walter R. Schluep, Zürich 1988, 45 ff. (48 f.).

13 BUCHER (zit. in Fn. 8), 241. Diese zwingende Natur wurde im Fall eines Alleinvertriebsvertrags (BGE 89 II 30 ff. [35 f.], E. 5a) und eines Lizenzvertrags (BGE 92 II 299 ff. [300 f.], E. 3b) ausdrücklich bejaht.

14 ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht (Allgemeiner Teil), Band I, Bern 1996, Nr. 620 f.

15 BGE 118 II 157 ff. (163 f.), E. 4; ähnlich HERBERT SCHÖNLE, Zürcher Kommentar, V. Band: Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1–529 OR), Teilband V 2a: Kauf und Schenkung, Erste Lieferung: Art. 184–191 OR), 3. Aufl., Zürich 1993, N 50 zu Vorbemerkungen zu 184–551 OR; zum Ganzen siehe SCHLUEP (zit. in Fn. 2), 793 ff.

16 ARTHUR MEIER-HAYOZ, SJK Nr. 1134, 4; ENGEL (zit. in Fn. 3), 738; SCHLUEP (zit. in Fn. 2), 779 f.; TERCIER (zit. in Fn. 12), 49.

17 BGE 118 II 157 ff. (163), E. 4.

18 Statt vieler SCHLUEP (zit. in Fn. 2), 796.

19 SCHÖNENBERGER / JÄGGI (zit. in Fn. 5), N 181 zu Art. 1 OR. – Vgl. zum Ganzen auch BGE 120 II 237 ff. (238), E. 4a; PETER GAUCH, Auslegung, Ergänzung und Anpassung schuldrechtlicher Verträge, in: PETER GAUCH / JÖRG SCHMID (Hrsg.), Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, Symposium zum Schweizerischen Privatrecht, Zürich 2001, 209 ff. (211).

Hinzuweisen ist auf die Bedeutung der *Verkehrsübung*, die sich bei verkehrstypischen Innominatverträgen in grossem Umfang entwickelt hat[20]: Einerseits kann diese zum vereinbarten Vertragsinhalt gehören, wenn die Parteien sie ausdrücklich oder stillschweigend übernommen haben. Andererseits kann die Verkehrsübung auch als «ergänzendes» Auslegungsmittel unklarer Vertragsbestimmungen dienen, soweit die Parteien sie im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses kannten oder hätten kennen müssen. Die Verkehrsübung hilft somit bei der Feststellung dessen, was nach dem Vertrauensprinzip die Vertragsparteien als objektiven Vertragsinhalt ansehen durften und mussten.[21]

Innominatverträge werden häufig unter Zugrundelegung von *Allgemeinen Geschäftsbedingungen* (AGB) abgeschlossen. Dabei handelt es sich um «Vertragsbestimmungen, die im Hinblick auf eine Vielzahl von Verträgen eines bestimmten «Typs» generell vorformuliert wurden».[22] AGB gehören allerdings nur insoweit zum vereinbarten Vertragsinhalt, als sie von den Vertragsparteien ausdrücklich oder stillschweigend (Art. 1 Abs. 1 OR) in den Vertrag übernommen worden sind. Ihre Auslegung erfolgt grundsätzlich in gleicher Weise wie diejenige der individuell ausgehandelten Vertragsbestimmungen.[23] Immerhin müssen bei global übernommenen AGB[24] einige besondere Regeln beachtet werden, namentlich die folgenden:

Bei der Auslegung von Innominatverträgen kommen dieselben Grundsätze wie bei den gesetzlich geregelten Verträgen zur Anwendung.

- die Regel von Art. 8 lit. b UWG, gemäss welcher in Innominatverträge einbezogene AGB insoweit unwirksam sind, als diese in irreführender Weise zum Nachteil des Vertragspartners verwendet werden und eine der Vertragsnatur erheblich widersprechende Verteilung von Rechten und Pflichten vorsehen,[25]
- die Ungewöhnlichkeitsregel, nach der eine ungewöhnliche, d.h. überraschende Klausel unverbindlich ist, sofern die zustimmende Partei mit ihr nicht gerechnet hat und auch nicht rechnen musste,[26]
- die Unklarheitenregel, wonach im Zweifelsfall Unklarheiten im Text zu Lasten des Verfassers gehen.[27]

Ergibt sich aus der Auslegung, dass der Vertrag keine eigene Regel zur Entscheidung des konkreten Streites bereithält, so weist der Innominatvertrag eine Lücke auf, die nach den nunmehr darzustellenden Grundsätzen der Vertragsergänzung ausgefüllt werden muss.

III. Vertragsergänzung

1. Verschiedene Theorien der Vertragsergänzung bei Innominatverträgen im Allgemeinen

In der Lehre haben sich in Bezug auf die Frage, wie Innominatverträge zu ergänzen sind, verschiedene Theorien herausgebildet. Die wichtigsten dieser Theorien sind nachfolgend dargestellt, wobei auch ihr Einfluss auf die Rechtsprechung untersucht wird.

a. Absorptionstheorie

Die Absorptionstheorie[28] geht davon aus, dass auf gemischte Verträge das Recht desjenigen gesetzlichen Vertragstypus, der im Vordergrund steht, einheitlich anzuwenden ist. Dementsprechend wird das Recht der untergeordneten Vertragsart «absorbiert».

20 Siehe SCHLUEP (zit. in Fn. 2), 798 ff.

21 SCHÖNLE (zit. in Fn. 15), N 54 zu Vorbemerkungen zu Art. 184–551 OR. Vgl. zum Ganzen mit je weiteren Hinweisen: BGE 94 II 157 ff. (159), E. 4b; PETER JÄGGI / PETER GAUCH, Zürcher Kommentar, V. Band: Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1–529 OR), Teilband V 1b (Art. 18 OR), 3. Aufl., Zürich 1980, N 404 ff. zu Art. 18 OR.

22 So GAUCH / SCHLUEP / SCHMID (zit. in Fn. 2), Nr. 1118.

23 BGE 122 III 118 ff. (121), E. 2a; 117 II 609 ff. (621), E. 6c. Zur Auslegung von AGB im Allgemeinen vgl. JÄGGI / GAUCH (zit. in Fn. 21), N 462 ff. zu Art. 18 OR.

24 Eine Globalübernahme liegt dann vor, wenn der Inhalt der AGB's von einer Vertragspartei nicht zur Kenntnis genommen, nicht überlegt oder nicht verstanden wird (GAUCH / SCHLUEP / SCHMID [zit. in Fn. 2], Nr. 1130).

25 Siehe GAUCH / SCHLUEP / SCHMID (zit. in Fn. 2), Nr. 1151 ff. (insbesondere Nr. 1153); SCHÖNLE (zit. in Fn. 15), N 61 in fine zu Vorbemerkungen zu Art. 184–551 OR.

26 Statt vieler KOLLER (zit. in Fn. 14), Nr. 1580 ff.

27 BGE 99 II 290 ff. (292 f.), E. 5; 119 II 368 ff. (373), E. 4b; SCHÖNLE (zit. in Fn. 15), N 62 zu Vorbemerkungen zu Art. 184–551 OR (mit weiteren Hinweisen).

28 Vgl. insbesondere PHILIPP LOTMAR, Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des deutschen Reichs, Band I, Leipzig 1902, 168 ff. und 686 ff.

29 BGE 94 II 167 ff. (169), E. 2 (Bei einem aus Hinterlegungsrecht und Auftrag gemischten Vertrag wendete das Bundesgericht ausschliesslich Auftragsrecht an, da der

Obwohl das Bundesgericht in einzelnen Entscheiden dieser Theorie gefolgt ist[29], führt sie zu einer undifferenzierten Zuordnung von Nominatrecht in Fällen «echter Mischung», die dadurch gekennzeichnet sind, dass keinem Element untergeordnete Bedeutung zukommt. Die Absorptionstheorie führt nur bei typischen Verträgen mit Beimischung zu einer adäquaten Lösung[30]: Solche Verträge stellen indes nach der hier vertretenen Meinung gar keine Innominatverträge dar. Diese Theorie ist daher abzulehnen.

b. Kombinationstheorie

Nach der Kombinationstheorie[31] sind die verschiedenen Nominatelemente eines gemischten Vertrages zu trennen und diese ihrer jeweils entsprechenden gesetzlichen Rechtsfolge zuzuordnen. Treten hierbei Normwidersprüche auf, so soll eine wertende Entscheidung getroffen werden.[32]

Von der Kombinationstheorie hat sich das Bundesgericht in seiner neueren Rechtsprechung zum Architekten-Gesamtvertrag leiten lassen.[33] Dabei spricht sich das höchstrichterliche Gremium für eine Spaltung der Rechtsfolgen aus, indem es die Planherstellung nach den werkvertraglichen und die Bauleitung nach den auftragsrechtlichen Regeln beurteilt.

Es spricht zwar einiges für die Anwendung dieser Theorie auf diejenigen gemischten Verträge, bei denen die Parteien Hauptleistungen aus unterschiedlichen Vertragstypen austauschen (sog. doppeltypische Verträge).[34] Generell vermag aber die Kombinationstheorie nicht zu überzeugen, zumal ein Vertrag mehr als die blosse Summe seiner Teile darstellt. Insofern ist SCHLUEP[35] beizupflichten, der das von der Kombinationstheorie praktizierte Verfahren, «die Sinneinheit [des Vertrags] in Elemente aufzulösen und ihnen 'Rechtsfolgestücke' sozusagen als mathematische Funktionen zuzuordnen», kritisiert und ablehnt.

Obschon die beschriebenen Theorien durchaus richtige Ansätze enthalten, vermag keine von ihnen das Problem der Vertragsergänzung abschliessend für alle Innominatverträge zu lösen.

c. Theorie der analogen Rechtsanwendung

Die Kritik an der Kombinationstheorie nahmen die Vertreter der Theorie der analogen Rechtsanwendung[36] auf: Nach ihnen stellen Verträge keine Summe aus einzelnen Tatbestandselementen mit je eigener Rechtsfolge dar, sondern sind vielmehr als «Organismen» anzusehen, deren Einheitlichkeit eine Unterteilung in einzelne Elemente verbiete.[37] Deshalb könne das Vertragstypenrecht nicht unmittelbar auf Innominatverträge Anwendung finden, jedoch bestehe die Möglichkeit einer analogen Anwendung.[38]

Die Gerichte haben die Methode der Analogie vereinzelt beigezogen. Anführen lassen sich vorab Entscheide, in denen die analoge Anwendung agenturrechtlicher Vorschriften auf den Alleinvertretungsvertrag zur Diskussion stand.[39] Darüber hinaus wurde – wie schon erwähnt – in einem bundesgerichtlichen Urteil ein Franchisevertrag den arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften sinngemäss unterstellt.[40]

«Schwerpunkt» bei der Dienstleitung der Bank lag); BGE 110 II 375 (378 f.), E. 1b (Gemäss Bundesgericht ist der Zahnbehandlungsvertrag selbst dann vollständig dem Recht des einfachen Auftrags zu unterstellen, wenn er auch werkvertragliche Elemente enthält); BGE 110 II 474 ff. (475), E. 3 (Nach bundesgerichtlicher Auffassung kam dem zu beurteilenden Automatenaufstellungsvertrag «vorwiegend mietrechtlicher Charakter» zu).

30 So auch SCHLUEP / AMSTUTZ (zit. in Fn. 2), N 13 zu Einleitung vor Art. 184 ff. OR; KRAMER (zit. in Fn. 12), N 77 zu Art. 19-20 OR.

31 Vgl. insbesondere HEINRICH HOENIGER, Vorstudien zum Problem der gemischten Verträge, Diss. Freiburg i.B. 1906.

32 Vgl. auch HEINRICH HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht (Besonderer Teil), 5. Aufl., Bern 2001, 20.

33 BGE 114 II 53 ff. (56), E. 3; 110 II 380 ff. (382), E. 2; 109 II 462 ff. (466), E. 3d. Vgl. auch BGE 115 II 474 ff. (478), E. 2c zu einem «Reiseveranstaltungsvertrag».

34 Ein Beispiel eines solchen Vertrags ist die Überlassung einer Wohnung zum Gebrauch (Hauptleistung der Miete) gegen Erbringung der Hauswartdienste (Hauptleistung des Arbeitsvertrags).

35 Zit. in Fn. 2, 802.

36 Vgl. insbesondere OTTO SCHREIBER, Gemischte Verträge im Reichsschuldrecht, in: Jehrings Jahrbuch 60/1912, 106 ff.

37 SCHREIBER (zit. in Fn. 36), S. 210; ähnlich nun auch BGE 118 II 157 ff. (162), E. 3a.

38 Vgl. zum Ganzen auch SCHLUEP / AMSTUTZ (zit. in Fn. 2), N 16 zu Einleitung vor Art. 184 ff. OR.

39 BGE 88 II 169 ff. (171), E. 7 (analoge Anwendung von Art. 418u OR abgelehnt); 89 II 30 ff. (33 f.), E. 2 und 60 II 335 f. (sinngemässe Anwendung von Art. 418q und 418r OR bejaht); siehe auch SJZ 77/1981, Nr. 35, 213 ff. (Zürcher Obergericht).

40 BGE 118 II 157 ff. (161 und 163 ff.), E. 2c in fine und E. 4.

Unseres Erachtens verdient die Theorie der analogen Rechtsanwendung insofern Zustimmung, als sie sich vom Zwang löst, den Innominatvertrag qualifizieren zu wollen, und stattdessen die Rolle des Analogieschlusses für die richterliche Rechtsfindung hervorhebt. Nicht weiter hilft die Theorie aber überall dort, wo die geforderte Analogiebasis fehlt, besteht doch vielfach keine Ähnlichkeit zwischen einem im Besonderen Teil des OR geregelten Sachverhalt und einem Innominat-Sachverhalt.[41]

d. Kreationstheorie

Im Gegensatz zu den soeben dargestellten Theorien orientiert sich die Kreationstheorie[42] bei der Rechtsanwendung auf Innominatverträge nicht am gesetzlich geregelten Vertragstypenrecht, sondern an Art. 1 Abs. 2 (und 3) ZGB. Zu prüfen ist zunächst, ob einschlägiges Gewohnheitsrecht besteht. Liegt solches nicht vor, so muss das Gericht selber eine generell-abstrakte Norm «kreieren».

Enthält der Vertrag für eine Frage, die sich bei der Vertragsabwicklung stellt, keine Antwort, hat das Gericht dispositives Recht des Allgemeinen Teils des OR anzuwenden, wenn dieses zum vereinbarten Vertragsinhalt passt.

Die Kreationstheorie bietet sich an, soweit sich ein Innominatvertrag zu einem aussergesetzlichen Verkehrstyp entwickelt hat. Keine Lösung hält sie aber für atypische Innominatverträge bereit. Für diese Fälle muss das Gericht nur eine für den konkreten Streitfall geltende Regel aufstellen und nicht im Sinn von Art. 1 Abs. 2 ZGB eine generell-abstrakte Norm setzen.[43]

e. Herrschende Lehre

Obschon die beschriebenen Theorien durchaus richtige Ansätze enthalten, haben die vorangehenden Ausführungen aufgezeigt, dass keine von ihnen das Problem der Vertragsergänzung abschliessend für alle Innominatverträge zu lösen vermag. Dies bestätigt auch die (bundesgerichtliche) Rechtsprechung, die – wie dargelegt – eine einheitliche Grundtendenz vermissen lässt.

Wir schliessen uns daher der (mittlerweile) herrschenden Lehre an, die vorschlägt, bei der Ergänzung von Innominatverträgen nicht nach irgendwelchen starren Theorien, sondern nach den allgemeinen Grundsätzen der Vertragsergänzung vorzugehen.[44] Das heisst: Die Regeln, die zur Lückenfüllung der gesetzlich geregelten Verträge entwickelt wurden, gelten gleichermassen für gesetzlich nicht geregelte Verträge.[45] Dadurch kann den Umständen des individuellen Vertrages besser Rechnung getragen werden.

Im Folgenden erläutern wir, was dies für die Ergänzung von Innominatverträgen konkret bedeutet.

2. Ergänzung von Innominatverträgen nach den allgemeinen Grundsätzen im Besonderen

Mit dem Entscheid für die soeben dargelegte herrschende Methode verlassen wir aber schon den «sicheren Boden» und kommen in eines der unzähligen «Minenfelder» des OR. Denn die Methode der Vertragsergänzung wird von einer dogmatischen Kontroverse über die Reihenfolge der Ergänzungsmittel beherrscht: Diese dreht sich um die Frage, ob bei der Lückenfüllung entweder dem dispositiven Gesetzesrecht oder einer am hypothetischen Parteiwillen orientierten, ergänzenden Vertragsauslegung der Vorrang zukommt. Die Vertreter der ergänzenden Vertragsauslegung[46] sprechen sich dafür aus, Lücken im Vertrag zunächst unter Berücksichtigung des darin bereits implizit niedergelegten Parteiwillens zu füllen; dieser Parteiwille ist wie gesagt ein hypothetischer

41 Vgl. auch SCHLUEP / AMSTUTZ (zit. in Fn. 2), N 16 zu Einleitung vor Art. 184 ff. OR.

42 Siehe insbesondere ROBERT GUGELMANN, Die Rechtsverhältnisse bei Geschäften gemischter Art nach schweizerischem Obligationenrecht, Diss. Bern 1942, Langenthal 1943, 57 ff., und EVA METZGER-WÜEST, Zur Form des Liegenschaftsabtretungs- und Verpfründungsvertrages, Berner Diss. 1970, Bern 1971, 82 ff.

43 Vgl. auch SCHLUEP / AMSTUTZ (zit. in Fn. 2), N 17 zu Einleitung vor Art. 184 ff. OR.

44 SCHLUEP / AMSTUTZ (zit. in Fn. 2), N 42 zu Einleitung vor Art. 184 ff. OR (mit weiteren Hinweisen).

45 GAUCH / SCHLUEP / SCHMID (zit. in Fn. 2), Nr. 1248; JÄGGI / GAUCH (zit. in Fn. 21), N 547 und 255 zu Art. 18 OR; KRAMER / SCHMIDLIN (zit. in Fn. 9), N 255 zu Art. 18 OR; BGE 107 II 144 ff. (149), E. 3.

46 ERNST ZELLER, Auslegung von Gesetz und Vertrag, Habil. Zürich 1989, 489; SCHLUEP / AMSTUTZ (zit. in Fn. 2), N 55 ff. zu Einleitung vor Art. 184 ff. OR; SCHWENZER (zit. in Fn. 2), Nr. 34.05; BUCHER (zit. in Fn. 8), 26 f.; MEIER-HAYOZ (zit. in Fn. 16), 7 ff.; KOLLER (zit. in Fn. 14), Nr. 597 ff., der aber im Zweifelsfall dispositives Gesetzesrecht anwenden will.

Das Gericht hat mit anderen Worten festzustellen, was die Parteien nach Treu und Glauben vereinbart hätten, falls sie die offen gebliebene Frage als regelungsbedürftig erkannt hätten.

a. Primat des dispositiven Rechts

Nach der hier vertretenen Auffassung ist indes vom Primat des dispositiven Rechts auszugehen, zumal die Bindung des Richters an das Gesetz (Art. 1 Abs. 1 ZGB) gebietet, dass er zunächst nach direkt anwendbarem Gesetzesrecht sucht.[47] Als solches kommen bei den Innominatverträgen nur die dispositiven Normen des Allgemeinen Teils des OR in Frage.[48] Eine unmittelbare Anwendung des gesetzlichen Vertragstypenrechts ist zum Vornherein ausgeschlossen.[49] Ausnahmsweise erhält eine bestehende Verkehrsübung den Rang von dispositivem Gesetzesrecht, soweit eine unmittelbar anzuwendende Norm auf sie verweist (wie z.B. in Art. 112 Abs. 2 OR).[50]

In ihrer praktischen Relevanz unterscheidet sich diese Lösung allerdings nicht gross von derjenigen, die der Ergänzung aufgrund des hypothetischen Parteiwillens den Vorzug einräumt[51], und zwar aus folgenden Gründen:

- Erstens entspricht die hier vertretene Lösung in der Regel auch dem (tatsächlichen oder hypothetischen) Parteiwillen, da die Parteien eine im Vertrag nicht geregelte Frage häufig dem dispositiven Recht überlassen wollen.[52]
- Zweitens hat das dispositive Recht bei Innominatverträgen eine eher untergeordnete Bedeutung, weil selbst eine dispositive Vorschrift des Allgemeinen Teils des OR nur Anwendung findet, falls sie mit dem übrigen Vertragsinhalt harmoniert.[53] Demnach muss das Gericht stets prüfen, ob eine an sich einschlägige Norm des Allgemeinen Teils «mit dem vereinbarten Vertragsinhalt zu einem widerspruchslosen Gesamtergebnis führt».[54] Falls die Gesetzesbestimmung nicht auf den konkreten Vertragsinhalt passt, kann sie den Vertrag nicht ergänzen.[55] So gilt beispielsweise die Beendigungsregel des Art. 107 ff. OR, die im Falle eines Schuldnerverzugs bei vollkommen zweiseitigen Verträgen eine ex-tunc Auflösung vorsieht, nicht für Dauerverträge, falls der Schuldner mit seiner Dauerleistung schon begonnen hat.[56] Da viele Innominatverträge Dauerverträge bilden (z.B. der Alleinvertriebs-, Leasing-, Factoring- oder Franchisingvertrag), sind bei ihnen die Art. 107 ff. OR nur selten anwendbar.[57]
- Drittens weist gelegentlich das dispositive Recht den Richter an, den Vertrag im Streitfall nach «der Natur des Geschäfts» – mit anderen Worten aufgrund des hypothetischen Parteiwillens – zu ergänzen.[58] Den Vorrang des dispositiven Rechts durchbricht beispielsweise die Regel von Art. 2 Abs. 2 OR: Gemäss dieser Bestimmung hat das Gericht die vorbehaltenen Nebenpunkte zum Vornherein «nach der Natur des Geschäfts zu entscheiden». Weitere Verweisungsnormen im Allgemeinen Teil des OR sind etwa Art. 75 («nach der Natur des Rechtsverhältnisses») und Art. 81 («nach den Umständen»).

Kann kein Gewohnheitsrecht ermittelt werden, ist die Vertragslücke mit Hilfe des Richterrechts entweder modo legislatoris oder gemäss dem hypothetischen Parteiwillen zu schliessen.

47 GAUCH / SCHLUEP / SCHMID (zit. in Fn. 2), Nr. 1254 f.; GAUCH (zit. in Fn. 19), 222 f.; JÄGGI / GAUCH (zit. in Fn. 21), N 503 und 529 zu Art. 18 OR; SCHÖNLE (zit. in Fn. 15), N 48 zu Vorbemerkungen zu 184–551 OR; SCHÖNENBERGER / JÄGGI (zit. in Fn. 5), N 65 zu Art. 2 OR; TERCIER (zit. in Fn. 12), 56 f. Auch die Rechtsprechung folgt überwiegend dieser Auffassung: BGE 107 II 144 ff. (149), E. 3; 115 II 484 ff. (488), E. 4b; ähnlich schon BGE 88 II 252 ff. (272), E. 6c.

48 Vgl. Fn. 9.

49 Statt vieler GAUCH / SCHLUEP / SCHMID (zit. in Fn. 2), Nr. 1251.

50 BGE 94 II 157 ff. (159), E. 4b; 91 II 356 ff. (358 f.), E. 2; JÄGGI / GAUCH (zit. in Fn. 21), N 522 zu Art. 18 OR (mit weiteren Hinweisen).

51 Vgl. GAUCH (zit. in Fn. 19), 223; SCHWENZER (zit. in Fn. 2), Nr. 34.04 in fine.

52 KRAMER / SCHMIDLIN (zit. in Fn. 9), N 231 zu Art. 18 OR (mit weiteren Hinweisen).

53 GAUCH (zit. in Fn. 19), 223 (mit weiteren Hinweisen).

54 So GAUCH / SCHLUEP / SCHMID (zit. in Fn. 2), Nr. 1255.

55 Vgl. KRAMER / SCHMIDLIN (zit. in Fn. 9), N 256 zu Art. 18 OR; MEIER-HAYOZ (zit. in Fn. 16), 8.

56 BGE 78 II 32 ff. (36 f.), E. 1b (bezüglich eines Alleinvertriebsvertrags); 97 II 58 ff. (65 f.), E. 7; SCHÖNENBERGER / JÄGGI (zit. in Fn. 5), N 565 zu Art. 1 OR (mit weiteren Hinweisen).

57 Für weitere Einschränkungen bei Dauerschuldverhältnissen siehe SCHÖNLE (zit. in Fn. 15), N 64 ff. zu Vorbemerkungen zu Art. 184–551 OR.

58 Statt vieler KOLLER (zit. in Fn. 14), Nr. 588 ff.

b. Gewohnheitsrecht

Enthält das dispositive Gesetzesrecht keine anwendbare Regel bereit, so stellt sich mit Blick auf Art. 1 Abs. 2 ZGB die Frage, ob die Vertragslücke mit Gewohnheitsrecht ausgefüllt werden kann. Dies wird jedoch äusserst selten der Fall sein, da dem Gewohnheitsrecht im schweizerischen Vertragsrecht nahezu keine Bedeutung zukommt.[59]

c. Vertragsergänzung durch das Gericht (Richterrecht)

Das dritte und letzte Ergänzungsmittel bildet die Vertragsergänzung durch das Gericht (Richterrecht); diese ist dadurch gekennzeichnet, dass das Gericht selbst eine Regel bildet und anhand dieser den betreffenden Streitfall entscheidet. Nicht zur richterlichen Vertragsergänzung gehören somit jene Tatbestände, in denen der Richter eine Vertragslücke durch dispositives Recht oder Gewohnheitsrecht schliesst.[60]

Die Methode, nach welcher das Gericht vorgeht, variiert je nach der konkreten Streitlage:

- Eine mittelbare Vertragsergänzung greift Platz, falls die zu entscheidende Frage keine individuellen Besonderheiten mehr aufweist. In solchen «verkehrstypischen Fällen» hat der Richter nach Art. 1 Abs. 2 und 3 ZGB – also «modo legislatoris» – vorzugehen und zunächst das lückenhafte Gesetz mit einer generell-abstrakten Regel zu füllen, die sich allerdings harmonisch in das Vertragsganze einfügen muss und die typische Interessenslage beim betreffenden Innominatvertrag berücksichtigt. Die so gebildete Regel verwendet er daraufhin zur (mittelbaren) Ergänzung des Vertrages.[61] Bei der sich auf Art. 1 Abs. 2 ZGB stützenden Rechtsfortbildung hat das Gericht bewährter Lehre und Rechtsprechung zu folgen (Art. 1 Abs. 3 ZGB). Dadurch kann mit der Zeit ein eigentliches «richterliches Vertragstypenrecht»[62] entstehen, das dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit (Voraussehbarkeit) und Rechtsgleichheit gut entspricht.[63] Im Rahmen dieser Vertragsergänzung kann das Gericht die Vertragslücke auch durch analoge Anwendung von Bestimmungen des Besonderen Teils des OR schliessen.[64] Dabei handelt es sich aber nicht um eine pauschale Zuordnung zum gesamten Recht des nächstliegenden Nominatvertrags, sondern um eine punktuelle Rechtsanwendung. Dieser Rückgriff auf Einzelanordnungen eines bestimmten Nominatvertrags ist zudem nur zulässig, wenn das Gericht die gesetzlich geregelte Rechtsfolge als sachgerechte Folge für den Innominatvertrag ansieht, da die Interessen der am Innominatvertrag typischerweise beteiligten Parteien im konkreten Punkt identisch sind mit denjenigen der Parteien des Nominatvertrags.[65]
- Weist der Vertrag hingegen individuelle, atypische Merkmale auf, so kommt die unmittelbare Vertragsergänzung zum Zug. Bei dieser ergänzt das Gericht nur den konkreten Vertrag, nicht jedoch das Gesetz. Nach (fast) einhelliger Auffassung hat es sich dabei am «hypothetischen Willen der Parteien» zu orientieren: Festzustellen ist das, was die Parteien als vernünftig und redlich handelnde Vertragspartner vereinbart hätten, wenn sie die zu entscheidende Frage als regelungsbedürftig erkannt hätten. Das Ziel einer solchen Ergänzung ist somit, eine Regel zu finden, «die nach dem Massstab von 'Recht und Billigkeit' (Art. 4 ZGB) der individuellen Besonderheit des konkreten Vertrages möglichst gerecht wird».[66] Der jeweilige Vertrag ist «nach der Natur des Geschäfts» (Art. 2 Abs. 2 OR), in Übereinstimmung mit dem von den Parteien gewollten Vertragszwecks, d.h. «individuell-konkret» zu ergänzen.[67]

d. Verkehrsübung

Abschliessend bleibt noch auf die Rolle der Verkehrsübung für die gerichtliche Vertragsergänzung hinzuweisen: Soweit eine einschlägige Ver-

59 Vgl. MEIER-HAYOZ (zit. in Fn. 16), 9; KRAMER (zit. in Fn. 12), N 73 zu Art. 19–20 OR.

60 Vgl. auch JÄGGI / GAUCH (zit. in Fn. 21), N 526 zu Art. 18 OR.

61 MEIER-HAYOZ (zit. in Fn. 16), 7; SCHLUEP / AMSTUTZ (zit. in Fn. 2), N 67 f. zu Einleitung vor Art. 184 ff. OR; ENGEL (zit. in Fn. 3), 745.

62 SCHLUEP (zit. in Fn. 2), 800.

63 Zum Ganzen siehe JÄGGI / GAUCH (zit. in Fn. 21), N 533 und 550 zu Art. 18 OR.

64 Dies wird in der Praxis oft gemacht: GAUCH (zit. in Fn. 19), 225.

65 JÄGGI / GAUCH (zit. in Fn. 21), N 551 zu Art. 18 OR; MARKUS BÜHLER, Der Fernunterrichtsvertrag, Diss. Zürich 1984, 168 (mit weiteren Hinweisen).

66 GAUCH (zit. in Fn. 19), 224; vgl. auch SCHLUEP / AMSTUTZ (zit. in Fn. 2), N 64 und 68 zu Einleitung vor Art. 184 ff. OR; PIERRE ENGEL, Traité des obligations en droit suisse, 2. Aufl., Bern 1997, 244.

67 Zum Ganzen vgl. JÄGGI / GAUCH (zit. in Fn. 21), N 498 ff. zu Art. 18 OR.

kehrsübung besteht, hat das Gericht gemäss der herrschenden Lehre grundsätzlich nach ihr zu entscheiden.[68] Dies wird mit der Vermutung begründet, dass bei verkehrstypischen Innominatverträgen eine bestehende Verkehrsübung am Besten dem «hypothetischen Parteiwillen» und der «Natur des Geschäfts» entsprechen würde. Aus diesem Grund verlange die Ausübung des pflichtgemässen Ermessens, dass das Gericht nach der Übung entscheide. Von der Verkehrsübung könne nur abgewichen werden, falls sie zusammen mit der vertraglichen Regelung nicht zu einem widerspruchslosen Gesamtergebnis führe oder falls sie gegen zwingendes oder dispositives Recht verstosse. Diese Ansicht erscheint uns aus verschiedenen Gründen problematisch: Zum einen vermischt sie Begriffe der mittelbaren und unmittelbaren Vertragsergänzung. Dadurch kann der Eindruck entstehen, dass auch bei verkehrstypischen Innominatverträgen die Vertragsergänzung durch Verkehrsübung der mittelbaren Vertragsergänzung modo legislatoris vorgeht. Nach der hier vertretenen Auffassung ist jedoch die Verkehrsübung nur (aber immerhin) ein Hilfsmittel für die Festlegung einer generell abstrakten Regel im Rahmen der gerichtlichen Vertragsergänzung modo legislatoris.[69] Zum anderen sind unseres Erachtens die Ausnahmen zu restriktiv: Das Gericht darf die Verkehrsübung nie unbesehen übernehmen, sondern muss sich stets fragen, «ob und inwieweit die Verkehrssitte den beteiligten Interessen gerecht wird» .[70] In der Praxis dient die Verkehrsübung oft primär den Interessen der wirtschaftlich stärkeren Partei. Eine solche Übung sollte nicht in richterliches Vertragstypenrecht umgesetzt werden, selbst wenn sie mit dem restlichen Vertragsinhalt harmoniert.[71] Schliesslich bleibt anzumerken, dass die Verkehrsübung nur dann zur Lückenfüllung herangezogen werden darf, wenn beide Vertragsparteien dem Verkehrskreis angehören, in dem sich die Übung entwickelt hat. hf

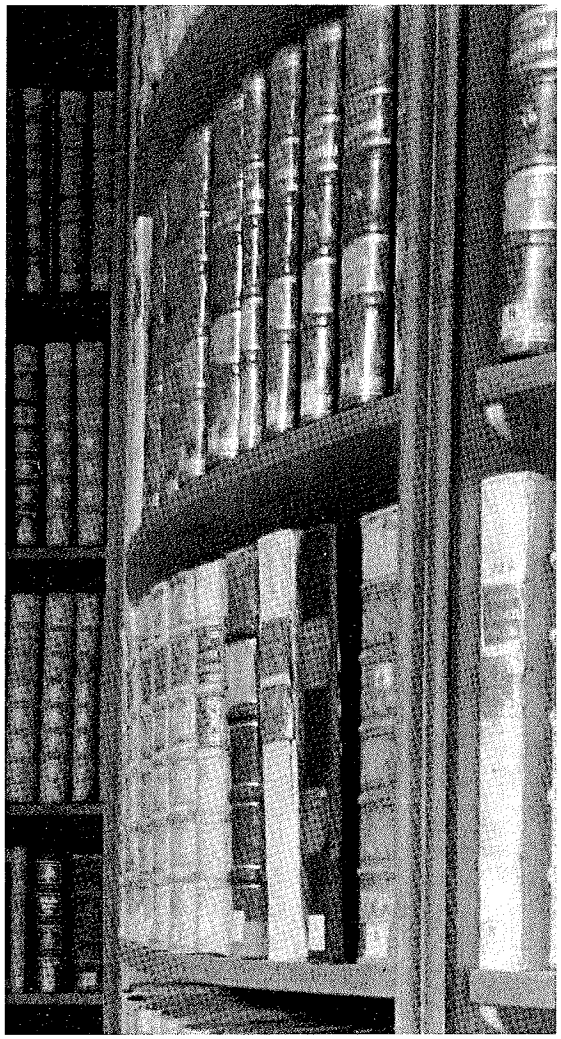

Bild: Keystone

FAZIT

Für die gerichtliche Rechtsanwendung bei Innominatverträgen gilt unseres Erachtens grundsätzlich folgender Stufenbau:

- Vorab hat das Gericht zwingendes Recht anzuwenden.
- Fehlt ein solches, ist das von den Parteien vereinbarte Recht (inklusive übernommene AGB) massgebend.
- Enthält der Vertrag für eine Frage, die sich bei der Vertragsabwicklung stellt, keine Antwort, hat das Gericht dispositives Recht des Allgemeinen Teils des OR anzuwenden, wenn dieses zum vereinbarten Vertragsinhalt passt.
- Fehlt eine (direkt) anwendbare dispositive Gesetzesnorm ist Gewohnheitsrecht heranzuziehen.
- Kann kein Gewohnheitsrecht ermittelt werden (was die Regel sein dürfte), ist die Vertragslücke mit Hilfe des Richterrechts entweder modo legislatoris (bei verkehrstypischen Innominatverträgen) oder gemäss dem hypothetischen Parteiwillen (bei atypischen Innominatverträgen) zu schliessen.

68 JÄGGI / GAUCH (zit. in Fn. 21), N 524 f. und 550 zu Art. 18 OR; KRAMER / SCHMIDLIN (zit. in Fn. 9), N 244 zu Art. 18 OR.

69 So auch BÜHLER (zit. in Fn. 65), 166.

70 BÜHLER (zit. in Fn. 65), 166.

71 So auch MEIER-HAYOZ (zit. in Fn. 16), 10, der darauf hinweist, dass eine Verkehrssitte auch eine Unsitte sein kann.