Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 58 (1939)

Artikel: Einige grundsätzliche Betrachtungen über die Auslegung und Ergänzung der Verkehrsgeschäfte

Autor: Oftinger, Karl

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896254

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 10.01.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

Einige grundsätzliche Betrachtungen über die Auslegung und Ergänzung der Verkehrsgeschäfte.*)

Von Dr. Karl Oftinger, Rechtsanwalt,
Privatdozent an der Universität Zürich.

I. Bedeutung und Wesen der Auslegung.

In John Galsworthys bekanntem Roman „The Forsyte Saga" spielt ein Streit zwischen einem Bauherrn und seinem Architekten eine gewisse Rolle. Der Architekt hat es abgelehnt, sich für die Inneneinrichtung eines Hauses eine genaue Kostengrenze vorschreiben zu lassen. Der Bauherr — übrigens ein Jurist — schreibt ihm darauf folgendes: „Ich wollte nicht sagen, daß es, wenn Sie die in meinem Brief genannte Summe um zehn oder zwanzig, ja selbst fünfzig Pfund überstiegen, zu irgendwelchen Schwierigkeiten zwischen uns kommen würde ... Sie haben freie Hand unter den Bedingungen dieser Korrespondenz, und ich hoffe, Sie werden einen Weg finden, die Einrichtung zu vollenden, wobei es, wie ich wohl weiß, schwer ist, absolut genau zu sein." Der Architekt erklärte sich damit einverstanden. Es braucht kaum gesagt zu werden, daß es zum Prozeß kam zwischen dem Architekten und dem Bauherrn und daß dabei die Frage der Auslegung dieser Briefstelle entscheidend war. Galsworthy war von Haus aus Jurist, einer aus der langen Reihe derer, die zur Literatur abgeschwenkt sind; kein Wunder also, daß er um die Schwierigkeit der Auslegung von Rechtsgeschäften wußte. Dies eine Beispiel, das wohl jeder Leser dieses Aufsatzes vermehren könnte, beleuchtet

---

*) Nach einem auf Einladung des Zürcherischen Juristenvereins am 17. November 1938 gehaltenen Vortrag.

die Wichtigkeit der Auslegung von Rechtsgeschäften. Sie hat in der schweizerischen Literatur[1]) gleichwohl keine sehr große Berücksichtigung gefunden; es mag deswegen angebracht sein, hier einige grundsätzliche Betrachtungen anzustellen, denen der Umfang und der Rahmen der vorliegenden Arbeit immerhin Schranken auferlegen.

Die Notwendigkeit der Auslegung ergibt sich zunächst daraus, daß die Sprache an sich ein bloß unzulängliches Ausdrucksmittel für die Gedanken ist; dazu kommt, daß sehr zahlreiche Menschen nicht imstande sind, sich ihrer derart zu bedienen, daß eine auch nur annähernd zutreffende Wiedergabe ihrer Gedanken entsteht. Sind mehrere Personen an einem Rechtsgeschäft beteiligt, also vor allem an einem Vertrag, so kommt noch die Gefahr dazu, daß jeder unter den gleichen Worten etwas anderes begreift, und endlich besteht das Risiko, daß nachträglich dem gesprochenen oder geschriebenen Wort absichtlich oder unabsichtlich ein anderer Sinn beigelegt wird als der ursprünglichen Meinung entsprechen würde. Die einzigen Gebiete, die diese Schwierigkeit nicht kennen,

---

[1]) von Tuhr, Allg. Teil des Schweiz. OR I S. 240; die Kommentare Oser-Schönenberger, Becker und Fick zu OR Art. 18, der letztere auch N. 37 f. vor Art. 1; Hafner zu altOR Art. 16; Egger N. 13 f. zu ZGB Art. 2; Burckhardt, Die Auslegung der Verträge, in ZBJV 71 S. 425; derselbe, Methode und System des Rechts (1936) S. 276.

Deutsche Literatur: Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, 3. A. (1911); Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft (1907); derselbe, Irrtum und Auslegung (1918); derselbe, Art. „Auslegung" im Handwb. der Rechtswissenschaft von Stier-Somlò und Elster (1926) I S. 428; von Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen bürgerlichen Rechts (1914) II 1 § 64; ferner die Kommentare zu BGB §§ 133 und 157, so diejenigen von Staudinger-Riezler I 10. A. (1936) und Soergel I 6. A. (1937).

Französische Literatur: die bekannten Traité Elémentaire de droit civil, 11. A. (1931) und Traité Pratique de droit civil von Planiol und Ripert; ferner Baudry-Lacantinerie-Bonnecase, Traité théorique et pratique de droit civil, Suppl. II (1925) Nr. 398 f.

sind die Mathematik und die Wissenschaften, die sich ihrer Ausdrucksweise bedienen, wie Physik, Chemie und Technik, weil sie über eindeutig definierbare und definierte Begriffe verfügen, die durch eindeutige Zeichen wiedergegeben werden.

In dem Gesagten ist auch schon das Wesen der Auslegung berührt worden: sie ist nichts anderes als die Feststellung des Sinnes einer Willensäußerung. Sie unterscheidet sich wesentlich von der philologischen oder der historischen Interpretation eines Textes, die allein ein historisches Ziel haben: den tatsächlichen Gedanken des Urhebers des Textes, die historische Wahrheit festzustellen. Anders die juristische Interpretation: sie erfolgt im Hinblick auf die rechtliche Bedeutung und Wirkung einer Willensäußerung; sie ist teleologisch gerichtet. Das Ergebnis kann deshalb u. U. erheblich von der historischen Wahrheit abweichen, wie noch näher zu belegen sein wird.

Die Auslegung als juristische Tätigkeit ist ferner abzugrenzen von der Subsumtion des Tatbestandes unter den Rechtssatz. Die Subsumtion kann erst erfolgen, wenn durch die Auslegung der Sinn der Willensäußerungen als Element des Tatbestandes feststeht. Die Subsumtion eines Tatbestandes unter OR Art. 184 z. B., und damit die Feststellung, daß der Käufer zur Bezahlung eines Kaufpreises verpflichtet ist, kann u. U. erst erfolgen, wenn auf dem Wege der Auslegung festgestellt worden ist, daß ein Vertrag überhaupt zustande gekommen und welches die Verpflichtung des Käufers ist. Es darf auch noch erwähnt werden, daß im Hinblick auf die Subsumtion die Bezeichnung, die die Parteien ihrem Geschäft gegeben haben, an und für sich keine entscheidende rechtliche Bedeutung hat; falsa demonstratio non nocet[2]). Sie ist

[2]) BGE 41 II 618; 50 II 531. Eine falsche Bezeichnung wird in der Regel unabsichtlich, gelegentlich aber auch aus Bequemlichkeit gewählt, so von Banken, um die Verwendung eines gebräuchlichen Formulars, eine bequeme Art der Buchung, die Abwicklung eines

höchstens als Indiz zu werten, das aber um so größere Wichtigkeit hat, je geschäftsgewandter die Parteien sind[3]).

Daß die Auslegung von Rechtsgeschäften sehr bedeutsam ist, hängt übrigens, rechtstheoretisch gesehen, mit dem Aufbau unseres Rechtssystems zusammen: es gibt der Privatautonomie Raum zur Gestaltung der menschlichen Beziehungen; das Mittel, dessen sich der Private zu diesem Zwecke bedient, ist das Rechtsgeschäft[4]). Für die Rechtsfolgen, die durch das Rechtsgeschäft erzeugt werden sollen, ist die Willensäußerung maßgebend; und deren Sinn festzustellen, ist, wie erwähnt, das Wesen der Auslegung. Die meisten Willensäußerungen sind sogenannte Willenserklärungen, bei denen man ausdrückliche und stillschweigende (oder konkludente) unterscheiden kann; häufiger sind die erstern, so daß die Auslegung sich meist auf Worte bezieht.

II. Generelle und spezielle Auslegungsregeln.

Wie verschiedene andere Zivilgesetzbücher, enthält das OR eine Generalnorm, die sich mit der Auslegung beschäftigt, Art. 18: „Bei der Beurteilung eines Vertrags sowohl nach Form als nach Inhalt ist der übereinstimmende wirkliche Wille und nicht die unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise zu beachten," usw. Der hier ausgedrückte Gedanke geht auf Papinian zurück: „In conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit."[5]) Die Vorschrift von OR Art. 18 ist natürlich nicht bloß auf Verträge anwendbar, sondern auf alle Arten von Rechtsgeschäften, also auch einseitige und mehrseitige, wie Vollmacht, Kündigung,

---

Geschäfts in den üblichen Formen des Geschäftsverkehrs oder des in Betracht fallenden Geschäftszweigs zu erzielen, vgl. BGE 41 II 635.

[3]) BGE 48 II 229.

[4]) Oftinger, Gesetzgeberische Eingriffe in das Zivilrecht, in ZSR 57 S. 496a.

[5]) D. 50, 16, 219.

Beschluß, Testament usw., gleichgültig, ob sie im OR oder im ZGB vorgesehen sind. So wenig eindeutig die Norm ist — auch sie bedarf, es klingt wie Ironie, der Auslegung —, so weist sie doch sofort auf das Hauptproblem der ganzen Lehre von der Auslegung: das Verhältnis von Wille und Äußerung. Mit welchem hat sich die Auslegung zu befassen?

Bevor hier angesetzt wird, noch eine Zwischenbemerkung: man pflegt die Gesetze, die wie das OR über die Auslegung nur eine Generalnorm aufweisen, den Gesetzen gegenüberzustellen, die wie z. B. der CC fr. (Art. 1156 f.), oder nach seinem Vorbild der CC it. (Art. 1131 f.), spezielle Auslegungsregeln enthalten, die konkrete Anweisungen über die Auslegung von Willensäußerungen geben. Diese Gegenüberstellung ist nur z. T. berechtigt; auch das schweizerische Recht kennt eine ganze Reihe spezieller Auslegungsregeln. Erwähnt seien nur OR Art. 76 f. für die Fristen, Art. 158 für das Angeld, Art. 159 für den Lohnabzug, VVG Art. 83 für die Begünstigungsklauseln in Versicherungsverträgen, OR Art. 992, 996, 1021 III und IV für den Inhalt von Wechselerklärungen. Die Auslegungsregeln des CC fr. — sie stammen übrigens, wie zahlreiche andere Vorschriften des CC, von Pothier, dem berühmten französischen Juristen des 18. Jahrhunderts[6]) — werden heute von der Doktrin mit einer gewissen Geringschätzung behandelt. „Elles ne soulèvent aucune difficulté et ne sont que de peu d'usage dans la pratique", schreibt ein bekannter Autor[7]). Das gleiche wird vielfach von den Auslegungsregeln behauptet, die sich da und dort in den Lehrbüchern und Kommentaren zum schweizerischen und deutschen Recht zusammengestellt finden. Ich glaube nicht, daß diese Auffassung richtig ist; die Auslegungsregeln beruhen auf einem großen

---

[6]) Planiol et Ripert, Traité élémentaire de droit civil, II Nr. 1181.

[7]) Planiol et Ripert a. a. O.; gleicher Meinung Staudinger-Riezler § 133 N. 17.

Schatz von Erfahrung und lassen sich ausnahmslos auf höhere rechtliche Prinzipien zurückführen, so daß sie gute Dienste zu leisten vermögen und m. E. sogar durchaus notwendig sind.

III. Buchstabeninterpretation.

Was bedeutet nun das Abstellen auf den wirklichen Willen, von dem in OR Art. 18 die Rede ist? Zunächst, so pflegt die Antwort zumeist zu lauten, daß die sogenannte Buchstabeninterpretation ausgeschlossen sein solle. Man versteht darunter das Abstellen allein auf den Wortlaut eines Rechtsgeschäfts, unabhängig von einem allfällig abweichenden, manifest gewordenen Willen. „Uti lingua nuncupassit, ita ius esto", sagte bekanntlich das Zwölftafelgesetz. „Ein streng formales Recht — schreibt Andreas Heusler — kennt keinen Gegensatz zwischen Willen und Wort und keine Möglichkeit eines Widerspruchs zwischen beiden. Denn der Wille kann nur aus dem Worte, das ihm Ausdruck gegeben hat, erkannt werden, und so ist auch nur das Wort maßgebend für den Rechtsinhalt des Gewollten und wird das Recht nur nach dem Wort bemessen: man wird nicht strenger behaftet, als das Wort reicht, aber man wird auch unnachsichtig beim Worte genommen"[8]). Die Buchstabeninterpretation entspricht einer primitiven Rechtsauffassung[9]); sie spielt denn auch in zahlreichen alten Märchen, Schwänken und sonstigen Geschichten eine große Rolle. Meist wird der Teufel oder ein als dumm dargestellter Riese überlistet, indem er beim engen Wortlaut eines Vertrags behaftet wird. Es sei nur an die bekannte Geschichte von der Erbauung der Teufelsbrücke[10]) erinnert (sit venia exemplo!), wo dem

---

[8]) Heusler, Institutionen des Deutschen Privatrechts (1885) I S. 60.

[9]) Jhering, Geist des Römischen Rechts (3. A.) 1875, II 2 § 44; Heusler a. a. O.

[10]) Vgl. Lienert, Schweizersagen und Heldengeschichten, 21. A., den Abschnitt „Der überlistete Teufel", S. 77-85, oder aus

Teufel als „Baulohn" der erste Passant der Brücke versprochen war; statt daß ein Mensch als erster sie beschritt, jagte man einen Ziegenbock darüber, mit dem sich der Teufel begnügen mußte. Auch die uralte Shylock-Geschichte von dem verpfändeten Pfund Menschenfleisch[11]) gehört u. a. hierher. Was auf dieser archaischen Stufe geübt wird, ist die malitiosa iuris interpretatio, wie sie Cicero nennt, die leicht als summum ius zur summa iniuria führt[12]). Der Betrug wurde legalisiert, meinte Jhering drastisch[13]). Auf der andern Seite darf nicht vergessen werden, daß dieser formalen Interpretation die hervorragend prägnante lateinische Rechtssprache zu verdanken ist, um die wir die Römer bei der Verschwommenheit der unsrigen beneiden können. In der Regel wurden denn auch Juristen zum Entwerfen der Vertragsurkunden beigezogen.

Kaum erwähnt zu werden braucht, daß der „wirkliche Wille" im Sinne des Art. 18 nicht etwa identisch ist mit dem sogenannten innern Willen, d. h. dem nicht manifest gewordenen Gedanken[14]); dieser spielt einzig bei der Berufung auf den Irrtum, soweit das Gesetz sie zuläßt, eine Rolle.

Mit der Ablehnung der Buchstabeninterpretation ist bloß eine negative Anweisung gewonnen; es ergibt sich

---

den Kinder- und Hausmärchen der Brüder Grimm die folgenden: „Das Mädchen ohne Hände", „Hans heiratet", „Die Nixe im Teich", Nr. 31, 84, 181 der Ausgabe von Max Hesses Verlag, Leipzig (1907).

[11]) Über die Herkunft dieser Geschichte Kohler, Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz, 2. A. (1919) S. 3 f.; Fehr, Das Recht in der Dichtung, S. 303.

[12]) Hierauf bezieht sich nämlich dieser zur Parömie gewordene Satz Ciceros, darüber Jhering a. a. O. Parallel zur Buchstabeninterpretation der Rechtsgeschäfte ging übrigens die Buchstabeninterpretation der Gesetze, Jhering a. a. O. S. 454; Dernburg, Pandekten 6. A. (1900) I § 34.

[13]) Jhering a. a. O.

[14]) BGE 28 II 276; 41 II 558; 64 II 290; ferner die in N. 34 aufgezählte Judikatur.

daraus noch nicht, wie positiv eine undeutliche Willensäußerung auszulegen sei.

IV. Methode der objektivierten Auslegung.

Nach der in der Schweiz herrschenden Auffassung[15]) hat sich die Auslegung nach verschiedenen Grundsätzen zu richten, je nachdem es sich um Verkehrsgeschäfte handelt oder nicht. Als Verkehrsgeschäfte — der Begriff ist eigentlich nur in diesem Zusammenhang von Bedeutung — sind zunächst die meisten Verträge des OR[16]) zu betrachten, ferner einseitige Rechtsgeschäfte, die sich an einen größern Interessenkreis wenden, wie Auslobung, Errichtung eines Wertpapiers, einer von verschiedenen Personen zur Kenntnis zu nehmenden Vollmacht usw. Hier soll nur von den Verkehrsgeschäften die Rede sein, und zwar bloß von einigen grundsätzlichen Fragen.

Es hat sich die Überzeugung durchgesetzt, daß es für den Verkehr unhaltbare Zustände zeitigen würde, wollte man in jedem Fall auf den wirklichen Willen abstellen, d. h. unbegrenzt den Nachweis gestatten, was sich die Parteien beim Abschluß des Rechtsgeschäfts vorgestellt hatten. Würde man anders entscheiden, so wäre ein ordnungsgemäßer Handel und Wandel vielfach verunmöglicht; denn immer dort, wo die eine Partei ein Interesse hätte an einer von der Auffassung der Gegenpartei abweichenden Auslegung, stünden sich zwei angeblich widersprechende Meinungen gegenüber, von denen jede als die dem „wirklichen" Willen entsprechende angepriesen würde. Es drängt sich deshalb eine andere Lösung auf, die folgendermaßen formuliert werden mag: Das

---

[15]) Statt verschiedener Egger, Komm. ZGB Art. 2 N. 13; von Tuhr OR I S. 241; Tuor, Komm. ZGB Vorbem. N. 15 vor Art. 481.

[16]) Keine Verkehrsgeschäfte sind die nicht gewerbsmäßigen Gebrauchsleihe und Hinterlegung, ferner die meisten Rechtsgeschäfte des Personen-, Familien- und Erbrechts.

konkrete Rechtsgeschäft ist so auszulegen, wie vernünftige, korrekte Leute die Willensäußerung unter den vorliegenden Umständen verstanden haben würden. Ich möchte dies die Methode der objektivierten Auslegung nennen. Das BGB kommt ihr näher als das OR; es hat wohl in § 133 eine unserm Art. 18 entsprechende Vorschrift, sagt aber in § 157: „Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern."

Über die Methode der Auslegung ist in verschiedenen Ländern eine beträchtliche Literatur[17]) entstanden. Der Willenstheorie steht die Erklärungstheorie, bzw. die Vertrauenstheorie gegenüber, einer subjektivistischen eine objektivistische Theorie, einer unrealistischen eine realistische Auslegung, die von ihren Gegnern als Rückfall in die Buchstabeninterpretation alten Musters gerügt wird[18]). Es ist nicht möglich, und wohl auch nicht notwendig, hier auf die Unterschiede der Auffassungen im einzelnen einzugehen; sie scheinen auch in der Doktrin überspitzter zu bestehen als in der Praxis, aus deren Resultaten sich, soweit ich sehe, in den verschiedenen Ländern nichts anderes abstrahieren läßt, als der soeben formulierte Grundsatz. Er bedeutet, genauer ausgeführt, soviel:

Die Frage der Auslegung ist eine rechtspolitische Frage. In thesi ist freilich der subjektive, wirkliche Wille der Partei als Moment, das für den Begriff des Rechtsgeschäfts grundlegend ist, der Ausgangspunkt wie für die Eingehung, so auch für die Auslegung des Rechtsgeschäfts. Fraglich ist nur, wieweit sich dies verwirklichen läßt und wie sich demgemäß das positive Recht dazu einzustellen

---

[17]) Vgl. die in N. 1 zitierte Literatur und die dort angegebenen Werke; als Zusammenfassung vor allem Manigk, Art. „Auslegung" im Handwb. der Rechtswissenschaft von Stier-Somlò und Elster (1926) I S. 428; ferner Baudry-Lacantinerie-Bonnecase in dem in N. 1 zitierten Werk.

[18]) So von Manigk im Handwb. a. a. O.

hat. Da zeigt sich nun, daß jede Partei damit rechnen muß, daß ihre Äußerung anders verstanden wird, als sie gemeint war; daß sich in der Art, wie sie verstanden wird, eine andere Meinung als die wirklich gehegte reflektiert. Die Partei muß damit rechnen, daß ihre Äußerung so und nicht anders verstanden wird, wie eben vernünftige und korrekte Leute eine solche Äußerung unter den gegebenen Umständen zu verstehen pflegen[19]). Daß nun hierauf und nicht auf die wirkliche Meinung abgestellt wird, ist die Antwort auf die gestellte rechtspolitische Frage, ob und inwieweit der wirkliche Wille bei der Auslegung berücksichtigt werden könne; denn es ist, wie schon erwähnt, mit der Rechtssicherheit nicht vereinbar, unbegrenzt den subjektiven Gesichtspunkt der sich äußernden Partei heranzuziehen. Es kann auch der Gegenpartei, dem Empfänger der Äußerung, nicht zugemutet werden, in jedem Einzelfall die Umstände zu erforschen, die den Erklärenden veranlaßt haben könnten, eine Meinung zu hegen, die aus seiner Willensäußerung und den sie begleitenden Umständen nicht erkennbar ist[20]).

Bei der Würdigung des geschilderten Auslegungsprinzips muß man scharf zwischen Methode und Ergebnis der Auslegung unterscheiden. Die Methode stellt nicht auf den wirklichen, sondern (man muß sich darüber durchaus klar sein) auf einen hypothetischen Willen ab, eben die Meinung, die sich im Verständnis vernünftiger und korrekter Leute unter den vorliegenden Umständen widerspiegelt[21]). Was diese als Sinn der Äußerung aufgefaßt haben würden, wird dem Urheber der Äußerung als Wille imputiert. Das Ergebnis dieser

---

[19]) In gleichem Sinne wohl Egger Art. 2 N. 13.

[20]) Egger Art. 2 N. 13; BGE 41 II 558/559.

[21]) Es handelt sich hier um eine Abstraktion, durchaus gleichwertig derjenigen, die mit dem Ausdruck des Verhaltens des bonus pater familias ausgedrückt wird (der immer wieder zu Ehren gezogen werden muß!).

Methode kann sich mit der Wirklichkeit, d. h. dem wirklichen Willen der sich äußernden Partei decken; das liegt im Wesen jeder Hypothese. Es kann aber auch vom wirklichen Willen abweichen, so daß sich u. U. eine Korrektur aufdrängt; sie wird in der Berufung auf einen Irrtum zu suchen sein, wovon noch zu sprechen sein wird. Die Unterscheidung zwischen Methode und Ergebnis der Auslegung hat ferner zur Folge, daß das Ergebnis, obwohl nach der objektivierten Methode gezeitigt, doch nicht etwa in jedem Fall der Anschauungs- oder Ausdrucksweise vernünftiger und korrekter Leute entsprechen muß, also objektiv vernünftig und korrekt zu sein hat. Die Auslegung kann ein davon durchaus abweichendes Ergebnis hervorbringen, sofern nur der entsprechende Wille zum Ausdruck gelangt ist; d. h. er muß in erkennbarer Weise geäußert worden sein, so daß vernünftige und korrekte Leute die Meinung haben verstehen können. Ob er dann vom Normalen abweicht, ist gleichgültig. Wenn z. B. zwei Parteien den gleichen Kaufgegenstand jede mit einem andern Wort bezeichnen, von denen das eine falsch angewendet ist (die eine Partei spricht von Türkis statt von Smaragd), so ist anzunehmen, es habe Übereinstimmung der Meinungen geherrscht, sofern die Auslegung nach der objektivierten Methode zeigt, daß beide Parteien wußten oder zum mindesten wissen mußten, was die andere Partei meinte. Dies, obwohl die Auslegung zeigt, daß eine falsche Ausdrucksweise verwendet worden war, was nicht gerade vernünftig ist.

Sehr oft wird es aber nach der objektivierten Methode nicht möglich sein, den wirklichen Willen in der eben geschilderten Weise herauszuschälen, weil er nicht erkennbar geworden ist. Hier wird nun der Auslegende schon aus psychologischen Gründen einen vernünftigen und korrekten Sinn der Äußerung annehmen, weil etwas anderes eben überhaupt keinen Sinn ergibt. In diesem Fall gehen Methode und Ergebnis der Auslegung ineinander über. Das ist jedoch kein Widerspruch zur vorigen Fest-

stellung, sondern liegt in der Natur der Sache begründet. Mit der Unterscheidung in Methode und Ergebnis der Auslegung wollte nur gezeigt werden, daß die Methode der objektivierten Auslegung nicht die Konsequenz hat, daß in jedem Fall das Ergebnis der Auslegung den Grundsätzen der Vernünftigkeit und Korrektheit entsprechen müsse, gleichgültig, ob eine andere Meinung der sich äußernden Partei erkennbar war. Nur dort, wo diese Meinung nicht erkennbar war, führt die Methode notwendig dazu.

Es ist deshalb auf die Unterscheidung großer Nachdruck gelegt worden, weil die Kontroverse zwischen Willens- und Erklärungstheorie, soweit ich sehe, vielfach auf einer Verwechslung von Methode und Ergebnis der Auslegung beruht[22]). Die Willenstheoretiker sträuben sich dagegen, daß das Ergebnis der Auslegung immer den Ideen der Vernünftigkeit und Korrektheit, oder anders ausgedrückt, der Billigkeit bzw. Treu und Glauben usw. entsprechen müsse, gleichgültig, was in Wirklichkeit die Meinung war. Aber das ist eben gar nicht die Konsequenz der Methode der objektivierten Auslegung; vielmehr kann, wie gezeigt, das Ergebnis auch ein unvernünftiges und sogar unkorrektes sein[23]), wenn auch natürlich eher selten. Denn maßgebend ist ja, was sich vernünftige und korrekte Leute unter einer konkreten Äußerung vorstellen, gestützt auf das, was ihnen erkennbar geworden ist. Darin besteht die Objektivierung der Auslegung.

Über den Grundgedanken der Auslegung herrscht,

---

[22]) Vgl. etwa Manigk im Handwb S. 439, der sagt, der Richter müsse den wirklichen Willen erforschen und als rechtserheblich anerkennen, auch wenn er nicht der Ansicht verständiger Menschen entspreche. Freilich muß er das, sofern der Wille eben für verständige (und korrekte) Menschen erkennbar war. Der objektivierende Gesichtspunkt greife nur ein, sagt Manigk weiter, wenn der innere Wille nicht festgestellt werden könne. Dann ist er eben nicht erkennbar geworden!

[23]) Das letztere freilich in den Schranken von OR Art. 19/20, bzw. ZGB Art. 2.

wie mir scheint, in der Schweiz weitgehend Übereinstimmung[24]). Insbesondere legt das Bundesgericht die Rechtsgeschäfte nach dieser Methode aus, ohne sie freilich in der vorhin geschehenen Weise zu kennzeichnen; das ist ja auch nicht seine Aufgabe. Immer dann, wenn die Gerichte sagen, eine Partei habe eine bestimmte Äußerung in der und der Weise verstehen müssen, dürfen oder können[25]), ist bewußt oder unbewußt in der geschilderten Weise vorgegangen worden. Oft wird allerdings unterlassen, dem Ergebnis den richtigen Platz zuzuweisen; man spricht immer noch von einem „wirklichen" Willen[26]), wo in Tat und Wahrheit ein hypothetischer geschaffen worden ist.

Es darf übrigens nicht übersehen werden, daß die Objektivierung der Auslegung schon durch die Lösung nahegelegt wird, die das OR der Frage der Voraussetzungen des Vertragsschlusses gegeben hat; nach OR Art. 1 braucht

---

[24]) Vgl. statt vieler BGE 41 II 558/559 und die in N. 25 erwähnte Judikatur; ferner von Tuhr, OR I S. 241; Oser-Schönenberger Art. 18 N. 2. A. M. Burckhardt a. a. O. in ZBJV 71 S. 434; für die deutsche Literatur vor allem Manigk im Handwb. S. 437; für die französische Literatur Baudry-Lacantinerie-Bonnecase in dem in N. 1 zitierten Werk.

Die hier vertretene Auffassung verleugnet, wie schon angedeutet, nicht, daß die Auslegung in ihrem theoretischen Ausgangspunkt eine historische Aufgabe ist, mit dem Ziel, den subjektiven, wirklichen, d. h. tatsächlichen Willen zu berücksichtigen. Davon verschieden ist aber die rechtspolitische Frage, inwiefern dies geschehen kann. Sie ist für die Verkehrsgeschäfte des schweizerischen Rechts in der soeben auseinandergesetzten Weise zu beantworten. Vgl. auch Burckhardt a. a. O. in ZBJV 71 S. 425, Organisation S. 8, Methode und System S. 276/277.

[25]) Zum Beispiel BGE 32 II 286, 386; 34 II 528; 37 II 44; 50 II 18; 51 II 281; 62 I 20; 64 II 277; ZBJV 70, 197.

[26]) Vgl. z. B. BGE 39 II 54. von Tuhr schreibt S. 241: „Bei Erklärungen an eine bestimmte Person muß als ‚wirklicher Wille' im Sinne von Art. 18 das gelten, was der Gegner nach den Umständen, die er bei Kenntnisnahme der Erklärung kannte oder kennen sollte, als den wirklichen Willen der Erklärenden auffassen mußte." Bei diesem Satz hebt ein Teil den andern auf.

es die Übereinstimmung der Willensäußerung und nicht der Willen. Das Abstellen auf einen „innern", d. h. nicht erkennbaren Willen ist dadurch kraft positiven Rechts mit guten Gründen abgeschnitten worden.

Die Objektivierung der Auslegung der Rechtsgeschäfte gehört in den Zusammenhang eines allgemeinen, dem Recht immanenten Prozesses, nämlich des unaufhörlichen Strebens nach einer Richtschnur, mittelst der sich Tatbestände beurteilen lassen. Wir finden diesen Prozeß immer und überall wieder: zunächst ruft die jeder Starrheit abholde Verfeinerung der heutigen juristischen Methoden der möglichst eingehenden Berücksichtigung der subjektiven Sonderheiten jedes Falles; das bewirkt jedoch sofort wieder eine Gegenströmung, indem die dem Recht innewohnende Notwendigkeit von allgemeinen Normen eine Objektivierung erheischt. So stoßen wir z. B. stets wieder auf die Neigung zur Objektivierung des Verschuldensbegriffs[27]). Oder die Praxis setzt dem vom Gesetz an zahlreichen Stellen dem Richter eingeräumten Ermessen Grenzen, arbeitet Grundsätze aus, nach denen sich das Ermessen mißt[28]); man denke an die Berechnung und Bemessung des Schadenersatzes, den Zuspruch von Genugtuungssummen, die Beurteilung der Sittlichkeit eines Rechtsgeschäfts, der Zerrüttung der Ehe usw. Ein primitives Recht ist geneigt, an die Tatsache der Schädigung die Schadenersatzpflicht zu knüpfen, ohne Rücksicht auf subjektive Momente; ein entwickelteres Recht wird aufs Verschulden abstellen, dann aber bei fortschreitender Gefährdung bestimmter Personen und Sachen und stän-

---

[27]) Vgl. dazu Oser-Schönenberger Art. 41 N. 65; Homberger, Haftpflicht ohne Verschulden, ZSR 49 S. 20a; C. Chr. Burckhardt, Die Revision des schweiz. OR in Hinsicht auf das Schadenersatzrecht, ZSR 22 S. 521 f; Strebel, Komm. MFG Art. 37 N. 108; Rümelin, Schadenersatz ohne Verschulden (1910) S. 18, 53.

[28]) Oftinger, Die Bedingungen hinsichtlich der Eheschließung des Bedachten in einer Verfügung von Todes wegen, ZBJV 71 S. 203 N. 1.

diger Komplizierung der Tatbestände wieder vom Verschulden absehen; kaum geschehen, wird wieder versucht werden, durch den Ausbau von Entlastungseinreden, der Lehre vom Kausalzusammenhang oder der Bemessung des Schadenersatzes eine Korrektur zu schaffen. Immer stehen sich die gleichen Tendenzen gegenüber: diejenige nach Berücksichtigung der Sonderheiten jedes Tatbestandes, also eine Subjektivierung — und diejenige nach Objektivierung, die aus dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit, nach Rechtsschutz, nach allgemeinen Regeln entsteht. Sie trägt jeweils den Sieg davon, weil sie mit dem normativen Charakter des Rechts zusammenhängt. Dasselbe wiederholt sich also hier bei der Auslegung: das Ergebnis ist die Methode der objektivierten Auslegung.

Aus ihrem Grundsatz lassen sich einzelne Auslegungsregeln gewinnen, die es erlauben, das allgemeine Prinzip im einzelnen anzuwenden; so kann je nach Umständen auf den objektiven Wortsinn, die Verkehrssitten, den Grundsatz von Treu und Glauben, die Vernünftigkeit im besondern abgestellt werden[29]).

Es ist einleuchtend, daß die Methode der objektivierten Auslegung Ergebnisse zeitigen kann, die eine beträchtliche Diskrepanz zum wirklichen, d. h. tatsächlichen Willen einer Partei bedeuten. Die Rechtsordnung kann sich dabei nicht beruhigen. Vielmehr steht der belasteten Partei jetzt, wie schon angedeutet, der Nachweis offen, daß ein Irrtum vorliegt[30]); die Berufung auf einen Irrtum ist die notwendige Korrektur des Grundsatzes der objektivierten Auslegung. Hier kommt nun im Rahmen des Beweisbaren der wirkliche, sogar der innere, Wille zur Geltung; bei Diskrepanz zwischen ihm und dem durch die

---

[29]) Der Verfasser behält sich vor, die einzelnen Auslegungsregeln, die sich aus Praxis und Doktrin des schweizerischen Rechts abstrahieren lassen, und ihre Anwendung auf die verschiedenen Verkehrs- und Nichtverkehrsgeschäfte zu gegebener Zeit darzustellen.

[30]) Vgl. BGE 39 II 55, ferner 34 II 327.

Auslegung festgestellten Sinn der Willensäußerung kann die Unverbindlichkeit des Rechtsgeschäfts bewirkt werden, sofern der Irrtum ein wesentlicher ist (OR Art. 23 f.). Damit wird ein Problem gelöst, das gelegentlich Schwierigkeit bereitet: das Verhältnis der Auslegung zur Geltendmachung eines Irrtums. Ist der Sinn von Willensäußerungen streitig, so hat primär die Auslegung zu erfolgen; sekundär erhebt sich die Frage des Irrtums. Durch die Auslegung wird der Sachverhalt abgeklärt, der Sinn der Willensäußerungen festgestellt; dadurch zeigt sich, ob eine Diskrepanz zwischen Wille und Äußerung vorliegt[31]). Es kommt naturgemäß vor allem ein Irrtum in Betracht, der auf einer latent vorhandenen Diskrepanz von Wille und Äußerung beruht; das sind die Tatbestände von OR Art. 24 Ziff. 1—3. Beruht dagegen der Irrtum auf einer fehlerhaften Willensbildung[32]), wie beim Grundlagenirrtum (OR Art. 24 Ziff. 4), dann fehlt zumeist der Zusammenhang mit der Auslegung[33]).

Hier mag auch das Verhältnis von OR Art. 18 zu Art. 1 besprochen werden, d. h. das Verhältnis der Frage, ob ein Vertrag zustande gekommen sei, zur Auslegung. Für das Zustandekommen des Vertrags verlangt das OR die Übereinstimmung der beiden Willensäußerungen, nicht etwa der beiden Willen; es ist schon darauf angespielt worden. Die Erklärungstheorie gilt also, in diesem Zusammenhang öfters auch als Vertrauens-

---

[31]) Die Auslegung kann auch dazu dienen, einen offensichtlichen Irrtum zu korrigieren, der der Gegenpartei bekannt war oder es sein mußte, wie Versprechen oder Verschreiben; die Geltendmachung eines Irrtums gemäß OR Art. 23 f. ist dann gar nicht mehr nötig.

[32]) Über den oft nicht genügend beachteten Unterschied dieser beiden Kategorien von Irrtum von Tuhr, OR I S. 250 f.

[33]) Für die Parteien wird sich im Prozeß folgendes Vorgehen empfehlen: prinzipiell verlangt oder verweigert man die Leistung (bzw. beantragt oder widersetzt man sich der Feststellung oder Gestaltung), welche die Auslegung gemäß der eigenen Auffassung voraussetzt; eventuell macht man Irrtum geltend.

theorie[34]) bezeichnet. Ob nun die Übereinstimmung der Äußerungen vorliegt, ist durch Auslegung festzustellen; auch wo dem Wortlaut nach eine Disharmonie besteht, kann u. U. auf dem Wege der Auslegung dargetan werden, daß in Wirklichkeit eine Harmonie der Äußerungen besteht, indem beiden Parteien der wahre Sachverhalt klar ist[35]). Wie beim Irrtum, so dient die Auslegung auch hier zur Abklärung des Tatbestandes, aus dem dann geschlossen werden kann, ob ein Vertrag zustandegekommen ist. Die Auslegung erschöpft sich aber allgemein nicht etwa hierin, sondern sie bezieht sich auch auf Punkte, deren Unklarheit das Zustandekommen des Vertrags nicht berührt, sondern sich auf den eigentlichen Inhalt der vertraglichen Abmachungen bezieht.

V. Mittel der Auslegung.

Die Frage, welches die Mittel der Auslegung sind, kann durch Theorie und Praxis als abgeklärt gelten. Es sind alle Umstände eines Falles heranzuziehen[36]); erst dann kann beurteilt werden, worauf für die Auslegung im

---

[34]) BGE 32 II 286, 386; 36 I 601; 42 II 130; 52 II 220; 57 II 287/288; grundlegend 34 II 528.

[35]) So in dem vorhin gegebenen Beispiel vom Türkis und Smaragd; vgl. auch von Tuhr OR I S. 167 N. 64. Umgekehrt kann die Auslegung zeigen, daß gar kein Vertrag zustande gekommen ist, weil kein Konsens derWillensäußerungen bestanden hat; so etwa, wenn ein Kaufmann bei einem Fabrikanten 100 Zentner Papier bestellt, der Fabrikant eine Bestellung von 100 Tonnen bestätigt. Zeigt die Auslegung, daß kein Verschrieb vorliegt, so fehlt der Konsens. Dazu Oser-Schönenberger Art. 18 N. 3, Art. 1 N. 25 f.

Die Auslegung kann auch den vorher verborgenen Umstand aufdecken, daß ein Ungültigkeitsgrund vorhanden ist, wie Unmöglichkeit, Widerrechtlichkeit, Unsittlichkeit; ein Eintreten auf die Frage des Willensmangels erübrigt sich dann. Vgl. auch BGE 57 II 284 f., wo Auslegung, die Frage des Zustandekommens des Vertrags (OR Art. 1), des Irrtums (OR Art. 23 f.) und der Gewährleistung (OR Art. 197 f.) zur Diskussion stehen.

[36]) Vgl. etwa BGE 50 II 537; 52 II 68; 64 II 212.

einzelnen abzustellen ist. Solche Umstände sind z. B. der wirtschaftliche Zweck des Geschäfts[37]), der vereinbarte Sprachgebrauch[38]), lokale Sprachgebräuche[39]), das soziale Milieu, allgemeine Geschäftsbedingungen einer Partei[40]), die bisherige Abwicklung des Geschäfts[41]) usw. Keinen Unterschied bedeutet es, ob formelle oder formlose Geschäfte auszulegen seien[42]); bei den formellen darf nicht etwa bloß berücksichtigt werden, was der Form teilhaftig ist. Nachherige Erklärungen der Parteien sind mit Vorsicht zu behandeln[43]); die Versuchung, nachträglich in eine Erklärung etwas hinein zu interpretieren, ist ja sehr groß und eine der Hauptursachen von Auslegungsstreitigkeiten. Einigen sich die Parteien nachträglich über eine streitige Auslegung, so entsteht ein neuer Vertrag, sofern nicht nachweisbar die ursprünglichen Willensäußerungen mit dem ursprünglichen Sinn wiederholt werden. Der neue Vertrag wirkt als solcher ex nunc und nicht ex tunc[44]), was für die Wirkung gegenüber Dritten wichtig ist. Der Vorgang unterscheidet sich dadurch von der sogenannten authentischen Gesetzesinterpretation, die rückwirkend ist.

Die Regel, es seien alle Umstände des Falles heranzuziehen, bedarf einer bedeutsamen Einschränkung: nur die der Gegenpartei erkennbaren Umstände dürfen berücksichtigt werden. Das ergibt

---

[37]) BGE 40 II 404; 41 I 94, 278; 62 I 20; CC fr. 1157/58.

[38]) Zum Beispiel die Verwendung eines Telegraphencode.

[39]) CC fr. 1159; vgl. ferner BGE 47 II 531; 50 II 110, 229 (diese Entscheide beziehen sich auf Testamente, doch ist das Prinzip allgemeingültig).

[40]) BGE 63 II 409 f.

[41]) BGE 35 II 74 f.; 40 II 393, 404, 416; vgl. auch Jagmetti, Une question de change en matière d'assurance-vie en France, in SJZ 22 S. 97.

[42]) BGE 31 II 92; 33 II 104.

[43]) BGE 40 II 416.

[44]) von Tuhr, Allg. Teil des bürgerlichen Rechts II 1 § 64, S. 548.

sich aus dem Prinzip der objektivierten Auslegung. Der Wille, der nicht in einer für die Gegenpartei erkennbaren Weise manifestiert worden ist, hat bloß die Bedeutung eines rechtlich irrelevanten Gedankens. Wenn z. B. ein Vertrag von einem Anwalt oder ein Vergleich von einem Richter redigiert worden ist, so ist unerheblich, was sich dieser gedacht hat, sofern es den Parteien nicht bekanntgegeben worden ist[44a]). Aus dem gleichen Grunde ist die Regel, daß alle Umstände heranzuziehen seien, nicht anwendbar auf Wertpapiere, namentlich Wechsel und Obligationen[45]), für die allein der Wortlaut maßgebend ist; außerhalb des Wechsels liegende Umstände sind für diesen belanglos[46]). Eine dem Wortlaut nach unvollständige Wechselerklärung ist nur dann gültig, wenn jeder ernstliche Zweifel über den Inhalt ausgeschlossen ist[47]). Ähnlich verhält es sich bei Vollmacht[48]), Prokura und Auslobung.

VI. Grenzen der Auslegung.

Die Auslegung als juristische Tätiggkeit vor allem des Richters hat ihre Grenzen. Sie sind folgendermaßen abzustecken:

1. Wie schon erwähnt, hat die Auslegung zu erfolgen, wo Zweifel über den Sinn von Willensäußerungen vorhanden sind. Ihre Aufgabe ist nicht etwa dahin aufzufassen, daß der Richter rechtsgeschäftliche Bestimmungen, über die kein Streit besteht, durch „Auslegung" abändern darf, weil sie ihm gegen den objektiven Wortsinn, die Verkehrssitte, Treu und Glauben oder die Vernunft zu verstoßen scheinen[49]). Die Frage der Abänderung

---

[44a]) Deshalb wohl unrichtig BGE 41 I 98.

[45]) BGE 54 II 269; 57 II 73; BlZR 36 Nr. 173.

[46]) 62 II 38. Vgl. auch die deutsche Auffassung, besprochen in Giurisprudenza comparata di diritto commerciale ecc., herausgegeben vom Istituto di studi legislativi, II (1938) S. 360 f.

[47]) BGE 37 II 219; 41 II 747.

[48]) BGE 58 II 160. Vgl. auch 49 II 208; 50 II 138.

[49]) Anders wohl zu Unrecht BGE 22, 144.

von Rechtsgeschäften durch den Richter hat in diesem Sinn mit der Auslegung nichts zu tun; hier sind besondere gesetzliche Bestimmungen maßgebend, wie OR Art. 163, 373 II, 417, bzw. die Frage, welches der Einfluß veränderter Verhältnisse auf bestehende Verträge sei[50]).

2. Ist es unmöglich, mit Hilfe aller bekannten Auslegungsregeln und unter Heranziehung der Mittel der Auslegung ein sicheres Resultat zu erzielen, dann ist die betreffende Willensäußerung wirkungslos, weil die vom Gesetz verlangte Manifestation des Willens fehlt.

VII. Ergänzung.

Das Wesen der Auslegung ist bezeichnet worden als Feststellung des Sinnes der Rechtsgeschäfte. Es wird also festgestellt, welche Tragweite das Rechtsgeschäft von Anfang an gehabt hat. Darüber hinaus geht der Zweck der Ergänzung der Rechtsgeschäfte, von der jetzt zu sprechen ist. Ist ein Rechtsgeschäft lückenhaft, so fragt sich, wie die Lücke ausgefüllt werden soll. Das kann geschehen nach der Methode der objektivierten Auslegung. Man stellt die Frage: Wie würden vernünftige und korrekte Leute die fehlende Bestimmung getroffen haben? Für die Lösung sind dieselben Regeln und Mittel heranzuziehen wie für die Auslegung[51]). Ergänzung ist nichts anderes als qualifizierte Auslegung. Bei der Auslegung ist nachzuweisen versucht worden, daß bei Anwendung der Methode der objektivierten Auslegung gar nicht auf den wirklichen, d. h. tatsächlich vorhandenen Willen abgestellt wird, sondern auf einen hypothetischen, den Parteien imputierten. Für die Ergänzung der Rechtsgeschäfte wird, wie gesagt, nach der gleichen Methode verfahren; daß hier ein Abstellen auf einen wirklichen Willen eine leere Fiktion bedeuten würde, steht wohl außer Zweifel. Im übrigen ist die Grenzziehung zwischen

---

[50]) Hinten N. 63.

[51]) BGE 39 II 55; 57 II 319.

beiden von geringer Bedeutung, da bei ihnen die gleiche Methode anzuwenden ist; sie wäre auch praktisch oft gar nicht durchzuführen. Dafür ein Beispiel: In einem Vertrag ist der Verkauf einer Wirtschaft vereinbart worden. Die Parteien streiten darüber, ob der Käufer dem Verkäufer die Abonnementsbeiträge der aufgelegten Zeitungen ersetzen müsse. Auslegung ist es, wenn nachgewiesen werden kann, daß davon geredet worden ist, oder daß es verkehrsüblich sei; andernfalls handelt es sich um Ergänzung.

Das Ziel der Ergänzung ist es also, die Lücken im Rechtsgeschäft nach der Methode der objektivierten Auslegung auszufüllen. Hier erhebt sich eine interessante Frage. Im Zivilrecht unterscheidet man unter den nicht zwingenden gesetzlichen Normen, dem ius dispositivum, zwei Gruppen, von denen die eine das sogenannte nachgiebige (lückenausfüllende) ergänzende Recht[52]) darstellt. Die Rechtsordnung kennt nämlich das Postulat, daß die Privaten, wenn sie ein Rechtsgeschäft tätigen, darin alle überhaupt denkbaren Fragen ordnen sollten. Für den Fall, daß ein Rechtsgeschäft entgegen diesem Postulat unvollständig ist, enthält das Gesetz nun eben die Normen des nachgiebigen ergänzenden Rechts, die der Aufgabe dienen, die Lücken im Rechtsgeschäft auszufüllen. Sie machen bekanntlich den größten Teil des OR aus. Ein Vertrag sollte sich z. B. über Ort und Zeit der Erfüllung aussprechen; tut er das nicht, so treten die Regeln von OR Art. 74 f. in die Lücke. Das Postulat der Lückenlosigkeit der Rechtsgeschäfte und die daraus fließende Funktion des ergänzenden Rechts hängt zusammen mit der Idee der Rechtsordnung als einer Friedensordnung.

Es drängt sich demgemäß der Schluß auf, daß das Ziel der Ergänzung der Rechtsgeschäfte und dasjenige der Anwendung ergänzender Gesetzesnormen dasselbe sein muß. Das führt zu folgender Konsequenz: Wo ein aus

[52]) Burckhardt, Methode und System S. 173; derselbe, Organisation S. 39; BGE 59 II 376/77.

einem lückenhaften Rechtsgeschäft bestehender Tatbestand sich ohne weiteres unter eine Norm ergänzenden Rechts subsumieren läßt, erübrigt sich eine Ergänzung des Rechtsgeschäfts[53]). Wenn dagegen der Wortlaut des Rechtssatzes selber zu eng ist, dann kommt es auf dasselbe hinaus, ob man den Rechtssatz ergänzend auslegt oder das Rechtsgeschäft ergänzt[54]). Ziel und Methode[55]) beider Tätigkeiten sind ja identisch. Ein Anklang an diese Auffassung findet sich im BGB, wo in § 242 gesagt wird: „Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern"[56]). Ein Beispiel: Durch einen Mietvertrag ist ein Mieter ausdrücklich berechtigt worden, Licht- und Telephonleitungen anzubringen; es wird streitig, ob er eine Radioantenne montieren darf[57]). Es kommt hier aufs gleiche hinaus, ob man vom Vertrag ausgeht und diesen ergänzt, oder ob man vom Gesetz ausgeht und auf dem Boden des Mietrechts untersucht, ob unter den Begriff des „Gebrauchs" der Mietsache gemäß OR Art. 253 auch der erwähnte Tatbestand subsumiert werden kann. Das subjektive Moment des Parteiwillens ist in jedem Fall ausgeschaltet; maßgebend sind allein objektive Kriterien.

Die methodologische Gleichstellung von Auslegung, bzw. Ergänzung des Gesetzes und Ergänzung des Rechtsgeschäfts zeigt sich besonders eindrücklich, wo für einen konkreten Tatbestand überhaupt nicht an den Wortlaut eines positiven Rechtssatzes angeknüpft werden kann, weil das Gesetz bei der

---

[53]) Dazu BGE 38 II 154.

[54]) Dazu BGE 57 II 320/21.

[55]) Die Methode deshalb, weil auch bei der Ergänzung allein objektive Kriterien maßgebend sind.

[56]) Dazu von Tuhr, Allg. Teil des bürgerlichen Rechts II 1 § 64 S. 545.

[57]) Über Radio und Mietrecht allgemein Buser, Radiorecht, in ZSR 51 S. 108a f.; Comment, Le sans-filiste en droit privé suisse, ZBJV 68 S. 555 f.

Ordnung eines Rechtsinstituts eine Lücke enthält oder eine gesamte Materie überhaupt übergeht. Auch hier kann man von den gleichen zwei Seiten wie vorhin an die Lösung herantreten. Entweder sucht der Richter in Anwendung von ZGB Art. 1 unter Heranziehung von Gewohnheitsrecht, bewährter Lehre und Überlieferung eine Lösung, oder er operiert von der Seite des Rechtsgeschäfts aus mit einem hypothetischen Parteiwillen; Methode und Ergebnis sind identisch. Wenn nun aber die Lösung für eine größere Anzahl gleicher Tatbestände taugt, also der Verallgemeinerung fähig ist, so liegt zudem nichts anderes vor, als die Neuschöpfung eines Rechtssatzes durch den Richter, gestützt auf die ihm dazu in ZGB Art. 1 verliehene Befugnis: der Richter entscheidet nach der Regel, die er als Gesetzgeber aufstellen würde. Das ist eine dogmatisch nicht unwichtige Feststellung, deren Hervorhebung im Interesse der Erkenntnis des Rechts und der Methode seiner Anwendung liegt.

Aus der uralten, auf die römischen Juristen zurückgehenden Tendenz heraus, möglichst an einen, wenn auch noch so hypothetischen Parteiwillen anzuknüpfen, lieben es die Gerichte und die juristischen Schriftsteller vielfach, wie bei der Auslegung, so auch bei der Ergänzung der Rechtsgeschäfte den Eindruck hervorzurufen, die Lösung fuße auf einem wirklichen Parteiwillen. Das kann aber nicht darüber hinwegtäuschen, daß da jeder Parteiwille zur leeren Fiktion geworden ist. Es sollte deshalb klar erkannt und die Erkenntnis nicht durch metaphorische Heranziehung des Parteiwillens verhüllt werden, daß der Richter ausschließlich nach objektiven Kriterien arbeitet, und insbesondere, wo er eine allgemeingültige Lösung trifft, gestützt auf ZGB Art. 1[58]) die Neuschöpfung eines

---

[58]) Es ist übrigens auffallend, wie selten sich die Praxis und auch die Doktrin auf ZGB Art. 1 berufen; viel eher wird versucht, eine näher oder weiter hergeholte Konstruktion aufzustellen, als daß eine Lücke im Gesetz festgestellt und ausgefüllt wird (vgl. z. B. als Gegensatz Oftinger, Gesetzgeberische Eingriffe in das

Rechtssatzes vornimmt. Wenn auch zuzugeben ist, daß das Resultat der Konstruktion mit dem Parteiwillen richtig sein kann, so ist doch die Methode unrichtig. In der Regel geschieht die Anknüpfung an den Parteiwillen übrigens in Gestalt einer Präsumtion. Es wird vom „mutmaßlichen" oder „zu vermutenden" Parteiwillen gesprochen. Das ist schon deshalb nicht richtig, weil eine echte Vermutung, eine sogenannte praesumtio iuris, eine vom Gesetz getroffene Vorwegnahme eines Beweises ist, die durch einen Gegenbeweis entkräftet werden kann. Die Präsumtion wirkt sich durch die Umkehrung der Beweislast aus. Darum handelt es sich aber hier gar nicht. Sondern weil eine Lücke im Rechtsgeschäft besteht, weil nichts bewiesen werden kann, wird vom Richter, nicht vom Gesetz, eine Hypothese aufgestellt, bei der ein Gegenbeweis begrifflich gar nicht möglich ist, die deshalb, wie schon mehrmals gesagt, die Bedeutung einer Fiktion hat[59]).

Das soeben Gesagte soll an einigen Beispielen erläutert werden, um zu zeigen, daß nicht bloß ein Kampf gegen Windmühlen geführt wird.

Zivilrecht, in ZSR 57 S. 568a f., und Hug, Die Preiskontrolle in der Schweiz, in Zeitschr. f. schweiz. Statistik und Volkswirtschaft 74 S. 378 N. 1). Dies, obwohl seinerzeit die Formulierung von Art. 1 vielfach als eine bedeutende Tat Eugen Hubers gefeiert wurde. Sofern man nicht von dem Phantom der Lückenlosigkeit des Gesetzes ausgeht, muß man zur Überzeugung gelangen, daß die gestützt auf Art. 1 ausgeübte Tätigkeit des Richters sich aus der Gesetzesanwendung mit Zwangsläufigkeit ergibt; nur ist man sich eben im allgemeinen nicht bewußt, daß sie im geschilderten Rahmen identisch ist mit der von jeher geübten richterlichen Ergänzung der Rechtsgeschäfte.

[59]) Wird durch eine Partei vor einer obern Instanz versucht, die Richtigkeit der Auslegung, die die untere Instanz einem Rechtsgeschäft gegeben hat, durch Anführung neuer Tatsachen zu bestreiten, so ist das nicht etwa ein Gegenbeweis in der Art, wie er gegen die gesetzlichen Vermutungen aus begrifflichen Gründen zulässig ist, sondern das ist die bisher versäumte Erfüllung der aus der Verhandlungsmaxime fließenden Obliegenheit, positiv eine bestimmte Willensäußerung zu beweisen.

1. Bei den Innominatkontrakten, d. h. bei Verträgen, die in einer Kodifikation nicht geordnet sind[60]), ist der Richter zunächst ausschließlich auf den Wortlaut des Vertrags angewiesen. Weist er Lücken auf, so kann er nicht im Gesetz nachschlagen, sondern er muß eben selber die Norm schaffen, die hier die Vertragslücke ergänzen soll. Da bei solchen Verträgen naturgemäß unter den Parteien leicht Meinungsverschiedenheiten entstehen und die Gerichte verhältnismäßig häufig angerufen werden, haben sie vielfach Gelegenheit, sich über die häufigern Arten von Innominatkontrakten auszusprechen. Aus ihrer Praxis lassen sich dann mit der Zeit Regeln abstrahieren, die weitgehend die fehlende gesetzliche Normierung solcher Verträge ersetzen. Das scheint einleuchtend zu sein. Aber auch hier findet sich nicht selten das Abstellen auf einen angeblichen Parteiwillen. So ist z. B. einmal eine Fabrik abgebrannt, die durch einen Energielieferungsvertrag zum Bezug von Elektrizität bei einem Elektrizitätswerk verpflichtet war. Die Frage erhob sich, ob gleichwohl gestützt auf eine sogenannte Minimalgarantie die Pflicht bestand, ein Minimalquantum von Strom zu beziehen, bzw. zu bezahlen. Das Bundesgericht nahm gemäß dem „zu vermutenden Parteiwillen" an, die Pflicht zum Bezug des Minimalquantums gelte nur, wenn und solange die Fabrik bestehe[61]). Daß hier im Ernst von einem Parteiwillen nicht die Rede sein kann, bedarf kaum des Beweises[62]).

2. Bei der Frage, welches der Einfluß veränderter Verhältnisse auf bestehende Verträge[63]) sei, wie sie sich z. B. nach Abwertungen oder bei

[60]) Zum Beispiel dem Trödelvertrag (darüber Oftinger, Der Trödelvertrag, 1937) oder dem Agenturvertrag (BGE 60 II 335; 54 II 377; 40 II 392) usw.

[61]) BGE 48 II 373.

[62]) Vgl. auch BGE 38 II 499 und über den Bierlieferungsvertrag 38 II 554; 39 II 554.

[63]) Über dieses Problem allgemein Siegwart, Der Einfluß veränderter Verhältnisse auf laufende Verträge, in Freiburger

akuten Wirtschaftskrisen erhebt, wird öfters schlechthin auf einen Parteiwillen abgestellt[64]), oder man argumentiert mit der clausula rebus sic stantibus und stützt auch sie auf einen Parteiwillen[65]), wie es schon die Glossatoren getan haben, von denen diese Lehre stammt[66]). In Wirklichkeit handelt es sich hier um die Herausarbeitung eines Rechtssatzes, der darüber Auskunft gibt, unter welchen Voraussetzungen die Veränderung der Verhältnisse auf die bestehenden Verträge Einfluß hat und welches die Konsequenz davon ist. Die neuere Rechtsprechung geht denn auch mit Recht bereits von dem Gedanken aus, daß es sich, genau besehen, nicht um eine clausula, d. h. eine stillschweigende vertragliche Bestimmung handelt, sondern um die Anwendung des in ZGB Art. 2 formulierten Prinzips von Treu und Glauben[67]).

Festgabe für den Schweiz. Juristenverein, 1924, S. 77 f.; Hans Weber, Das richterliche Änderungsrecht bei Dauerverträgen, Diss. Zürich 1924; Fick, Die „Clausula" und die „Aufwertung" nach schweizerischem Recht, in ZSR 44 S. 153 f.; Wieland, Zur Lehre von der Unmöglichkeit von Lieferungsverträgen, in ZSR 36 S. 456 f.; Hans Müller, Die Einwirkung der Währung auf die privatrechtlichen Verhältnisse, ZSR 43 S. 109a f.; Barth, De l'influence du change sur les rapports de droit privé, in ZSR 43 S. 194a f.; von Tuhr OR II S. 565 f.; Exposé des Vororts des Schweiz. Handels- und Industrievereins, in SJZ 11, S. 71 f.; Hedemann, Richterliche Umgestaltung laufender Verträge, in SJZ 17 S. 305 f.; Stammler, Änderung laufender Verträge, in ZBJV 58 S. 1 f.; Oser-Schönenberger, Art. 119 N. 5 f.; Thilo, Clausula rebus sic stantibus, in J. d. Tr. 1937 S. 66 f.; Henggeler, Die Abwertung des Schweizerfrankens und ihr Einfluß auf die zivilrechtlichen Verhältnisse, ZSR 56 S. 236a, 459a; Guisan, La dévaluation du franc suisse et ses effets de droit civil, ZSR 56 S. 314a.

[64]) BGE 43 II 178; 44 II 527; 47 II 317, 401; 48 II 252. Dazu Siegwart a. a. O. S. 132; Müller a. a. O. S. 124a; Fick a. a. O. S. 174 f.

[65]) BGE 45 II 355; 47 II 318.

[66]) Planiol et Ripert, Traité élémentaire, 11. A., II Nr. 1182bis.

[67]) So das Bundesgericht in dem bekannten Entscheid aus dem Mietrecht i. S. Rogenmoser/Tiefengrund AG. vom 10. Ok-

Sind die Voraussetzungen gegeben, unter denen die Veränderung der Verhältnisse nach der herrschenden Lehre und Praxis auf einen bestehenden Vertrag einen Einfluß ausübt, dann fragt sich, welches die Konsequenzen davon sind. Sie sind zweierlei: entweder erfolgt eine Aufhebung des Vertrags, sei es daß der Schuldner den Rücktritt erklärt hat und der Richter den Rücktritt nachträglich im Prozeß als zulässig bezeichnet, sei es daß der Richter auf Klage des Schuldners den Vertrag selber aufhebt. Oder aber der Richter ändert den bestehenden Vertrag ab und paßt ihn den veränderten Verhältnissen an. Wird dieser letztere — übrigens nicht unangefochten gebliebene[68]) — Rechtsbehelf angewandt, so gilt laut Bundesgericht folgendes: „Diese ... Regelung ist daher aus dem Zweck und Inhalt des Erklärten im Sinne beider Vertragsteile so zu ergänzen, wie diese sie getroffen haben würden, wenn sie den eingetretenen Verlauf der Dinge in Betracht gezogen hätten.“[69]) Das heißt in Wirklichkeit soviel: der Richter paßt gemäß seinem Ermessen den Vertrag nach Billigkeit unter Anwendung des Prinzips von Treu und Glauben an[70]); auf einen wirklichen Willen der Parteien kann er nicht abstellen, da er bloß in hypothesi besteht; es ist deshalb ganz unnötig, ihn zur Begründung der Lösung herbeizuziehen. Der Richter muß die Ergänzung des Vertrags nach objektiven Kriterien vornehmen.

3. Im internationalen Privatrecht ist bei der Frage, welches Recht auf Verträge anzuwenden sei, zunächst die sogenannte Rechtskürung der Parteien maßgebend, d. h. dasjenige Recht anzuwenden, das die Parteien

---

tober 1933, BGE 59 II 377; dazu das Votum von Simonius an den Verhandlungen des Schweiz. Juristenvereins 1937, ZSR 56 S. 476a.

[68]) Henggeler a. a. O. S. 248a f.

[69]) BGE 47 II 318; in gleichem Sinn 59 II 376. Vgl. auch 48 II 252.

[70]) So auch 59 II 376 am Ende.

selber als anwendbar erklärt haben. Fehlt sie, was meist zutrifft, dann muß der Vertrag in dieser Hinsicht ergänzt werden, und zwar ist gemäß der Rechtsprechung des Bundesgerichts[71]) „auf dasjenige Recht abzustellen, welches die Parteien vernünftigerweise als anwendbar erklärt haben würden, wenn sie an die Regelung dieser Frage überhaupt gedacht hätten"[72]). „Als Recht des mutmaßlichen Parteiwillens ist nun nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts das Recht desjenigen Landes anzusehen, mit welchem das streitige Rechtsverhältnis den engsten räumlichen Zusammenhang aufweist; denn dieses ist sachlich das nächstliegende. Da unter den räumlichen Beziehungen eines Rechtsverhältnisses dem Erfüllungsort große Bedeutung zukommt, betrachtet das Bundesgericht in der Regel das Recht des Erfüllungsortes ... als das Recht des mutmaßlichen Parteiwillens ..."[73]). Gelegentliche wurde auch gesagt, es sei von diesem Recht anzunehmen, „daß die Parteien es stillschweigend als das maßgebende betrachtet haben ..."[74]).

Was heißt das in Wirklichkeit? Das Gericht unterschiebt den Parteien einen Parteiwillen. Wenn sie nicht an die Regelung der international-privatrechtlichen Frage

---

[71]) Darüber Schnitzer, Handb. des internationalen Privatrechts (1937) S. 44 f., 278 f.; Fritzsche, Die örtliche Rechtsanwendung auf dem Gebiet des Obligationenrechts, in ZSR 44 S. 232a; Boerlin, Die örtliche Rechtsanwendung bei Kaufverträgen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts, in ZSR 33 S. 199 f; Homberger, Die obligatorischen Verträge im internationalen Privatrecht nach der Praxis des schweizerischen Bundesgerichts (1925) S. 20; Oser-Schönenberger, Allgemeine Einleitung S. LXX; neuestens Schnitzer, Die Privatautonomie im internen und im internationalen Privatrecht, in SJZ 35 S. 305 f., 323 f.

Über die ausländische Praxis Frankenstein, Internationales Privatrecht (1929) II S. 173 f.; Nußbaum, Deutsches internationales Privatrecht (1932) S. 214 f.

[72]) BGE 63 II 43; ferner 63 II 307; 62 II 142.

[73]) BGE 63 II 44.

[74]) BGE 61 II 182.

gedacht haben, so bedeutet das doch, daß sie eine solche auch nicht einmal dem Namen nach kennen; warum ihnen dann die Ehre erweisen, ihnen so luzide juristische Kenntnisse zuzuschreiben[75])? Es liegt einfach der Umstand vor, daß das Bundesgericht in konstanter Praxis, gestützt auf ZGB Art. 1, einen Rechtssatz geschaffen hat, wonach bei fehlender Rechtskürung das Recht des Erfüllungsortes gilt, sofern nicht mit dem Recht eines andern Landes engere räumliche Beziehungen bestehen[76]).

4. Die Beispiele könnten vermehrt werden[77]); es sei noch folgendes erwähnt: das Bundesgericht hat zur Zeit der deutschen Inflation nach dem Weltkrieg Markschulden unter Berufung auf eine lex contractus aufgewertet[78]), während es in Wirklichkeit die Vorschrift von OR Art. 84, welche den Inhalt von Geldschulden regelt, unter Berufung auf das Prinzip von Treu und Glauben ergänzt hat.

---

[75]) Man tut überhaupt gut, hinter den Absichten der Parteien nicht allzuviel zu suchen; meist denken sie nur an das Allernächste und an dieses mit sehr unklaren Vorstellungen. Was darüber hinausgeht, ist — wie mehrmals betont — eine Fiktion.

[76]) Durchaus in der Linie dieser Auffassung liegt es, wenn es nicht als entscheidendes Moment, sondern höchstens als Indiz gewertet wird, wenn beide Parteien sich im Prozeß übereinstimmend auf ein bestimmtes Recht berufen, BGE 62 II 125; 63 II 44, 307.

[77]) Vgl. etwa Usteri, Die Wirkungen des Eigentumsvorbehaltes in der Betreibung des Verkäufers gegen den Käufer für den Kaufpreis, in SJZ 35, wo S. 129 f. über die Frage referiert wird, ob gestützt auf eine solche Betreibung der Verzicht des Verkäufers auf den Eigentumsvorbehalt vermutet werden dürfe. Das hat mit dem Parteiwillen überhaupt nichts zu tun, sondern mit der Frage, ob eine derartige Betreibung mit dem Begriff des Eigentumsvorbehalts vereinbar sei. Wie hier Staehelin, Probleme aus dem Gebiete des Eigentumsvorbehalts (1937), S. 135 ff.

[78]) BGE 51 II 308; ferner 53 II 80; 54 II 317; 57 II 370; 58 II 125.

VIII. Auslegung bzw. Ergänzung von Rechtsgeschäften und Gesetzen.

Es hat sich gezeigt, daß die Auslegung und Ergänzung von Rechtsgeschäften methodologisch in gleicher Weise vor sich zu gehen hat. Die Behandlung der Ergänzung der Rechtsgeschäfte insbesondere hat Beziehungen zur Auslegung der Gesetze aufgedeckt. Das ruft der allgemeinen Frage nach dem Verhältnis von Auslegung bzw. Ergänzung von Rechtsgeschäften einerseits und Auslegung bzw. Ergänzung von Gesetzen anderseits in methodologischer Hinsicht. Der Unterschied zwischen den Objekten der Auslegung, dem Gesetz auf der einen, dem Rechtsgeschäft auf der andern Seite, wirkt sich insofern aus, als die Auslegung eines Gesetzes immer einen allgemeingültigen Schluß darstellen muß, während die Auslegung von Rechtsgeschäften im Hinblick auf die einmaligen Beziehungen zwischen konkreten Privaten erfolgt, die für einen singulären Zweck ein Rechtsgeschäft eingegangen sind. Für die Ergänzung gilt das gleiche[79]). Ferner muß das Ergebnis der Gesetzesauslegung immer ein vernünftiges, an der Rechtsidee ausgerichtetes sein; das Ergebnis der Rechtsgeschäftsauslegung, wie wir gesehen haben, nicht notwendigerweise. Aber immer dort, wo das Ergebnis der Rechtsgeschäftsergänzung der Verallgemeinerung fähig ist, ist es identisch mit einem Rechtssatz; dieser könnte ebensogut auf dem Wege der Gesetzesergänzung gefunden worden sein. Das gleiche gilt für die Auslegung. In diesem Fall besteht folglich hinsichtlich der Methode Identität zwischen Auslegung bzw. Ergänzung von Rechtsgeschäften und Gesetzen, was soeben an einigen Beispielen erläutert worden ist. Das zeigt übrigens auch, daß die Regeln von OR Art. 18, d. h. das Auslegungsprinzip, wie wir es kennengelernt haben, eine Generalnorm disposi-

---

[79]) Wodurch aber nicht ausgeschlossen wird, daß das Ergebnis der Verallgemeinerung fähig ist.

tiven Rechts ist, die neben die übrigen Sätze des dispositiven Rechts tritt. Nichts hindert die Parteien, vertraglich einen abweichenden Auslegungsmodus zu vereinbaren[80]).

IX. Folgerungen.

Aus den verschiedenen gemachten Feststellungen lassen sich einige Konsequenzen ziehen, von denen bloß auf die folgenden hingewiesen werden soll:

1. Es ist eine alte Streitfrage[81]), woher die ergänzenden Rechtssätze ihre Geltung schöpfen; ob sie präsumtives Vertragsrecht oder gesetzliches Recht seien. Gilt das ergänzende Recht, weil zu vermuten ist, die Parteien hätten seinen Inhalt gewollt, da sie ja nichts Abweichendes kontrahiert haben, oder gilt es, weil das Gesetz dies vorschreibt? Im Lichte der vorhergehenden Betrachtungen löst sich diese Alternative auf. Ob man einen Vertrag mit Hilfe eines positiven Rechtssatzes ergänzt oder auf dem Wege der eigentlichen Ergänzung der Rechtsgeschäfte, es kommt aufs gleiche heraus. Ein erkennbarer wirklicher Wille besteht nicht, und eine Präsumtion des Willens wäre demnach eine leere Fiktion. Maßgebend ist letzten Endes die Notwendigkeit, daß die durch Rechtsgeschäft geschaffene Ordnung vollständig sei, damit keine Fragen offen bleiben. Das hat aber mit dem Willen der Parteien nichts zu tun.

2. Die rechtsgeschäftliche, namentlich vertragliche Ordnung, die die Parteien ihren Beziehungen geben, wird nicht durch rechtliche Grundsätze, wie Vernünftigkeit oder Billigkeit, gestaltet. Sondern sie ist das Produkt eines Spannungsverhältnisses zwischen den Parteien, das von andern Momenten beherrscht wird[82]). Weist diese

---

[80]) Dahin gehören die schon erwähnten Telegraphencodes.

[81]) Burckhardt, Methode und System, S. 174 f.; von Tuhr, Allg. Teil des bürgerlichen Rechts II 1 § 64 S. 544; II 1 § 50 N. 129 S. 165; I S. 26.

[82]) Zum Beispiel von dem Verhältnis der intellektuellen Fähigkeiten oder der wirtschaftlichen Kräfte der Parteien.

vertragliche Ordnung Lücken auf, so werden sie nach Grundsätzen ausgefüllt, die durchaus von einem rechtlichen, sachlichen Gesichtspunkt beherrscht sind, eben entweder mittelst des dispositiven, ergänzenden Gesetzesrechts oder gemäß der objektiven Anschauungsweise vernünftiger und korrekter Leute. Das ist ein gewisser logischer Widerspruch[83]); es werden zwei heterogene Elemente zusammengefügt und zu einem Ganzen verschmolzen, eben dem ergänzten Vertrag. Dieser Widerspruch liegt in der Natur der Dinge und ist unvermeidbar; er hängt mit dem mehrmals erwähnten Postulat der Lückenlosigkeit der Rechtsgeschäfte zusammen. Anders wäre es bloß, wenn die Rechtsgeschäfte weder durch die dispositiven Normen des Gesetzes noch nach der objektivierten Auslegungsmethode ergänzt würden, sondern nach der psychologischen Wahrscheinlichkeit; das wäre an sich das vollkommenste, weil widerspruchslose System. Es ist aber technisch nicht anwendbar und deshalb von der geltenden Rechtsordnung bei richtiger Auffassung nicht vorgesehen, was — wie bereits erwähnt — die Antwort auf eine rechtspolitische Frage ist.

3. Es ist schon etwa postuliert worden, zur Entlastung des Bundesgerichts die Berufung im Hinblick auf die Auslegung der Rechtsgeschäfte[84]) nicht mehr zuzulassen[85]). Das wäre insoweit ein unmögliches Beginnen, als hier auf den Gegensatz von Rechtsfrage und Tatfrage abgestellt würde, weil eine Ausscheidung zwischen Rechtsanwendung i. e. S. und Auslegung der Rechtsgeschäfte nicht getroffen werden kann[86]).

---

[83]) Vgl. auch Burckhardt, Organisation S. 40 f.

[84]) Die Auslegung wird als Rechtsfrage betrachtet, OG Art. 81 II. Statt vieler BGE 40 II 155; Ziegler, Soll die Organisation der Bundesrechtspflege revidiert werden? in ZSR 54 S. 301a f.

[85]) Ziegler a. a. O.

[86]) Dazu auch Planiol et Ripert, Traité élémentaire, II Nr. 1184; Josserand, Cours de droit civil positif, 2. A. (1933) II Nr. 242.