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: 61 (1942)

Artikel: Die Revision der Verträge durch den Richter

Autor: Merz, Hans

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896279

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: 14.10.2025

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

Die Revision der Verträge durch den Richter

Referat von Dr. Hans Merz, Fürsprecher, Bern.

INHALTSVERZEICHNIS.

Seite

A. Das Problem 394a

B. Subjektive und objektive Elemente des Vertrages . . 405a

C. Vertragliche Regelung der Folgen veränderter Umstände 408a

D. Gesetzliche Regelung der Folgen veränderter Umstände 412a

I. Die Schranken der Vertragsfreiheit 413a

II. Der Grundlagenirrtum 419a

III. Die Voraussetzungen der positivrechtlich geordneten nachträglichen „Vertragsstörungen" . . . 423a

1. Das Verhalten einer Partei als Grund der Störung 423a

2. Der veränderte Umstand als Grund der Störung 426a

IV. Die Folgen der positivrechtlich geordneten nachträglichen „Vertragsstörungen" 434a

1. Nichtigkeit 434a

2. Kündigung, Rücktritt, Erlöschen vertraglicher Verpflichtungen 434a

3. Rückforderung bei der vollzogenen Schenkung 438a

4. Anspruch auf Sicherstellung 438a

5. Minderung der Leistung 438a

6. Erweiterung der Leistungspflicht 439a

7. Der Sonderfall der Vertragsänderung beim Verpfründungsvertrag (OR Art. 527 Abs. 3) . . . 440a

V. Zusammenfassung 441a

E. Das Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung . 448a

F. Die allgemeinen Gesichtspunkte der Berücksichtigung veränderter Umstände 455a

1. Der vertragliche Vorbehalt 455a

2. Die nachträgliche Unsittlichkeit 456a

3. Treu und Glauben 458a

G. Vertragsaufhebung oder Vertragsänderung 462a

1. Bei der nachträglichen Unsittlichkeit 462a

2. Beim vertraglichen Vorbehalt 465a

Seite
3. Bei Zugrundelegung des Masstabes von Treu und Glauben 466a
a) Schadenersatzleistung 467a
b) Realerfüllung 471a
aa) Die Verpflichtung des Geldschuldners . . . 471a
bb) Die realiter erzwingbare Sachleistung . . . 475a
4. Voraussetzungen der Vertragsänderung 476a
5. Ablehnung eines weitergehenden Änderungsrechtes 483a
6. Zwei grundlegende Änderungsurteile 488a
7. Der Eingriff des Richters und der Eingriff des Gesetzgebers 491a
H. Zusammenfassung 492a
1. Die massgebenden allgemeinen Gesichtspunkte . . 492a
2. Notwendigkeit der Konkretisierung; Voraussehbarkeit; Ausbeutung des Schuldners; Bedeutung der Gerichtspraxis 496a
3. Vertragsgerechtigkeit und Rechtssicherheit 503a

A. Das Problem.

Es ist ein Zeichen unruhiger Zeiten voll politischer und wirtschaftlicher Unsicherheit, wenn die Juristen, und nicht nur sie allein, sich mit der Frage beschäftigen, ob dem Richter das Recht zugestanden werden könne, laufende Verträge nur deshalb vorzeitig aufzuheben oder gar inhaltlich abzuändern, weil die äussern Verhältnisse sich gegenüber der Zeit des Vertragsschlusses anders entwickelt haben, als damals angenommen wurde und angenommen werden konnte. Es verwundert denn auch nicht, dass die Frage im 19. Jahrhundert nur in vereinzelten Fällen praktische Bedeutung erlangte[1]), während die verschiedenen deutschen Landrechte des 17. und 18. Jahrhunderts einen allgemeinen stillschweigenden Vertragsvorbehalt angenommen hatten, der ein Rücktrittsrecht vom Vertrag begründe, wenn die zur Zeit des Abschlusses herrschenden Tat-

[1]) Vgl. Baron, Pandekten, 8. Aufl., § 64, 123; Regelsberger, Pandekten, Bd. I, 1893, S. 637; Wächter, Pandekten, Bd. I, 1880, S. 439; weitere Zitate bei Pfaff, Die Klausel: Rebus sic stantibus, 1898, S. 55 ff.

umstände eine wesentliche Veränderung erführen[2]). Ein ungeheures Anschwellen der Literatur zum „Clausula"-Problem[3]) — der ganze Fragenkomplex wird in Erweite-

---

[2]) Das bayrische Landrecht vom Jahre 1756 bestimmt unter IV c. 15 § 12: „Da . . . 3io Alle Verbindungen die Clausulam Rebus sic stantibus stillschweigend in sich halten, so werden solche auch durch die Veränderung der in die Obligation gebrachten Sache, jedoch andergestalt nicht, als unter folgenden drei Requisiten aufgehoben: wenn nämlich 1. sothane Veränderung weder Mora noch Culpa aut Facto Debitoris veranlasst worden, selbe auch 2. nicht leicht vorauszusehen gewesen und endlich 3. von solcher Beschaffenheit ist, dass, wenn der Debitor solche voraus gewusst hätte, er sich nach unpartheyischem und redlichem Gutachten verständiger Leute nimmermehr hierauf eingelassen haben würde, in welchen Umständen gleichwohl noch zur rechtlichen Ermässigung stehet, ob die Obligation völlig aufgehoben oder nur nach Proportion der Veränderung gemässigt werden solle."

Im Allgemeinen Preussischen Landrecht von 1794 lautete § 378: „Wird jedoch durch eine solche unvorhergesehene Veränderung die Erreichung des ausdrücklich erklärten oder aus der Natur des Geschäftes sich ergebenden Endzweckes beider Theile unmöglich gemacht, so kann jeder derselben von dem noch nicht erfüllten Vertrage wieder abgehen." §§ 380/81 bestimmen des weitern, dass, wenn der Endzweck nur eines Vertragsteiles (den aber der Vertragsgegner gekannt haben muss) ganz vereitelt würde, dieser Teil gleichfalls zurücktreten könne, allerdings nur gegen Entschädigung, „wenn die Veränderung in seiner Person sich ereignet hat". Vgl. Stammler in ZbJV 58 S. 1 ff.; Pfaff, a. a. O.; Stampe in Jherings Jahrbücher 72 (Zweite Folge, Bd. 36), Jahrgang 1922, S. 365 ff.; Erich Kaufmann, Das Wesen des Völkerrechts und die clausula rebus sic stantibus, Tübingen 1911, S. 69 ff.

Das vorrevolutionäre Frankreich scheint die clausula nicht angenommen zu haben; vgl. Lalou, La revision des contrats par le juge, Travaux de la semaine internationale de droit, Paris 1937 (Edition du recueil Sirey), S. 45 ff., wo auch der Einfluss der Lehre der Kirchenväter auf die Entwicklung des Problems kurz zur Darstellung gelangt.

[3]) Es sei, nur im Sinne einer Übersicht, auf die folgende deutsche und französische Literatur verwiesen (die schweizerische Literatur ist in den Anm. 5 und 7 verzeichnet): Ripert Georges, La Règle morale dans les obligations civiles, 2ème édition, Paris

rung des ursprünglichen Begriffs der „clausula rebus sic stantibus" häufig stichwortartig so umschrieben — brachten die Jahre des Weltkrieges 1914—1918 und die Nachkriegszeit. Die ungewöhnliches Mass annehmenden Wert-

---

1927, und die dort S. 147, 148, 150, 151, 153 verzeichnete Literatur; Le régime démocratique et le droit civil moderne, Paris 1936, und die Zitate S. 185, 323.

Bierschenk, Vertragstreue, Diss. Marburg 1933; Bindewald, Rechtsgeschichtliche Darstellung der clausula rebus sic stantibus und ihre Stellung im BGB, Diss. Leipzig 1901; Boeckel, Die Veränderungen der Vertragsgrundlagen, Stuttgart 1922; Heinrich Burghart, Der Einfluss des Missverhältnisses von Preis und Wert auf die Gültigkeit des Kaufvertrages, insbesondere im Grundstückverkehr, Jherings Jahrbücher Bd. 86 (Zweite Folge, Bd. 50), Jahrgang 1936, S. 205 ff.; Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, Marburg 1932, § 41 (S. 157 ff.); Walter Grau, Rechtsprechung oder Gesetzgebung zur Anpassung des Privatrechts an die veränderten Verhältnisse, Archiv für d. civ. Pra., Bd. 122 (N. F. Bd. 2), Jahrgang 1924, S. 318 ff.; Hedemann, Schuldrecht, 1931, S. 136 ff.; Heck, Grundriss des Schuldrechts, 1929, S. 94 ff., 61 ff., 85 ff.; Erich Kaufmann, Das Wesen des Völkerrechts und die clausula rebus sic stantibus, Tübingen 1911 (auch für die privatrechtliche clausula von Bedeutung); Klang, Unerschwinglichkeit der Leistung, 1921; Krückmann, Clausula rebus sic stantibus, Kriegsklausel, Streikklausel, Archiv für d. civ. Pra., Bd. 116, Jahrgang 1917, S. 157 ff.; Die Voraussetzung als virtueller Vorbehalt, Archiv für d. civ. Pra., Bd. 131 (N. F. Bd. 11, Jahrgang 1929, S. 1 ff., 257 ff.; Irrtum, veränderte Umstände und Geschäftsgrundlage, Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht, Bd. XXVII (1933), S. 481 ff.; Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozess, Archiv für d. civ. Pra., Bd. 101, S. 1 ff.; Larenz, Vertrag und Unrecht, Bd. I, 1936, S. 139, 157 ff.; O. Lenel, Die Lehre von der Voraussetzung (im Hinblick auf den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches), Archiv für d. civ. Pra., Bd. 74, Jahrgang 1889, S. 213 ff.; Nochmals die Lehre von der Voraussetzung, Archiv für d. civ. Pra., Bd. 79, S. 49 ff.; Der Irrtum über wesentliche Eigenschaften, Archiv für d. civ. Pra., Bd. 123 (N. F. Bd. 3), Jahrgang 1925, S. 161 ff.; Eugen Locher, Geschäftsgrundlage und Geschäftszweck, Archiv für d. civ. Pra., Bd. 121 (N. F. Bd. 1, S. 1 ff.), Jahrgang 1923; E. Molitor, Vertragsauflösung oder Vertragsumgestaltung, Jherings Jahrbücher Bd. 85 (Zweite Folge Bd. 49), Jahrgang 1935, S. 283 ff.; Nipper-

veränderungen in allen Lebensgebieten, vor allem im Bereiche des Wirtschaftlichen, erzwangen eine Stellungnahme der Gerichte trotz dem Stillschweigen der Gesetze, und um die Gerichtsentscheide entspann sich eine teil-

---

dey, Vertragstreue und Nichtzumutbarkeit der Leistung, 1921; Paul Oertmann, Die Geschäftsgrundlage, 1921; Pfaff, Die Klausel: Rebus sic stantibus in der Doktrin und der österreichischen Gesetzgebung, Stuttgart 1898, auch in der Festschrift für Unger, 1898; Heinz Rhode, Die beiderseitige Voraussetzung als Vertragsinhalt, Archiv für d. civ. Pra., Bd. 124 (N. F. Bd. 4), Jahrgang 1925, S. 257 ff.; Stahl, Die sog. clausula rebus sic stantibus im BGB, Diss. Erlangen 1909; Werner Schoop, Die clausula rebus sic stantibus in der Zivilgesetzgebung des deutschen Sprachkreises, Leipzig 1927; E. Stampe, Richtlinien für die Clausula-Praxis, Jherings Jahrbücher Bd. 72 (Zweite Folge Bd. 36), Jahrgang 1922, S. 348 ff.; Aus einem Freirechtslehrbuch, Grundriss der Wertbewegungslehre, Archiv für d. civ. Pra., Bd. 110, Jahrgang 1913, S. 119 ff.; Stoll, Die Lehre von den Leistungsstörungen, 1936, S. 123 ff.; Vertrag und Unrecht, Bd. I, 2. Auflage, 1937, S. 37 ff.; Heinrich Titze, Richtermacht und Vertragsinhalt, Tübingen 1921; Adolph Dietrich Weber, Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit, 5. Auflage, 1825 (1. Auflage 1784), S. 345 ff.; Bernhard Windscheid, Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung, Düsseldorf 1850; Die Voraussetzung, Archiv für d. civ. Pra., Bd. 78, S. 163 ff.; vgl. ferner die Kommentare zu §§ 157 und 242 BGB, neuestens Staudinger, 10. Auflage, Recht der Schuldverhältnisse, Einleitung und §§ 241—242, erläutert von Dr. W. Weber, Berlin und München 1940, insbes. Einleitung N. 405 ff., 500 ff., 550 ff., § 242 N. 299 ff., 387 ff., 751 ff.

Zur Rechtsvergleichung vor allem Travaux de la Semaine Internationale de Droit, Paris 1937 (Librairie du Recueil Sirey), II, La revision des contrats par le juge, mit dem allgemeinen Bericht von Niboyet und den Länderberichten von Deutschland (Volkmar), England (Gutteridge), Frankreich (Lalou), Ungarn (Ch. de Szladits), Italien (Alberto Montel), Libanon (Choucri-Cardani), Norwegen (Arnholm), Polen (Longchamps de Bérier), Schweiz (Thilo und Simonius), Türkei (Salem), Jugoslawien (Blagoyevitch), Japan (Naojiro Sugiyama), Rumänien (Aurelian Jonasco); ferner Schmitz bei Schlegelberger, Rechtsvergleichendes Handwörterbuch, Bd. II, Berlin 1927, S. 634 ff.; Paul Ossipow, De la lésion, Lausanne und Paris 1940.

weise leidenschaftliche Diskussion der Juristenwelt[4]). Das gilt vor allem für Deutschland, aber auch in der Schweiz wurde der Einfluss veränderter Umstände auf Vertragspflichten und insbesondere die einen Teilausschnitt darstellende Währungsfrage eingehend untersucht[5]). Die

---

[4]) Reichel, Vertragsrücktritt wegen veränderter Umstände, Berlin 1933, S. 14, spricht von der „Ersatzrechtsprechung der Weltkriegszeit" und der „Katastrophenrechtsprechung der ihr folgenden verworrenen Jahre", während das berühmte reichsgerichtliche Urteil vom 21. September 1920 (abgedruckt in RGZ 100, S. 129 ff.), das erstmals eine Vertragsanpassung, und zwar insbesondere eine Leistungserhöhung verfügte, von Ernst Fuchs, Vertragstreue und Vertragsorthodoxie, Recht und Wirtschaft 1921, S. 236 ff., als „eine der bedeutendsten und grundlegendsten Entscheidungen" begrüsst und von Heinrich Lehmann in Deutsche Juristenzeitung 1921, S. 95, als „Gipfelpunkt in der Befreiung vom Wortlaut der Tafeln, die Geburtsstunde einer modernen Prätur" bezeichnet wurde (beide zitiert in Titze, Richtermacht und Vertragsinhalt, Tübingen 1921, S. 5, Anm. 1, und S. 35, Anm. 2).

[5]) Die Rechtslage der Arbeits- und Lieferungsverträge infolge der Kriegswirren, Exposé des Vorortes des schweizerischen Handels- und Industrievereins, SJZ Bd. 11, Jahrgang 1914/15, S. 71 ff;. C. Wieland, Zur Lehre von der Unmöglichkeit der Erfüllung von Lieferungsverträgen. Kriegsklauseln (Ein Gutachten), ZSchwR Bd. 58 (N. F. Bd. 36), Jahrgang 1917, S. 456 ff.; Hans Welti, La guerre et la responsabilité contractuelle, Thèse Genève 1918; O. Hungerbühler, Die Erhöhung der Strompreise bei langfristigen Verträgen durch die Elektrizitätswerke, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeinde-Verwaltung, Jahrgang XXII, Zürich 1921, S. 1 ff.; J. W. Hedemann, Richterliche Umgestaltung laufender Verträge, SJZ Bd. 17, S. 305 ff.; Albert Picot, Les cours du change et le droit, ZSchwR Bd. 62 (N.F.Bd. 40), Jahrgang 1921, S. 293 ff.; Rudolf Stammler, Änderung laufender Verträge, ZbJV Bd. 58, Jahrgang 1922, S. 1 ff., 49 ff.; Hans Weber, Das richterliche Änderungsrecht bei Dauerverträgen, Diss. Zürich 1924; Alfred Siegwart, Der Einfluss veränderter Verhältnisse auf laufende Verträge nach der Praxis der schweizerischen Gerichte seit dem Kriege, Festgabe der Juristischen Fakultät der Universität Freiburg (Schweiz) zur 59. Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins, Freiburg 1924, S. 77 ff.; H. Müller, Die Einwirkung der Währung auf die privatrecht-

Scheinprosperität der ausgehenden Zwanzigerjahre dauerte kaum lange genug, um das Interesse an der Frage etwas abflauen zu lassen[6]), die mit der einsetzenden Wirtschaftskrise immer wieder zum Gegenstand juristischer Betrachtungen gemacht wurde[7]).

---

lichen Verhältnisse, ZSchwR Bd. 65 (N. F. Bd. 43), Jahrgang 1924, S. 95a ff.; Edm. Barth, De l'influence du change sur les rapports de droit privé, ZSchwR Bd. 65 (N. F. Bd. 43), Jahrgang 1924, S. 175a ff.; Fritz Fick, Die „Clausula" und die „Aufwertung" nach schweizerischem Recht, ZSchwR Bd. 66 (N. F. Bd. 44), Jahrgang 1925, S. 153 ff.

[6]) Der 1929 erschienene Kommentar Oser-Schönenberger zum allgemeinen Teil des OR verzichtet mit Rücksicht auf den „bloss retrospektiven Wert" der Betrachtungen zur clausula auf nähere Ausführungen (N. 7 a. E. zu Art. 119 OR).

[7]) W. Burckhardt, La Clausula rebus sic stantibus en droit international, Revue de droit international et de législation comparée, Jahrgang 1933, S. 5 ff.; Hans Reichel, Vertragsrücktritt wegen veränderter Umstände, Berlin 1933; Eugen Borsari, Zur Behandlung der Währungsentwertung und der Aufwertung in der schweizerischen Rechtsprechung, Diss. Zürich 1933; Albert Scherrer, Das „richterliche Ermässigungsrecht" bei Verträgen nach schweizerischem Obligationenrecht, Diss. Freiburg 1934; Rolf Weinberg-Kaufmann, Deflation als Rechtsproblem mit Wirkung auf laufende langfristige Verträge, Diss. Bern 1934; J. Henggeler, Die Abwertung des Schweizerfrankens und ihr Einfluss auf die zivilrechtlichen Verhältnisse, ZSchwR N. F. Bd. 56, Jahrgang 1937, S. 157a ff.; Henri Guisan, La dévaluation du franc suisse et ses effets de droit civil, ZSchwR N. F. Bd. 56, Jahrgang 1937, S. 260a ff.; Simonius, Votum an der Jahresversammlung 1937 des Schweizerischen Juristenvereins zu den Referaten über die Abwertung des Schweizerfrankens und ihren Einfluss auf die zivilrechtlichen Verhältnisse, ZSchwR N. F. Bd. 56, Jahrgang 1937, S. 474a ff.; Thilo, De la revision du contrat par le juge, SJZ 33, S. 260 ff.; Clausula rebus sic stantibus, de la revision des contrats pour cause d'imprévision (Aperçu de la jurisprudence du Tribunal Fédéral), Journal des Tribunaux 1937, S. 66 ff.; Karl Oftinger, Gesetzgeberische Eingriffe in das Zivilrecht, ZSchwR N. F. Bd. 57, Jahrgang 1938, S. 481a ff.; Albert Comment, Les atteintes portées au droit civil par des mesures législatives exceptionnelles, ZSchwR N. F. Bd. 57, Jahrgang 1938, S. 215a ff.; W. Bürgi, Ursprung und Bedeutung der Begriffe „Treu und

Das Problem lässt sich wie folgt umreissen: Jeder Vertrag entsteht in ganz bestimmten tatsächlichen Verhältnissen. Auf diese Verhältnisse gründet sich der Entschluss der Parteien, eine bestimmte vertragliche Bindung einzugehen. Dabei wird die vernünftige und überlegende Vertragspartei allerdings nicht von der naiven Voraussetzung ausgehen, die Umstände im Zeitpunkt des Vertragsschlusses würden nun mit Sicherheit bis zur Erfüllung die gleichen bleiben. Mit gewissen Veränderungen muss gerechnet werden; ja, der Vertrag, der nicht schon unmittelbar nach dem Abschluss erfüllt wird, wird gerade deshalb eingegangen, weil Veränderungen der äussern Umstände möglich sind. Obwohl die Ware erst später geliefert werden kann, will der Käufer sich heute schon zu einem bestimmten Preis eindecken, will der Verkäufer sich zum gleichen Preis den Absatz sichern. Dieser schaltet damit das Risiko fallender, jener die Gefahr steigender Preise aus.

Nun treten aber schon in normalen Zeiten Ereignisse ein, die nicht dem natürlichen Gang der Dinge entsprechen und die sogar den Rahmen des vernünftigerweise Voraussehbaren sprengen, Ereignisse, mit denen auch der vorsichtig Ueberlegende entfernt nicht rechnen zu müssen glaubte. Je nach dem Mass der Veränderung in den tatbeständlichen Verhältnissen, auf welchen der Vertragsschluss beruhte, können auch die Vertragsleistungen selber und ihre Bedeutung für die Parteien eine teilweise oder gänzliche Umwertung erfahren, ohne dass eine eigentliche Unmöglichkeit der Leistung eintritt. Die Aufwendungen des Schuldners für die Beschaffung der Vertragsleistung erreichen ein Vielfaches des ursprünglich Angenommenen, oder die Leistung ist für den Gläubiger zwecklos geworden.

Wirtschaftskrise und Krieg verallgemeinern solche Entwicklungen. Einfuhrschwierigkeiten, bedingt durch

---

Glauben" und „Billigkeit" im schweizerischen Zivilrecht, Abhandlungen zum schweizerischen Recht, N. F. Bd. 157, Bern 1939, S. 136 ff.; Oftinger, Die krisenbedingte Aenderung der Grundlagen bestehender Verträge, SJZ Bd. 36, S. 229 ff., 245 ff.

Beschlagnahmungen, Ausfuhrverbote oder Mangel an Transportmitteln, beeinflussen direkt alle Lieferungsverträge ausländischer Waren und haben zudem indirekte Rückwirkungen auf Vertragsverhältnisse, die ihrerseits auf solchen Lieferungsverträgen beruhen. Dauerverträge, in welchen sich der eine Vertragspartner in der Hoffnung auf eine bestimmte Konjunktur zu festen Leistungen verpflichtet hat, werden zu unerträglich scheinenden Belastungen, weil die erwarteten Umsätze nicht erzielt werden können. Abwertung und Inflation beeinflussen internationale Kaufverträge hinsichtlich der Stellung des Geldschuldners, der sich mit einer entwerteten Valuta ein anderes Zahlungsmittel beschaffen muss, und beeinträchtigen in allen Verträgen die Lage des Geldgläubigers der entwerteten Währung.

Gibt es nun Fälle, in welchen die Aenderung der Verhältnisse in der Zeit zwischen Vertragsschluss und Erfüllung einen richterlichen Eingriff in den Vertrag rechtfertigt, sei es, dass die schuldnerische Leistung ermässigt oder gar ganz aufgehoben wird, sei es, dass der Schuldner zwar weiterhin im ursprünglichen Umfange verpflichtet bleibt, aber dafür eine höhere als die ursprünglich versprochene Gegenleistung erhält? Welches sind die nähern Voraussetzungen eines allfällig zu bejahenden richterlichen Eingriffsrechtes?

Die vielen Autoren, die sich mit dem Problem der „clausula" beschäftigt haben, sind im wesentlichen darüber einig, dass es Fälle gibt, in welchen nach Vertragsschluss eintretende veränderte Verhältnisse den richterlichen Eingriff in den betreffenden Vertrag zu rechtfertigen vermögen. Die Tatsache, dass weder im deutschen, französischen noch schweizerischen Recht eine ausdrückliche Regelung dieses Eingriffs enthalten ist, hat dazu geführt, dass das Hauptgewicht der Bearbeitungen auf die Begründung der grundsätzlichen Zulässigkeit eines solchen Vorgehens gelegt wurde, während die Fragen nach ihren Voraussetzungen und Folgen vielleicht zu wenig Beach-

tung fanden[8]). Diese Arbeit kann selbstverständlich nicht im Rahmen des vorliegenden Referates erfolgen. Sie setzt einen Zeit- und Kräfteaufwand voraus, der die hier gegebenen Möglichkeiten weit übersteigt. Es muss der Versuch genügen, die wesentlichen Fragen aufzuzeigen und auf Grund eines notwendigerweise summarischen Ueberblickes zu einigen allgemeinen Feststellungen zu gelangen.

Die dogmatische Seite des Problems ruft einer Untersuchung darüber, ob unser Recht einen allgemeinen Erlöschungsgrund der Obligation zufolge veränderter Verhältnisse anerkenne. Da eine positivrechtliche Vorschrift, welche die Frage als solche beantworten würde, nicht besteht, ist es notwendig, alle diejenigen Bestimmungen des allgemeinen und des speziellen Vertragsrechtes zu betrachten, welche Berührungspunkte mit dem Problem aufweisen, bei welchen veränderte Umstände in irgend einer Hinsicht vertragliche Verpflichtungen tangieren. Auf diese Weise wird vermieden, sich in dogmatischer Hinsicht von vorneherein auf eine bestimmte Vorschrift festzulegen, der dann leicht eine über Sinn und Wortlaut hinausgehende Bedeutung beigemessen wird, nur um ein als rechtspolitisch wünschenswert erkanntes Ergebnis begründen zu können. Die Untersuchung soll eine gewisse Übersicht über diese Sonderregelungen — gegliedert nach ihren Voraussetzungen und nach ihren Folgen — verschaffen und einerseits zeigen, welchen dieser Bestimmungen allenfalls eine über den ausdrücklich geregelten Anwendungsfall hinausgehende Bedeutung beigemessen werden kann, andererseits darüber Aufsehluss geben, ob den verschiedenen Vorschriften einheitliche Gedanken über die Einwirkung veränderter Umstände entnommen werden können, oder ob dies nicht der Fall ist. Auch wenn sich keine derartigen Folgerungen ziehen lassen sollten, so wäre die Übersicht der Spezial-

---

[8]) Vgl. Simonius, Diskussionsvotum an den Verhandlungen des Schweizerischen Juristenvereins 1937, S. 474a ff. Eine ausserordentlich weitreichende Analyse der schweizerischen Gerichtspraxis hat Siegwart, a. a. O., vorgenommen.

bestimmungen doch nicht unnötig. Müssen der Lösung des Problems die allgemeinen Bestimmungen zugrunde gelegt werden, die ja regelmässig nur Blankettnormen, Verweisungen an das richterliche Ermessen darstellen, so ist die Kenntnis der Spezialbestimmungen wenigstens insofern wichtig, als sie den Rahmen bilden, in den die Lösung passen muss. Soweit ein richterliches Eingriffsrecht bejaht werden sollte, ist dann der Frage besondere Beachtung zu schenken, ob nur die Auflösung des Vertrages verfügt werden kann, oder ob auch eine Vertragsänderung zulässig sei.

Das Problem erschöpft sich aber nicht in der Untersuchung der Fälle gesetzlicher Regelungen der Folgen veränderter Umstände. Auch die vertraglichen Vorbehalte veränderter Verhältnisse müssen einbezogen werden, nicht aus dogmatischen, sondern aus rein praktischen Überlegungen. Es liegt auf der Hand, dass immer dann, wenn eine Partei Befreiung von eingegangenen Verpflichtungen sucht, in erster Linie zu prüfen ist, ob der Vertrag selber, so wie er abgeschlossen wurde, diese Befreiung vorsieht.

Da es immer der Vertrag ist, der Gegenstand der Untersuchung ist, muss der Darstellung vertraglicher Regelung der Folgen veränderter Umstände und der Übersicht über die gesetzlichen Bestimmungen, welche solchen Umständen einen irgendwie gearteten Einfluss auf den Vertrag zubilligen, eine Kennzeichnung des Vertrages im Sinne des schweizerischen Privatrechtes vorausgeschickt werden.

Bevor das geschieht, muss aber noch betont werden, dass das Problem nicht nur eine dogmatische, sondern auch eine rechtspolitische Seite hat, die von jener nicht zu trennen ist. Der Entscheid über die Berücksichtigung oder Nichtberücksichtigung veränderter Umstände setzt nämlich in allen Fällen, in welchen nicht eine unzweideutige Vertragsklausel oder eine ebenso klare positivrechtliche Vorschrift die Voraussetzungen des Eingriffes und nicht nur seine grundsätzliche Möglichkeit konkret umschreiben, ein Werturteil über seine Wünschbarkeit voraus. Dieses

Werturteil wird letztlich immer zwischen zwei Anschauungen zu wählen haben, die beide die Wahrung der Vertragstreue für sich in Anspruch nehmen, wobei aber bei der einen das Festhalten am einmal gegebenen Wort — unbekümmert um die Konsequenzen — im Vordergrund steht, bei der andern dagegen die Wahrung einer angenommenen ursprünglichen Aequivalenz zwischen den Vertragsleistungen. Rechtssicherheit und Vertragsgerechtigkeit, so kann das gegensätzliche Wertpaar etwas schlagwortartig auch umrissen werden; schlagwortartig deshalb, weil ja die Rechtssicherheit nicht etwa ein bloss formales Prinzip ist, sondern auch der Verwirklichung der Gerechtigkeit dient, aber eben weniger aus dem Gesichtspunkt möglichst weitgehender Berücksichtigung jedes konkreten Anspruchs und Interesses, als in Würdigung der Bedeutung feststehender und klarer allgemeiner Regeln. Es steht fest, dass eine Aenderung oder Aufhebung vertraglicher Verpflichtungen zufolge veränderter Verhältnisse nur dann in Frage kommen kann, wenn sie im Verhältnis der beiden Vertragspartner überhaupt als billige Lösung erscheint; ob sie aber in allen derartigen Fällen verfügt wird, hängt davon ab, ob nur das betreffende Vertragsverhältnis an sich gewürdigt werde, oder ob der Blick des Beurteilers auch die weiteren Konsequenzen und die möglichen Rückwirkungen eines Eingriffes auf ähnliche Verhältnisse und auf das ganze Vertragsrecht erfasse. Die vorliegende Arbeit geht — ohne sie zum Dogma zu erheben — von der Auffassung aus, dass unsere Zeit vielleicht zu leicht geneigt ist, jeder Sonderverumständung möglichst angemessen Rechnung zu tragen, wobei die Gefahr besteht, dass der allgemeine Zusammenhang der Grundsätze unserer Rechtsordnung beeinträchtigt wird. Es ist die höchste Kunst des Richters und des Gesetzgebers, zu erkennen, wo Sonderinteressen und Billigkeitserwägungen hinter die Wahrung des Grundsatzes zurückzutreten haben und wo sie eine souveräne Durchbrechung der grundsätzlichen Ordnung verlangen.

B. Subjektive und objektive Elemente des Vertrages.

Die Auffassung von der Willensautonomie im Vertragsrecht hat in Art. 1134 des französischen Code civil eine klassische Formulierung gefunden: „Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites." Der Vertrag ist das Gesetz der Parteien. Was vereinbart wurde, soll gelten, weil es vereinbart wurde; nur das, aber alles das.

Der Vertrag hat aber seine Wurzeln nicht nur im Parteiwillen. Die objektive Rechtsordnung ist es, die ihm die Autonomie verleiht, und er muss sich auch inhaltlich in einen zwar weitgesteckten Rahmen, aber doch in einen Rahmen einfügen. Der Vertragsfreiheit sind ihre Grenzen gesteckt mit den Begriffen Unmöglichkeit, Widerrechtlichkeit, Unsittlichkeit, Schutz der Persönlichkeitsrechte (OR Art. 20, ZGB Art. 27). Sogar innerhalb dieser Grenzen ist der Parteiwille nicht Alleinherrscher. Ist der konkrete Sinn der gemeinsamen Willenserklärung klar, herrscht unter den Parteien kein Streit über ihre Bedeutung, so spielt es allerdings keine Rolle, ob sie gegen den objektiven Wortsinn, gegen die Verkehrssitte, ja selbst gegen Treu und Glauben oder gegen die Vernunft verstösst[9]). Wird aber der Sinn der Parteiäusserung zweifelhaft, so ist es nicht mehr der historische, wirkliche Wille der erklärenden Partei, der für die Auslegung massgebend ist, sondern ein hypothetischer, objektivierter Wille, der Wille, welcher der Erklärung entsprechen würde, wie der Vertragspartner sie nach Treu und Glauben im Verkehr verstehen durfte[10]). Objekt der Auslegung ist tatsächlich die Erklärung, nicht der dahinter stehende Geschäftswille.

Diese Objektivierung wird in gewissem Umfange gemildert durch die Möglichkeit der Irrtumsanfechtung. Der

[9]) Oftinger, Einige grundsätzliche Betrachtungen über die Auslegung und Ergänzung der Verkehrsgeschäfte, ZSchwR N. F. Bd. 58, Jahrgang 1939, S. 196.

[10]) BE 32 II 286, 34 II 528.

Vertragsteil, dessen wirklicher Parteiwille mit der Erklärung nicht übereinstimmt, macht diesen Widerspruch geltend[11]). Die Tragweite der Anfechtung ist aber eher beschränkt (Art. 25 und 26 OR).

Bei der Ausfüllung von Vertragslücken kann nicht anders vorgegangen werden, als bei der Auslegung unklarer Stellen. Ob der Vertrag unklar ist oder ob er lückenhaft ist, in beiden Fällen ist zu entscheiden, was aus der Erklärung, wie sie verstanden werden durfte, für einen bestimmten Tatbestand geschlossen werden kann. Dass im einen Fall Punkte in Frage stehen, an welche die Parteien überhaupt nie gedacht haben, während im andern Fall die Vorstellungen, welche sich die Parteien gemacht haben, nicht übereinstimmen, ändert nichts an dieser Tatsache.

Wenn aber betont wird, dass Auslegung und Ergänzung nicht den Vertragswillen, sondern die Erklärung betreffen, so darf gleichzeitig nicht übersehen werden, dass es immer der konkrete Einzelvertrag zwischen ganz bestimmten, so und nicht anders gearteten Parteien ist, der ausgelegt oder ergänzt wird. Nicht einem objektivvernünftigen Vertragstyp soll der festzustellende Teil des Vertragsinhaltes angeglichen werden, sondern dem Inhalt, der bereits unzweideutig feststeht, mag er nun zweckmässig oder unzweckmässig, vernünftig oder unvernünftig sein, und wenn die Erklärung, über deren Bedeutung die Parteien nicht einig sind, ausgelegt wird, so wird sie nicht so ausgelegt, wie irgendein Dritter (etwa ein Vetter des bonus pater familias), sondern wie der konkrete Vertragsgegner sie nach Treu und Glauben im Verkehr verstehen durfte.

Voraussetzung dieser richterlichen Tätigkeit ist selbstverständlich, dass nicht Regeln des dispositiven Rechtes

---

[11]) Auch die weitern Willensmängel, Furcht und Zwang, wollen der Berücksichtigung des wahren, historischen Parteiwillens dienen, während der Übervorteilungstatbestand (OR Art. 21) objektivierende und subjektivierende Elemente vermischt; siehe unten E 2 S. 449a ff.

Anwendung finden. Sind solche gegeben, so dienen sie zur Ergänzung des Vertrages und werden damit Vertragsinhalt, ein Vertragsinhalt, der auf keiner Parteierklärung und auf keinem Parteiwillen beruht[12]).

Der Vertrag ist somit nach Entstehung und Inhalt Produkt verschiedener Elemente, solcher, die im Willen beruhen und solcher, die vom Willen der Parteien nur mittelbar oder gar nicht abhängen. Der Vertrag verpflichtet, weil er gewollt ist, aber auch, weil er gleichzeitig gewissen objektiven Forderungen entspricht[13]).

Wie bei der Frage nach dem Zustandekommen der vertraglichen Bindung und nach ihrem Inhalte, so müssen auch bei der Frage nach der Auflösung der Bindung die Gründe, die unmittelbar oder mittelbar auf den Parteiwillen zurückgehen, unterschieden werden von denjenigen, die sich auf gewisse objektive Vorschriften stützen. Ganz dem Parteiwillen entspricht ja nur die Beendigung des Vertrages durch Erfüllung gemäss einer Klausel, die keiner Auslegung bedürftig ist. Muss die Vereinbarung ausgelegt oder ergänzt werden, so ist es ein hypothetischer, objektivierter Wille, dem die Erfüllung entspricht. Die übrigen Erlöschungsgründe können gegebenenfalls vom Parteiwillen mitumfasst werden; das wird aber selten der

---

[12]) Wenn man von dem Fall absieht, in welchem die Ergänzung durch dispositives Recht ausdrücklich bedacht und in allen ihren Konsequenzen gewollt wurde. Auch Handelsusancen gelten als Bestandteil des Vertrages, „als wirkliche oder doch nach den Grundsätzen über Treu und Glauben im Rechtsverkehr vorausgesetzte leges contractus" (BE 47 II 164), obwohl sie auf keiner Parteierklärung und auf keinem Parteiwillen beruhen.

[13]) In dieser Hinsicht bedarf vielleicht die Bemerkung W. Burckhardts (La clausula rebus sic stantibus en droit international, Revue de droit international et de législation comparée, Jahrgang 1933, S. 26), dass auch die vernünftigen Verträge bindend seien, weil sie gewollt sind, und nicht, weil sie vernünftig sind, einer gewissen Präzisierung. Innerhalb einer positiven Rechtsordnung sorgen eben die Grenzen der Vertragsfreiheit und andere, oben kurz gestreifte Korrektivmittel dafür, dass auch eine gewisse inhaltliche „Vernünftigkeit" erzielt wird.

Fall sein, und so entfalten sie ihre Wirkungen unabhängig vom ursprünglichen Willen der Parteien.

Unter diesen Gesichtspunkten soll nun ein Grund, der zur Auflösung oder inhaltlichen Abänderung des Vertrages führen kann, näher betrachtet werden, nämlich der in der Problemstellung umrissene „veränderte Umstand".

C. Vertragliche Regelung der Folgen veränderter Umstände.

Vertragliche Regelungen der Wirkungen, die der Eintritt veränderter Verhältnisse auf den Inhalt des Vertrages haben kann, kommen in doppelter Hinsicht zur Anwendung.

1. Es wird für den Fall des Eintrittes veränderter Umstände eine Aenderung oder Aufhebung der vertraglichen Verpflichtungen vorgesehen. Der Schuldner schränkt seine Haftung ein. Die Anwendung solcher Klauseln (Kriegsklausel, Streikklausel, Freizeichnungsklausel) kann zu verschiedenen schwierigen Auslegungsfragen Anlass geben, auf die hier nicht einzugehen ist[14]).

2. Bedeutend seltener sind die Fälle, bei denen ein vorsichtiger Gläubiger sich zusichern lässt, dass die vertragsgemässe Erfüllung unter allen Umständen geleistet werden müsse[15]). In einer solchen allgemeinen Form wird

---

[14]) Vgl. eine eingehende Zusammenstellung der Gerichtspraxis bei Siegwart, a. a. O. S. 98 ff.; ferner C. Wieland, a. a. O. S. 463 ff.; Hans Weber, a. a. O. S. 18/19; Krückmann, Archiv für d. civ. Pra., Bd. 116, Jahrgang 1917, S. 400 ff.

[15]) Entgegen Oftinger, Die krisenbedingte Veränderung der Grundlagen bestehender Verträge, SJZ 36, S. 233, gehören wohl die Gold- und Valutaklauseln nicht in diesen Zusammenhang, da sie nicht die Vertragserfüllung auch für den Fall des Eintrittes eines bestimmten Ereignisses zusichern, sondern die sichere Einwirkung des befürchteten Ereignisses (Abwertung, Währungsschwankungen) auf eine bestimmte Vertragsleistung (Geldschuld) dadurch vermeiden, dass ein anderer Leistungsgegenstand (Goldfranken, fremde Valuta) gewählt wird.

der Klausel keine grosse Bedeutung zuerkannt werden dürfen, da das schlichte Leistungsversprechen eben auch „unter allen Umständen" gehalten werden soll. Soweit dann bestimmte Ereignisse speziell erwähnt und die Vertragserfüllung auch für den Fall ihres Eintrittes zugesichert wird, kommt einer solchen Zusicherung die Bedeutung eines Verzichts auf den Einwand der Unvoraussehbarkeit zu, der noch näher zu erörtern sein wird[16]).

Ob aus dem Bestehen einer derartigen Klausel für einen bestimmten Fall etwas Besonderes abgeleitet werden kann für die Wirkungen einer nicht erwähnten Änderung der Verhältnisse, erscheint sehr fraglich. Keinesfalls dürfte etwa e contrario geschlossen werden, diese nicht erwähnte Änderung der Verhältnisse begründe nun ein Rücktrittsrecht, weil die vertragsgemässe Erfüllung nicht ausdrücklich stipuliert worden sei. Auch hier genügt das den Hauptinhalt des Vertrages bildende schlichte Leistungsversprechen, das in seiner Tragweite nicht dadurch beschränkt werden kann, dass für einen besondern Fall das Festhalten an der eingegangenen Verpflichtung besonders betont worden ist.

3. Es darf nicht unterlassen werden, darauf hinzuweisen, dass neben den ausdrücklichen Klauseln in vielen Fällen stillschweigende Bedingungen haftungsbeschränkender Art angenommen werden müssen. Streng genommen fallen nicht darunter die Fälle, in denen der Leistungsgegenstand eine indirekte einschränkende Präzisierung erfährt; so wenn die der Lieferungsverpflichtung beigefügte Klausel „franko Chiasso" erkennen liess, dass der Vertrag sich nur auf ausländische Ware bezog und im Falle der Unmöglichkeit ihrer Lieferung nicht die teurere Schweizer Ware beizubringen war[17]). In einem weitern Sinne sind aber hier alle die Fälle zu erwähnen, in welchen eine nach dem Wortlaut des Vertrages klare und unzwei-

[16]) Vgl. unten H 2, S. 497a ff.

[17]) BE 43 II, 174; ähnliche Fälle 45 II, 42, 197; Siegwart. a. a. O., S. 99.

deutige Verpflichtung als mit einer stillschweigenden Bedingung oder Einschränkung irgendwelcher Art behaftet erscheint. So gehören wohl hierher die berühmten „coronation cases"[18]), bei denen es sich darum handelte, zu entscheiden, ob die für die Besichtigung des Krönungsfestzuges von König Eduard VII. (offenbar für teures Geld) gemieteten Fenster bezahlt werden mussten, obwohl die Krönung abgesagt wurde. Wenn nicht ganz besondere Umstände vorliegen, so wird natürlicherweise als Gegenstand eines solchen Mietvertrages, auch wenn er nur den Preis, das Fenster und das vorausgesehene Datum bezeichnet, die Einräumung der Sichtmöglichkeit auf den Festzug erscheinen, so dass bei Absage des Festzuges der Vertrag dahinfällt, bei blosser Verschiebung auch nur aufgeschoben wird[19]). Der Vermieter durfte nach Treu und Glauben die Erklärung des Mieters nicht anders auffassen, auch wenn von beiden Parteien die Möglichkeit einer Absage des Festzuges überhaupt nie in Betracht gezogen worden war. Es genügt, wenn feststeht, dass die gemeinsame Willenserklärung sich nur auf einen bestimmten, nun nicht realisierten Tatbestand bezog, um alle Entwicklungen auszuschliessen, die diesen Tatbestand nicht erfüllen. Es wird deshalb auch zu Unrecht etwa gegen die Lösung von Clausulafällen aus der stillschweigenden Beschränkung eingewendet, sie gehe von einem fiktiven Willen aus[20]). Sie tut dies nur insoweit, als das Abstellen

[18]) Semaine Internationale de Droit, Paris 1937, Rapport Gutteridge, S. 40 ff., Rapport Niboyet, S. 7; vgl. auch Oertmann, Die Geschäftsgrundlage, S. 149; Locher, a. a. O., S. 55; Rhode, a. a. O., S. 260, 266, 324.

[19]) Vgl. Reichel, Vertragsrücktritt wegen veränderter Umstände, Berlin 1933, S. 16.

[20]) So z. B. Krückmann, a. a. O., S. 210; Niboyet und Gutteridge, a. a. O. (siehe auch unten Anm. 153); vgl. zum ganzen Problem der stillschweigenden Willenserklärung Manigk, Irrtum und Auslegung, Berlin 1918, S. 116 ff., insbesondere S. 129 ff. und dortige weitere Zitate; E. Kaufmann, Das Wesen des Völkerrechts und die clausula rebus sic stantibus, Tübingen 1911, S. 92 ff., 105 ff.

auf die Willenserklärungen möglicherweise einen fiktiven Willen voraussetzt. Im übrigen aber ist die Lösung derartiger Fälle aus dem Vertrag und nur aus dem Vertrag die einzig natürliche.

Auch hier kann natürlich die Auslegungsfrage grosse Schwierigkeiten bereiten[21]). Sicher ist aber eines: die Lösung muss vom konkreten Vertragsverhältnis ausgehen, von den gesamten Umständen, unter welchen es abgeschlossen wurde. Es handelt sich darum, „aus dem unzweideutig und wirklich Ausgedrückten das damit zugleich Mitausgedrückte und stillschweigend Vorausgesetzte herauszufinden“ [22]), wiederum nicht, um einen fiktiven Willen zu interpretieren, sondern um entscheiden zu können, welches nach Treu und Glauben der Umfang und die Tragweite der Verpflichtungserklärung sei. Das setzt immer eine weitgehende Berücksichtigung der individuellen Gestaltung des zu beurteilenden Rechtsverhältnisses voraus; denn nur auf dieser Grundlage kann entschieden werden, was Treu und Glauben entspricht und was dagegen verstösst. Der Richter, der sich auf Treu und Glauben beruft, muss im einzelnen ausführen, „weshalb Treu und Glauben in bestimmter Lage ein bestimmtes Verhalten fordern“ [23]).

---

[21]) Wenn beispielsweise der Kurgast für einen bestimmten Tag einen Bergführer engagiert und es an diesem Tag regnet, so wird es nicht immer leicht sein, zu entscheiden, ob nun Gegenstand des Vertrages nur die Führung beim Vorhandensein bestimmter Minimalbedingungen atmosphärischer Art sei, oder ob der Kurgast dieses Risiko des schlechten Wetters zu tragen habe (wobei vorausgesetzt wird, dass dadurch die in Aussicht genommene Tour nicht wesentlich gefährlicher wird). Das Kündigungsrecht besteht natürlich, da es sich um einen Auftrag handelt, in jedem Falle und für beide Parteien, aber je nach der Beantwortung der gestellten Frage wird eine Kündigung zur Unzeit angenommen werden, welche Schadenersatzfolgen nach sich zieht (OR Art. 404).

[22]) Was E. Kaufmann, a. a. O., S. 80, als die Kunst der Auslegung bezeichnet; vgl. ein interessantes Beispiel der Annahme einer stillschweigenden Voraussetzung oder Bedingung in BE 66 I, 312.

[23]) Kommentar Egger N. 11 zu Art. 2 ZGB.

Inwieweit es sich dabei um Vertragsauslegung und inwieweit um Ausfüllung einer Vertragslücke handelt, ist deshalb im Einzelfalle nicht leicht zu entscheiden, weil eine scharfe begriffliche Abgrenzung zwischen diesen beiden richterlichen Tätigkeiten gar nicht möglich ist. Ob die Parteien etwas Unklares vereinbart haben oder ob sie sich überhaupt ausgeschwiegen haben, stellt den Richter vor das grundsätzlich gleiche Problem[24]), ein Problem, das den Vertrag innerhalb der besondern Umstände seines Entstehens, innerhalb der Verkehrssitte und innerhalb der ganzen Rechtsordnung zu betrachten hat. Auf Grund dieser umfassenden Prüfung kann eine Beschränkung der Verpflichtungserklärung angenommen werden[25]). In dem Falle hebt der Richter nicht etwa durch konstitutives Urteil den Vertrag auf, sondern er stellt nur fest, dass der Vertrag sich selber gewisse Schranken gesetzt habe.

Die Subsumierung dieser Lösungen unter die Fälle vertraglicher Regelung der Folgen veränderter Umstände kann dann zu keinen Einwendungen und Missverständnissen Anlass geben, wenn man sich bewusst ist, dass eben ganz allgemein nicht nur die von den Parteien vorgestellten und darum bewusst von ihnen in den Erklärungsinhalt aufgenommenen Rechtsfolgen als Vertragsfolgen angesprochen werden dürfen.

D. Gesetzliche Regelung der Folgen veränderter Umstände.

Unser positives Recht weist eine grosse Anzahl von Fällen auf, in welchen die verschiedenartigsten Verumständungen zu einer dem ursprünglichen Vertragsinhalt nicht entsprechenden nachträglichen Vertragsaufhebung oder

---

[24]) Oftinger, Einige grundsätzliche Betrachtungen über die Auslegung und Ergänzung der Verkehrsgeschäfte, ZSchwR N. F. Bd. 58, Jahrgang 1939, S. 178 ff., insbesondere S. 197 ff.

[25]) Wie im Beispiel von der Fenstermiete für den Krönungsumzug.

gar -änderung führen: das Verhalten einer Partei berechtigt den Vertragspartner zum Rücktritt, vielleicht verbunden mit Schadenersatz; äussere Umstände, die in der Person einer Vertragspartei eintreten, lösen ähnliche Wirkungen aus; Veränderungen des Vertragsgegenstandes schliesslich sind von Bedeutung für die Vertragsabwicklung.

Alle diese Tatbestände weisen gewisse Berührungspunkte auf mit dem eigentlichen „Clausula"-Fall, ja können zum Teil sogar als Teilausschnitt des Problems betrachtet werden. Es erscheint deshalb zweckmässig, diese positivrechtlich geordneten nachträglichen „Vertragsstörungen" im weitesten Sinne des Wortes nach ihren Voraussetzungen und Wirkungen zu gliedern. Daraus können sich dann bestimmte Anhaltspunkte für die nicht geordneten Fälle ergeben, nicht etwa im Sinne einer rein schematischen analogen Anwendung, die nicht beweiskräftiger wäre als ein aus gleichem Tatbestand abgeleitetes „argumentum e contrario", sondern um nach der Aufdeckung der sachlichen Gründe der bekannten und gegebenen Bestimmung zu entscheiden, ob sich sachliche Gründe für eine Ausdehnung finden lassen[26]).

I. Die Schranken der Vertragsfreiheit.

Es ist notwendig, in den Kreis dieser Betrachtung auch diejenigen Bestimmungen einzubeziehen, die man etwa als Schranken der Vertragsfreiheit bezeichnet. Es möchte dies überflüssig erscheinen angesichts der Tatsache, dass der richterliche Eingriff in laufende Verträge nach der Problemstellung deren ursprüngliche Gültigkeit voraussetzt. Aber was wesentlich ist, das ist die Frage, ob Tatbestände, deren Bestehen vor und beim Vertragsabschluss das Zustandekommen der vertraglichen Bindung

---

[26]) Burckhardt, Methode und System des Rechts, Zürich 1936, S. 266. Zur Frage der analogen Anwendung im Gebiete der Clausula vgl. Reichel, Vertragsrücktritt wegen veränderter Umstände, Berlin 1933, S. 10 ff.

zu hemmen vermag, die gleiche Wirkung ausüben, wenn sie erst nachträglich eintreten, und nur im Hinblick auf diese Frage sollen die Tatbestände kurz erwähnt werden, die trotz erfolgter Willenseinigung der Parteien das Zustandekommen eines Vertrages ausschliessen.

Verträge mit unmöglichem, widerrechtlichem oder unsittlichem Inhalt können nicht bindend abgeschlossen werden; sie gelten als nichtig und nicht zustande gekommen.

1. Die Unmöglichkeit kann eine absolute sein, in dem Sinne, dass die Schranken der Naturgesetze oder zwingender Rechtsnormen die Erfüllung verunmöglichen. Tritt ein solches Hindernis erst nach dem Abschluss des Vertrages ein, so gilt die Forderung als erloschen (wenn nicht der Schuldner die Unmöglichkeit selber zu verantworten hat) und es wird eine möglichst vollständige gegenseitige Rückleistung durchgeführt, es sei denn, die Gegenpartei trage gemäss ausdrücklicher Gesetzesvorschrift (OR 185 Kauf, 531 Abs. 3 Gesellschaft) oder gemäss vertraglicher Abrede die Gefahr und müsse deshalb ihre eigene Leistung erbringen, obwohl die Leistung des Vertragspartners unmöglich geworden ist.

Die Unmöglichkeit kann aber auch nur subjektiver Natur sein, d. h. sie besteht nur für den betreffenden Schuldner (dem z. B. die herauszugebende Sache gestohlen wurde). Auch in diesem Falle sind die Rechtsfolgen der ursprünglichen und der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit nicht die gleichen. Wer eine Leistung verspricht, die an sich möglich ist, aber nur von ihm nicht erbracht werden kann, der haftet regelmässig für die Nichterfüllung des Vertrages, weil er durch sein Versprechen in Aussicht gestellt hat, die Hindernisse, welche der Erfüllung durch seine Person im Wege stehen, zu beseitigen, während er bei erst nachträglichem Eintritt der subjektiven Unmöglichkeit zwar auch die Verpflichtung trägt, besondere und bei Vertragsschluss nicht vorgesehene Anstrengungen anzustellen, um gleichwohl erfüllen zu können, aber nach

Art. 119 OR frei wird, sofern er nur die subjektive Unmöglichkeit nicht selbst verschuldet hat[27]). Ob der freiwerdende Schuldner den Anspruch auf die Gegenleistung behält, entscheidet sich nach der gleichen Regel wie bei der objektiven Unmöglichkeit.

Es ist versucht worden, die sogenannte „Unerschwinglichkeit" der Unmöglichkeit gleichzusetzen, den Leistungsschuldner also dann vollständig zu befreien, wenn die Leistung zwar für ihn an sich möglich ist, die zur Erfüllung erforderlichen Bemühungen und Aufwendungen aber in keinerlei vernünftigem Verhältnis zum Wert der Leistung mehr stehen. Hier ist vorläufig nur festzustellen, dass eine Subsumtion unter die Unmöglichkeitsregel des Art. 119 OR nicht in Frage kommt. Art. 119 regelt das Nichtleistenkönnen, die Unerschwinglichkeit will ein Nichtleistensollen begründen, das sich auf einen eigenen Rechtsgrund der Nichtzumutbarkeit stützt, nicht als blosse Einrede, sondern als objektive Beschränkung der Leistungspflicht[28]). Noch viel weniger angezeigt ist eine Erweiterung des Unmöglichkeitsbegriffes im Hinblick auf die Fälle, in welchen die schuldnerische Vertragsleistung gleich geblieben ist, ihre Nichtzumutbarkeit aber durch den Hinweis auf die unterdessen ganz oder teilweise entwertete Gegenleistung begründet werden soll[29]). Aus dem Gesichtspunkt der Unmöglichkeitslehre kann solchen besondern Umständen lediglich gemäss Art. 99 Abs. 3 OR durch Ermässigung des Schadenersatzes Rechnung getragen werden, den der die Leistung verweigernde oder ihre Unmöglichkeit vertretende Schuldner zu erbringen hat, und in diesem Sinne kann auch nur von einer Anerkennung

---

[27]) v. Tuhr, OR S. 228 und 494; Oser-Schönenberger, N. 7 ff. zu Art. 20 OR, N. 3 zu Art. 97, N. 4 zu Art. 119 OR.

[28]) Nipperdey, a. a. O., S. 9 ff.; Oertmann, Die Geschäftsgrundlage, 1921, S. 57 ff.; Krückmann, Archiv für d. civ. Pra., Bd. 116, Jahrgang 1917, S. 334.

[29]) Nipperdey, a. a. O., S. 20; vgl. auch v. Tuhr, OR S. 495.

der Unerschwinglichkeitslehre in der schweizerischen Praxis gesprochen werden.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die nachträgliche Veränderung der Verhältnisse, die eine eigentliche Unmöglichkeit der Vertragsleistung herbeiführt, positivrechtlich abschliessend geregelt ist. Diese Regelung umfasst nicht die nachträglich eintretende Unerschwinglichkeit, die lediglich zu einer Ermässigung des Schadenersatzes für die nicht erbrachte Leistung, keinesfalls aber zu einer Befreiung des Schuldners führen kann.

2. Die nachträglich eintretende Widerrechtlichkeit einer Vertragsleistung ist im OR nicht allgemein geregelt. Begreiflicherweise, da der Gesetzgeber seine Ordnung als vorläufig abschliessend betrachtet und, auch wenn er die Vergänglichkeit seines Werkes kennt, es der neuen Generation überlässt, die Probleme zu lösen, die mit dem Erlass neuer Verbote und Gebote in bezug auf bestehende Verträge sich stellen. Seinerseits hat er sich mit den Verträgen zu befassen, deren Inhalt den Vorschriften seines Gesetzes nicht mehr entspricht, und das geschieht regelmässig in den Übergangsbestimmungen in der Weise, dass bestehende Vertragsverhältnisse geschützt werden, soweit sie nicht Vorschriften widersprechen, die um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit willen aufgestellt worden sind[30]). Der Erlass einer Widerrechtlichkeitsbestimmung im Sinne von Art. 20 OR zieht also in allen Fällen die Nichtigkeit des dagegen verstossenden Rechtsgeschäftes nach sich, dessen rechtswidrige Leistung noch nicht erbracht worden ist.

Die Krisen- und Kriegsgesetzgebung hat die Verbote vervielfacht, ohne dass in allen Fällen die Rechtsfolge ihrer Übertretung und die Frage der Rückwirkung geregelt worden wäre. Die Praxis verlangt in diesen Fällen

---

[30]) SchlT z. ZGB Art. 2 und 3, Übergangsbestimmungen zum rev. OR Art. 1.

eine Überprüfung von Sinn und Zweck des betreffenden Erlasses, um zu entscheiden, ob die Nichtigkeitsfolge eintreten soll[31]). In der überwiegenden Mehrzahl aller Fälle wird die Frage bejaht werden müssen. In einzelnen Fällen, insbesondere bei der Übertretung von Höchstpreisvorschriften, sieht der Verbotserlass die behördliche Änderung widersprechender Verträge vor[32]). Das Volkswirtschaftsdepartement scheint aber von dieser Kompetenz kaum Gebrauch gemacht zu haben, weil ihm einfachere und radikalere Mittel zur Verfügung stehen, wenn es eingreifen will[33]).

Allgemein ist festzuhalten, dass der Parteiwille bei der nachträglich eintretenden Rechtswidrigkeit — im Gegensatz zur nachträglichen Unmöglichkeit — keine Rolle spielt. Das liegt wohl daran, dass die Unmöglichkeit — mit Ausnahme der rechtlichen Unmöglichkeit, die im übrigen mit der verbotenen und demgemäss rechtswidrigen Leistung nicht zu verwechseln ist[34]) — als ein

---

[31]) BE 45 II 281, 551; 47 II 464; Oftinger, Gesetzgeberische Eingriffe in das Zivilrecht, ZSchwR Bd. 57, Jahrgang 1938, S. 547a ff., 576a; Comment, Les atteintes portées au droit civil, ZSchwR Bd. 57, Jahrgang 1938, S. 359a; vgl. auch Albert Scherrer, Das „richterliche Ermässigungsrecht" bei Verträgen nach schweizerischem Obligationenrecht, Diss. Freiburg 1934, S. 87.

Die deutsche Praxis lässt bei allen Verstössen gegen die Preisgesetzgebung bei beweglichen Sachen des gewöhnlichen Geschäftsverkehrs den Vertrag mit verändertem Inhalt weiterbestehen (Seufferts Archiv, Bd. 95, S. 172).

[32]) Bundesratsbeschluss vom 1. September 1939 betreffend die Kosten der Lebenshaltung und den Schutz der regulären Marktversorgung, Art. 3 Abs. 1 lit. b, A. S. 55 S. 817.

[33]) Vgl. Verfügung Nr. 3 des EVD betreffend die Kosten der Lebenshaltung und den Schutz der regulären Marktversorgung (Beschlagnahme und Verkaufszwang) vom 18. Januar 1940, A. S. 56, S. 111, und Bundesratsbeschluss über Beschlagnahme, Enteignung und Lieferungszwang vom 25. Oktober 1940, A. S. 56, S. 1683.

[34]) Siehe v. Tuhr, OR, S. 227, Anm. 69; Oftinger, Gesetzgeberische Eingriffe in das Zivilrecht, a. a. O., S. 527a, macht darauf aufmerksam, dass die rechtliche Unmöglichkeit nicht nur

rein faktischer Begriff zu betrachten ist, dessen Inhalt dem Gesetzgeber gänzlich gleichgültig ist, während die Statuierung einer Leistung als widerrechtlich ein Werturteil des Gesetzgebers bezüglich des gerade so und nicht anders gearteten Inhaltes der Leistung voraussetzt. Weil der Gesetzgeber sie missbilligt, sollen die Parteien sie nicht zum Vertragsinhalt machen (während das Unmögliche ganz einfach nicht geleistet werden kann) und weil im Falle eines nachträglichen Verbotes die erlassende Behörde regelmässig das Schicksal bestehender Verträge regelt, können die Parteien hierüber selber nicht bestimmen, ganz abgesehen davon, dass normalerweise nicht angenommen zu werden braucht, was heute erlaubt, sei morgen verboten[35]).

3. Mit der Nichtigerklärung von Verträgen, die gegen die guten Sitten verstossen oder die unveräusserlichen Persönlichkeitsrechte beschränken (ZGB Art. 27) anerkennt das Gesetz seine eigene Unvollkommenheit. Der Gesetzgeber weiss, dass er durch Aufstellung von Geboten und Verboten nicht alle Tatbestände des Lebens erfassen kann. Er anerkennt das dem gesetzten Recht „zweckverwandte, aber auf anderem Gebiet und mit anderen Mitteln wirksame Prinzip der Moral"[36]).

Die Unsittlichkeit kann sich darin äussern, dass der Inhalt des Vertrages oder sein beiden Parteien gemein-

---

ein behördliches Verbot, sondern dazu noch die tatsächliche behördliche Unmöglichmachung des betreffenden Rechtsgeschäftes voraussetze, um sich von der Widerrechtlichkeit zu unterscheiden.

[35]) Wenn der Gesetzgeber die ihm obliegende Pflicht nicht erfüllt, so wird gegebenenfalls der Richter über das Schicksal des Vertrages zu bestimmen haben, der eine nunmehr verbotene Leistung zum Gegenstand hat. Das ändert aber nichts an der Unerheblichkeit des Parteiwillens.

[36]) v. Tuhr, OR, S. 223; vgl. die Zusammenstellung der verschiedenen Auffassungen über das Verhältnis von Recht und Moral bei W. Bürgi, Ursprung und Bedeutung der Begriffe „Treu und Glauben" und „Billigkeit" im schweizerischen Zivilrecht, Bern 1939, S. 30 ff.

samer Zweck unsittlich ist, oder aber es kann die Unsittlichkeit darin liegen, dass ein an sich erlaubtes Handeln, eine erlaubte Leistung, zum Gegenstand vertraglicher Verpflichtung gemacht wird. In allen Fällen scheint die Notwendigkeit einer besonderen Regelung der nachträglich eintretenden Unsittlichkeit weder für den Gesetzgeber noch für die Parteien zu bestehen. Der Richter, der über den Bestand eines als unsittlich bezeichneten Vertrages zu befinden hat, legt ja seiner Entscheidung immer den Moralbegriff zugrunde, der im Zeitpunkt seines Entscheides von ihm als geltend und richtig anerkannt wird, so dass sich die Frage einer ursprünglichen oder nachträglichen Unsittlichkeit höchstens so stellen könnte, ob die Tatsache des seinerzeitigen Bestehens des Vertrages vor den Anforderungen der Moral eine differenzierte Behandlung im Zeitpunkt der Entscheidung gestatte. Das ist wohl nur insoweit der Fall, als die bisherigen Leistungen nicht aufgehoben, die bisherigen Wirkungen nicht rückgängig gemacht zu werden brauchen; m. a. W. es tritt in diesem Falle eine Nichtigkeit ex nunc und nicht ex tunc ein, während der Grundsatz der Vertragsaufhebung dadurch nicht berührt wird.

II. Der Grundlagenirrtum.

Bekanntlich hat das Bundesgericht im Entscheid 59 II 277 E. 3 neben andern Anhaltspunkten für eine Rechtfertigung richterlichen Eingriffes in laufende Verträge auch Art. 24 Ziff. 4 OR herangezogen. Wenn ein Vertrag bei Irrtum über seine notwendige Grundlage angefochten werden kann, so wurde auch in der Doktrin argumentiert, so muss es eine Abhilfe auch dann geben, wenn diese Grundlage sich später in unerträglichem Masse verschiebt[37]).

Simonius stellt in seinem Aufsatz „Wandlungen der Irrtumslehre in Theorie und Praxis“[38]) die Frage, ob die

[37]) v. Tuhr, OR, S. 565, vgl. auch S. 228, Anm. 70.

[38]) In der Festgabe für Goetzinger, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Heft 10, Basel 1935, S. 240 ff.

Irrtumsvorschriften neben dem gemäss der Vertrauenstheorie auszulegenden Art. 1 OR noch eine selbständige Funktion auszuüben vermögen. Er führt aus, dass der Irrtum nur dann als wesentlich zu betrachten sei, wenn er einen Sachverhalt betreffe, der erkennbar condicio sine qua non des Vertrages war. Das bedeute nichts anderes, als dass der betreffende Sachverhalt Vertragsinhalt geworden sein muss, so dass bei seiner Nichtverwirklichung der Konsens fehlt oder wegfällt. Grundsätzlich liege also bei allen wesentlichen Irrtumsfällen Dissens vor und ein Vertragsabschluss sei überhaupt nicht erfolgt. Der Zweck der Irrtumsbestimmungen liegt dann lediglich noch darin, den nichtirrenden Teil von der Geltendmachung des Irrtums auszuschliessen, indem er bei seinem das Zustandekommen des Vertrages bejahenden Verhalten behaftet wird. Die Berufung auf den Dissens bleibt dem Irrenden vorbehalten[39]).

Ob man dieser Betrachtungsweise zustimmt oder nicht, so steht doch fest, dass hinsichtlich der zukünftigen Entwicklung der Verhältnisse eine Berufung auf Irrtum nur dann möglich ist, wenn diese Entwicklung, die der eine Vertragspartner als sicher annahm, zum eigentlichen Vertragsbestandteil erhoben wurde. Das trifft dann zu, wenn besondere Umstände der Gegenpartei erkennbar machten, dass der Irrende nur im Hinblick auf bestimmte Verhältnisse sich zum Vertragsabschluss entschloss und wenn die Gegenpartei es dennoch unterliess, ihrerseits Vorbehalte zu machen[40]). Es liegt auf der Hand, dass damit die ganz allgemeine Frage nach Umfang und Tragweite der vertraglichen Verpflichtung überhaupt angeschnitten wird, die Frage, ob überhaupt eine vertragliche Bindung der Parteien bestehe. Es ist zu prüfen, ob die Verpflichtungserklärung mit einer stillschweigenden Bedingung oder Beschränkung behaftet sei, wie dies bereits oben C 3 erörtert wurde.

---

[39]) Simonius, a. a. O., S. 263/64.

[40]) BE 45 II 570, 48 II 239, 55 II 189.

Solche Fälle sollten richtigerweise gar nicht unter dem Gesichtspunkt des Irrtums geprüft werden, sondern darnach, ob die Annahme, unter welcher der Vertrag geschlossen wurde, zur eigentlichen Bedingung erhoben wurde oder nicht, wobei diese Bedingung gegebenenfalls auch nur stillschweigend zustandekommen kann. Die Anwendung der Irrtumsbestimmungen dagegen, und insbesondere auch des Grundlagenirrtums, beschränkt sich auf in Gegenwart oder Vergangenheit liegende Verhältnisse, da ein „bestimmter Sachverhalt" (OR Art. 24 Ziff. 4) nur in Gegenwart oder Vergangenheit bestehen kann. Die Zukunft birgt Möglichkeiten und nicht Sachverhalte oder, um mit Reichel zu sprechen[41]), nur die Fehldiagnose ist Irrtum, nicht auch die Fehlprognose. Die bundesgerichtliche Praxis hat denn auch in verschiedenen Entscheiden die irrigen Vorstellungen über die zukünftige Entwicklung als zur Vertragsanfechtung ungeeignete Irrtümer im Beweggrund bezeichnet[42]), wobei aber beizufügen ist, dass die Nichtanwendbarkeit der Irrtumsbestimmungen die Annahme einer die Verpflichtung ausschliessenden Bedingung nicht verhindert[43]). Unter diesem Gesichtspunkt hätten wohl auch die in Anm. 40 zitierten Entscheide geprüft werden sollen.

---

[41]) Hans Reichel, Vertragsrücktritt wegen veränderter Umstände, Berlin 1933, S. 18.

[42]) BE 45 II 322, Irrtum über die Lieferungsmöglichkeit; 47 II 315, Irrtum über die Entwicklung der Marktlage; 53 II 139/40; Pra. 22 Nr. 176 E. 1 (die Erwägung wurde bei der Publikation des Urteils in der Amtlichen Sammlung, BE 59 II 374, weggelassen): „Irrtum aber gibt es nur da, wo man wissen kann. Ueber die Zukunft kann man nichts wissen, sondern nur mutmassen." (41 II 366 liess noch die Frage offen, ob der Irrtum sich wenigstens auf voraussehbare zukünftige Tatsachen beziehen könne.)

[43]) BE 66 I 312: „Nach den Grundsätzen über den wesentlichen Irrtum kann nur eine Voraussetzung beachtlich sein, die sich auf die Gegenwart oder die Vergangenheit bezieht (condicio in praesens vel praeteritum relata; vgl. Oser-Schönenberger, Kommentar zu OR Art. 23, Note 4). Eine Voraussetzung, die sich auf die Zukunft bezieht, ist nur rechtserheblich, wenn sie

Art. 24 Ziff. 4 OR führt somit nicht weiter als die Betrachtung der vertraglichen Regelung der Folgen veränderter Umstände. Wenn und soweit die Veränderung zum Vertragsinhalt erhoben worden ist, vermag sie Wirkungen zu entfalten. Darüber hinaus kann den Irrtumsbestimmungen ohne Zwang nichts entnommen werden. Zuzugeben ist allerdings, dass die Interessenlage beim Irrtumstatbestand eine ganz ähnliche sein kann wie bei der nachträglichen Aenderung der Verhältnisse[44]). Ob die Verpflichtung des Schuldners durch den erst nach Vertragsschluss ausbrechenden Krieg erschwert werde, oder ob die (fern von Radio und Zeitungen kontrahierenden) Parteien beim Vertragsabschluss nur noch nichts von seinem Ausbruch wissen, ohne dass ihnen dieses Nichtwissen zum Verschulden angerechnet werden kann, in beiden Fällen scheint die Frage der Nachträglichkeit der veränderten Umstände nicht von ausschlaggebender Bedeutung zu sein.

---

zur Bedingung gemacht wurde. Eine Bedingung ist jedoch nicht nur dann rechtswirksam, wenn sie der Willenserklärung ausdrücklich, sondern auch wenn sie ihr „stillschweigend", d. h. durch ein schlüssiges konkludentes Verhalten beigefügt wird (BGE 12 S. 741 E. 3). Bei einem Vertrag muss jedoch der Bedingungswille beider Parteien irgendwie zum Ausdruck kommen; die Bedingung muss zum Vertragsbestandteil geworden sein (Stiefel l. c. S. 92 ff., Becker, Kommentar, Vorbem. zu Art. 151/157, Note 18). Um aus dem Vertragszweck die Vereinbarung einer Bedingung kraft ergänzender Auslegung folgern zu können, reicht die Willensrichtung nur einer Partei nicht aus; die Beifügung muss im Sinne des objektiven Vertragszweckes liegen (Oertmann, Rechtsordnung und Verkehrssitte, S. 197 ff.)."

[44]) W. Burckhardt, La clausula rebus sic stantibus en droit international, Revue de droit international et de législation comparée, Jahrgang 1933, S. 14 betont, dass ein grundsätzlicher Unterschied zwischen dem Fall der Veränderung der Verhältnisse nach Vertragsschluss und dem Fall der Annahme falscher Umstände nicht bestehe. Entscheidend sei, dass die Verhältnisse anders sind, als die Parteien sie erwarteten. Vgl. auch die Vorschläge der Akademie für deutsches Recht, unten Anm. 146.

III. Die Voraussetzungen der positivrechtlich geordneten nachträglichen „Vertragsstörungen".

Wenn für das geltende schweizerische Privatrecht versucht wird, die Tatbestände zu erfassen und nach ihren Voraussetzungen zu gliedern, welche die nachträgliche Aufhebung oder Aenderung eines gültig zustande gekommenen Vertrages zur Folge haben[45]), so wird eine erste Trennungslinie zu ziehen sein zwischen den Fällen, in welchen das Verhalten einer Partei von Bedeutung ist, und den Fällen, in welchen äussere Umstände, unabhängig vom Willen der Parteien, auf den Vertrag einwirken.

1. Das Verhalten einer Partei als Grund der Störung.

a) Ganz allgemein berechtigt der Verzug einer Vertragspartei hinsichtlich der Erbringung ihrer Leistung oder hinsichtlich der Annahme der gehörig angebotenen Gegenleistung den Vertragspartner zum Rücktritt (OR Art. 95, 107/09), allerdings beim Gläubigerverzug nur für Verpflichtungen zu andern als Sachleistungen (OR Art. 92/94). Wird der Rücktritt erklärt, so sind die erbrachten Leistungen rückgängig zu machen. Ein Anspruch auf Ersatz des aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenen Schadens setzt aber ein Verschulden des Rücktrittgegners voraus (OR Art. 97, 109). Je nach der Grösse dieses Verschuldens und nach den besondern Umständen wird auch das Mass des Schadenersatzes bestimmt (OR Art. 41 ff., insbesondere 42—44[46]).

---

[45]) Vgl. für das deutsche BGB Stahl, Die sogenannte clausula rebus sic stantibus im BGB, Diss. Erlangen 1909; Krückmann, Archiv für d. civ. Pra., Bd. 116, Jahrgang 1917, S. 376 ff.

[46]) Es liegt eine gewisse Inkonsequenz darin, dass dieser Reduktionsmöglichkeit im Falle der Forderung von Schadenersatz nicht auch eine entsprechende Möglichkeit gegenübersteht, wenn der Gläubiger auf der Erfüllung besteht. Es ist, vom Standpunkt des Schuldners aus gesehen, rein zufällig, ob der Gläubiger

Eine besondere Stellung nimmt der Werkvertrag ein, indem nach Art. 366 OR nicht erst die Nichterfüllung trotz Fälligkeit, sondern schon die Verzögerung des Beginnes der Ausführung, oder die Ausführung, welche eine mangelhafte Erstellung des Werkes bestimmt voraussehen lässt, den Rücktritt vom Vertrag, bzw. dessen Übertragung auf einen andern Unternehmer begründet. Der Gläubiger soll nicht ein Verhalten hinnehmen müssen, welches die Erfüllung des Vertrages als gefährdet erscheinen lässt[47]).

b) Schon in diesem Zusammenhang sind die Fälle zu erwähnen, in welchen bestimmte Vertragsverhältnisse aus „wichtigen Gründen" zur vorzeitigen Auflösung gebracht werden können, insofern nämlich, als die wichtigen Gründe im Verhalten einer Partei (und nicht in den unabhängig von ihrem Verhalten eingetretenen äussern Umständen) liegen. Dazu gehört die Auflösung des Mietvertrages gemäss Art. 269 OR, des Pachtvertrages gemäss Art. 291 OR, des Dienstvertrages gemäss Art. 352 OR, des Verpfründungsvertrages gemäss Art. 527 OR, der einfachen Gesellschaft gemäss Art. 545 OR, der Kollektivgesellschaft gemäss Art. 574 OR, der Kommanditgesellschaft gemäss Art. 619 OR, der Aktiengesellschaft gemäss Art. 736 OR, der Kommanditaktiengesellschaft gemäss Art. 770 OR, der

---

nach eingetretenem Verzuge sein Wahlrecht so oder anders ausübe, ob es sich um eine Leistung handle, deren tatsächliche Erfüllung überhaupt erzwungen werden könne oder nicht. Wenn schon zugegeben wird, dass die an sich mögliche Leistung verweigert und, je nach den Umständen, nur teilweiser Schadenersatz zugebilligt werde, so sollte bei gleicher Lage der besondern Umstände auch der Erfüllungsanspruch nur teilweise durchgesetzt werden können.

[47]) Der gleiche Gedanke liegt Art. 83 OR zugrunde, nur dass es dort nicht eine eigentliche Handlung oder Unterlassung des Schuldners ist, welche dem Gläubiger ein Rücktrittsrecht gibt, sondern die in der Person des Schuldners eingetretene Zahlungsunfähigkeit.

G. m. b. H. gemäss Art. 820 und 822 OR, sowie der Austritt aus der Genossenschaft nach Art. 843 Abs. 2 OR.

Es sind alles Vertragsverhältnisse, die eine gewisse fortgesetzte und andauernde Leistungspflicht begründen und deren Inhalt eine stärkere persönliche Beziehung mit sich bringt, als dies bei den Rechtsgeschäften des gewöhnlichen Güteraustausches der Fall zu sein pflegt[48]). Wenn diese Bindung, die zu den Grundlagen und Voraussetzungen solcher Verträge gehört, durch das Verhalten einer Partei stark gestört wird, so soll die Gegenpartei den Vertrag auflösen können. Welche Handlungen diese Wirkung haben, kann hier nicht untersucht werden; nur so viel ist festzustellen, dass jedes Vertragsverhältnis von ganz besondern Voraussetzungen persönlicher Natur ausgeht. Das gilt nicht nur für die einzelnen Vertragsarten[49]), sondern innerhalb des Vertragstypus auch für die einzelnen Verträge.

c) Bei der Schenkung kann nicht nur die Erfüllung eines gültigen Schenkungsversprechens verweigert, sondern darüber hinaus sogar die Rückforderung des Geschenkten im Umfange der noch vorhandenen Bereicherung verlangt werden, wenn der Beschenkte gewisse Handlungen vornimmt, die als besonders krasse Undankbarkeit erscheinen müssen (Begehung eines Verbrechens gegen den Schenker oder eine ihm nahestehende Person; OR Art. 249/50, 251 Abs. 3). Trotzdem rechtlich das Schenkungsversprechen nicht anders denn als einseitige Verpflichtung erscheint, führt die moralische Gegenverpflichtung, die es dem Beschenkten auferlegt, zu einer Beschränkung der Rechtspflicht des Schenkers.

---

[48]) Der Auftrag ist nur deshalb nicht in dieser Aufzählung enthalten, weil er, unabhängig vom Verhalten einer Partei oder von äussern Umständen, jederzeit durch Kündigung aufgelöst werden kann (OR Art. 404).

[49]) Der Mietvertrag ist in diesem Sinne „unpersönlicher" als der Dienstvertrag, und das gleiche gilt für die Aktiengesellschaft im Verhältnis zur einfachen Gesellschaft.

Man kann sich fragen, ob man nicht zu einer ähnlichen Beschränkung auch dann kommen müsste, wenn die positivrechtliche Vorschrift nicht bestünde, sei es mit der Annahme einer stillschweigenden Bedingung, sei es, weil die Erzwingung eines Schenkungsversprechens, bzw. das Behalten des Geschenkes, angesichts eines bestimmten Verhaltens als unsittlich angesehen werden müsste.

2. Der veränderte Umstand als Grund der Störung.

a) Veränderte Umstände in der Person der Vertragsschliessenden: Das positive Recht hat sich einmal mit denjenigen Einzeltatbeständen befasst, die zufolge der verhältnismässigen Häufigkeit und Regelmässigkeit ihres Auftretens einer Regelung riefen. Hier sind zu erwähnen der Tod einer Partei und (als leider auch häufiger Fall) die Zahlungsunfähigkeit, beides Fälle, wo die veränderten Umstände in der Person der Vertragsschliessenden eintreten[50]).

aa) Je darnach, in welchem Umfange es auf die persönliche Erbringung einer Vertragsleistung ankommt, sind auch die Wirkungen des Todes einer Vertragspartei verschieden.

Das Dienstverhältnis erlöscht in allen Fällen mit dem Tod des Dienstpflichtigen, mit dem Tode des Dienstherrn dagegen nur dann, wenn der Vertrag wesentlich mit Rücksicht auf dessen Person eingegangen worden ist (OR Art. 355).

Der Mietvertrag ist unpersönlicher Natur; insbesondere kann es dem Mieter in der Regel gleichgültig sein, wer als Vermieter auftritt, während der Vermieter seinerseits grösseres Gewicht auf die Person des Mieters legen darf. Dementsprechend berechtigt der Tod des Mieters sowohl seine Erben als auch den Vermieter zur Auflösung des Vertrages auf das nächste gesetzliche Ziel (OR Art. 270),

[50]) Vgl. v. Tuhr, OR, S. 556 ff.; ferner wäre zu erwähnen die Krankheit einer Partei (vgl. OR Art. 335, 344, 524).

während der Tod des Vermieters den Vertrag unberührt lässt.

In ähnlicher Weise kommt es zu einer vorzeitigen Auflösung des Werkvertrages, wenn der Unternehmer stirbt und der Vertrag mit Rücksicht auf seine persönlichen Eigenschaften abgeschlossen worden war (OR Art. 379), des Verlagsvertrages, wenn der Urheber stirbt (OR Art. 392)[51]) und regelmässig auch des Auftrages im Falle des Todes einer der beiden Parteien (OR Art. 405; entsprechend das Erlöschen der Vollmacht, OR Art. 25). Der Verpfründungsvertrag kann beim Tode des Pfrundgebers durch den Pfründer aufgelöst werden (OR Art. 528). Bei den Personengesellschaften löst der Tod eines Gesellschafters das Vertragsverhältnis dann auf, wenn der Eintritt der Erben nicht vereinbart wurde (OR Art. 545, 574, 619, 770).

bb) Die nachträglich eintretende Zahlungsunfähigkeit des Schuldners gibt gemäss Art. 83 OR bei jedem zweiseitigen Vertrag dem Gläubiger die Möglichkeit, seine Leistung zurückzuhalten und Sicherstellung zu verlangen. Wird die Sicherheit nicht geleistet, so kann er vom Vertrag zurücktreten. Wer seine eigene Vertragsleistung noch nicht erbracht hat, soll nicht zur Erfüllung gezwungen werden können, wenn zufolge nachträglich eingetretener Zahlungsunfähigkeit der Gegenpartei mit Sicherheit anzunehmen ist, die Gegenleistung werde nicht erbracht werden können.

Dieser Grundsatz erfährt bei den einzelnen Vertragsverhältnissen weitere Abwandlungen. Anwendungsfälle von Art. 83 OR sind das Auflösungsrecht des Vermieters beim Konkurs des Mieters (OR Art. 266), dasjenige des Dienstpflichtigen bei Zahlungsunfähigkeit des Dienst-

---

[51]) Mit der richterlichen Ermächtigung, ausnahmsweise die billig und möglich erscheinende „ganze oder teilweise Fortsetzung des Vertragsverhältnisses" zu bewilligen und „das Nötige" anzuordnen. Es handelt sich also um eine Ermächtigung zu eigentlicher Vertragsänderung.

herrn (OR Art. 354), des Verlaggebers bei Konkurs des Verlegers (OR Art. 392 Abs. 3). In andern Fällen begründet die Zahlungsunfähigkeit nicht nur ein Auflösungsrecht, sondern wirkt direkt als Aufhebungsgrund (Konkurs des Pächters, OR Art. 295; Konkurs des Auftraggebers oder des Beauftragten, OR Art. 405; Konkurs des Anweisenden bei der noch nicht angenommenen Anweisung, OR Art. 470; Konkurs eines Gesellschafters bei der einfachen Gesellschaft, OR Art. 545, bei der Kollektivgesellschaft, OR Art. 575 und 578, bei der Kommanditgesellschaft, OR Art. 619).

Die Zahlungsunfähigkeit einer Vertragspartei ist ferner von Bedeutung bei der Schenkung, wo jedes Schenkungsversprechen durch Ausstellung eines Verlustscheines oder Eröffnung des Konkurses gegen den Schenker aufgehoben wird und wo die schwerwiegende Veränderung der Vermögensverhältnisse des Schenkers ein Widerrufsrecht gibt (OR Art. 250), beim Darlehen, dessen Aushändigung verweigert werden kann, nicht nur wenn der Borger seit Vertragsschluss zahlungsunfähig geworden ist, sondern auch, wenn eine schon vorher bestehende Zahlungsunfähigkeit dem Darleiher erst nachher bekannt geworden ist (OR Art. 316), bei der Bürgschaft, wo bei Verschlimmerung der Vermögensverhältnisse des Hauptschuldners der Bürge Sicherstellung oder Befreiung verlangen kann (OR Art. 506), bei den Güterrechtsverhältnissen, wo der Konkurs eines Ehegatten die Gütergemeinschaft oder Güterverbindung auflöst, während die blosse Ueberschuldung dem nicht überschuldeten Ehegatten einen Anspruch auf Auflösung dieser Güterstände gibt (ZGB Art. 182—184).

Die Zahlungsunfähigkeit bewirkt die Fälligkeit befristeter Verbindlichkeiten bei der Verrechnung (OR Art. 123) und beim Retentionsrecht (ZGB Art. 897).

b) Der Vertrag kann dadurch eine Veränderung oder Aufhebung erfahren, dass der Vertragsgegenstand sich nachträglich ändert, so wenn die Mietsache während der Mietzeit in einen Zustand gerät, der den vertrags-

gemässen Gebrauch ausschliesst oder erheblich schmälert. Das gibt dem Mieter einen Anspruch auf Herabsetzung des Mietzinses und gegebenenfalls auf Rücktritt vom Vertrag (OR Art. 255). Beim Pachtvertrag fehlt eine entsprechende Bestimmung; dagegen sind gewisse Spezialfälle geregelt, so das Recht auf Herabsetzung des Pachtzinses bei Missernten (OR Art. 287) und das Recht auf vorzeitige Vertragsaufhebung im Falle einer Güterzusammenlegung (OR Art. 296). Ferner ist in diesem Zusammenhang zu erwähnen der Sicherungs-, Beseitigungs- und Abzahlungsanspruch des Grundpfandgläubigers im Falle einer Wertverminderung des Pfandes, der mehr oder weniger weit geht, je nachdem den Schuldner ein Verschulden trifft oder nicht (ZGB Art. 809 und 810).

Ueberall dort, wo „wichtige Gründe" die vorzeitige Auflösung eines Vertragsverhältnisses zu rechtfertigen vermögen (siehe oben D III 1 b), können diese wichtigen Gründe nicht nur im Verhalten einer Partei, sondern auch in andern, davon völlig unabhängigen Umständen liegen. Ausser den dort genannten Gesetzesbestimmungen können erwähnt werden OR Art. 309 (vorzeitige Rückforderung der entlehnten Sache, wenn der Verleiher „wegen eines unvorhergesehenen Falles" ihrer dringend bedarf), der berühmte Art. 373 OR, wonach der Unternehmer im Werkvertrag eine Preiserhöhung oder die Vertragsauflösung verlangen darf, wenn „ausserordentliche Umstände, die nicht vorausgesehen werden konnten, oder die nach den von beiden Beteiligten angenommenen Voraussetzungen ausgeschlossen waren" die Fertigstellung des Werkes hindern oder übermässig erschweren, und OR Art. 476 (vorzeitige Rückgabe der hinterlegten Sache, wenn „unvorhergesehene Umstände" den Aufbewahrer ausserstand setzen, die Sache länger mit Sicherheit oder ohne eigenen Nachteil aufzubewahren; der Lagerhalter bleibt auch in diesem Fall an die vertragsmässige Dauer der Aufbewahrung gebunden [OR Art. 486]).

Der besondern Natur des Dienstvertrages trägt die Bestimmung von Art. 336 OR Rechnung, wonach der Dienstpflichtige sich als notwendig erweisende Mehrarbeit über das vertraglich bestimmte oder übliche Mass hinaus zu übernehmen hat, wenn er sie zu leisten vermag und wenn die Nichtübernahme gegen Treu und Glauben verstossen würde. Dieser Bestimmung liegt wohl die Ueberlegung zugrunde, dass es bei einem Dauerverhältnis von der Art des Dienstvertrages und bei einer Verpflichtung, deren Inhalt kaum konkret erschöpfend umschrieben werden kann, notwendig sei, eine gewisse Erweiterung über den Wortlaut des Vertrages hinaus zuzulassen.

c) Gewisse Verträge weisen eine Sonderregelung der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit auf, die ja auch auf eine Veränderung der Umstände zurückzuführen ist.

aa) Dass beim Werkvertrag der Unternehmer weder Lohn für seine Arbeit noch Vergütung seiner Auslagen verlangen kann, wenn das Werk vor der Uebergabe durch Zufall zugrunde geht (Art. 376 Abs. 1 OR), würde zwar schon aus der allgemeinen Regel von Art. 119 OR folgen[52]). Auch die Vorschrift, dass der Verlust des zugrunde gegangenen Stoffes den Vertragskontrahenten trifft, der ihn geliefert hat (Art. 376 Abs. 2), lässt sich daraus erklären, dass der Stoff im Eigentum des betreffenden Vertragsteiles bleibt, den somit als Eigentümer die Gefahr des zu-

---

[52]) Oser-Schönenberger, N. 1 zu Art. 376, spricht von einer Regelung der Gefahrverteilung, die für den Unternehmer ungünstig sei, indem er ihr die Gefahrtragung beim Kauf (OR Art. 185) und auch die Regel von Art. 335 OR (Verhinderung an der Dienstleistung durch Krankheit etc.) gegenüberstellt. Man wird wohl eher von einer fast systemwidrigen Bevorzugung des Verkäufers sprechen müssen, die sich wenigstens so lange nicht leicht rechtfertigen lässt, als nicht auch das Eigentum mit der Gefahr übergeht, während die Regelung beim Werkvertrag nach Art. 376 Abs. 1 der allgemeinen Vorschrift entspricht (die Sonderregelung von Art. 335 OR erklärt sich aus gerechtfertigten sozialpolitischen Überlegungen).

fälligen Unterganges trifft. Eigenartiger ist schon die Regelung der Schadenstragung, wenn das Werk wegen eines Mangels des vom Besteller gelieferten Stoffes oder des angewiesenen Baugrundes oder infolge der vorgeschriebenen Art der Ausführung zugrunde gegangen ist (OR Art. 376 Abs. 3). Hier trifft den Besteller nicht nur der Verlust des allfällig von ihm gelieferten Stoffes, sondern er hat dem Unternehmer, wenn dieser ihn auf die Gefahr rechtzeitig aufmerksam gemacht hat, ausserdem die bereits geleistete Arbeit und im Verschuldensfalle sogar Schadenersatz zu vergüten[53]). Immerhin lässt sich auch diese Vorschrift aus den Grundsätzen der allgemeinen vertraglichen Verschuldenshaftung ableiten und rechtfertigen. Durchaus als Sonderregelung erscheint aber Art. 378 OR, wonach der Unternehmer auch dann Anspruch auf Vergütung der geleisteten Arbeit und der im Preis nicht inbegriffenen Auslagen erheben kann, wenn die Vollendung des Werkes durch einen beim Besteller eingetretenen Zufall unmöglich wird. Nach der allgemeinen Regel hätte ja in diesem Falle der Unternehmer keine Forderung (Art. 119 Abs. 2 OR). Die Sondervorschrift des Art. 378 OR stellt nun aber darauf ab, ob der Zufall „beim Besteller" eingetreten sei, ein Ausdruck, der dahin ausgelegt wird[54]), dass der Besteller diejenigen Untergangsgründe zu verantworten hat, die in seiner Person eintreten[55]), oder in seinem „besondern Gefahrenkreis" liegen[56]).

bb) Die Unmöglichkeit der Erreichung des Gesellschaftszweckes führt zur Auflösung der Gesellschaft (Art. 545 OR).

---

[53]) Praktisch wird wohl das Verschulden des Bestellers immer zu bejahen sein, wenn er auf die Gefahr aufmerksam gemacht wurde, so dass die subtile Unterscheidung etwas an Wert verliert.

[54]) Vgl. Kommentare Oser-Schönenberger und Becker zu Art. 378 OR.

[55]) Der Tod des Bestellers verunmöglicht die Fertigstellung eines Porträts oder eines Massanzuges.

[56]) Die Expropriation des dem Besteller gehörenden Grundstückes verunmöglicht die Fertigstellung des Baues.

cc) Normalerweise hat es auf den Vertrag keinen Einfluss, wenn der Gläubiger von der ihm gehörig angebotenen oder erbrachten Leistung keinen oder nicht den beabsichtigten Gebrauch mehr machen kann[57]); nur dann, wenn eine bestimmte Verwendungsmöglichkeit zum Gegenstand einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Bedingung erhoben wurde, gewinnt sie Einfluss auf den Bestand des Vertrages. Für Miete und Pacht bestätigen die Art. 257 und 279 OR in erster Linie nur diesen Grundsatz, wenn sie bestimmen, dass Mieter und Pächter zur Entrichtung des Zinses auch dann verpflichtet bleiben, wenn sie wegen eigenen Verschuldens oder wegen eines in ihrer Person eingetretenen Zufalles keinen oder nur einen beschränkten Gebrauch vom Miet- oder Pachtgegenstand machen können. Dagegen wird der Mieter frei, wenn die Benützung aus einem im Mietgegenstand eintretenden Zufall unmöglich wird, weniger e contrario aus Art. 257, als direkt aus Art. 255 OR. Es muss sich aber dabei um ein Nichtgebrauchenkönnen[58]) handeln und nicht um ein Nichtgebrauchenwollen[59]). Dieser letztere Tatbestand ist in Art. 269 (291) OR geregelt, bei dessen Anwendung darauf geachtet werden sollte, den Grundsatz von Art. 257 (279) nicht durch allzu bereitwillige Bejahung der wichtigen Gründe und Ermässigung des „vollen Ersatzes" gänzlich zu entwerten[60]).

d) Der Wegfall einer vertraglichen Verpflichtung kann sich auch daraus ableiten, dass das Interesse des Berechtigten unerheblich geworden ist. Normalerweise hat

---

[57]) Das Hochzeitskleid muss bezahlt werden, auch wenn die Verlobung nachträglich aufgelöst wird.

[58]) Z. B. eine Sperre des Hauses wegen Ausbruch einer Seuche.

[59]) Z. B. weil die Wohnung durch kriegerische Ereignisse gefährdet werden könnte oder tatsächlich gefährdet wird.

[60]) Wie schwer gerade im Mietrecht die Würdigung der wichtigen Gründe ist, die ja immer auch nachträglich eingetretene Umstände sind, zeigt die ausführliche Besprechung von Fällen aus der deutschen Kriegspraxis, die Krückmann a. a. O. S. 263—314 durchführt.

allerdings der Schuldner keinen Befreiungsanspruch nur deshalb, weil das gläubigerische Interesse fehlt; „denn die Zwecke des Gläubigers liegen ausserhalb des Vertrages und sind der Einsicht und Nachprüfung des Schuldners verschlossen"[61]).

Von diesem Grundsatz wird hinsichtlich gewisser Beschränkungen negativen Inhaltes abgewichen: OR Art. 360 lässt das Konkurrenzverbot des Dienstpflichtigen (eine Beschränkung des Schuldners in seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit) dahinfallen, wenn der Dienstherr kein erhebliches Interesse an der Aufrechterhaltung besitzt. ZGB Art. 736 Abs. 2 gibt den Anspruch auf Löschung, bzw. Ablösung einer Dienstbarkeit (Beschränkung des Schuldners in der Benützung seines Eigentums), wenn das Interesse des berechtigten Grundstückes gänzlich dahingefallen, bzw. von unverhältnismässig geringer Bedeutung geworden ist[62]) [63]).

e) Die richterliche Herabsetzung einer übermässig hohen Konventionalstrafe (OR Art. 163) oder eines unverhältnismässig hohen Mäklerlohnes (OR Art. 417) gehört als Regelfall noch weniger zu dieser Aufzählung

---

[61]) v. Tuhr, OR, S. 558, vgl. auch S. 230.

[62]) Die bundesgerichtliche Praxis hat hinsichtlich der Beurteilung von Art. 736 Abs. 2 ZGB eine bemerkenswerte Entwicklung durchgemacht. Während ursprünglich (43 II 37) nur das Entstehen eines erheblichen Missverhältnisses zwischen der Belastung und dem Interesse des Berechtigten verlangt wurde, so dass der schwerer Belastete die Ablösung auch verlangen konnte, wenn das Interesse des Berechtigten nicht kleiner geworden war, gehen 50 II 467 und vor allem 66 II 246 nicht mehr bloss vom Wertverhältnis aus, sondern betrachten die Bestimmung als Anwendungsfall von Art. 2 ZGB und gestatten die Ablösung nur dann, wenn die Beibehaltung der Servitut als Rechtsmissbrauch erscheinen würde.

[63]) Die (allfällige) Nachträglichkeit der Verminderung des gläubigerischen Interesses spielt dabei, mindestens im Falle von OR Art. 360, keine Rolle. Die gleichen Rechtsfolgen treten auch ein, wenn schon beim Eingehen der Verpflichtung das genügende Interesse fehlte.

als die Fälle von lit. d, da das Übermass der herabsetzbaren Forderung normalerweise schon beim Vertragsabschluss feststehen wird. Immerhin ist es durchaus denkbar, dass auch erst eine nachträgliche Veränderung der Verhältnisse das Missverhältnis begründet.

Das gleiche gilt ferner hinsichtlich OR Art. 357, der ein Konkurrenzverbot im Dienstvertrag nur im Umfang einer nach Zeit, Ort und Gegenstand angemessenen Begrenzung verbindlich erklärt, das Übermass der Verpflichtung also herabsetzen lässt. Die Frage des Übermasses entscheidet sich hier weniger nach dem Verhältnis zur Gegenleistung, ja nicht einmal in erster Linie nach dem Interesse des Berechtigten, sondern vor allem nach der Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens des Dienstpflichtigen[64]).

IV. Die Folgen der positivrechtlich geordneten nachträglichen „Vertragsstörungen".

Der Feststellung, welches denn im positiven Recht die Tatbestände sind, die als nach Vertragsschluss eintretende veränderte Umstände den Vertrag in irgendeiner Weise beeinflussen, hat sich eine Übersicht über die Folgen anzuschliessen, die durch diese Umstände herbeigeführt werden.

1. Volle Nichtigkeit des Vertrages ex tunc ist in keinem Falle festzustellen. Das erklärt sich wohl daraus, dass die Nachträglichkeit des Umstandes, der auf den Vertrag einwirkt, vernünftigerweise eine Rückwirkung ausschliesst.

2. In der überwiegenden Mehrzahl aller Fälle bewirkt der veränderte Umstand ein Erlöschen vertraglicher Verpflichtungen oder ein Recht auf Rücktritt oder einen Anspruch auf Kündigung.

a) Von Kündigung spricht das Gesetz vor allem bei den Dauerverhältnissen der Miete (OR Art. 269, 270) und der Pacht (OR Art. 291). Es zeigt sich aber, dass

[64]) Vgl. Oser-Schönenberger, N. 1 zu Art. 357.

keinerlei feste Abgrenzung der verschiedenen verwendeten Begriffe besteht, so dass die Fälle der „Auflösung" des Vertrages, wiederum bei der Miete (OR Art. 266) und bei der Pacht (OR Art. 296), aber auch beim Dienstvertrag (OR Art. 354), beim Verpfründungsvertrag (OR Art. 528) und bei den Gesellschaftsverhältnissen (OR Art. 545, 574, 619, 736, 770, 820, 822) mit den Tatbeständen, in denen die vorzeitige Rückgabe der hinterlegten Sache (OR Art. 476) oder die vorzeitige Rückforderung des Entlehnten (OR Art. 309) beansprucht oder die Aushändigung des versprochenen Darlehens verweigert werden kann (OR Art. 316), der Kündigung durchaus gleichgestellt werden können.

b) Durch die Erklärung des Rücktritts wird nach v. Tuhr[65]) im Gegensatz zur Kündigung ein Vertragsverhältnis ex tunc aufgelöst. Die Terminologie des schweizerischen Rechts führt diese Unterscheidung nicht folgerichtig durch. So räumt Art. 255 OR dem Mieter ein „Rücktrittsrecht" ein, wenn die Sache während der Mietzeit in einen Zustand gerät, der den vertragsgemässen Gebrauch ausschliesst. Es besteht aber kein Zweifel darüber, dass in diesem Falle die bereits verflossene Vertragszeit nicht berührt wird, dass also von einer Rücktrittswirkung ex tunc keine Rede sein kann.

Man mag vielleicht dann eher von einer solchen Wirkung sprechen, wenn das Rücktrittsrecht nach Schuldner- oder Gläubigerverzug ausgeübt wird (OR Art. 95, 96, 109), wenn der Rücktritt vom Miet- oder Pachtvertrag zu Beginn der Vertragszeit erfolgt, weil die Sache in vertragswidrigem Zustand übergeben wird (OR Art. 254, 277), oder wenn der Gläubiger des zahlungsunfähig gewordenen Schuldners nach erfolgloser Aufforderung zur Sicherstellung gemäss OR Art. 83 den Rücktritt erklärt. Aber dass es in diesen Fällen zu einer vollständigen und „rückwirkenden" Auflösung des Vertrages kommt, ist einzig darauf zurück-

---

[65]) OR S. 562.

zuführen, dass das Dauerverhältnis noch nicht begonnen hat (die Miete oder Pacht sollte erst angetreten werden), oder dass es sich nicht um ein eigentliches Dauerverhältnis handelt, dessen Wirkungen überhaupt nicht rückgängig zu machen sind (der Genuss der Mietsache, die geleisteten Dienste), sondern um einen Vertrag mit Sachleistungen, die erbracht und zurückerstattet werden können.

Das gilt auch für OR Art. 352/353, der ein „Auflösungsrecht" aus wichtigen Gründen statuiert, um dann von den „Rücktrittsfolgen" zu sprechen, für den „Auflösungsanspruch" nach OR Art. 373, für die dem Verlagsgeber eingeräumte Möglichkeit, das Werk einem andern Verleger zu übertragen, also den Vertrag mit dem ursprünglichen Vertragspartner aufzulösen, wenn dieser in Konkurs fällt (OR Art. 392 Abs. 3), für die „einseitige Auflösung" des Verpfründungsvertrages gemäss OR Art. 527 und für die Löschung der Grunddienstbarkeit wegen mangelndem Interesse des berechtigten Grundstückes (ZGB Art. 736).

c) Das Wesentliche aller unter lit. a und b erwähnten Fälle liegt darin, dass ein Vertrag, der nach seinem ursprünglichen Inhalt noch Wirkungen hätte entfalten sollen, durch die Erklärung einer Vertragspartei ein vorzeitiges Ende gefunden hat. Es genügt nicht, dass der veränderte Umstand eintrat, es musste noch ausdrücklich seine Einwirkung auf den Vertrag geltend gemacht werden.

In den meisten Fällen erfolgt die Auflösung ohne Schadenersatz. Dagegen hat der den Auflösungsgrund anrufende Vertragsteil dem Rücktrittsgegner Ersatz zu leisten bei der Auflösung des Miet- oder Pachtvertrages aus wichtigen Gründen (OR Art. 269, 291), nach dem Ermessen des Richters bei der Auflösung des Dienstvertrages aus wichtigen Gründen (OR Art. 352/353)[66]) und

---

[66]) Es sei denn, die wichtigen Gründe liegen im vertragswidrigen Verhalten eines Teiles, in welchem Falle immer voller Ersatz zu leisten ist (OR Art. 353 Abs. 1).

immer dann, wenn ein Verschulden einer Vertragspartei vorliegt.

d) Das Erlöschen der vertraglichen Verpflichtungen unabhängig von einer Erklärung der Parteien ist eine Folge der unverschuldeten nachträglichen Unmöglichkeit (OR Art. 119, 376, 378, 545, 574, 619, 736, 770, 820), des Todes des Schenkers (OR Art. 252), des Dienstpflichtigen und eventuell des Dienstherrn (OR Art. 355), des Unternehmers, wenn der Werkvertrag mit Rücksicht auf seine persönlichen Eigenschaften eingegangen worden war (OR Art. 379), des Urhebers vor der Vollendung des Werkes (OR Art. 392), des Auftraggebers und des Beauftragten (OR Art. 405), des Vollmachtgebers und des Bevollmächtigten (OR Art. 35) im Regelfall. Die gleichen Folgen haben der Konkurs des Pächters (OR Art. 295)[67]), die Ausstellung eines Verlustscheins oder die Konkurseröffnung gegen den Schenker (OR Art. 250), der Konkurs des Auftraggebers und des Beauftragten, des Vollmachtgebers und des Bevollmächtigten im Regelfall (OR Art. 405, 35).

Schliesslich ist in diesem Zusammenhang der „Hinfall" des Konkurrenzverbotes bei mangelndem erheblichem Interesse des Dienstherrn (OR Art. 360) zu erwähnen.

In den meisten Fällen treten auch hier keine Schadenersatzfolgen ein. Abgesehen vom Vorliegen eines Verschuldens, das immer zu Schadenersatz führt, wird noch Ersatz geschuldet bei folgenden Tatbeständen: Wenn das Dienstverhältnis durch den Tod des Dienstherrn aufgelöst wird, kann der Dienstpflichtige „billigen Ersatz" für den Schaden, den ihm die vorzeitige Beendigung bringt, beanspruchen (OR Art. 355). Die Unmöglichkeit der Vollendung des Werkes durch einen beim Besteller eingetretenen Zufall gibt dem Unternehmer Anspruch auf Vergütung der bereits geleisteten Arbeit (OR Art. 378). Beim durch den Tod des Unternehmers aufgelösten Werkvertrag muss der Besteller eine für ihn „brauchbare" Teilerfüllung annehmen

[67]) Mit der Möglichkeit der Beendigung des begonnenen Pachtjahres bei Sicherstellung.

und bezahlen (OR Art. 379). Eine ähnliche Teilerfüllung kann beim Tode des Urhebers verfügt werden (OR Art. 392 Abs. 2).

3. Der sonst allgemein geltende Grundsatz, dass veränderte Umstände nur auf den noch nicht vollständig erfüllten Vertrag Einwirkung haben können, wird durchbrochen im Falle des Art. 249 OR, wo die vollzogene Schenkung im Umfange der Bereicherung zurückgefordert werden kann, wenn der Beschenkte sich eines schweren Verbrechens oder einer schweren Verletzung der familienrechtlichen Pflichten gegen den Schenker oder eine ihm nahestehende Person schuldig gemacht, oder wenn er die mit der Schenkung verbundenen Auflagen nicht erfüllt hat.

4. Einen Anspruch auf Sicherstellung der schuldigen Leistung, der bei Nichterfüllung immer von einem Recht zur Auflösung des Vertrages gefolgt ist, gewähren die veränderten Umstände in folgenden Fällen:

Bei Zahlungsunfähigkeit des Schuldners im zweiseitigen Vertrag (OR Art. 83), bei Konkurs des Mieters (OR Art. 266) und des Pächters (OR Art. 295), bei Zahlungsunfähigkeit des Dienstherrn (OR Art. 354), bei Konkurs des Verlegers (OR Art. 392 Abs. 3), bei Verschlimmerung der Vermögensverhältnisse des Hauptschuldners im Bürgschaftsverhältnis (OR Art. 506 Ziff. 3) und bei ohne Verschulden des Eigentümers eintretenden Wertverminderungen des Grundpfandes insoweit der Eigentümer dafür Deckung erhält (ZGB Art. 809 und 810).

5. In gewissen Fällen tritt an die Stelle der Auflösung des Vertrages eine Minderung der Leistung.

Wahlweise neben dem Recht zur Vertragsauflösung steht der Minderungsanspruch dem Mieter und dem Pächter zu, dem die Sache in einem Zustand übergeben wird, der den vertragsmässigen Gebrauch ausschliesst oder erheblich schmälert (OR Art. 254 Abs. 2, 277), dem Mieter, wenn die Sache während der Mietzeit in einen entsprechenden Zustand gerät (OR Art. 255). Der Pächter, der durch aussergewöhnliche Unglücksfälle einen Ertrags-

ausfall erlitten hat, kann eine Ermässigung des Pachtzinses verlangen (OR Art. 287).

Eine Minderung des gläubigerischen Anspruchs bedeuten ferner die Einschränkung des Konkurrenzverbotes (OR Art. 357), die Herabsetzung der Konventionalstrafe (OR Art. 163), der dem Gläubiger im Falle des Vertragsrücktrittes verfallenden Teilzahlungen (OR Art. 162) und des Mäklerlohnes aus Vermittlung eines Dienstvertrages oder Grundstückes (OR Art. 417). Wohl auch in diesem Zusammenhang ist Art. 392 Abs. 2 OR zu erwähnen, der im Falle des Todes des Urhebers oder bei eintretender Unfähigkeit das Werk zu vollenden, den Richter ermächtigt, ausnahmsweise die ganze oder teilweise Fortsetzung des Verlagswerkes zu bewilligen und „das Nötige anzuordnen".

Schliesslich führt auch die Teilnichtigkeit zufolge nachträglich eintretender Unmöglichkeit, Unsittlichkeit oder Widerrechtlichkeit einzelner Vertragsteile zu einer Verminderung der vertraglichen Leistungspflicht (OR Art. 20 Abs. 2).

6. Im Gegensatz zur Minderung, die eine Einschränkung der Vertragsleistungen zugunsten des sich auf veränderte Umstände berufenden Vertragsteils darstellt, kann in vereinzelten Fällen eine Erweiterung der Leistungspflicht des andern Vertragsteiles verfügt werden:

a) Der wichtigste und praktisch bedeutsamste dieser Fälle ist in Art. 373 OR geregelt, wonach der Richter ausserordentliche Umstände, die die Fertigstellung des Werkes hindern oder übermässig erschweren, nicht nur durch Auflösung des Vertrages, sondern gegebenenfalls durch eine Preiserhöhung, also durch eine Erweiterung der Leistungspflicht des Rücktrittsgegners berücksichtigen kann. Ohne hier auf die Frage näher einzutreten, ob und in welcher Hinsicht ein grundsätzlicher Unterschied zwischen der Vertragsänderung durch Minderung der einen, oder durch Erhöhung der andern Leistung bestehe, sei darauf hingewiesen, dass im Werkvertrag regelmässig der Weg der Berücksichtigung veränderter Umstände zugunsten

des Unternehmers durch Minderung seiner eigenen Leistung überhaupt nicht offensteht[68]). Wer einen Tunnel für Normalspur zu bauen hat, darf nicht wegen auftretenden Schwierigkeiten ermächtigt werden, nun ein Profil für Schmalspur durchzustechen, weil dem Besteller damit überhaupt nicht gedient ist, und wer ein Haus von 12 Zimmern bauen lassen will, der kann mit einem von nur 6 Zimmern überhaupt nichts anfangen. Das ist wohl der Grund, weshalb dann, wenn schon bedeutende Aufwendungen erfolgt sind, die im Falle einer Auflösung des Vertrages endgültig unproduktiv bleiben müssten, statt dieser Auflösung auch die Aufrechterhaltung des Vertrages mit erhöhter Gegenleistung verfügt werden kann[69]).

Die Geldschuld dagegen ist der Minderung deshalb besonders zugänglich, weil sie durch Teilung und Ermässigung nur eine proportionale Wertverminderung erfährt, aber nicht zu etwas begrifflich anderem wird, das sich vom ursprünglichen Leistungsgegenstand wesentlich und nicht nur quantitativ unterscheiden würde.

b) Eine Erweiterung der vertraglichen Verpflichtungen ermöglicht Art. 336 OR, der den Dienstpflichtigen zu einer allfällig „notwendigen" Mehrarbeit über das vertraglich bestimmte oder übliche Mass hinaus verhält, allerdings unter gleichzeitiger Zubilligung eines Lohnzuschusses.

7. Eine Vertragsänderung, die nicht ohne weiteres als Minderung oder Erweiterung der Leistung zu bezeichnen ist, kann durch den Richter beim Vorliegen wichtiger Gründe im Verpfründungsverhältnis vorgenommen werden, indem er, statt der völligen Aufhebung des Vertrages, die Umwandlung in eine Leibrente verfügt (OR Art. 527 Abs. 3).

---

[68]) Das wird wohl von Reichel (Vertragsrücktritt wegen veränderter Umstände, Berlin 1933, S. 22 ff.) nicht gebührend berücksichtigt, wenn er Art. 373 kritisiert und als gesetzgeberisch verfehlt bezeichnet.

[69]) Vgl. auch die in andere Richtung weisenden gesetzgebungspolitischen Erwägungen bei Siegwart, a. a. O., S. 84 ff.

V. Zusammenfassung.

Diese Übersicht über die positivrechtlich geordneten Fälle, in denen die nachträgliche Änderung der anlässlich des Vertragsschlusses herrschenden Umstände zu Änderungen des normalen Vertragsablaufes führt, kann zu folgenden Feststellungen Anlass geben:

1. Von allgemeiner Bedeutung für den Vertrag als solchen sind nur die als Schranken des Vertrages bezeichneten Tatbestände der Unmöglichkeit, der Widerrechtlichkeit und der Unsittlichkeit und beim zweiseitigen Vertrag das Rücktrittrecht des Gläubigers im Falle der Nichterfüllung. Verwirklichen sich die erstgenannten Tatbestände erst nach Vertragsabschluss als Folgen veränderter Umstände, so ziehen sie grundsätzlich für alle Vertragsarten gleichartige Folgen nach sich[70]).

Beim zweiseitigen Vertrag, dessen eine Leistung in einer Verpflichtung zur Geldzahlung besteht, löst die nachträglich eintretende Zahlungsunfähigkeit gemäss Art. 83 OR einheitliche Wirkungen aus.

2. Während es im allgemeinen leicht fällt, die Verwirklichung der nachträglichen Widerrechtlichkeit oder Unmöglichkeit festzustellen, gibt die Frage der nachträglichen Unsittlichkeit zu grössern Schwierigkeiten Anlass. Sicher ist, dass eine ursprünglich gültig begründete Leistung nachträglich unsittlich werden kann, und zwar nicht nur zufolge einer Änderung des Sittlichkeitsbegriffes, sondern auch bei gleichbleibenden Anschauungen über den Inhalt der Unsittlichkeit im Rechtssinn zufolge Änderung tatsächlicher Umstände.

Am naheliegendsten erscheint dabei der Einfluss veränderter Umstände auf eine persönlich zu erbringende Leistung, auf ein Vertragsverhältnis mit wesentlich persönlichem Inhalt. Ob auch die Veränderung des Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung den Vertrag un-

---

[70]) Die singuläre und gesetzgebungspolitisch nicht unbedenkliche Sondervorschrift des Art. 185 OR ausgenommen.

sittlich werden lassen kann, entzieht sich einer abschliessenden Beantwortung. Das Erleiden eines Vermögensschadens aus einer frei eingegangenen vertraglichen Verpflichtung, die an sich nach Zweck und Inhalt zu keinen Beanstandungen Anlass gibt, lässt sich nicht leicht unter den Begriff der Unsittlichkeit einreihen.

3. Die Vertragsanfechtung aus Willensmängeln ist in derart typischer Weise auf den Vertragsabschluss und insbesondere auf die Ermöglichung einer freien Willensbildung zugeschnitten, dass daraus für die Folgen des Eintritts veränderter Umstände nach Vertragsschluss nichts Wesentliches abgeleitet werden kann. Das gilt auch für den noch näher zu erörternden Übervorteilungstatbestand (siehe unten E).

4. Die Regelung der Einzeltatbestände bei den verschiedenen Vertragsarten lässt kein weiteres, für den Vertrag als solchen anwendbares Prinzip der Einwirkung veränderter Umstände erkennen.

Jede Vertragsart trägt, ihrer Eigenart entsprechend, ganz verschiedenen Änderungen tatbeständlicher Natur in verschiedener Weise Rechnung. Dabei wird häufig nur eine Generalklausel verwendet, die an das Ermessen des Richters appelliert („wichtige Gründe", „Treu und Glauben").

Allgemein kann etwa gesagt werden, dass um so eher veränderte Umstände Einfluss auf die Vertragsabwicklung gewinnen, als es sich um ein Dauerverhältnis mit Verpflichtungen handelt, bei welchen die Person des Vertragspartners von rechtlicher Bedeutung ist. Insbesondere ist bei denjenigen Verträgen, deren Leistungspflicht in fortgesetzt andauernden oder in wiederkehrenden gleichen Leistungen besteht (Miete, Pacht, Dienstvertrag, Verpfründungsvertrag, die verschiedenen Gesellschaftsverhältnisse), immer eine vorzeitige Auflösungsmöglichkeit gegeben[71]).

---

[71]) Das Bundesgericht hat diese Auflösungsmöglichkeit auch bei einem Kartell (BE 62 II 35 ff.) und unter der Herrschaft des a.OR bei der Genossenschaft (BE 61 II 193) gewährt, obwohl eine gesetzliche Vorschrift nicht besteht.

5. Kauf und Tausch, die Verträge des Güteraustausches, bei denen der Person der Vertragspartner keine besondere rechtliche Bedeutung für den Inhalt des Vertrages und die Bestimmung des Vertragsgegenstandes zukommt, kennen keine positivrechtlich geordneten Fälle der Einwirkung veränderter Umstände.

6. Der Schuldner einer unentgeltlichen Leistung oder einer Leistung, die vorwiegend im Interesse des Vertragsgegners eingegangen wurde, kann sich regelmässig unter leichteren und erweiterten Voraussetzungen auf veränderte Umstände berufen[72]).

Während bei den gegenseitigen Verträgen nur die eigentliche Zahlungsunfähigkeit ein Sicherstellungs- und Rückerstattungsrecht gibt, kann der Bürge schon bei Verschlimmerung der Vermögensverhältnisse des Hauptschuldners Sicherstellung oder Befreiung verlangen. Der Schuldner kann sich bei gegenseitigen Verträgen nicht auf seine eigene Zahlungsunfähigkeit berufen, um vom Vertrag loszukommen, während dem Schenker dieses Recht gegeben wird, gleichwie auch gewisse, das eigentliche Rechtsverhältnis der Schenkung nicht berührende Handlungen des Beschenkten, die als Evidenz seiner Unwürdigkeit betrachtet werden, dem Schenker ein Widerrufs- und sogar ein Rückforderungsrecht geben.

Beim Darlehensvertrag, der zwar nicht eine unentgeltliche Verpflichtung enthält, aber doch eine solche, die regelmässig im Interesse des Borgers eingegangen wird, kann der Darleiher, wiederum in Erweiterung des für die gegenseitigen Verträge Geltenden, nicht nur die seit Vertragsschluss eingetretene, sondern auch die schon vorher bestehende Zahlungsunfähigkeit anrufen, wenn sie ihm nur erst nachträglich bekannt geworden ist. Und im gleichen Zusammenhang ist die vorzeitige Rückforderung der entlehnten Sache zu erwähnen, bloss weil der Verleiher

[72]) Vgl. auch OR Art. 100, wonach sich das Mass der vertraglichen Verschuldenshaftung dann milder beurteilt, wenn das Geschäft für den Schuldner keinerlei Vorteile bezweckt.

„wegen eines unvorhergesehenen Falles" ihrer „dringend bedarf", sowie die vorzeitige Rückgabe der hinterlegten Sache, wenn der Aufbewahrer sich auf „unvorhergesehene Umstände" berufen kann[73]).

7. In gewissen Fällen lassen die gesetzlichen Tatbestände den Gedanken einer besonders geordneten Risikotragung erkennen, in der Weise, dass die Folgen des veränderten Umstandes entgegen einer allgemeinen Regel ganz oder teilweise derjenigen Partei aufgebürdet werden, in deren Person sie eintreten oder in deren besonderem persönlichen Gefahrenkreis sie liegen, und zwar auch dann, wenn kein Verschulden dieser Partei vorliegt. Es ist auf folgende Fälle zu verweisen:

Bewirkt der veränderte Umstand ein Erlöschen der vertraglichen Verpflichtungen, so müssen normalerweise beide Parteien den ihnen durch die vorzeitige Beendigung entstehenden Schaden selber tragen. Davon wird, wie bereits dargetan (oben IV 2, lit. d, Abs. 3) in einzelnen Fällen abgewichen. Der eine Vertragspartner kann seinen Schaden in gewissem Umfange geltend machen, so der Dienstpflichtige beim Tode des Dienstherrn (OR Art. 355) und so der Unternehmer bei Unmöglichkeit der Vollendung des Werkes durch einen beim Besteller eingetretenen Zufall (OR Art. 378).

In Art. 353 OR wird vorgesehen, dass im Falle der Aufhebung des Dienstvertrages aus wichtigen Gründen die gegenseitige Ersatzleistung vom Richter „nach seinem Ermessen" unter „Würdigung der Umstände und des Ortsgebrauches" geregelt werde. Doktrin und Praxis stellen in erster Linie darauf ab, in „wessen Person der wichtige Grund eingetreten" ist[74]), bzw. in wessen „Gefahrenzone"

[73]) Hier tritt der Unterschied zu der nicht im vorwiegenden Interesse einer Vertragspartei gelegenen Verpflichtung durch den Vergleich mit dem Lagerhalter deutlich hervor, der, weil er gewerbsmässig Sachen zur Aufbewahrung übernimmt, auch in einem solchen Falle an die vertragsmässige Dauer gebunden bleibt (Art. 476 und 486 OR).

[74]) Oser-Schönenberger, N. 9 zu Art. 353.

er falle[75]). Es ist anzunehmen, dass auch für die Bemessung des Ersatzes, der bei vorzeitiger Auflösung von Miete und Pacht (OR Art. 269, 291) geleistet werden muss, die gleiche Erwägung eine Rolle spielt, allerdings nicht in demselben Masse wie beim Dienstvertrag, weil in diesem Falle der Richter gänzlich frei ist, auch dem zurücktretenden Teil Ersatz zuzusprechen, während bei jenen Verträgen die grundsätzliche Ersatzpflicht des Zurücktretenden gesetzlich statuiert ist und es sich nur noch um die Ermässigung handeln kann.

Es darf dabei nicht übersehen werden, dass der Gedanke der „Gefahrtragung" über das Verschulden hinaus nicht nur darauf abstellt, in wessen Person oder persönlichem Umkreis sich ein Ereignis verwirklicht, sondern dass andere Erwägungen der Verkehrssitte oder sozialpolitischer Natur dazu führen können, dass die eine Vertragspartei einen viel grössern Gefahrenkreis zu vertreten hat als die andere. Wenn der Dienstpflichtige zwar beim Tode des Dienstherrn Ersatz für den durch die vorzeitige Vertragsbeendigung entstehenden Schaden verlangen kann, während von einem entsprechenden Ersatzanspruch des Dienstherrn im Falle der Vertragsauflösung durch den Tod des Dienstpflichtigen keine Rede ist, so ist das darauf zurückzuführen, dass das Gesetz dem Dienstpflichtigen einen grössern Schutz gewähren will als dem Dienstherrn. Dieser ist ersatzpflichtig für die Folgen des (unverschuldet) in seinem persönlichen Gefahrenkreis eingetretenen veränderten Umstandes, jener nicht, oder, anders ausgedrückt, gewisse Ereignisse, die zwar in der Person des Dienstpflichtigen auftreten, gehören zum Gefahrenkreis des Dienstherrn. Ähnlich verhält es sich im Falle des durch den Tod des Unternehmers aufgelösten Werkvertrages, wo der Besteller eine für ihn „brauchbare" Teilerfüllung anzunehmen und zu bezahlen hat (OR Art. 379), trotzdem der veränderte Umstand in der Person des Gegenkontrahenten eingetreten

[75]) Becker, N. 8 zu Art. 353. Vgl. ferner Hafner, N. 7 zu Art. 346; Pra. I Nr. 65; BE 44 II 412; BE 60 II 292.

ist und trotzdem der Hinfall des Werkvertrages dem Besteller ebenfalls einen beträchtlichen Schaden verursachen kann, der durch die Teilerfüllung nicht ausgeglichen wird.

Wenn der Gedanke einer „Gefahrtragung" für die Folgen veränderter Umstände durch denjenigen, in dessen persönlichen Verhältnissen sie eintreten, doch als Ausfluss eines Grundsatzes bewertet werden kann, der einer gewissen Verallgemeinerung durch analoge Anwendung fähig ist, so lässt sich dies auch damit begründen, dass er im Gebiet der ausserkontraktlichen Haftung ebenfalls Gestalt gewonnen hat. Der Satz, dass von der blossen Kausalität keine Brücke zur Verantwortlichkeit führe[76]), ist in den modernen Rechten durchbrochen worden und die sogenannte Kausalhaftung des Dienstherrn, des Tierhalters und insbesondere des Werkeigentümers, des Motorfahrzeughalters, der Eisenbahnen und Elektrizitätswerke bringt ebenfalls den Gedanken zum Ausdruck, dass ein Schaden demjenigen zur Last fallen solle, der durch gewisse besondere sachliche und persönliche Beziehungen zum Schadensereignis hervorsticht, auch wenn ihn kein Verschulden trifft[77]).

---

[76]) M. Rümelin, Die Gründe der Schadenszurechnung . . ., 1896, S. 26, der damit allerdings nicht etwa die reine Verschuldenshaftung postulieren will.

[77]) Das Einstehen jeder Vertragspartei für ihren eigenen Gefahrenkreis ist in der neueren deutschen Doktrin als sogenannte Sphärentheorie behandelt und besonders auf dem Gebiete des Arbeitsverhältnisses weiterentwickelt worden (siehe das umfangreiche Schrifttum und die reichsgerichtliche und reichsarbeitsgerichtliche Judikatur im Kommentar Staudinger, 10. Auflage, Band II, 1. Teil, Lieferung 1, Recht der Schuldverhältnisse, Einleitung und §§ 241—242, erläutert von Wilhelm Weber, Berlin und München 1940, N. 299—306 zu § 242). Am meisten Schwierigkeiten entstehen bei Ereignissen der „neutralen" Sphäre, an der beide Teile gleichmässig beteiligt sind (vgl. Enneccerus-Lehmann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Recht der Schuldverhältnisse, 12. Bearb., 1932, § 57 II 1 b). Vgl. auch die Regelung des Allgemeinen Preussischen Landrechts (oben Anm. 2); eingehender Textnachweis bei Stampe, Jherings Jahrbücher, Bd. 72 (Zweite Folge Bd. 36), Jahrgang 1922, S. 365 ff.).

8. Soweit die veränderten Umstände den Vertrag zu beeinflussen vermögen, bewirken sie in der überwiegenden Mehrzahl aller Fälle eine vorzeitige Beendigung des Verhältnisses. Diese Beendigung kann eo ipso erfolgen; der veränderte Umstand kann aber auch lediglich der einen oder andern Partei das Recht der Kündigung, bzw. des Rücktrittes geben.

Seltener tritt bei grundsätzlichem Weiterbestand des Vertrages ein schuldnerischer Minderungsanspruch ein. Es ist dies der Fall, wenn bei ausgesprochenen Dauerverträgen (Miete, Pacht) die Einwirkung der nachträglich eingetretenen Veränderung im Verhältnis zum Hauptinhalt des Vertrages nicht als so bedeutend erscheint, dass deswegen der Fortbestand des Vertrages in Frage gestellt werden sollte, jedoch immerhin die dem Schuldner zukommende Gegenleistung nicht mehr den zur Zeit des Vertragsschlusses vorausgesetzten Wert aufweist[78]).

Ganz aussergewöhnlicherweise kann bei Eintritt veränderter Umstände der Gläubiger zu einer Mehrleistung verhalten werden. Während Art. 336 OR eine Erweiterung der Verpflichtungen beider Vertragsparteien ermöglicht — die „Aequivalenz der Leistungen" wird also nicht gestört —, verpflichtet Art. 373 OR nur den Gläubiger zu erhöhter Leistung bei gleichbleibender schuldnerischer Gegenleistung[79]). Diese letztere Bestimmung kann wohl kaum als Ausdruck eines allgemeinen Grundsatzes betrach-

---

[78]) Die Herabsetzung der Konventionalstrafe und des Mäklerlohnes sowie die Einschränkung des Konkurrenzverbotes sind in diesem Zusammenhang nicht näher zu berücksichtigen, da das herabzusetzende Uebermass der Verpflichtung im Regelfall schon bei Vertragsschluss bestanden hat und nicht auf nachträglich eintretende Umstände zurückzuführen ist.

[79]) Die dem Unternehmer entstehenden ausserordentlichen Schwierigkeiten dürfen nicht etwa als Erhöhung seiner Leistung betrachtet werden, da als Leistung des Unternehmers beim Werkvertrag das fertige Werk zu betrachten ist und nicht der zu seiner Herstellung erforderliche Arbeitsaufwand.

tet werden[80]), sondern erklärt sich müheloser und naheliegender aus der Tatsache, dass der Weg einer Minderung der schuldnerischen Leistung hier regelmässig nicht offensteht, während die Vertragsauflösung in besonderem Masse wertzerstörend sein kann (siehe oben IV 6 a).

E. Das Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung.

1. Man könnte versucht sein, aus den positivrechtlich geregelten Fällen einen weiteren Grundgedanken herauszulesen, der für die Frage der Einwirkung veränderter Verhältnisse von massgebender, ja entscheidender Bedeutung sei, nämlich den Gedanken, dass der Vertrag die Erhaltung eines gewissen Gleichgewichtes zwischen Leistung und Gegenleistung voraussetze und dass eine wesentliche Verschiebung dieses Gleichgewichtes zu einer Aufhebung oder Änderung des Vertrages führen könne.

Diese Feststellung ist insofern richtig, als die meisten jener positivrechtlich geregelten Tatbestände das Verhältnis der vertraglichen Leistungen zueinander irgendwie berühren, sei es, dass der Gegenstand der Leistung eine Veränderung erfährt, sei es, dass die Leistung nicht mehr so erbracht oder verwendet werden kann, wie es ursprünglich vorgesehen oder der Fall war. Auffällig ist aber die Tatsache, dass gerade bei den Verträgen des Güteraustausches, Kauf und Tausch, bei denen die Bestimmung eines Verhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung verhältnismässig einfach ist, weil sich klar umschriebene Sachleistungen gegenüberstehen, kein positivrechtlich geordneter Fall der Einwirkung veränderter Umstände festzustellen war, während die Verträge der Gebrauchsüberlassung, der Verpflichtung zu Dienstleistungen, zu Leistungen komplexer Natur in der Gesellschaft, bei denen allen die Umschreibung und Bewertung der Vertrags-

---

[80]) A. A. Simonius, Semaine internationale de droit, a. a. O. S. 183.

pflichten viel schwieriger ist, dem Einfluss veränderter Umstände leichter offenstehen. Für Kauf und Tausch kann deshalb wohl aus den Sondertatbeständen nichts abgeleitet werden, weil diese für ganz andere Vertragstypen mit andern Interesselagen gelten.

2. Damit ist aber die Frage, welche allgemeine Bedeutung dem Verhältnis von Leistung und Gegenleistung zukomme, nicht abschliessend beantwortet. Sie muss in einen weitern Zusammenhang gestellt werden, indem die grundsätzliche Bedeutung dieses Verhältnisses im Licht des allgemeinen Vertragsrechtes geprüft wird. Da lässt sich etwa folgendes sagen:

Es ist leicht ersichtlich, dass der Vertrag zu seiner Gültigkeit kein bestimmtes, objektiv messbares Gleichgewichtsverhältnis der Leistungen voraussetzt. Wer in den Schranken der Vertragsfähigkeit bleibt, wessen Willenserklärung nicht durch Irrtum, Täuschung, Furcht oder Zwang verfälscht worden ist, der kann seine Leistung gültig versprechen, unbekümmert darum, ob er eine Gegenleistung von höherem oder geringerem Wert erhalte[81]).

Das ergibt sich insbesondere auch aus OR Art. 21, dem Übervorteilungsartikel, wonach der ein „offenbares Missverhältnis" zwischen Leistung und Gegenleistung begründende Vertrag dann einseitig unverbindlich ist, wenn sein Abschluss durch Ausbeutung der Notlage, der Unerfahrenheit oder des Leichtsinns einer Vertragspartei herbeigeführt worden ist[82]). Die mangelnde Äquivalenz

---

[81]) Vgl. BE 43 II 806, 51 II 169; Niboyet (Travaux de la Semaine internationale de droit, a. a. O., S. 4) sagt: „Le contrat repose sur un équilibre juridique — sa cause —, mais non pas nécessairement sur un équilibre économique."

[82]) Der Entwurf von 1904 hatte noch ein allgemeines Anfechtungsrecht in allen Fällen vorgesehen, in denen der Übervorteilte „dem Werte nach weniger als die Hälfte dessen zugesagt erhält, als er versprochen oder geleistet hat". Die subjektive Voraussetzung der Ausbeutung wurde nicht aufgestellt, dagegen war der Rücktritt ausgeschlossen, wenn der Verletzte ein Kaufmann war oder ein Spekulationsgeschäft bezweckt hatte, sowie wenn er den

vermag nur dann die Gültigkeit des Vertrages zu beeinträchtigen, wenn das subjektive Moment der Ausbeutung gegeben ist. Die Ungleichheit der Leistungen, an sich zulässig, bildet gewissermassen ein Indiz für das Vorhandensein eines Grundes der Anfechtung, nämlich der Ausbeutung der einen Vertragspartei durch die andere[83]). Die dolose Absicht ist es, die getroffen werden soll, und dieses Merkmal lässt denn auch die Uebervorteilung als einen Teilausschnitt des unsittlichen (oder des widerrechtlichen[84]) Rechtsgeschäftes im weitesten Sinne des Wortes erscheinen[85]), dessen Rechtsfolgen allerdings kraft positivrechtlicher Vorschrift anders geregelt sind als diejenigen des

---

Vertrag in Kenntnis der Uebervorteilung und ohne durch einen Notstand dazu gezwungen zu sein, abgeschlossen hatte.

[83]) Ripert, La règle morale dans les obligations civiles, Paris 1927, S. 126, 130. Diese Betonung der deliktischen Natur der Uebervorteilung ist nicht ohne Kritik geblieben, weil sie den Schutzzweck der Bestimmung nicht recht zur Auswirkung gelangen lasse; vgl. Schweingruber, Die wirtschaftlich schwächere Vertragspartei, Diss. Bern 1930, Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Neue Folge, Heft 54, S. 164, der de lege ferenda zum mindesten die Umkehrung der Beweislast zugunsten des Uebervorteilten postuliert; ebenso für das deutsche Recht Burghart, Der Einfluss des Missverhältnisses von Preis und Wert auf die Gültigkeit des Kaufvertrages, in Jherings Jahrbücher, Zweite Folge, 50. Band (1936/37), S. 205 ff., der aber wohl den Wunsch zum Vater des Gedankens werden lässt, wenn er behauptet, der Entscheid RGZ 150, 1 ff. laufe praktisch darauf hinaus, dass dem Wucherer (im weitesten Sinne) der Beweis für die Umstände obliegt, die nach dem gesunden Rechtsempfinden des Volkes einen übermässigen Eigennutz ausschliessen, und dass überall da, wo dieser Beweis misslingt, das grobe Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung — oder Wert und Preis — das Geschäft zu einem unsittlichen stempelt und nichtig macht (a. a. O. S. 243/44).

[84]) Wenn beispielsweise ein Wucherzins zugleich gegen ein Zinsmaximum des kantonalen Rechts verstösst; BE 43 II 806.

[85]) A. A. Oser-Schönenberger, Anm. 2 zu Art. 21 OR; siehe aber BE 43 II 806. Im deutschen Recht wird das Wuchergeschäft als sittenwidrig und daher nichtig behandelt (§ 138 BGB).

Art. 20 und das andererseits gewisse Berührungspunkte mit den Willensmängeln aufweisen kann.

In einer Arbeit, die sich eingehend mit dem Tatbestand der Uebervorteilung auseinandersetzt[86]), wird es als bemerkenswert bezeichnet, dass Art. 21 OR überhaupt von einem messbaren Verhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung ausgehe und daraus auf die grundsätzliche Bedeutung der Aequivalenzidee im schweizerischen Zivilrecht geschlossen. Diese Auffassung bedarf einer Präzisierung. Wenn das Bundesgericht gelegentlich vom objektiven Wert einer Vertragsleistung gesprochen hat[87]), so wird damit nicht etwa die Fiktion eines ein für allemal gültigen Wertes der Leistung, etwa im Sinne des „gerechten Preises" der Kanonisten, aufgestellt[88]), sondern es wird der angesichts der besondern Umstände des Falles angemessen scheinende Wert bestimmt und gegenübergestellt dem Wert, der im Vertrag zum Ausdruck kommt. Der objektive Wert ist also nichts anderes als der Ausdruck der „communis aestimatio" zur Zeit des Vertragsschlusses, ein Wert, der nur für den konkreten Fall in Würdigung aller Begleitumstände immer von neuem durch richterliches Ermessen festgestellt werden muss. Dass überhaupt der Wert, den der Schuldner selbst seiner Leistung beigemessen hat, demjenigen, der allgemeiner Verkehrsanschauung für das betreffende Geschäft entspricht, gegenübergestellt wird, hat seinen Grund darin, dass besondere Umstände vorliegen, welche vermuten

---

[86]) Schweingruber, a. a. O., S. 151.

[87]) Vgl. BE 53 II 488, 59 II 378; siehe auch Schweingruber, a. a. O., S. 152; v. Tuhr, OR S. 281.

[88]) Vgl. zum ganzen Problem die erschöpfend dokumentierte rechtsvergleichende Arbeit von Paul Ossipow, De la lésion, Lausanne und Paris 1940; ferner Ripert, a. a. O.; Kittelmann, Laesio enormis, Aarau 1916, Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, Heft LVII. Siehe auch zum „gerechten Preis" die Bemerkungen von W. Burckhardt, Die Auslegung der Verträge, Festgabe der juristischen Fakultät der Universität Bern zum schweizerischen Juristentag 1935, ZbJV 71, S. 432/33.

lassen, der eine Vertragsteil habe nicht „frei" handeln können. Nicht „frei" handeln können, heisst in diesem Falle: trotz vorhandener voller Urteilsfähigkeit und ohne Vorliegen einer Beeinflussung der Willensbildung und -erklärung durch Irrtum, Täuschung, Furcht oder Zwang durch Umstände zum Vertragsschluss bewogen worden zu sein, die einen besondern Schutz notwendig erscheinen lassen. Dieser besondere Umstand kann bestehen in einer Notlage, die dem einen Vertragspartner nicht mehr die Wahl lässt, den Vertrag nicht abzuschliessen; er muss unbedingt etwas verdienen und arbeitet deshalb gegen einen Hungerlohn, er muss unbedingt Anschaffungen machen und leiht sich deshalb Geld zu einem Wucherzins. Oder aber, der eine Vertragsteil ist unerfahren oder leichtsinnig und deshalb nicht in der Lage, seine Verpflichtung richtig einzuschätzen. Liegt die Ausbeutung einer solchen Situation vor, so muss der Richter prüfen, was eine Partei, bei welcher die soeben erwähnten besondern Umstände nicht vorliegen, als Leistung versprochen haben würde, und er wird, wenn er einen Unterschied findet, ihn der Notlage, der Unerfahrenheit oder dem Leichtsinn zuschreiben[89]).

---

[89]) Wenn Schweingruber darauf hinweist, dass auch SchKG Art. 286 von einem (objektiven) Missverhältnis der Leistungen ausgehe, indem er Rechtsgeschäfte als anfechtbar erklärt, bei denen der Schuldner eine Gegenleistung angenommen hat, die zu seiner eigenen Leistung in einem Missverhältnis steht, so liegt der Grund dafür, dass auch hier versucht werden muss, den Wert zu bestimmen, den die „normale" oder „vernünftige" Vertragspartei geleistet haben könnte, in dem Umstande, dass ein allfälliges Missverhältnis einer vom Gesetz missbilligten Absicht, der Gläubigerbegünstigung, zugeschrieben wird. Die Bestimmung von OR Art. 526 schliesslich, die bei einem Missverhältnis in den Vertragsleistungen im Verpfründungsvertrag ein Kündigungsrecht gewährt, ist singulärer Natur und erklärt sich wohl aus dem quasi-familienrechtlichen Charakter des Pfrundverhältnisses (vgl. Scherrer, Das richterliche Ermässigungsrecht bei Verträgen nach OR, Diss. Freiburg 1934, S. 2/3).

Was aber auf diese Weise nie festgestellt werden kann, das sind die legitimen Gründe, die den einen Vertragspartner zu einer ganz andern Bewertung seiner Leistung führen können, als die „vernünftige Vertragspartei" dies tun würde[90]). Kann von einem Missverhältnis der Leistungen gesprochen werden, wenn ein Käufer das Haus, das ihm ganz besonders gefällt (vielleicht aus einem völlig „unvernünftigen" Grund), weit über den Preis bezahlt, den der normale Liegenschaftshändler bieten würde, oder wenn ein Sammler eine exorbitante Summe bietet für ein Bild, das der Kunstsachverständige vielleicht nur als mittelmässig bezeichnet, oder wenn ein Arbeitgeber dem Arbeiter, den er als Überzähligen und ohne ihn zu benötigen aus Mitleid beschäftigt, einen ungenügenden Lohn bezahlt? „Il y a dans chaque contrat une volonté de contracter, force qui a sa valeur, qui se paie."[91]).

3. Was kann nun aus der Tatsache der Unerheblichkeit eines ursprünglichen Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung geschlossen werden für die Rechtsfolgen, die eine nachträglich eintretende Wertverschiebung mit sich bringt? Das Bundesgericht hat in einem der bekanntesten Urteile[92]) darauf hingewiesen, dass das nachträgliche Missverhältnis zwar ohne Zutun der Kontrahenten entstehe, dass aber für seine Berücksichtigung gleichwohl der Übervorteilungstatbestand des Art. 21 OR Anhaltspunkte biete, weil bei der einen Vertragspartei „bei einer solchen nachträglichen erheblichen Störung stets auch eine Notlage vorhanden" sei und der „tiefere Grund der Auflösung oder Änderung des Vertrages eben darin" liege, „dass der Gegner diese Notlage ausbeutet". Dem ist

---

[90]) Vgl. BE 66 II 248: „. . . Handelt es sich aber um ein an sich begründetes wichtiges Interesse, so ist es in erster Linie Sache des Berechtigten und ein Attribut seines Herrschaftsrechts, zu sagen, wieviel speziell i h m das Recht wert ist."

[91]) Ripert, a. a. O., S. 125.

[92]) BE 59 II 372 ff., insbesondere S. 380; vgl. ferner 62 II 45.

entgegenzuhalten[93]), dass es im Tatbestand des Art. 21 die Notlage des Schuldners ist, die ihn veranlasst hat, einem Vertrag zuzustimmen, der ein offenbares Missverhältnis der Leistungen aufweist. Entsteht dieses Missverhältnis erst nachträglich zufolge äusserer Umstände, so wird umgekehrt die allfällige Notlage des Schuldners erst gerade dadurch geschaffen. Der Gläubiger nützt somit nicht die Notlage des Schuldners aus, um sich eine für ihn vorteilhafte vertragliche Verpflichtung zu verschaffen, sondern er macht einen einwandfrei zustandegekommenen Anspruch geltend und verursacht dadurch vielleicht eine Notlage des Schuldners. Vom Zweckgedanken ausgehend, der dem Art. 21 zugrunde liegt, kann dagegen nichts eingewendet werden und seine analoge Anwendung ist deshalb abzulehnen.

Damit ist nun allerdings umgekehrt noch nicht gesagt, die nachträgliche Wertverschiebung der Leistungen könne nicht aus einem andern Rechtsgrund zum Eingriff in den Vertrag führen. Insbesondere wäre das Argument nicht entscheidend, das Missverhältnis, das einen Vertrag im Zeitpunkt des Abschlusses nicht zu Fall zu bringen vermöge (weil die weiteren Voraussetzungen des Art. 21 OR nicht gegeben sind), könne einem andern Vertrage, bei welchem es erst nachträglich in Erscheinung tritt, ebenfalls nichts anhaben. Im Zeitpunkte des Vertragsschlusses steht im Vordergrund die Frage der freien Willensbildung, und wenn diese gewährleistet ist (über die eigentlichen Willensmängel hinaus auch noch im Sinne des Uebervorteilungstatbestandes), so ist das Missverhältnis der Leistungen durch einwandfrei zustandegekommene Willenserklärungen gedeckt[94]). Diese Deckung entfällt beim nachträglichen Missverhältnis, das zufolge unvoraussehbarer und un-

---

[93]) Wie Simonius in seinem Referat an der Semaine Internationale de Droit, Paris 1937, a. a. O., S. 180 ausführt. Vgl. auch Oftinger, Die krisenbedingte Änderung der Grundlagen bestehender Verträge, SJZ Bd. 36, S. 236.

[94]) Vgl. BE 59 II S. 379.

vorausgesehener Umstände eintritt, und es steht deshalb seiner Berücksichtigung nichts im Wege, wenn diese anders als aus der Analogie zu Art. 21 OR begründet werden kann. Das soll im Zusammenhang mit einer Darstellung der allgemeinen Gesichtspunkte geprüft werden, welche die Berücksichtigung veränderter Umstände im Vertragsrecht gestatten.

F. Die allgemeinen Gesichtspunkte der Berücksichtigung veränderter Umstände.

Wenn von den besprochenen positivrechtlich geregelten Sonderfällen der Einwirkung veränderter Umstände auf den laufenden Vertrag abgesehen wird (D. III), so sind es vorerst zwei Gesichtspunkte, die im Rahmen unserer privatrechtlichen Ordnung zu einer allgemeinen Berücksichtigung solcher Umstände Anlass geben können.

1. Der Vertrag kann nach richtiger Auslegung sich selber in der Weise Schranken gesetzt haben, dass seine Gültigkeit ausdrücklich oder stillschweigend vom Nichteintritt bestimmter Umstände oder von der unveränderten Fortdauer gewisser Verhältnisse abhängig gemacht wird (oben C). Ein besonderes dogmatisches Problem stellt sich dabei nicht. Nicht einer Auferstehung der eigentlichen „clausula rebus sic stantibus" wird damit das Wort geredet, sondern einer Anerkennung der Tatsache, dass eine solche Klausel, in allgemeiner oder nur auf bestimmte Fälle zugeschnittener Formulierung, Vertragsbestandteil sein kann, und dass die darin liegende Beschränkung der schuldnerischen Verpflichtung nicht nur ausdrücklich, sondern auch stillschweigend vereinbart werden kann. „Vereinbaren" heisst dann allerdings nicht mehr, den Geschäftswillen beider Vertragsparteien auf eine bestimmte Rechtsfolge gerichtet haben, sondern dieser Tatbestand ist im Sinne der Vertrauenstheorie schon dann erfüllt, wenn eine rechtsgeschäftliche Erklärung, über deren Sinn die Parteien nicht einig sind, nach Treu und Glauben im Verkehr

von den Parteien so und nicht anders ausgelegt werden durfte, oder wenn das Stillschweigen der Parteien, wieder nach den Grundsätzen von Treu und Glauben beurteilt, zu einer auf dem Weg der Ausfüllung einer Vertragslücke festgestellten Rechtsfolge führt.

Was insbesondere das Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung bei den Verträgen des Güteraustausches anbetrifft, so ist es an sich möglich, dass der Vertrag mit dem Vorbehalt abgeschlossen wurde, seine Gültigkeit solle von der Erhaltung einer Äquivalenz der Vertragsleistungen bedingt sein. Praktisch werden Kauf und Tausch kaum zur Annahme eines stillschweigenden Vorbehaltes in diesem Sinne Anlass bieten, und zwar deshalb nicht, weil die Verkehrsanschauung gegen eine solche Möglichkeit spricht und deshalb die konkreten Begleitumstände der Parteierklärung so deutlich sein müssten, dass sich trotzdem aus ihrer richtigen Auslegung die Beschränkung ergäbe.

2. Der Vertrag, dessen Auslegung angesichts der veränderten Umstände nicht zur Annahme einer „vereinbarten" Beschränkung der schuldnerischen Leistung Anlass gibt, kann dadurch in seinem Weiterbestand berührt werden, dass die eingetretene Änderung ihn unsittlich werden lässt[95]). Diejenigen Umstände, welche einen Vertrag bei seinem Abschluss die Schranken der Vertragsfreiheit übertreten und deshalb nichtig werden lassen, können sich auch erst nachträglich verwirklichen. Während Unmöglichkeit und Rechtswidrigkeit in dieser Beziehung zu keinerlei besondern Schwierigkeiten Anlass geben, appelliert die Frage, wann eine vertragliche Bindung nachträglich unsittlich werde, in weitem Masse an das richterliche Ermessen. Soweit es darum geht, ob eine Leistung an sich als unsittlich bezeichnet werden müsse, ist die Entscheidung von den gleichen Erwägungen beherrscht, die auch bei der ursprünglichen Unsittlichkeit den Aus-

[95]) Vgl. Staudinger-Weber, Einleitung vor § 241, Anm. 515/518 und dort zitierte Literatur.

schlag geben (D I 3). Die Anwendungsfälle werden nicht häufig sein. Man könnte an die meist den Unmöglichkeitsbestimmungen unterstellten [96]) Fälle persönlicher Leistungen denken, die für den Schuldner mit einer Gefährdung von Leben oder Gesundheit verbunden werden, welche über das durch seine Stellung oder seinen Beruf gerechtfertigte Mass hinausgeht oder an deren Erfüllung der Schuldner durch ein Gebot der Menschlichkeit verhindert wird. Es erscheint richtiger, auch hier nicht den Unmöglichkeitsbegriff unnatürlich zu erweitern, sondern das Nichtleistensollen vom Nichtleistenkönnen klar zu trennen. Zu erwähnen wäre auch der Fall der Verpflichtung zu einer künstlerischen Leistung (Konzert- oder Theaterengagement), wobei am Tage der Aufführung ein besonders schwerer persönlicher Schicksalsschlag den Künstler trifft, der es als eigentlich unsittlich erscheinen lasssen würde, die an sich rechtlich einwandfreie Leistung als unter diesen Umständen erzwingbar bezeichnen zu wollen. Es würde das sittliche Gefühl verletzen, das Auftreten einer Sängerin zu verlangen, deren einziges Kind wenige Stunden vorher gestorben ist. Der persönliche Einsatz, den die vertragliche Leistung voraussetzt, verträgt sich nicht mit der anderweitigen und übermächtigen Beanspruchung der persönlichen Gefühle des Verpflichteten, denen der Vorrang zuerkannt wird[97]).

[96]) v. Tuhr, OR S. 494/5.

[97]) Man könnte einwenden, ein solcher Fall biete eher Anlass zur Annahme einer stillschweigenden vertraglichen Beschränkung der Verpflichtung. Das mag im Einzelfall insofern zutreffen, als die besonderen Umstände die Annahme rechtfertigen können, der Tatbestand, welcher eine eigentliche nachträglich eingetretene Unsittlichkeit verwirklicht, sei ausserdem vertraglich vorbehalten worden. Gleichwohl behält die Einreihung unter den Begriff der Unsittlichkeit ihre Bedeutung, wenn berücksichtigt wird, dass die Leistung auch dann nicht erbracht werden müsste, wenn im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses die eingetretene Veränderung der Umstände (das Ableben des schwererkrankten Kindes) vorausgesehen werden konnte und vorausgesehen wurde. Das würde den stillschweigenden Vorbehalt zu Fall bringen, vermag

Die Frage, ob das nachträglich eingetretene Missverhältnis der Leistungen ein solches Ausmass annehmen könne, dass das Bestehen auf der Forderung als unsittlich bezeichnet werden müsste, eine Unsittlichkeit also, die nicht in der Leistung als solcher, sondern in ihrem Verhältnis zur Gegenleistung begründet wäre, kann kaum bejaht werden[98]). Sicher sind Fälle denkbar, in denen summum ius summa iniuria werden kann, aber der Begriff der Unsittlichkeit verliert seinen eigentlichen Sinn, wenn er dazu verwendet wird, eine Leistung nur um ihres Verhältnisses zur Gegenleistung willen zu disqualifizieren, und nicht deshalb, weil sie an sich vor den Anforderungen der Moral nicht standhält[99]).

Der Gesichtspunkt der Unsittlichkeit behält deshalb gleichwohl seine grundsätzliche Bedeutung bei der Beurteilung der Einwirkung veränderter Umstände auf laufende Verträge, eine Bedeutung, die je nach dem dabei verwendeten Masstab grösser oder geringer sein wird, die aber nicht zum vorneherein verneint werden darf.

3. Da es sich beim Clausulaproblem um die Frage nach dem wahren Umfang und Inhalt vertraglicher Verpflichtung handelt, so muss für ihre Beantwortung auch diejenige Gesetzesvorschrift herangezogen werden, welche einen allgemeinen Masstab für die Ausübung vertraglicher Rechte und die Erfüllung vertraglicher Pflichten aufstellt, den Masstab von Treu und Glauben. Doktrin und Praxis stehen ja in neuerer Zeit übereinstimmend auf dem Standpunkt, dass Art. 2 ZGB nicht etwa nur für die Auslegung und Ergänzung der Rechtsgeschäfte von Bedeutung sei — eine Bedeutung, auf die schon mehr-

aber nicht die Unsittlichkeit zu beheben. Eine zwingende Schranke der Vertragsfreiheit wird dadurch nicht beeinflusst.

[98]) Vgl. die ablehnende Haltung des Bundesgerichts in BE 43 II 806 ff., 51 II 169.

[99]) Anders z. B. Heinrich Burghart, Der Einfluss des Missverhältnisses von Preis und Wert auf die Gültigkeit des Kaufvertrages, insbesondere im Grundstückverkehr, Jherings Jahrbücher, Bd. 86 (Zweite Folge Bd. 50), Jahrgang 1936, S. 238 ff.

fach verwiesen wurde, um die Möglichkeit der Annahme einer stillschweigenden Beschränkung der vertraglichen Bindung zu rechtfertigen —, sondern dass es sich um eine Bestimmung handle, welche eine Schranke aller Rechtsausübung darstelle und Inhalt und Umfang des Vertrages zu bestimmen vermöge[100]). Der Unterschied verliert etwas an Bedeutung, wenn man geneigt ist, der Ausfüllung von Vertragslücken, der auslegenden Ergänzung der Rechtsgeschäfte, einen grossen Spielraum einzuräumen. Die Abgrenzung ist dann nicht mehr klar und eindeutig, weil einerseits die Ergänzung auch auf eine neue Umschreibung des Vertragsinhaltes hinausläuft, während andererseits die Korrektur in Anwendung des Grundsatzes von „Treu und Glauben" immer an den bestehenden Vertrag anknüpft und seinen Inhalt so umschreibt, wie er eigentlich von Anfang an hätte verstanden werden sollen.

In der Anrufung von Treu und Glauben liegt vorerst nur eine Verweisung, die, gleich wie andere Blankettverweisungen unseres Zivilrechts, Recht und Billigkeit (ZGB Art. 4), Sittlichkeit, gute Sitten (ZGB Art. 27, OR Art. 19, 20, 41 Abs. 2), der Konkretisierung bedarf, um auf den Einzelfall Anwendung finden zu können[101]).

Egger[102]) macht darauf aufmerksam, dass die Wendung „Treu und Glauben" dem Obligationenrecht ent-

---

[100]) Siehe Egger, N. 6 und 7 zu Art. 2 ZGB und dortige Zitate; Reichel, Zu den Einleitungsartikeln des schweizerischen ZGB, Festgabe für Rudolf Stammler, Berlin und Leipzig 1926, S. 298: „Wenn ZGB 2 die Ausübung der Rechte, die Erfüllung der Pflichten umschreibt, so begrenzt er damit Rechte und Pflichten. Jede gesetzliche Normierung von Rechten und Pflichten steht also unter dem generellen Vorbehalt der Uebereinstimmung mit Treu und Glauben." W. Bürgi, a. a. O., S. 113 Anm. 4; auch das Marginale von Art. 2: „Inhalt der Rechtsverhältnisse" weist in diese Richtung.

[101]) Nach Reichel, a. a. O., S. 318, bildet Treu und Glauben keinen selbständigen Normenkomplex, sondern ist nur „Grundsatz des richtigen Verhaltens". Vgl. auch BE 44 II 445.

[102]) N. 2 zu Art. 2 ZGB; siehe ferner Bürgi, a. a. O., S. 120, 126 und dortige Zitate.

nommen sei und dass sie bei der Forderung nach einer „Harmonie der Interessen" ein Interesse besonders betone, das Vertrauenselement. Der Vertragspartner „soll in seinem Vertrauen nicht getäuscht werden, seine berechtigten Erwartungen dürfen nicht vereitelt werden". Es ist das gegenseitige Verhältnis der Interessen, das hier im Vordergrund steht, während das Postulat der Sittlichkeit, wie bereits erwähnt, mehr auf die Leistung an sich abstellt und weniger auf das Verhältnis der Vertragsparteien, auf Leistung und Gegenleistung. Daraus ergibt sich eine gewisse Abgrenzung der Anwendungsgebiete. Überschneidungen sind natürlich nicht ausgeschlossen, da beide Begriffe auf an sich ausserrechtlichen Wertungen aus dem Gebiet der Moral beruhen. Treu und Glauben ist hier aber praktisch deshalb von grösserer Bedeutung, weil es den umfassenden Begriff des Vertragsrechtes darstellt, der „auf die allgemeinsten Sätze, die unserer Rechtsordnung zugrunde liegen, hinweist"[103]).

Zu Recht haben denn auch Doktrin und Praxis immer mehr den Masstab von Treu und Glauben als Richtschnur für die Ausübung vertraglicher Rechte und die Erfüllung vertraglicher Pflichten an die zur Beurteilung stehenden Clausulafälle gelegt[104]). Eine Formel lässt sich dafür

---

[103]) Egger N. 1 zu Art. 2 ZGB.

[104]) BE 59 II 377; Kommentar Egger, 2. Auflage, N. 20 zu Art. 2 ZGB; Tuor, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 3. Auflage, 1934, S. 42; Hans Weber, Das richterliche Änderungsrecht bei Dauerverträgen, Diss. Zürich 1924, S. 71 ff.; Siegwart, Der Einfluss veränderter Verhältnisse auf laufende Verträge usw., S. 118 ff.; Hans Reichel, Zu den Einleitungsartikeln des schweizerischen ZGB, Festgabe für Rudolf Stammler, Berlin und Leipzig 1926, S. 298 und 319 (vgl. aber derselbe, Vertragsrücktritt wegen veränderter Umstände, Berlin 1933, S. 28); W. Bürgi, Ursprung und Bedeutung der Begriffe „Treu und Glauben" und „Billigkeit" im schweizerischen Zivilrecht, Bern 1939, S. 136 ff., 173 ff.; Simonius, Diskussionsvotum an den Verhandlungen des Schweizerischen Juristenvereins 1937, ZSchwR N. F. Bd. 56, S. 476a; Oftinger, Die krisenbedingte Veränderung der Grundlagen bestehender Verträge, SJZ 36 S. 246; Thilo, Clausula rebus sic

gewiss nicht finden, sonst hätte der Gesetzgeber selber sie an Stelle des allgemeinen Begriffes verwendet [105]). Es handelt sich darum, den Einzelfall in seiner Besonderheit zu würdigen, ihn in den Rahmen zu stellen, den die positiven Einzelbestimmungen und darüber hinaus die allgemeine Übung und Verkehrssitte bilden[106]). In diesem zurückhaltenden Sinne mögen vielleicht die Grundgedanken der positivrechtlich ausdrücklich geordneten Fälle, deren einige — darunter auch der Gedanke der Gefahrtragung — anzudeuten versucht wurde (D V), zur Lösung von Clausulatatbeständen beitragen.

---

stantibus, Journal des Tribunaux 1937, S. 75, 79; Borsari, Zur Behandlung der Währungsentwertung und der Aufwertung in der schweizerischen Rechtsprechung, Diss. Zürich 1933, S. 40 ff.; Guisan, ZSchwR N. F. Bd. 56, Jahrgang 1937, S. 331a; aus der deutschen Doktrin für viele Nipperdey, Vertragstreue und Nichtzumutbarkeit der Leistung, 1921, S. 17; ablehnend Stampe, Richtlinien für die Clausula-Praxis, Jherings Jahrbücher Bd. 72 (Zweite Folge Bd. 36), Jahrgang 1922, S. 378, 395 ff., der allerdings mit Recht vor blossen Billigkeitserwägungen warnt; F. Leonhard, Allgemeines Schuldrecht des BGB, Bd. I, 1929, S. 414 ff.

[105]) Vgl. W. Burckhardt, Methode und System des Rechts, Zürich 1936, S. 266, Anm. 21.

[106]) Vgl. v. Tuhr, OR S. 4, 46, 242 und dortige Zitate. Was Titze, Richtermacht und Vertragsinhalt, Tübingen 1921, S. 21, unter Berufung auf Kaufmann, a. a. O., S. 205, für die Auslegung sagt, gilt auch für die Anwendung von Art. 2 ZGB: „Die Auslegung hat im einzelnen Falle das Mass des der Partei durch den Vertragsinhalt aufgebürdeten Risikos zu bestimmen . . . Dabei sind wieder, soweit nicht die individuellen Beziehungen der Parteien eine abweichende Behandlung verlangen, die allgemeinen Werturteile entscheidend, die die Verkehrsanschauung sich über gewisse Vertragstypen und gewisse Gruppen von Ereignissen gebildet hat. Denn nur mit dieser Differenzierung lässt sich hier überhaupt von einer generellen Auslegung reden; es ist die Vielgestaltigkeit der Privatrechtsverhältnisse, die sich notwendigerweise gegen eine Generalklausel über das Ende vertraglicher Bindungen sträubt.“

G. Vertragsaufhebung oder Vertragsänderung.

1. Es wurde dargetan (F 2), dass der veränderte Umstand eine ursprünglich unanfechtbare Leistung unsittlich werden lassen kann. Nach Art. 20 OR ist der unsittliche Vertrag nichtig, und so wird denn auch die erst nachträglich eintretende Unsittlichkeit zufolge veränderter Umstände grundsätzlich die entsprechende Rechtsfolge, also die Auflösung des Vertrages, nach sich ziehen[107]).

Ein Weiterbestehen des Vertrages mit verändertem Inhalt kommt dann in Frage, wenn die Anwendbarkeit von Art. 20 Abs. 2 OR gegeben ist, wenn also die Unsittlichkeit „bloss einzelne Teile des Vertrages" betrifft. In diesem Falle sollen nur diese Vertragsteile nichtig sein, wenn nicht anzunehmen ist, dass der Vertrag „ohne den nichtigen Teil überhaupt nicht geschlossen worden wäre". Das Problem der Teilnichtigkeit stellt eine Reihe von Fragen, die ihre abschliessende Beantwortung noch nicht gefunden haben. Insbesondere ist unklar geblieben, wie die Teilbarkeit eines Vertrages zu begründen und durchzuführen sei[108]).

Abzulehnen ist jede Konstruktion, die nur darauf abstellt, ob die vertragliche Leistung als solche teilbar sei. Die Teilbarkeit der Leistung oder vielleicht besser, die Möglichkeit, sie zu beschränken, ist allerdings auch Voraussetzung einer Anwendung von OR Art. 20 Abs. 2, sie ist aber nicht die einzige und vor allem nicht die wichtigste Voraussetzung. Der Vertrag ist eben mehr als die blosse

---

[107]) Es ist richtiger, in diesem Falle von „Auflösung" zu sprechen, weil der Vertrag bis zum Eintritt des veränderten Umstandes vollgültig war, welcher Tatsache dadurch Rechnung getragen werden muss, dass die Wirkungen ex nunc und nicht ex tunc eintreten (siehe oben D I 3).

[108]) Vgl. dazu und zum folgenden die beachtenswerten Ausführungen von Schweingruber, a. a. O., S. 182 ff.; B. Herzog, Quantitative Teilnichtigkeit, Diss. Göttingen 1926; A. Scherrer, Das richterliche Ermässigungsrecht bei Verträgen nach schweizerischem OR, Diss. Freiburg 1934, S. 14, 86 ff.

Summe aller Leistungen und Gegenleistungen. Diese bedingen sich gegenseitig, ohne dass nach rein objektiven Kriterien ermittelt werden könnte, welche Einzelverpflichtungen sich ausschliesslich aufeinander beziehen. Das gilt sogar für die Verträge des Güteraustausches um teilbare Sachen; denn wer 100 Einheiten einer Ware zum Preise X kauft, hätte vielleicht 50 Einheiten zum Preise von X : 2 nicht erworben. Es gilt um so mehr für Verträge mit komplexen Leistungen, wo unmöglich festgestellt werden kann, welches nun die Gegenleistung sei, die gerade im Hinblick auf eine unsittliche (unmögliche, widerrechtliche) Teilleistung eingegangen wurde, und ebenso für den Dauervertrag, dessen Unsittlichkeit nur in der übermässigen zeitlichen Bindung liegt und der nicht schematisch in Einzelverpflichtungen von kürzerer Dauer zerlegt werden kann, deren eine gültig, die andere nichtig wäre (siehe aber unten Anm. 110).

Die begriffliche Schwierigkeit des Problems, die vom Standpunkt der Parteiautonomie aus gesehen als unlösbar bezeichnet werden muss, kann nur behoben werden, wenn entscheidend darauf abgestellt wird, dass nach dem Wortlaut der gesetzlichen Vorschrift die Teilnichtigkeit nur durchgeführt werden kann, wenn „anzunehmen ist", der Vertrag wäre auch ohne den nichtigen Teil abgeschlossen worden. Damit wird unmissverständlich und mit aller Deutlichkeit zum Ausdruck gebracht, dass die Teilnichtigkeit nur Nebenabreden betreffen kann; denn nur bei Nebenabreden kann überhaupt angenommen werden, die Parteien hätten am Vertrag auch dann festgehalten, wenn sie die Nichtigkeit und damit den Hinfall einer Einzelverpflichtung gekannt hätten[109]). Was Hauptverpflichtung und was Nebenabrede sei, bestimmt sich dann allerdings nicht ausschliesslich nach dem Schema der essentialia, naturalia oder accidentalia negotii. Dieser Katalog bildet nur eine Grundlage zur Erforschung des mutmass-

[109]) So auch v. Tuhr, OR, S. 201/2; nicht ganz deutlich Oser-Schönenberger, N. 62 ff. zu Art. 20 OR.

lichen Parteiwillens, wie er sich aus der Auslegung der Parteierklärungen ergibt. Es kann sich aber aus den Umständen ergeben, dass einer Bestimmung, die, rein objektiv betrachtet, als Nebenabrede zu bezeichnen wäre, von beiden Parteien oder von einer Partei für die andere erkennbar, eine entscheidende Bedeutung für den Vertragsabschluss beigemessen wurde, so dass mit ihrem Hinfall der ganze Vertrag fällt, oder aber es kann umgekehrt die normale Hauptverpflichtung einer Vertragsgattung in einem konkreten Fall als Nebenabrede behandelt worden sein. Die Unterscheidung von Haupt- und Nebenabrede darf sich nicht nach äusserlichen schematischen Kriterien richten, sie muss aus dem Inhalt des Vertrages abgeleitet werden[110]).

Die Annahme einer Teilnichtigkeit zufolge nachträglich eintretender Unsittlichkeit bedeutet Vertragsänderung, im Gegensatz zur Vertragsauflösung der Vollnichtigkeit. Allerdings fällt der betreffende Vertragsteil dahin; aber der Vertrag muss als Ganzes betrachtet werden, das dadurch eine Veränderung erfährt, dass eines seiner Bestandteile in Wegfall kommt. Dies Änderung kann also immer nur in einer Verminderung der vertraglichen Leistungen bestehen. Angenommen, das einteretende Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung habe ein Ausmass angenommen, welches das Beharren auf der Verpflichtung als unsittlich erscheinen lasse[111]), so könnte der Grundsatz

---

[110]) Liegt der Grund der Nichtigkeit in der übermässigen Dauer der Verpflichtung, so ist zu untersuchen, ob die Hauptabrede in der grundsätzlichen Bindung auf Dauer erblickt werden könne, während die Grenze dieser Dauer vielleicht innerhalb eines gewissen Rahmens als Nebenabrede und damit der Teilnichtigkeit zugänglich bezeichnet werden kann. Beim Kauf einer teilbaren Sache kann gegebenenfalls der Erwerb von Sachen dieser Art zu einem bestimmten Preis pro Teileinheit als Hauptabrede, das ursprünglich vereinbarte Quantum als Nebenabrede aufgefasst werden; vgl. den Tatbestand, der dem Entscheid BE 36 II 193 ff. zugrunde liegt; ferner BE 47 II 464; 67 I 302.

[111]) Eine Annahme, die oben F 2 als unwahrscheinlich bezeichnet wurde.

der Teilnichtigkeit, wenn die Voraussetzungen von Art. 20 Abs. 2 OR gegeben sind, zu einer Minderung der schuldnerischen Verpflichtung führen. Niemals aber vermöchte diese Bestimmung einen Anhaltspunkt zur Erhöhung der gläubigerischen Gegenleistung zu bieten, obwohl auch auf diese Weise das gestörte Gleichgewicht der Leistungen hergestellt werden kann.

Ob der Hinfall einer Teilverpflichtung des Schuldners auch eine entsprechende Ermässigung der Gegenleistung nach sich ziehe, ist eine Frage der Auslegung, die sich allgemeiner Beanwortung entzieht. Es muss bei der von Art. 20 Abs. 2 vorgeschriebenen Erforschung des mutmasslichen (und hypothetischen) Parteiwillens geprüft werden, ob die Nebenabrede auch einen Teil der Gegenleistung umfasst, so dass diese Frage mit der Hauptfrage, ob überhaupt Teilnichtigkeit verfügt werden könne, zusammenfällt[112]).

2. Wenn der Eingriff des Richters nur in Auslegung der Parteierklärungen erfolgt, kraft eines ausdrücklichen oder stillschweigenden Vorbehaltes, so richtet sich auch die Beantwortung der Frage nach Art und Mass des Eingriffes nur nach dem durch richterliche Auslegung angesichts der veränderten Umstände festgestellten Inhalt des Vertrages. Der Einwand, dieser Gesichtspunkt einer Berücksichtigung veränderter Umstände brauche deshalb kaum erwähnt und auf jeden Fall nicht ausgeführt zu werden, weil ja nur die Fälle von Interesse seien, in welchen dem im Vertrag zum Ausdruck kommenden Parteiwillen selber kein Anhaltspunkt entnommen werden könne, ist nicht stichhaltig. Eine Abgrenzung der Begriffe lässt sich nur dann durchführen, wenn auch die Grenztatbestände erkannt worden sind. Das nötigt dazu, bei den Clausulafällen immer wieder auf den vertraglichen Vorbehalt ver-

---

[112]) So wohl auch v. Tuhr, a. a. O., während Oser-Schönenberger (N. 70 zu Art. 20) zu Unrecht eine Einigung der Parteien über das Mass der verbleibenden Gegenleistung verlangt. Dann wäre ein neuer Vertrag zustandegekommen.

änderter Umstände zurückzukommen, und zwar insbesondere auf denjenigen, der nicht Gegenstand einer ausdrücklichen Parteierklärung geworden ist.

Grundsätzlich kann sich aus einem solchen Vorbehalt sowohl die Vertragsaufhebung als auch die Vertragsänderung ergeben[113]). Es gehört zum Wesen des Vertrages, die gegenseitigen Bindungen in beliebiger Weise von gewissen Voraussetzungen abhängig machen zu können, sei es, dass die Verpflichtungen im Falle der Verwirklichung dieser Voraussetzungen völlig aufgehoben sein sollen, sei es, dass Verpflichtungen veränderten Inhaltes an ihre Stelle zu treten haben. Immer muss aber der Vertrag selber mit seinen konkreten Begleitumständen die nötigen unmissverständlichen Anhaltspunkte bieten, damit nach Treu und Glauben die Verpflichtungserklärung als nicht für die unerwarteterweise eingetretene Entwicklung ebenfalls verbindlich aufgefasst werden muss.

3. Das oben gekennzeichnete Fehlen einer scharfen begrifflichen Schranke zwischen Auslegung und Ergänzung der Rechtsgeschäfte nach Treu und Glauben einerseits und der Bestimmung ihres dem gleichen Grundsatze unterworfenen Umfanges in Anwendung von Art. 2 ZGB andererseits (F 3) zeigt bereits, dass der richterliche Eingriff in gleicher Weise vertragsauflösend oder vertragsändernd gestaltet sein kann. Wenn veränderte Verhältnisse eine vertragliche Verpflichtung als nicht mehr zumutbar erscheinen lassen, ohne dass von einer eigentlichen Unsittlichkeit gesprochen werden könnte, so wird, je nach der

---

[113]) In einem weitern Sinne ist auch jede Aufhebung eines Vertrages, der bereits Wirkungen entfaltet hat, welche nicht vollständig rückgängig gemacht werden, als Vertragsänderung zu bezeichnen. Naheliegender erscheint aber eine Grenzziehung zwischen den Fällen, in welchen der Vertrag mit effektiven (wenn auch inhaltlich veränderten) Leistungen fortgeführt wird, und denjenigen, in welchen eine Auflösung (sei es nun mit oder ohne Schadenersatz) erfolgt (vgl. auch unten Ziff. 4, S. 476/477a). Von der Auflösung im engern Sinne ist dann schliesslich die Nichtigkeit zu unterscheiden; diese mit Wirkungen ex tunc, jene ex nunc.

Rechtsauffassung des Beurteilers, entweder von einer Vertragslücke oder dann von einer Schranke der Rechtsausübung gesprochen werden. Aber in beiden Fällen stellt sich die Aufgabe, nun den wahren Umfang und Inhalt des Vertrages, wie er sich aus der Veränderung der Verhältnisse ergibt, festzustellen, und in beiden Fällen kann diese Feststellung entweder zum gänzlichen Wegfall der ursprünglichen Verpflichtung oder auch zu ihrer Aenderung führen, einer Aenderung, die gewissermassen von Anfang an, im Keim versteckt, dem Vertrag innewohnte.

Das ist die grundsätzliche Folgerung, wie sie sich aus Sinn und Wortlaut von Art. 2 ZGB ergibt. Hinsichtlich der Anwendung auf den einzelnen Fall ist aber folgenden Ueberlegungen Rechnung zu tragen.

a) Einmal ist festzuhalten, dass die Vertragsänderung gegenüber der Vertragsauflösung nicht etwa als Minus aufgefasst werden darf in dem Sinne, dass immer dann, wenn die Auflösung zulässig erscheint, auch die Aenderung als geringere und in der Auflösung enthaltene Rechtsfolge zur Anwendung gelangen könnte. Das mag zwar gelegentlich der Fall zu sein scheinen, nämlich dann, wenn der Gläubiger auf die Realerfüllung einer Sachleistung verzichtet hat und Schadenersatz verlangt, wobei lediglich zu entscheiden ist, ob der Schuldner[114]) vollen oder nur teilweisen Ersatz zu leisten hat. Das ist aber keine Vertragsänderung, sondern lediglich eine Gestaltung der Vertragsauflösung. Gleich verhält es sich letzten Endes auch dann, wenn der Gläubiger zwar auf der Realerfüllung der Sachleistung besteht, diese aber nicht erzwungen werden kann und somit schliesslich auch Schadenersatz geleistet werden muss.

---

[114]) Der Einfachheit halber wird auch bei gegenseitigen Verträgen derjenige Teil als Schuldner bezeichnet, der sich auf die veränderten Umstände beruft, um sich von seiner Leistungspflicht zu befreien, während sein Vertragspartner, der ja auch Schuldner der Gegenleistung ist, Gläubiger genannt wird.

In allen diesen Schadenersatzfällen ist ein Bedürfnis nach besonderer Berücksichtigung nachträglich eintretender veränderter Umstände nicht vorhanden, weil ihnen — bewusst oder unbewusst — im Rahmen von Art. 99, insbesondere Abs. 3, OR Rechnung getragen wird. Diese Bestimmung verweist hinsichtlich der vertraglichen Haftung auf die Bemessungsgrundsätze des Schadenersatzes aus unerlaubter Handlung. Der Richter kann also nicht nur die Grösse des Verschuldens, sondern ganz allgemein „die Umstände" würdigen (Art. 43 OR) und ferner berücksichtigen, ob Umstände, für die der Ansprecher „einstehen muss", die Stellung des Ersatzpflichtigen erschwert haben (Art. 44 OR). Die Praxis hat den auch wiederholt bei Erschwerung der vertraglichen Leistung zufolge unvorhergesehener und unverschuldeter Ereignisse eine Haftungsreduktion eintreten lassen[115]).

Die Vorschrift, dass derjenige an der Schadenstragung zum mindesten teilhaben soll, der, ohne dass ihn ein Verschulden trifft, doch für besondere Umstände „einzustehen" hat, ist ein weiterer Anwendungsfall des Gedankens der Gefahrtragung, der bereits an anderer Stelle, als gewissen positivrechtlichen Vorschriften über die Regelung der Folgen veränderter Umstände zugrunde liegend, skizziert wurde (D V 7). Grundsatz ist die volle vertragliche Haftung des Schuldners; aber gleich wie der Schadenersatzpflichtige aus unerlaubter Handlung entlastet oder sogar gänzlich befreit werden kann, weil der Geschädigte ein „besonderes Risiko" geschaffen (nicht notwendigerweise verschuldet) hat, so kann unter den gleichen Umständen die vertragliche Schadenersatzpflicht ermässigt werden[116]). Es gilt, was C. Chr. Burckhardt[117]) mit einem Bluntschli-

[115]) BE 43 II 176; 44 II 518; 49 II 86; 61 II 261; weitere Urteile bei Siegwart, a. a. O., S. 187.

[116]) Oser-Schönenberger, N. 11 zu Art. 44 OR.

[117]) In seinem Referat über die Revision des schweizerischen Obligationenrechtes in Hinsicht auf das Schadenersatzrecht an der Tagung des Schweizerischen Juristenvereins 1903, ZSchwR N. F. Bd. 22, S. 500.

zitat als auch für das Vertragsrecht zutreffend bezeichnet hat: „Es ist bedenklich, die Schätzung des Schadens durch abstrakte Regeln genau normieren zu wollen; es kommt sehr viel auch auf die moralischen Umstände an, je schwerer die Verschuldung, um so ausgedehnter die Ersatzpflicht; überdies sind eine Menge von Umständen und Beziehungen zu erwägen, wie die Mannigfaltigkeit des Lebens sie darbietet, deren richtige Würdigung nur durch freies Ermessen eines verständigen unparteiischen Mannes möglich wird.“ Burckhardt selber fügt dann bei, dass das Culpaprinzip weder bei der Befreiungs- und Reduktionsgründen noch bei den Haftungsgründen ausreiche. Es muss, was er für die Lehre von der Culpakompensation betont, nicht auf allgemeine Regeln, sondern „auf Rücksichten der Billigkeit und Gerechtigkeit, auf Treu und Glauben, Anstand und Sitte des Lebens“ abgestellt werden.

Im Beispiel des für eine einmalige Aufführung verpflichteten Künstlers, der zufolge Erkrankung oder Todesfall eines nahen Angehörigen nicht auftritt, sind eine Reihe von Möglichkeiten denkbar. Die ursprüngliche Vertragsverpflichtung zu einem Tun kann nicht realiter erzwungen werden. Würde die Vertragserfüllung als geradezu unsittich erscheinen, so kann auch eine Schadenersatzleistung nicht in Frage kommen[118]). Die beidseitigen Verpflichtungen fallen völlig dahin. Lässt sich die Annahme einer eigentlichen Unsittlichkeit nicht rechtfertigen — ob dies der Fall ist, entscheidet sich nach der objektiven Schwere des erlittenen Schicksalschlages für den Betroffenen (Todesfall oder schwere Erkrankung; nächster oder etwas entfernter Angehöriger), wobei allerdings vielleicht auch die allgemeine Verkehrsanschauung eine Rolle spielen kann (Todesfall in der Familie wiegt schwerer als im Freundeskreis, obwohl die objektive Schwere des Verlustes für den Betroffenen die gleiche sein kann) — so wird man bei der Verpflichtung zu bloss einmaliger Leistung eher

---

[118]) v. Tuhr, OR, S. 503.

geneigt sein, die Schadenersatzpflicht des Künstlers, wenigstens für das negative Vertragsinteresse, zu bejahen, weil das Zusammentreffen von Hinderungsgrund und Zeitpunkt der Vertragserfüllung als ganz aussergewöhnliche Koinzidenz in seinen Gefahrenkreis gehört, während das Eintreten des gleichen Hinderungsgrundes bei einem Dienstvertrag auf lange Dauer deshalb kaum Schadenersatzfolgen zu Lasten des Dienstpflichtigen nach sich ziehen wird, weil der Dienstherr damit rechnen muss, es komme im Laufe der Vertragszeit einmal zu einem solchen Hindernis der Vertragserfüllung. Bei dieser Sachlage liesse sich dann sogar die Verpflichtung des Dienstherrn zur Lohnzahlung trotz Hinderung an der Arbeitsleistung rechtfertigen[119]). Ob die Erörterung der Schadenersatzfrage durch Verschiebung der Leistung auf einen geeigneteren Zeitpunkt ausgeschlossen werden kann, wird sich beim Fall des Künstlerengagements danach richten, ob die besonderen Umstände des Vertragsschlusses erkennen lassen, dass die Einhaltung des vorgesehenen Datums eine condicio sine qua non des Vertrages bilden sollte. Ist für die eine oder andere Partei das Datum der Leistung von ausschlaggebender Bedeutung (das Konzert sollte einen ganz besondern, an einen bestimmten Tag gebundenen Anlass verschönern; die Sängerin verreist nach Amerika), so kommt auch eine Verpflichtung zur Verschiebung der Leistung nicht in Frage.

Der Gedanke des Vertragsrisikos tritt auch dann in Erscheinung, wenn dem erörterten Fall eines Leistungshindernisses in der Person des Schuldners ein Hindernis

---

[119]) Einzelne Gesamtarbeitsverträge enthalten denn auch Bestimmungen über Lohnzahlung und Arbeitsunterbruch bei Todesfällen in der Familie, was dazu beitragen kann, eine Verkehrssitte zu schaffen, welche die Praxis zu beeinflussen vermag; vgl. Die Volkswirtschaft, Wirtschaftliche und Sozialstatistische Mitteilungen, Beilage zum Schweizerischen Handelsamtsblatt, XIV. Jahrgang, 10. Heft (Oktober 1941), Die Bestimmungen über die Lohnentrichtung in schweizerischen Gesamtarbeitsverträgen, S. 238.

gegenübergestellt wird, welches mit keiner der beiden Parteien besondere Beziehungen aufweist, wenn also z. B. die Vorstellung aus Anlass einer unvorhergesehenen nationalen Trauer oder einer Epidemie abgesagt werden muss. In diesem Fall erscheint es natürlich, jede der Parteien ihren eigenen Schaden tragen zu lassen.

b) Der weite Spielraum, der dem richterlichen Ermessen bei der Bemessung des Schadenersatzes gegeben ist, lässt es als um so auffälliger erscheinen, dass bei der Realerfüllung diese Abstufungsmöglichkeiten nicht gegeben sind. Es ist in der Tat ein zufälliger Unterschied[120]), ob Realerfüllung oder Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangt wird, und man sollte deshalb meinen, dass in beiden Fällen die Schuldnerpflichten den gleichen Regeln unterworfen sein sollten. Die praktische Tragweite der verschiedenartigen Regelung ist allerdings vielleicht nicht so weitreichend, wie auf den ersten Blick erscheinen möchte. Einerseits wird eine Reduktion des Schadenersatzes nach Art. 99 OR dann nur selten erfolgen, wenn der Schuldner die Vertragsleistung hätte erbringen können, und andererseits lässt die Tatsache, dass die Vertragsleistung in einem bestimmten Fall erzwungen werden kann, den Schluss zu, eine Herabsetzung sei nicht angezeigt. Im einzelnen ist folgendes zu erwähnen:

aa) Den Hauptfall von realiter erzwingbaren Vertragsleistungen bildet die Verpflichtung des Geldschuldners.

Eine Berufung auf finanzielle Schwierigkeiten kommt hinsichtlich des Masses seiner Leistung nicht in Frage[121]). Ein nachträglich eingetretenes Missverhältnis der Leistungen könnte vom Geldschuldner angerufen werden, wenn eine massive Deflation eintritt oder wenn der Gegenstand der Gegenleistung entwertet wird.

---

[120]) Siegwart, a. a. O., S. 171, 187; vg.. auch oben S. 423a, Anm. 46.

[121]) Ihnen wird bei der Vollstreckung in verschiedener Richtung Rechnung getragen.

Die Veränderung des Geldwertes in der Richtung der Deflation wird kaum je ein Mass annehmen können, welches ein Abgehen von der Nennwertberechnung der Geldschulden zu rechtfertigen vermöchte. Wenn das Bundesgericht schon in der Frage der Geldentwertung, welche bis heute viel einschneidendere Wirkungen für den Gläubiger gezeitigt hat, als die Deflation für den Schuldner, grundsätzlich an der Nennwerttheorie festgehalten hat[122]), so besteht um so weniger Anlass, einer Erhöhung des Geldwertes durch Veränderung des Umfanges der Verpflichtung Rechnung zu tragen. Es kann allerdings, insbesondere bei der Geldentwertung, ein Punkt erreicht werden, wo das Festhalten am Satz Franken = Franken nach Treu und Glauben nicht mehr geschützt werden könnte[123]), gleich wie das deutsche Reichsgericht in seiner bekannten Entscheidung vom 28. November 1923[124]) vom Grundsatz Mark = Mark abgegangen ist, um eine Hypothekarschuld unter Berufung auf Art. 242 BGB aufzuwerten. Es liegt auf der Hand, dass der Richter sich mit einer solchen Entscheidung, welche die Geldsummenschuld verändert, mit der öffentlich-rechtlichen Währungsgesetzgebung in Konflikt begibt. Er darf diesen Konflikt nur dann gegen die Währungsvorschriften entscheiden, wenn die Gestaltung des Geldwertes sichtlich der Kontrolle des Gesetzgebers entglitten ist. Die gewollte und kontrollierte Abwertung darf deshalb nicht durch richterliche

---

[122]) BE 49 II 17; 51 II 308: „Der Schweizerfranken seit 1914 ist vermöge der Währungsgesetzgebung eine Sache gleicher Art und Güte wie der Goldfranken im Sinne von Art. 312 OR geblieben"; 51 II 20; 53 II 81; 57 II 370; weitere Zitate bei Henggeler, Die Abwertung des Schweizerfrankens und ihr Einfluss auf die zivilrechtlichen Verhältnisse, ZSchwR 56, S. 180a; siehe ferner Guisan, La dévaluation du franc suisse et ses effets de droit civil, ZSchwR 56, S. 269a; Borsari, Zur Behandlung der Währungsentwertung und der Aufwertung in der schweizerischen Rechtsprechung, Diss. Zürich 1933, S. 21 ff.

[123]) Vgl. BE 57 II 370, 599.

[124]) RGZ 107, S. 78.

Aufwertung korrigiert werden, während im Falle der ins Uferlose gleitenden Geldentwertung durch Inflation die richterliche Aufwertung gegebenenfalls als Vorläufer der gesetzlichen Aufwertung zu betrachten ist[125]), wie dies in Deutschland der Fall war[126]).

Erfährt die zu leistende Sache eine Wertverminderung, so geht diese Einbusse zu Lasten des Eigentümers, bzw. desjenigen, der nach gesetzlicher Vorschrift die Gefahr trägt (OR Art. 185). Bei den Verträgen des Güteraustausches können also in dieser Beziehung keine Schwierigkeiten entstehen, und dort, wo vertragliche Benutzungsrechte beeinträchtigt werden, wie dies bei nachträglicher Veränderung der Miet- oder Pachtsache der Fall ist, weist das Gesetz Spezialregelungen auf (OR Art. 255, 287, 296; vgl. oben D III 2 b).

Liegt schliesslich die Beeinträchtigung des Geldschuldners nicht in einer Wertveränderung der Sachleistung, sondern einfach in einer Störung ihres vorausgesetzten Verwendungszweckes, so bleibt dies normalerweise ohne jeden Einfluss auf den Bestand des Vertrages (oben D III 2 c cc). Gehen bei Kauf und Tausch Wertverminderung und Untergang der Sache nach Vertragsschluss zu Lasten des Erwerbers, so gilt dies um so mehr für die Folgen von Ereignissen, welche die Sache selber unberührt lassen, jedoch die Möglichkeit ihrer Verwendung (für den Käufer persönlich oder auch ganz allgemein) beeinträchtigen. Bei den Verträgen auf Einräumung eines Benutzungsrechtes wird der besonderen Interessenlage vor allem durch Einräumung eines Rücktrittsrechtes aus wich-

---

[125]) Vgl. Guisan, a. a. O., S. 328a.

[126]) Zu besonders zurückhaltender Handhabung des Eingriffsrechtes bei allgemeiner Geldentwertung mahnt auch der Umstand, dass nicht ein einzelner oder einige wenige Verträge betroffen werden, sondern alle Verträge und Geldleistungen. Der Gläubiger ist also nicht das Opfer einer besondern Ungerechtigkeit; er teilt das Schicksal aller Gläubiger der betreffenden Währung (vgl. Ripert, La règle morale dans les obligations civiles, 2. Aufl., Paris 1927, S. 160).

tigen Gründen (OR 269, 291) Rechnung getragen, welches die Berücksichtigung derartiger Tatbestände gestattet. Ihre Subsumierung unter Art. 255 OR muss wohl abgelehnt werden, da diese Bestimmung offenbar nur solche Veränderungen im Auge hat, welche in der Sache selber eintreten und bei denen es in der Macht des Vermieters liegt, sie zu beheben. Das kann einerseits aus dem Wortlaut geschlossen werden — das Rücktrittsrecht des Mieters wird nur gewährt, „wenn der Mangel nicht innerhalb angemessener Frist abgeholfen wird" —, folgt aber auch aus Zweckbestimmung und Zusammenhang mit Art. 269. Könnte sich der Mieter bei solchen Vereitelungen des Verwendungszweckes auf Art. 255 berufen, so könnte er in allen Fällen die Folgen derartiger unvorhergesehener Ereignisse auf den Vermieter abwälzen, unter der einzigen Voraussetzung, dass er sie nicht selber verschuldet hat. Es würde ganz in seiner Wahl stehen, entweder eine „verhältnismässige" Herabsetzung zu verlangen, also eine Ermässigung, welche der Verminderung des Gebrauchswertes voll Rechnung trägt, oder vom Vertrag zurückzutreten[127]). Der Mieter hätte dann wohl in keinem Falle mehr Interesse an der Anrufung von Art. 269, der ein Rücktrittsrecht gewährt, welches auch auf Fälle von höherer Gewalt und Zufall zugeschnitten ist, aber unter gleichzeitiger Verpflichtung zur Entrichtung von Schadenersatz. Diese letztere Bestimmung gestattet dem Richter, je nach der besonderen Interessenlage die Ersatzbestimmung vorzunehmen und auf diese Weise einen vernünftigen Ausgleich zu verfügen. Eine grundsätzliche einseitige Belastung der einen oder andern Partei mit den Folgen solcher unvorhergesehenen Umstände ist sowohl nach geltendem Recht als auch nach allgemeinen Überlegungen abzulehnen. Es muss anhand des konkreten Vertragsverhältnisses überlegt und entschieden werden, wer ausschliesslich oder vorwiegend zu belasten ist, wobei gelegent-

---

[127]) Vgl. Siegwart, a. a. O., S. 183.

lich die Grundsätze der Gefahrtragung zur Lösung beitragen können[128]).

bb) Die Frage der Möglichkeit einer Ermässigung von realiter erzwingbaren Sachleistungen zufolge unvorhergesehener Umstände spielt dem bisher Erörterten gegenüber (Anspruch auf Schadenersatz, vertragliche Geldforderung) eine praktisch geringe Rolle. Tatsächlich erzwingbar sind nur Leistungspflichten, welche sich auf ein Grundstück beziehen oder eine bewegliche Sache zum Gegenstand haben, die dem Zugriff eines Vollstreckungsorgans offensteht. Im ersteren Falle veranlasst der Richter die Übertragung im Grundbuch, im letzteren Fall wird die Sache dem Schuldner weggenommen und dem Gläubiger übergeben. In allen andern Fällen, also auch dann, wenn es sich zwar um eine Speziessache handelt, die aber nicht beigebracht werden kann, wandelt sich die Sachleistungspflicht schliesslich doch in eine Schadenersatzverpflichtung gemäss OR Art. 97 ff. um[129]).

---

[128]) Eine Fülle von Beispielen aus dem Mietrecht, wie übrigens auch aus andern Vertragsgebieten, bringt Krückmann, Archiv für d. civ. Pra., Bd. 116, S. 263 ff.

[129]) Das geht aus den prozessualen Vollstreckungsbestimmungen hervor, beispielsweise aus Art. 406 und 407 der bernischen ZPO:

„Ist jemand zur Auslieferung einer bestimmten beweglichen Sache verurteilt worden, so erteilt der Richter auf Antrag des Obsiegenden dem Gerichtsdiener Befehl, die Sache dem Unterlegenen abzufordern und, wenn nötig, mit polizeilicher Hilfe wegzunehmen.

Kann die Sache nicht aufgefunden werden, so wird der Unterlegene schadenersatzpflichtig."

Und:

„Ist eine Partei verurteilt worden, ihrem Gegner den Besitz oder das Eigentum einer Liegenschaft einzuräumen, so setzt der Richter den Berechtigten auf dessen Antrag in den Besitz ein und veranlasst nach Massgabe der Art. 12 ff. und 18 der bundesrätlichen Verordnung vom 22. Februar 1910 betreffend das Grundbuch die Eintragung des Eigentums in das Grundbuch. Er kann auf Antrag des Berechtigten Strafandrohungen nach Art. 403 erlassen, um ihn gegen jede weitere Störung sicherzustellen."

Ob die Voraussetzungen der Erzwingbarkeit gegeben sind, steht im Zeitpunkt der Durchführung des Forderungsprozesses nicht immer fest. Gleichwohl muss der Richter, wenn der Gläubiger auf der Realerfüllung bestehen will, nur diese zum Gegenstand seines Urteils machen, unbekümmert darum, ob vielleicht oder sogar sicher im Vollstreckungsverfahren die Umwandlung erfolgen muss. Auf diese Weise kann es dann Sache des Vollstreckungsrichters werden, besondern Umständen im Sinne von Art. 99 OR Rechnung zu tragen.

Im Prozess um die Sachleistung ist eine Ermässigung an sich möglich, wenn Teilbarkeit besteht. Eine solche Ermässigung bedeutet immer Vertragsänderung. Der Vertrag bleibt mit verändertem Inhalt aufrecht. Zu beachten ist aber, dass im Gegensatz zur Bemessung des Schadenersatzes keine gesetzliche Bestimmung eine Abstufung unter Berücksichtigung der verschiedenartigsten Umstände ausdrücklich zulässt. Allerdings kann Art. 2 ZGB, wie bereits erwähnt, die Handhabe zu einer Aenderung auch hier geben. Die verschiedene positivrechtliche Behandlung von Sachleistungspflicht und Schadenersatzpflicht muss aber zum mindesten dazu führen, jene mit unvergleichlich grösserer Zurückhaltung einer Ermässigung zugänglich zu machen als diese.

4. Schon der gekennzeichnete Unterschied zwischen den grosszügigen Abstufungsmöglichkeiten, welchen die Bemessung des Schadenersatzes bei der Vertragsauflösung unterliegt, und dem viel geringeren Spielraum, den die Sachleistung in dieser Hinsicht gewährt, lässt mit aller Deutlichkeit erkennen, dass die Hauptfolge veränderter Umstände, sofern ihnen überhaupt eine Einwirkung auf das Vertragsverhältnis zuerkannt werden kann, in der Vertragsauflösung und nicht in der Vertragsänderung besteht[130]). Denn in allen Fällen, wo Schadenersatz bestimmt wird, ist eine Vertragsleistung weggefallen, und

---

[130]) Vgl. Oertmann, Die Geschäftsgrundlage, S. 161 ff.

nur dort, wo die eigentliche Vertragsleistung, wenn auch nicht in ursprünglicher Höhe oder Form, erhalten bleibt, kann vom veränderten Weiterbestand des Vertrages gesprochen werden[131]).

In die gleiche Richtung weist auch die Betrachtung der positivrechtlich ausdrücklich geordneten Fälle (D IV). Wenn das typische Vertragsrecht, wie es in den gesetzlichen Sonderbestimmungen in Erscheinung tritt, in der überwiegenden Mehrzahl der Tatbestände die veränderten Verhältnisse durch das Erlöschen der vertraglichen Verpflichtungen oder durch Einräumung eines Rücktritts- und Kündigungsanspruches berücksichtigt und nur ganz ausnahmsweise den Vertrag in veränderter Form weiterbestehen lässt, so ist dies ein hinreichender Grund, auch dann die Auflösung gleichermassen als Regel, den veränderten Weiterbestand des Vertrages als Ausnahme anzunehmen, wenn nicht eine Sondervorschrift, sondern der allgemeine Grundsatz von Treu und Glauben dem veränderten Umstand Gewicht verleiht. Die Tatsache, dass in allen diesen Fällen doch etwas in den Vertrag getragen wird, das er nicht ausdrücklich enthielt und regelte, lässt es auch als naheliegender und natürlicher erscheinen, die schlichte Auflösung und nicht eine inhaltliche Erweiterung zu verfügen. Unter Auflösung ist dabei immer, im Gegensatz zur Nichtigkeit, eine vorzeitige Beendigung des Vertrages mit Wirkung ex nunc zu verstehen. Es ist ja eine der Voraussetzungen des Problems, dass der Vertrag bis zum Eintritt der veränderten Umstände vollgültig war, und es kann deshalb niemals in Frage kommen, ihn mit Wirkung ex tunc aufzuheben.

---

[131]) Der Unterschied zwischen der Schadenersatzforderung bei grundsätzlicher Aufrechterhaltung des Vertrages und dem Rücktritt vom Vertrage (OR Art. 107 Abs. 2) wird dabei nicht übersehen. Wesentlich ist aber, dass in beiden Fällen die hier interessierende schuldnerische Leistung vollständig und als solche wegfällt und nicht bloss eine inhaltliche Beschränkung oder eine Änderung der Modalitäten ihrer Erfüllung erfährt.

Die Vertragsänderung ist auf diese Weise als Ausnahmefall im Ausnahmefall der Berücksichtigung veränderter Umstände festgestellt worden. Zur nähern Bestimmung ihrer Voraussetzungen ist an zwei Regelungen des positiven Rechtes anzuknüpfen, deren eine bereits erwähnt wurde.

Es wurde dargetan (G 1), dass die Teilnichtigkeit, die nichts anderes als Vertragsänderung ist, nur Nebenabreden betreffen kann, Abreden also, die von den Parteien nicht als condicio sine qua non des Vertragsschlusses betrachtet wurden oder betrachtet werden durften. Der Richter kann nur dann den Vertrag ändern, wenn sich aus den Umständen schliessen lässt, die Parteien hätten am Vertrag auch dann festgehalten, wenn sie die Nichtigkeit und damit den Hinfall einer Einzelverpflichtung gekannt hätten.

Unter ganz ähnlichen Voraussetzungen verpflichtet Art. 2 OR den Richter, über die „vorbehaltenen Nebenpunkte" einer Vereinbarung „nach der Natur des Geschäftes" zu entscheiden, wenn die Parteien sich selber nicht einigen können. Der Vertrag ist verbindlich, sobald eine Einigung über alle wesentlichen Punkte vorliegt; der „Vorbehalt von Nebenpunkten" soll diese Verbindlichkeit nicht hindern. Welches vorbehaltene Nebenpunkte sind, darüber kann wiederum nicht rein objektiv nach dem Katalog der essentialia, naturalia und accidentalia negotii entschieden werden[132]), sondern es muss geprüft werden, ob die Parteien trotz fehlender Verständigung über einen bestimmten Punkt grundsätzlich gebunden sein wollten[133]). Liegt dieser Fall vor, so handelt es sich bei diesem Punkt im konkreten Vertragsverhältnis um eine Abrede, die gemäss Art. 2 OR der Umschreibung und Inhaltsbestimmung durch den Richter unterliegt. Er ist berufen, einen Teil des Vertragsinhaltes festzulegen, weil und insoweit

---

[132]) BE 34 II 725.

[133]) BE 20 521; 34 II 468, 725; 41 II 256; 54 II 303.

die Parteien eine vertragliche Bindung eingehen wollen, auf das Risiko hin, in bestimmter Hinsicht, nämlich bezüglich der vorbehaltenen Nebenpunkte, anders verpflichtet zu sein, als es ihrem Willen entspricht.

Kann ein von Anfang an unvollständiger Vertrag unter diesen Voraussetzungen — und unter keinen andern — inhaltlich geändert aufrechterhalten bleiben, so liegt es nahe, das gleiche Kriterium auch dann anzuwenden, wenn einem unvorhergesehenen Ereignis Einfluss auf eine Verpflichtung im laufenden Vertrag zugebilligt wird und wenn entschieden werden muss, ob die Verpflichtung in abgeänderter Form aufrechterhalten oder völlig aufgehoben werden soll[134]). Es drängt sich auf, eine richterliche Änderungsbefugnis nur dann anzunehmen, wenn nicht daran zu zweifeln ist, dass beide Parteien das Vertragsverhältnis grundsätzlich fortsetzen wollen, auf die Gefahr hin, bezüglich bestimmter Punkte anders und ungünstiger gestellt zu werden, als dem ursprünglichen Vertrag entspricht. Steht dagegen fest, dass mindestens eine der Parteien dem betreffenden Punkt eine ausschlaggebende Bedeutung beigemessen hatte, in dem Sinne, dass er eine condicio sine qua non des Vertragsschlusses bildete, so kommt nur der unveränderte Weiterbestand oder die völlige Aufhebung in Frage, es sei denn, die betreffende Partei stelle ausdrücklich fest, dass sie nunmehr den grundsätzlichen Weiterbestand des Vertrages nicht mehr von der unveränderten Beibehaltung dieses Punktes abhängig machen wolle.

Das wird denn auch, allerdings ohne Berufung auf Art. 2 und 20 Abs. 2 OR, von den Autoren, welche die Möglichkeit der Vertragsänderung bejahen, in mehr oder weniger bestimmter Weite festgestellt. Eine Änderung des Vertrages komme nur dann in Frage, wenn beide

---

[134]) Ob mit oder ohne Schadenersatzfolgen, spielt in diesem Zusammenhang keine Rolle.

Vertragsparteien „grundsätzlich" einverstanden seien[135]), wenn beide die Aufrechterhaltung des Vertrages „zu wünschen scheinen"[136]). Die Feststellung, ob dieser Sachverhalt wirklich vorliege, stellt allerdings ganz erhebliche Anforderungen an den Richter, da das Einverständnis eben doch auch von den Modalitäten der Aenderung, die noch ungewiss sind, beeinflusst wird. Es ist zu prüfen, ob nicht schon die prozessualen Anträge der Parteien die nötigen Anhaltspunkte zu geben vermögen.

Sicher ist, dass derjenige, der die veränderten Umstände gegen den Wortlaut des Vertrages geltend macht, in prozessual ausreichender Form, also durch Begehren (und Eventualbegehren) seine Ansprüche zu formulieren hat. Ist er Prozessbeklagter, so lässt der blosse Abweisungsschluss, den er dem Leistungsbegehren des Gläubigers gegenüberstellt, wohl neben der vollständigen auch die nur teilweise (quantitativ teilweise) Abweisung zu; niemals aber könnte bei dieser prozessualen Lage eine Erhöhung der Gegenleistung verfügt werden. Seine Begehren können natürlich auch, der Klage des Vertragspartners

---

[135]) Hedemann in SJZ Bd. 17, Jahrgang 1920/21, S. 309; siehe ferner Oertmann, Die Geschäftsgrundlage, 1921, S. 168 ff.; Nipperdey, Vertragstreue und Nichtzumutbarkeit der Leistung, 1921, S. 32, Anm. 55.

[136]) Oftinger in SJZ Bd. 36, Jahrgang 1939/40, S. 248; siehe ferner die ausführliche Darstellung von Siegwart, a. a. O., S. 174 ff.; Henggeler, a. a. O., S. 251a; Müller, Die Einwirkung der Währung auf die privatrechtlichen Verhältnisse, ZSchwR Bd. 65 (N. F. Bd. 43), S. 104a, 122a; aus der bundesgerichtlichen Praxis 45 II 355 (wo allerdings noch eine Einigung der Parteien über den neuen Inhalt, also tatsächlich ein neuer Vertragsschluss, verlangt wird), 47 II 319, 59 II 376.

A. A. Weber, Das richterliche Aenderungsrecht bei Dauerverträgen, Diss. Zürich 1924, S. 76/77, 82, der das Änderungsrecht auch ohne das grundsätzliche Einverständnis der Parteien gewähren will, während Stammler, ZbJV 58, S. 56 ff., und Reichel, Vertragsrücktritt wegen veränderter Umstände, Berlin 1933, S. 25, jedes Aenderungsrecht ablehnen.

zuvorkommend, durch eigene Leistungs- oder Feststellungsklage dem Richter unterbreitet werden.

Anders scheinen die Verhältnisse bei demjenigen Vertragskontrahenten zu liegen, der die Einwirkung veränderter Verhältnisse auf den Vertrag bestreitet und an den Leistungen festhält, die dem ursprünglichen Wortlaut des Vertrages entsprechen. Er fordert als Kläger nichts anderes als die vereinbarte Leistung und setzt sich als Beklagter gegen jedes Begehren zur Wehr, das von ihm mehr oder anderes verlangt, als dem Wortlaut des Vertrages entspricht. Soweit sein Prozessgegner nur die eigene Leistung ganz oder teilweise verweigert, braucht er von vorneherein nur den prozessualen Antrag auf die Vertragsleistung zu stellen. Er läuft dann, wie jeder Kläger, kein anderes Risiko, als ganz oder teilweise abgewiesen zu werden. Sowie nun aber der Prozessgegner auch die Frage einer Veränderung der Gegenleistung zur Beurteilung stellt, so muss der am Vertrag Festhaltende sich darüber Rechenschaft geben, ob er, wenn er mit seinem Hauptstandpunkt nicht durchdringt, die Vertragsauflösung oder die Veränderung seiner Leistung unter Aufrechterhaltung des Vertrages vorzieht. Muss er auch einen entsprechenden Eventualantrag stellen, beispielsweise dann, wenn er auf eine erhöhte Leistung eingeklagt wird und es vorziehen würde, den Vertrag, der entgegen seinem Hauptbegehren nicht in der ursprünglichen Form aufrechterhalten bleiben könnte, aufgelöst zu sehen, bevor er seine eigene Leistung erhöhen lassen will?

Die Frage ist verschieden zu beantworten, je nachdem, ob schon aus den Umständen des Vertragsschlusses der Charakter der Leistung als einer Nebenabrede im oben gekennzeichneten Sinn hervorgeht oder nicht. Ist dies nicht der Fall und steht fest, dass diese Leistung in ihrem ursprünglich stipulierten Umfang condicio sine qua non des Vertragsschlusses gewesen ist, so darf der Richter, auch wenn er die Einwirkung veränderter Umstände auf den Vertrag bejaht, doch keine Vertragsänderung unter

grundsätzlicher Weiterdauer der Vertragswirkungen verfügen. Er muss also die Klage auf Erhöhung der Gegenleistung abweisen, kann aber vielleicht ein allfällig gestelltes Eventualbegehren auf Feststellung der Vertragsauflösung gutheissen. Auch dann, wenn die Umstände des Vertragsschlusses die in Frage stehende Leistung nicht als Nebenabrede, sondern als Hauptverpflichtung erscheinen lassen, kann natürlich das Begehren beider Parteien dem Richter gestatten, sie als Nebenverpflichtung zu betrachten. Das ist deshalb zulässig, weil ja auch im Zeitpunkte des Vertragsschlusses eine normalerweise zur Hauptverpflichtung gehörende Leistung von den Parteien zur Nebenleistung gestempelt werden kann (siehe oben G 1). Da, wo erst ein unvorhergesehener veränderter Umstand die Parteien vor die Frage der Auflösung oder Änderung des Vertrags stellt, muss ihnen die gleiche Möglichkeit auch erst in diesem Zeitpunkt zugebilligt werden.

Lassen dagegen umgekehrt die Umstände des Vertragsschlusses darauf schliessen, dass die in Frage stehende Leistung als Nebenabrede bezeichnet werden kann, so sind die Voraussetzungen einer Vertragsänderung gegeben, wenn nicht der von ihr Betroffene unmissverständlich zu verstehen gibt, dass er die Auflösung der Änderung vorziehe. Das kann aber wohl nur in der Form des Eventualbegehrens geschehen[137]).

Wenn derart das „grundsätzliche Einverständnis" der Parteien zu einer Änderung und Weiterführung des Vertrages verlangt wird, so soll damit nicht etwa die Forderung nach einer tatsächlichen Einigung über den neuen

[137]) Eine prozessuale Schwierigkeit macht sich dann geltend, wenn der sich auf den Wortlaut des Vertrages stützende Gläubiger seine Forderung einklagt und der Schuldner widerklagsweise die Änderung des Vertrags durch Erhöhung der gläuberischen Gegenleistung und im Eventualstandpunkt die Auflösung des Vertrages verlangt. Dann muss dem Gläubiger offen stehen, seine Stellungnahme durch eine geeignete prozessuale Erklärung festzuhalten, da ein eigentliches Eventualbegehren nicht mehr zulässig sein wird (vgl. z. B. bernische ZPO Art. 172).

Vertragsinhalt erhoben werden. Das würde einen neuen Vertragsschluss bedeuten, bei welchem die Mitwirkung des Richters nicht erforderlich wäre. Das Einverständnis der Parteien braucht sich vielmehr nur darauf zu beziehen, unter allen Umständen einen nicht in Diskussion stehenden Vertragsteil zu erhalten und dafür die Neuregelung eines andern Vertragsteiles durch den Richter in Kauf zu nehmen[138]). Durch die gegenseitigen Anträge werden die möglichen Extreme dieser Neuregelung abgesteckt sein.

5. Eine von der hier dargelegten grundsätzlich abweichende Auffassung wird in der neuen und neuesten deutschen Doktrin vertreten. Es wird geltend gemacht, dass die allgemeinen Interessen der Volksgemeinschaft und insbesondere der Wirtschaft es nicht zulassen, dass „durch eine vorzeitige Beendigung des Vertragsverhältnisses der Aufwand an Kraft und wirtschaftlichen Werten unnütz vertan wird"[139]). Der Richter soll deshalb umgestaltend in den Vertrag eingreifen und das Vertragsverhältnis, nötigenfalls gegen den Willen einer Partei, so ordnen, dass es den gemeinschaftsfördernden wirtschaftlichen Zweck gleichwohl zu erfüllen vermag[140]). Die

---

[138]) Vertragsteil nicht im Sinne einer schematischen, bloss quantitativen Unterteilung, sondern als sinngemässe Gruppierung der verschiedenen Abreden; vgl. oben G 1, insbesondere Anm. 110.

[139]) Staudinger-Weber, 10. Auflage, Recht der Schuldverhältnisse, Einleitung vor § 241 ff., N. 528.

[140]) Vgl. Staudinger-Weber, a. a. O. und N. 316 zu § 242; Molitor, Vertragsauflösung oder Vertragsumgestaltung, Jherings Jahrbücher Bd. 85 (Zweite Folge Bd. 49), Jahrgang 1935, S. 283 ff.; Stoll, Vertrag und Unrecht, Bd. I, 2. Auflage, Tübingen 1937, S. 37; Schlegelberger in der Festschrift für Bumke, 1939, S. 15; Heinrich Burghart, Der Einfluss des Missverhältnisses von Preis und Wert auf die Gültigkeit des Kaufvertrages, insbesondere im Grundstückverkehr, Jherings Jahrbücher Bd. 86 (Zweite Folge Bd. 50), Jahrgang 1936, S. 249; Volkmar, Semaine Internationale de droit, a. a. O., S. 15 ff., insbesondere S. 30.

In Frankreich wurde der Begriff des „contrat dirigé" aufgestellt. „L'idée nouvelle va élargir singulièrement la mission du juge qui n'aura plus à respecter en tout état de cause la convention

Praxis[141]) ist allerdings diesen Vorschlägen nicht gefolgt[142]) und es ist den Verfechtern eines vom Willen der Vertrags-

---

des parties, mais à la mettre en harmonie avec les exigences de la puissance publique." Morin, La loi et le contrat et la décadence de leur souveraineté, 1927, S. 69, zitiert bei Ripert, Le régime démocratique et le droit civile moderne, Paris 1936, S. 312, 323; Ripert (a. a. O., insbesondere S. 269—325) setzt sich in eingehender und eindrucksvoller Weise mit den Verfechtern des neuen Vertragsbegriffs („contrat dirigé", Josserand; „statut légal des contrats", Perreau; „nature règlementaire du contrat", Salle de la Marnière; „institution", Hauriou, Renard) auseinander. Seine Ablehnung schliesst mit einem Zitat des Handelsgerichtspräsidenten Buisson (Ripert, a. a. O., S. 325): „Nos civilisations risquent ainsi de refaire, mais en sens inverse, le chemin de la contrainte du contrat que l'historien Summer-Maine montrait comme le sens même du progrès social."

[141]) Mit Ausnahme derjenigen des Reichskartellgerichtes, vgl. Molitor, a. a. O., S. 299. Die reichsgerichtliche Praxis hat im übrigen vor allem die auf der Voraussetzungslehre Windscheids (Windscheid, Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung, Düsseldorf 1850, Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Auflage, 1906, Bd. 1, S. 507 ff.) fussende Oertmannsche Geschäftsgrundlage (Oertmann, Die Geschäftsgrundlage, 1921) ihren Entscheiden zugrunde gelegt, wobei allerdings für Oertmann die Geschäftsgrundlage eine objektive und beiden Parteien gemeinsame Vorstellung über das Geschäft als Ganzes ist, die nicht zum Vertragsinhalt gehört, während das Reichsgericht eher dazu neigt, sie zum Vertragsbestandteil zu erklären. (Zur Weiterbildung und Vertiefung der Lehre siehe E. Locher, Geschäftsgrundlage und Geschäftszweck, Archiv für d. civ. Pra., Bd. 123 [N. F. Bd. 3], Jahrgang 1924, S. 151 ff.; H. Rhode, Die beidseitige Voraussetzung als Vertragsinhalt, Archiv für d. civ. Pra., Bd. 124 [N. F. Bd. 4], Jahrgang 1925, S. 257 ff.; E. Stampe, Richtlinien für die Clausula-Praxis, Jherings Jahrbücher, Bd. 72 [Zweite Folge Bd. 36], Jahrgang 1922, S. 348 ff.; Krückmann, Die Voraussetzung als virtueller Vorbehalt, Archiv für d. civ. Pra., Bd. 131 [N. F. Bd. 11], Jahrgang 1929, S. 1 ff., 257 ff.)

Gänzlich ablehnend ist die französische Praxis geblieben; siehe Lalou, Semaine internationale de droit, S. 51/52.

[142]) Nach der ständigen reichsgerichtlichen Rechtsprechung darf die an sich zugelassene Vertragsergänzung nicht zu einer Erweiterung des Vertragsgegenstandes führen; RGZ 136, 185 und dortige Zitate.

parteien unabhängigen richterlichen Aenderungsrechtes auch nicht gelungen, praktisch brauchbare nähere Richtlinien aufzustellen.

Auf dem Boden des schweizerischen (und wohl auch des deutschen) Privatrechtes lässt sich ein derart allgemeines richterliches Eingriffsrecht nicht verwirklichen[143]). Sicher ist es notwendig, dem Parteiwillen Schranken zu setzen. Innerhalb dieser Schranken sollen aber die Parteien selber darüber entscheiden, ob und wie sie gebunden sein wollen[144]). Erscheint eine Verpflichtung zufolge veränderter Verhältnisse nicht mehr als tragbar, so ist es gegeben, den Vertrag aufzulösen. Eine Änderung kommt

---

[143]) Vgl. BE 66 II 248, wo in einem Prozess auf Ablösung einer Dienstbarkeit gemäss Art. 736 Abs. 2 ZGB gesagt wird: „Der Richter darf sich nicht an die Stelle der Parteien setzen und anordnen, was diese vielleicht im jetzigen Zeitpunkt tun würden." Wenn dann darauf hingewiesen wird, dass das Gesetz die Begründung einer Dienstbarkeit erlaube, ohne dass der Berechtigte ein Interesse daran nachzuweisen habe, was zu um so grösserer Zurückhaltung in der nachträglichen Abschätzung dieses Interesses zwecks Ablösung der Servitut führen müsse, so gilt das gleiche für die vertragliche Forderung des Gläubigers, die ebenfalls zu ihrer Entstehung nicht den Nachweis eines Interesses verlangt. Eine ähnliche Parallele kann auch bezüglich der weitern Folgerung angestellt werden, es stehe gar nicht fest, dass der Berechtigte ohne Einräumung der Servitut, wenn auch zu einem höhern Preis, die Parzelle überhaupt verkauft hätte, und es könne ihm deshalb kein Vorwurf gemacht werden, wenn er nachher eine Geldabfindung ablehne und an der Servitut festhalte. Ebensowenig steht nämlich fest, dass der Gläubiger in irgendeinem Vertrag bei anderer Gestaltung des Vertragsinhaltes überhaupt kontrahiert hätte; er hätte vielleicht verzichtet und kann deshalb auch beim richterlichen Eingriff zufolge veränderter Umstände beanspruchen, dass der Vertrag, der nicht unverändert weitergeführt werden kann, aufgelöst werde.

[144]) Solange Einschränkungen der Vertragsfreiheit nur durch generell-abstrakte Normen erfolgen, wird sie im Grundsatz nicht entscheidend angetastet. Die individuell-konkrete Gestaltung des Vertragsinhalts dagegen hebt den Grundsatz selber auf (vgl. hierzu und zum Verhältnis der Vertragsfreiheit zur Handels- und Gewerbefreiheit Bindschedler, SJZ 38, S. 292 ff.).

nur dann in Frage, wenn sie gewissermassen durch den Parteiwillen gedeckt wird, nämlich dann, wenn die Parteien der betreffenden Verpflichtung den Charakter einer Nebenverpflichtung geben und den Richter, zumindest im Eventualstandpunkt, beauftragen, lieber diese Nebenverpflichtung zu ändern, als den Vertrag unverändert aufrechtzuerhalten, bzw. gänzlich aufzuheben. Nur diese Regelung lässt sich mit der Struktur des OR vereinbaren, wie sie sowohl in der Ordnung der Einzeltatbestände bei den verschiedenen Vertragstypen als auch in den Voraussetzungen allgemeiner Vertragsergänzung und Vertragsänderung (vorbehaltene Nebenpunkte Art. 2, Teilnichtigkeit Art. 20 Abs. 2 OR) in Erscheinung tritt.

Die praktischen Gründe dafür, dem Richter auch de lege ferenda kein weitergehendes eigentliches Umgestaltungsrecht zu geben, sind einleuchtend. Es kann nicht seine Aufgabe sein, selber die Art des wirtschaftlichen Geschehens zu bestimmen[145]). Will man hier nicht mehr alles der Parteiautonomie überlassen, so wird der Gesetzgeber und nicht der Richter einzugreifen haben[146]), es sei

[145]) Vgl. Schlegelberger, a. a. O., S. 16; die eindringliche Warnung Stammlers (ZbJV 58, S. 57) weist auf den Zusammenhang des Änderungsrechtes mit der Zwangswirtschaft hin: „Und dieses Einsetzen des sog. aufgeklärten Despotismus, der an die Stelle frei erwogener und selbstgewählter Vertragsbestimmungen einen neu setzenden Richterspruch bringen möchte, teilt alle Fehler, die der planmässig zentralisierten Zwangswirtschaft zu eigen sind. Sie macht in technischer Hinsicht die Menschen untüchtiger, in moralischem Betrachte schlechter und gemindert in Rechts- und Gesetzesfreude, und kann ja theoretisch doch nur auf den verfehlten Untergrund des sozialen Eudämonismus aufgebaut werden. Statt dessen gilt es, die Vertragstreue grundsätzlich festzuhalten und nur in der ausnahmsweisen Lage, da veränderte Umstände ein Ergebnis ‚gegen die guten Sitten' liefern würden, ein Verneinen der vollen Erfüllung zuzulassen."

[146]) Auf die durch Wirtschaftskrise und Krieg hervorgerufenen gesetzlichen Eingriffe in das Vertragsrecht soll hier nicht eingetreten werden. Erwähnt sei beispielsweise der BRB vom 7. November 1941 über die Abänderung der Massnahmen gegen die Bodenspekulation sowie zum Schutze der Pächter (A. S. 1941,

denn, man schaffe Spezialgerichte aus Fachleuten, die in der Lage sind, aus eigener Kenntnis der massgeben-

S. 1253), der in Art. 39 und 39bis feststellt, dass Pachtverträge mit einer Vertragsdauer von weniger als fünf Jahren ohne weiteres als auf fünf Jahre abgeschlossen gelten und sodann die sehr weitgehende deutsche „Verordnung über die Vertragshilfe des Richters aus Anlass des Krieges" vom 30. November 1939 (RGBl I 2329, mit Abänderungen gemäss Verordnung vom 3. November 1941, RGBl I 684), welche die Bindung des Richters an Gesetze und Vertragsinhalte, die unter andern Verhältnissen gesetzt worden waren, völlig beseitigt.

Eine allgemeine gesetzliche Verankerung des richterlichen Änderungsrechtes sehen sodann die Vorschläge der Akademie für deutsches Recht zur gesetzlichen Neufassung des Vertragsverhältnisses vor. Die betreffenden Stellen des Entwurfes lauten:

„Der Schuldner kann sich darauf berufen, dass ihm die Leistung infolge völliger Veränderung der Verhältnisse, die von ihm bei Abschluss des Vertrages nicht in Rechnung gezogen werden mussten, nicht mehr zugemutet werden kann. Die Verweigerung der Leistung muss unverzüglich erfolgen.

Soweit eine geminderte Leistung nach dem Vertragszweck in Betracht kommt, hat der Schuldner dem Gläubiger eine den veränderten Verhältnissen entsprechende herabgesetzte Leistung anzubieten; erst wenn sie der Gläubiger ablehnt, wird der Schuldner von seiner Verpflichtung befreit.

Wird der Schuldner von seiner Verpflichtung befreit, so hat er dem Gläubiger den durch den Vertragsschluss entstandenen Aufwand zu ersetzen.

Der Schuldner kann die Leistung nicht verweigern, wenn er nach den gesamten Umständen und dem Sinn des Vertrages die Gefahr einer Veränderung der Verhältnisse tragen sollte.

Der völligen Veränderung der Verhältnisse, die nach Vertragsabschluss eintritt, steht es gleich, wenn dem Schuldner ganz aussergewöhnliche Umstände, die beim Vertragsschluss vorlagen, ohne sein Verschulden unbekannt geblieben sind.

Beruft sich im gegenseitigen Vertrag der eine Teil darauf, dass ihm die Leistung infolge aussergewöhnlicher Umstände nicht mehr zuzumuten ist, so kann er eine angemessene Ausgleichung verlangen. Er hat dazu den andern Teil aufzufordern, sich binnen einer angemessenen Frist darüber zu erklären, ob er einer Ausgleichung, deren Art und Höhe vorbehalten werden darf, zustimmt. Wird die Zustimmung verweigert, so kann der Ausgleichsberechtigte vom Vertrag zurücktreten, muss jedoch dem Vertragsgegner den durch den Vertragsschluss entstandenen Aufwand ersetzen.

den Geschäftsbedingungen den Interessenausgleich vorzunehmen[147]).

6. Es ist mehr als auffällig und darf wohl als eine Bestätigung der Ausführungen unter Ziff. 4 gelten, dass in den beiden Urteilen, welche in der deutschen und in der schweizerischen Gerichtspraxis zum erstenmal eine Vertragsänderung durch Erhöhung der Gegenleistung des Gläubigers verfügt haben und welche ganz ähnliche Tatbestände aufweisen, die erhöhte Leistung sich nicht auf die Hauptverpflichtung des zwischen den Parteien bestehenden Vertragsverhältnisses bezog.

Das Urteil des deutschen Reichsgerichtes vom 21. September 1920[148]) beschlägt einen 1912 abgeschlossenen und bis März 1920 laufenden Mietvertrag über Geschäftsräume. Nach dem Vertrag konnte der Mieter Anspruch auf die Abgabe von Wasserdampf für gewerbliche Zwecke erheben,

---

Der Rücktritt muss unverzüglich erfolgen. Schon empfangene Leistungen sind nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zurückzuerstatten.

Falls der Vertragsgegner die Ausgleichung ablehnt oder die Vertragsparteien sich über die angemessene Ausgleichung nicht verständigen können, entscheidet über Art und Höhe der Ausgleichung der Richter nach freiem Ermessen. Er kann zu diesem Zweck auch den Vertrag abändern. Er hat den Vertrag aufzuheben, wenn dem Vertragsgegner bei Berücksichtigung seiner gesamten Lage nicht zuzumuten ist, den Ausgleichsanspruch zu befriedigen.

Der Ausgleichsanspruch ist ausgeschlossen, wenn nach den gesamten Umständen und dem Sinn des Vertrages der Schuldner die Gefahr einer Veränderung der Verhältnisse tragen sollte.

Der Berufung auf die aussergewöhnlichen Umstände steht es gleich, wenn eine Partei geltend macht, dass das von den Parteien als angemessen betrachtete Verhältnis von Leistung und Gegenleistung infolge aussergewöhnlicher Umstände, die von ihnen beim Vertragsschluss nicht in Rechnung gezogen werden mussten, in auffallender Weise gestört ist. Die Anfechtung wegen Irrtums bleibt unberührt."

[147]) Vgl. Titze, a. a. O., S. 32/33; Eugen Fuchs, Juristische Wochenschrift, 1920, S. 1005.

[148]) RGZ 100, S. 129 ff.; Juristische Wochenschrift, 1920, S. 961; Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht, 1920, S. 953.

ohne dass dafür neben dem Gesamtmietzins von 9362 Mark eine besondere Vergütung bestimmt worden wäre. Der Vermieter machte geltend, dass er für die Dampflieferung in der Zeit vom 1. September 1917 bis Ende 1919 einen Mehrbetrag von 89 000 Mark aufgewendet habe und verlangte deshalb eine entsprechende Nachzahlung des Mieters. Diese wurde ihm vom Reichsgericht zugebilligt.

Das bundesgerichtliche Urteil vom 14. Juli 1921 i. Sa. Hüni & Cie. gegen Baugenossenschaft Stampfenbach[149]) bezieht sich auf einen Mietvertrag, der vom 1. Januar 1914 bis 1. Januar 1923 lief und den Vermieter gegen Bezahlung eines Jahresmietzinses von 22 000 Fr. für die ersten vier und 24 000 Fr. für die weitern fünf Jahre zur Überlassung bestimmter Räumlichkeiten sowie zu ihrer Heizung verpflichtete. Die Vermieterin verlangte ab 1. Oktober 1918 einen jährlichen Mietzinszuschlag von 4000 Fr. mit der Begründung, dass die Kosten des Heizmaterials ursprünglich nur $^1/_{14}$ des Mietzinses, 1918/19 aber mehr als $^1/_4$ und 1919/20 gegen $^1/_3$ ausmachten. Zürcher Obergericht und Bundesgericht gaben dem Begehren statt.

Ob der Eingriff gegen den ursprünglichen Wortlaut des Vertrages grundsätzlich gerechtfertigt war, lässt sich beim Zürcher Fall füglich bezweifeln. Der Vermieter hatte allerdings statt der anfänglichen rund 1700 Fr. ($^1/_{14}$ des Mietzinses) rund 6000 bis 8000 Fr. für die Heizung aufzuwenden, aber es blieben ihm doch noch 16 000 bis 18 000 Fr. ($^2/_3$ bis $^3/_4$ der Gesamtzahlung des Mieters) als Mietzins, während sein Leidensgenosse im reichsgerichtlichen Fall noch ein Mehrfaches der erhaltenen Gesamtentschädigung drauflegen musste. Auch wenn man jeder prozentualen Festlegung des den richterlichen Eingriff begründenden Missverhältnisses abhold ist, so muss doch eine Wertschwankung im Ausmasse von etwa 30% als nicht so aussergewöhnlich bezeichnet werden, dass deshalb nach Treu und Glauben im Verkehr eine Belastung der einen Vertragspartei mit dieser Einbusse nicht mehr ver-

[149]) BE 47 II 314 ff.

antwortet werden könnte. Wenn aber schon der unveränderte Weiterbestand des Vertrages verneint wurde, so liess sich die Erhöhung der Gegenleistung an Stelle der Vertragsauflösung insofern rechtfertigen, als in beiden Fällen nicht die vertragliche Hauptverpflichtung, das Mietverhältnis, zur Diskussion stand, sondern eine typische Nebenleistung. Der Mieter hätte also nach den Ausführungen unter Ziff. 4 durch Stellung eines Eventualbegehrens geltend machen müssen, er ziehe gegebenenfalls die Auflösung des Vertrages der Weiterführung mit erhöhtem Mietzins vor. Dann wäre dem Richter nur die Wahl zwischen der unveränderten Aufrechterhaltung des Vertrages und seiner Auflösung zugestanden.

Wem diese Beschränkung des richterlichen Eingriffsrechtes nicht schon aus den oben (Ziffer 4 und 5) gegebenen Gründen notwendig erscheint, der möge bedenken, dass zwischen der Ermässigung der schuldnerischen Leistung, bzw. des an ihre Stelle tretenden Schadenersatzes bei gleichbleibender Gegenleistung und der Erhöhung der Gegenleistung bei gleichbleibender schuldnerischer Leistung trotz genauester Wahrung der Proportion ein Unterschied bestehen bleibt, der für den Gläubiger entscheidend ins Gewicht fallen kann, nämlich der Unterschied im absoluten Umfang der Gegenleistung. Die allenfalls als gestört angenommene Äquivalenz der Vertragsleistungen mag allerdings durch eine Erhöhung der Gegenleistung hergestellt werden; für den Gläubiger ist aber vielleicht das ursprüngliche absolute Mass der Gegenleistung das Maximum dessen, was er für die schuldnerische Leistung auszulegen gewillt und in der Lage war. Er muss in Kauf nehmen, dass der Vertrag vorzeitig aufgelöst, die Leistung des Schuldners gemindert oder aufgehoben wird. Eine Erhöhung der eigenen Leistung soll ihm aber nicht aufgezwungen werden, es sei denn, er ziehe dies der Vertragsauflösung vor[150]). Die Regel des Art. 373 OR kann in

[150]) Gegen die Erhöhung der Gegenleistung auch Oertmann, Die Geschäftsgrundlage, S. 167.

dieser Beziehung nicht als Ausfluss eines allgemeinen Grundsatzes betrachtet werden, wie oben D IV 6 und V 7 dargelegt wurde.

7. Auf eine von vielen sich stellenden Fragen muss in diesem Zusammenhang noch hingewiesen werden, nämlich auf das Verhältnis des richterlichen Eingriffs zum Eingriff des Gesetzgebers. Wenn Ereignisse eintreten, die nicht einen einzelnen Vertrag beeinflussen, sondern eine ganze Kategorie von Schuldnern treffen, so wird der Gesetzgeber prüfen müssen, ob ein Anlass zum Einschreiten besteht[151]). Es werden dann vorwiegend wirtschaftliche und sogar staatspolitische Erwägungen sein, die diesem Entschluss zugrunde gelegt werden (die Verhinderung von Zwangsvollstreckungen, die Versorgung mit lebensnotwendigen Gütern usw.), während die Frage des rechtsmissbräuchlichen Beharrens auf dem Vertrag in den Hintergrund tritt. Die Regelung durch den Gesetzgeber weist gegenüber dem richterlichen Eingriff den Vorteil auf, dass für alle Beteiligten übersichtliche und klare Verhältnisse bestehen. Die oben gekennzeichneten Unsicherheitsmomente fallen fort. Dafür muss ein gewisser Schematismus in Kauf genommen werden[152]), weil ja auch diese den Charakter der Notgesetzgebung tragenden

---

[151]) Vgl. oben S. 486a, Anm. 146. Im Goldhypothekenabkommen mit Deutschland vom 10. Dezember 1920 samt Zusatzabkommen vom 23. März 1923 wurde zuerst die in vielen von schweizerischen Geldgebern gewährten Hypotheken enthaltene Goldmünzklausel unter bestimmten Voraussetzungen in eine Goldwertklausel umgewandelt und hierauf an Stelle der Markforderung eine Frankengrundschuld gesetzt. (Vgl. Hans Reichel in SJZ, Bd. 21, S. 281 ff., der diese Vertragskorrekturen als allenfalls durch höchste Not entschuldbaren, im Grundsatz aber verwerflichen und rechtsstaatswidrigen Missbrauch der Gesetzgebungsgewalt und als eine Preisgabe geheiligter Prinzipien des intertemporalen Privatrechts bezeichnet.)

[152]) So wenn die immer wieder als Beispiel zitierte französische Loi Failliot vom 21. Januar 1918 nur die Auflösung von vor Kriegsausbruch abgeschlossenen Verträgen gestattete (siehe Ripert, a. a. O., S. 140).

Massnahmen doch in der Form von allgemeinen Normen erlassen werden müssen.

Auf das gesetzgebungspolitische Problem selber kann hier nicht weiter eingegangen werden[153]). Wohl aber lässt sich sagen, dass der richterliche Eingriff sich eher auf die Fälle der Einwirkung veränderter Umstände auf einzelne Verträge mit ganz besondern Verhältnissen zu beschränken hat. Dass die Bedenken, welche sich bei jedem Eingriff in bestehende vertragliche Rechte erheben, nicht einfach mit dem Hinweis auf die unzweifelhafte Befugnis des Gesetzgebers zum Eingriff hinfällig werden, bedarf keiner Begründung. Auch hier sollte, um ein der Achtung vor der Verfassung gewidmetes Wort von W. Burckhardt[154]) auf die Achtung vor dem vertraglichen Versprechen anzuwenden, darauf Bedacht genommen werden, nicht in kleiner Münze ein Kapital auszugeben, das weit mehr wert ist als alle besondern Vorteile, die man damit erkauft, und das, wenn einmal ausgegeben, nicht wieder einzubringen ist.

H. Zusammenfassung.

1. Auf der Grundlage des positiven schweizerischen Privatrechts wurde versucht, die allgemeinen Gesichtspunkte einer Einwirkung veränderter Umstände auf laufende Verträge aufzudecken.

Eine Reihe der von Doktrin und Praxis etwa als Anknüpfungspunkte zur Rechtfertigung richterlichen Eingriffes herangezogenen gesetzlichen Grundlagen mussten

---

[153]) Eine entschiedene und eingehend begründete Ablehnung der Rechtsanpassung durch Richterspruch findet sich bei Grau, Rechtsprechung oder Gesetzgebung zur Anpassung des Privatrechts an die veränderten Verhältnisse, Archiv für d. civ. Pra., Bd. 122 (N. F. Bd. 2), Jahrgang 1924, S. 318 ff.

[154]) Im Vorwort zur 3. Auflage des Kommentars der Bundesverfassung.

allerdings verworfen werden[155]). Übervorteilung und Willensmängel sind ganz auf die Verhältnisse beim Vertragsschluss zugeschnitten und lassen sich daher ohne Zwang nicht auf nachträglich eintretende Veränderungen anwenden. Der Unmöglichkeitsbegriff hat sich auf das Nichtleistenkönnen zu beschränken. Die Sonderregelungen bei den verschiedenen Vertragstypen zeigen wohl einzelne Richtlinien auf, sind aber nicht geeignet, ein für den Vertrag als solchen massgebendes Prinzip der Berücksichtigung veränderter Umstände nachzuweisen. Was insbesondere die häufig als Grundlage des Vertragsrechtes vorausgesetzte Äquivalenzidee anbetrifft[156]), so lässt sich dem geltenden Rechte kein Anhaltspunkt dafür entnehmen, dass das Missverhältnis der Vertragsleistungen an sich die Gültigkeit des Vertrages zu beeinflussen vermöge.

Von allgemeiner Bedeutung ist dagegen der Begriff der nachträglich eintretenden Sittenwidrigkeit. Veränderte Umstände sind dann von Bedeutung für die Gül-

---

[155]) Auf eine eigentliche Auseinandersetzung mit den verschiedenen Lösungsversuchen musste zeit- und raumeshalber verzichtet werden (eine kurze Uebersicht geben Hedemann in SJZ 17, S. 307; Oftinger in SJZ 36, S. 245 ff.; eine eingehendere Auseinandersetzung Siegwart, a. a. O.; Fick in ZSchwR, N. F. Bd. 44, S. 155—181). Sie würde recht weit führen, da es immer gilt, zuerst Klarheit über eine Reihe vertragsrechtlicher Grundbegriffe zu schaffen, auf denen die besondere Lösung beruht, und da zudem die besondern dogmatischen Schwierigkeiten nicht selten zur Schaffung neuer oder zur Heranziehung noch nicht abgeklärter dogmatischer Begriffe — Unzumutbarkeit, Äquivalenz, Geschäftsgrundlage, Voraussetzung, Vertragsrisiko, Opfergrenze usw. — geführt haben. Im praktischen Ergebnis, d. h. in der Rechtsanwendung, dürften allerdings die Unterschiede in der Begründung eine weniger bedeutende Rolle spielen, ja oft gänzlich verschwinden (vgl. Heck, Grundriss des Schuldrechts, Tübingen 1929, S. 95).

[156]) Vgl. z. B. Schweingruber, Die wirtschaftlich schwächere Vertragspartei insbesondere nach den allgemeinen Bestimmungen des schweiz. Obligationenrechtes, S. 151; Hans Weber, a. a. O. S. 15, 35.

tigkeit des Vertrages, wenn bei ihrem Vorliegen der Inhalt der Vereinbarung ausserhalb der Grenzen der Vertragsfreiheit fallen würde. Stammler[157]) erblickt hierin die einzige Möglichkeit einer grundsätzlichen Lösung.

Man kann sich fragen, ob diese Auffassung so sehr verschieden ist von derjenigen, welche der Lösung von Clausulaproblemen den Grundsatz des Handelns nach Treu und Glauben zugrunde legt. Beide Begriffe wurzeln im Ethischen und lassen sich keineswegs eindeutig voneinander abgrenzen. Die umfassendere Bedeutung für das Vertragsrecht wird wohl Treu und Glauben zugebilligt werden müssen mit seiner Betonung des Vertrauensschutzes. Wenn aber Art. 2 ZGB nicht etwa zu Unrecht als Regel der Milde und Nachsicht betrachtet wird, so zeigen sich in der Beurteilung des Einzelfalles wohl kaum erhebliche Unterschiede. Der eine wird als unsittlich bezeichnen, was für den andern gegen Treu und Glauben verstösst[158]), und die durch Art. 20 Abs. 2 OR eingeräumte Möglichkeit der Annahme einer blossen Teilnichtigkeit lässt es sogar zu, auch die Rechtsfolgen dieser verschiedenen Subsumtionen einander anzugleichen.

In ähnlicher Weise lässt sich auch der Begriff des stillschweigenden vertraglichen Vorbehalts nicht scharf vom Grundsatz des Handelns nach Treu und Glauben abgrenzen. Die Annahme einer stillschweigenden Bedingung setzt eine ergänzende Vertragsauslegung voraus, für welche Art. 2 ZGB den allgemeinen Masstab abgibt. Damit wird aber zugleich Inhalt und Umfang des Vertrages in dieser Beziehung festgelegt.

---

[157]) Änderung laufender Verträge, ZbJV Bd. 58, Jahrgang 1922, S. 1 ff., 49 ff., insbesondere S. 54/55; vgl. auch W. Burckhardt, La clausula rebus sic stantibus en droit international, Revue de droit international et de législation comparée, Jahrgang 1933, S. 7.

[158]) Stampe, Richtlinien für die Clausula-Praxis, Jherings Jahrbücher, Bd. 72 (Zweite Folge Bd. 36), Jahrgang 1922, S. 360, 361, verwendet beide Begriffe als gleichbedeutend.

Solange, bewusst oder unbewusst, der Auslegung und Ergänzung die Willenstheorie zugrunde gelegt wird, wird man sich nur mit einer Fiktion über die Schwierigkeit hinweghelfen können, die darin liegt, dass ein Parteiwille gar nicht vorhanden ist. Dann hat eine begriffliche Trennung zwischen der ergänzenden Auslegung des Parteiwillens einerseits und der Bestimmung des Vertragsinhaltes nach Art. 2 ZGB andererseits Sinn und Zweck; dann wird auch mit Recht entschieden gegen diejenigen Lösungsversuche des Clausulaproblems Stellung genommen, welche den richterlichen Eingriff mit der Ermittlung des Parteiwillens rechtfertigen möchten[159]). Diese Ablehnung schiesst aber dann doch am Ziel vorbei, wenn Einigkeit darüber besteht, dass die rechtsgeschäftliche Erklärung und nicht der dahinter stehende Parteiwille Objekt der Auslegung ist. Es ist dann tatsächlich mehr eine terminologische Frage, ob man von ergänzender Vertragsauslegung oder von der Bestimmung des Vertragsinhaltes nach dem Grundsatz von Treu und Glauben sprechen will, und es wird sich kaum etwas dagegen einwenden lassen, dass die Frage der Berücksichtigung oder Nichtberücksichtigung veränderter Umstände, welche nicht eine eigentliche nachträgliche Unsittlichkeit begründen und auch nicht Gegenstand eines ausdrücklichen vertraglichen Vorbehaltes bilden, als nach Art. 2 ZGB vorzunehmende Ausfüllung einer Lücke im Vertrage angesehen wird.

---

[159]) Vgl. die scharfe Ablehnung bei Krückmann, Irrtum, veränderte Umstände und Geschäftsgrundlage, Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht, Bd. XXVII (Jahrgang 1933), S. 481 ff., der vom „alten Ladenhüter" der ergänzenden Vertragsauslegung spricht (S. 488); ähnlich E. Stampe, a. a. O., S. 379; Simonius, Diskussionsvotum an den Verhandlungen des Schweizerischen Juristenvereins 1937, ZSchwR, N. F. Bd. 56, S. 474a ff.; Scherrer, a. a. O., S. 84/85; Oftinger, a. a. O., S. 246, der die in der Literatur und Judikatur „sehr beliebte" Lösung als „sehr unzutreffend" bezeichnet. Siehe auch oben Anm. 20.

Der einseitige Vertrag kann ebensogut wie der synallagmatische Gegenstand des richterlichen Eingriffes sein[160]), da es ja nicht das Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung ist, das als solches den Eingriff rechtfertigen würde. Die nachträglich eintretende Unsittlichkeit, der stillschweigende vertragliche Vorbehalt, der Grundsatz von Treu und Glauben schliesslich finden auf Leistung oder Rückleistung in gleicher Weise Anwendung wie auf Leistung und Gegenleistung. Es erfasst deshalb nicht den richtigen und ganzen Sachverhalt, wenn die clausula als „letzte Folgerung aus der Gegenseitigkeit des Vertrages"[161]) bezeichnet wird, durch die sie „haarscharf begrenzt" werde, oder wenn die Nichtzumutbarkeit „immer eine Folge der fehlenden Äquivalenz zwischen den beidseitigen Leistungen" sein soll[162]).

2. Für die Lösung des Einzelfalles ist mit der Verweisung auf die nachträgliche Unsittlichkeit und auf das vertragliche Handeln nach Treu und Glauben nicht viel gewonnen. Hier muss eine Konkretisierung Platz greifen; es muss im einzelnen nachgewiesen werden, inwiefern der allgemeine Grundsatz ein bestimmtes Handeln verlangt oder untersagt[163]). Dabei mag die Übersicht über die positivrechtlich geregelten Sonderfälle der Berücksichtigung veränderter Umstände vielleicht gewisse Anhaltspunkte der Konkretisierung abgeben, da hier doch schon

[160]) A. A. Weber, Das richterliche Änderungsrecht bei Dauerverträgen, Diss. Zürich 1924, S. 12 ff.; Stammler, ZbJV 58, Jahrgang 1922, S. 51.

[161]) Krückmann, Archiv für d. civ. Pra., Bd. 116, Jahrgang 1917, S. 198, vgl. aber auch S. 444.

[162]) Bürgi, a. a. O., S. 139.

[163]) Diese Erkenntnis einer gewissen Inhaltlosigkeit der Generalklausel von Treu und Glauben veranlasst Hedemann (in Reichsgericht und Wirtschaftsrecht, 1929, S. 320 ff., unter Bezugnahme auf Schneider, Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse, 1902, S. 227 ff.), zu verlangen, dass die Berufung auf die §§ 157 und 242 BGB (welche ZGB Art. 2 entsprechen) nicht an den Anfang, sondern an den Schluss der jeweils gefundenen Entscheidung gehöre.

die Eigenarten der verschiedenen Vertragstypen deutlich in Erscheinung treten. Der Ausdehnung besonders zugänglich erscheint der Gedanke der Auflösungsmöglichkeit von Dauerverträgen[164]) und von Verträgen mit besonderer persönlicher Bindung[165]) sowie der Gedanke einer besonders geordneten Risikotragung (siehe oben D V 4 und 7). In diesem kommt vor allem auch zum Ausdruck, dass nicht nur die Aenderung, sondern ebenso ihre Ursache massgebend ist[166]).

Was insbesondere die Frage der Voraussehbarkeit der Umstände anbetrifft, so hat die Praxis stets den Standpunkt eingenommen, der Schuldner könne für sich nichts aus Ereignissen ableiten, die er im Zeitpunkte des Vertragsschlusses tatsächlich vorausgesehen habe oder die damals

---

[164]) Vgl. Henggeler, ZSchwR 56, S. 244a; Siegwart, Kommentar zu Art. 545/47 OR N. 25.

[165]) W. Burckhardt hat in seinem Aufsatz über die Auslegung der Verträge (Festgabe der juristischen Fakultät der Universität Bern zum schweizerischen Juristentag 1935, ZbJV 71, S. 425 ff.) darauf hingewiesen, dass es neben den Verträgen, die nichts anderes als ein „Vergleich über widersprechende Interessen" sind (a. a. O., S. 431), auch solche gibt, die auf einen Gemeinschaftsgedanken zurückgeführt werden können, die dazu bestimmt sind, „eine relativ objektive Ordnung" unter den Parteien herzustellen. Solche Verbindungen werden vor allem in der Kategorie der Dauerverträge und der Verträge mit besonderer persönlicher Bindung zu finden sein und es wird dann derjenige veränderte Umstand Bedeutung gewinnen, der die Erreichung „des in Gemeinschaft gewollten Zieles" (Stammler, ZbJV 58, S. 60) unmöglich macht. Leicht wird man es aber mit der Feststellung eines solchen Gemeinschaftszweckes, der massgebender wäre als die individuellen Parteizwecke, nicht nehmen können, da er dem Wesen des Vertrages nicht entspricht.

[166]) Was z. B. Stampe, Aus einem Freirechtslehrbuch (IV), Archiv für d. civ. Pra., Bd. 110, Jahrgang 1913, S. 119 ff., insbesondere S. 142 ff., 166, 167 ff., 204 in origineller Weise an vielen Anwendungsfällen erläutert; vgl. auch derselbe, Richtlinien für die Clausula-Praxis, Jherings Jahrbücher, Bd. 72 (Zweite Folge Bd. 36), Jahrgang 1922, S. 361, 382.

für ihn voraussehbar gewesen wären[167]). Das ist nur bedingt richtig. Soweit ein nachträglich eintretender Umstand die schuldnerische Verpflichtung unsittlich werden lässt, spielt die Voraussehbarkeit keine Rolle. Was ausserhalb der Schranken der Vertragsfreiheit liegt, kann auf keine Weise gültige Verpflichtung sein[168]). Ob gegebenenfalls die Übernahme einer Verpflichtung trotz Kenntnis oder Kennenmüssen eines Umstandes, der sie nachträglich unsittlich werden lässt, gewisse Schadenersatzfolgen nach sich ziehen kann, soll hier nicht näher untersucht werden. Die Frage kann auf jeden Fall nicht zum vorneherein verneint werden.

Soweit dann allerdings nicht eine nachträgliche Unsittlichkeit geltend gemacht wird, schliesst die Voraussicht oder Voraussehbarkeit nachträglich eintretender Umstände jeden richterlichen Eingriff zugunsten des Schuldners aus. Hat er die Ereignisse vorausgesehen und gleichwohl die Verpflichtung übernommen, deren Wortlaut er nun nicht mehr gelten lassen möchte, so hätte nach Treu und Glauben ein unmissverständlicher Vorbehalt angebracht werden müssen. Bestand für den Schuldner wenigstens Voraussehbarkeit der betreffenden Ereignisse, so ist mit dieser Feststellung auch schon zum Ausdruck gebracht, dass ihm die Nichtvoraussicht zum Verschulden angerechnet werden müsse, was eine Berufung darauf ausschliesst[169]). Gleich verhält es sich auch dann, wenn zwar zur Zeit des Vertragsschlusses keine Voraussehbarkeit bestand, wenn aber den Schuldner an der fraglichen Veränderung der Verhältnisse ein Verschulden trifft.

---

[167]) BE 45 II 356, 398; 47 II 317, 399, 457; 48 II 125, 247, 252, 451; 59 II 374/75, 380.

[168]) Vgl. oben Anm. 97.

[169]) Vgl. 59 II 380.

Es liegt im Begriff der spekulativen Verträge im weitern Sinne, dass bei ihnen immer Voraussehbarkeit anzunehmen ist. Deshalb werden z. B. Termingeschäfte des Grosshandels der Berufung auf die Clausula grundsätzlich nicht zugänglich sein.

Voraussehbarkeit wird immer dann anzunehmen sein, wenn das fragliche Ereignis innerhalb der Vorstellungsgrenzen der Parteien liegt, wenn es von ihrem Standpunkt aus möglicher- oder denkbarerweise eintreten könnte. So gehört z. B. der Krieg zu den normalerweise unter das Vertragsrisiko fallenden Ereignissen, auch wenn beim Vertragsabschluss nicht der geringste Anlass bestand, mit einem Kriegsausbruch zu rechnen. Dagegen bleibt es besonderer Prüfung vorbehalten, ob nicht einzelne Folgeerscheinungen des Krieges den Rahmen des Vorstellbaren völlig sprengen[170]). Unter keinen Umständen darf eine rein schematische Beurteilung der Frage der Voraussehbarkeit Platz greifen; massgebend sind immer die speziellen Umstände des konkreten Vertrages und die persönlichen Verhältnisse der Vertragsparteien.

Die neuere bundesgerichtliche Praxis versucht eine nähere Präzisierung der Voraussetzungen des richterlichen Eingriffes dadurch zu gewinnen, dass sie ihn nur dann gestatten will, wenn das Beharren des Gläubigers auf seinen vertraglichen Rechten geradezu eine Ausbeutung des Schuldners darstelle[171]). Sie stützt sich dabei vor allem auf Reichel[172]), der damit offenbar eine möglichste Beschränkung des Eingriffes erzielen will.

---

[170]) Vgl. Titze, a. a. O., S. 24 ff.; aus der neuesten deutschen Praxis Seufferts Archiv Bd. 95, S. 127: „Der Krieg mit seinen Folgen hat nicht allen davon berührten Vertragsverhältnissen die Geschäftsgrundlage entzogen. Auch wenn mit einem andern als dem wirklichen Kriegsverlauf gerechnet wurde, ist dadurch „die Vorstellung von der Möglichkeit eines dem Vertragszweck abträglichen Kriegsverlaufes" nicht ausgeschaltet. Wer im Bewusstsein eines mit dem Geschäft verbundenen Wagnisses abschliesst, kann sich im Fall eines Fehlschlages auf Wegfall der Geschäftsgrundlage im allgemeinen nicht berufen. Er müsste sonst schon dartun können, dass die Vorstellung von möglichen Nachteilen hinter der Wirklichkeit erheblich zurückgeblieben war (vgl. R. G. in HRR 1937 Nr. 549)."

[171]) BE 59 II 378, 62 II 45.

[172]) Vertragsrücktritt wegen veränderter Umstände, Berlin 1933, S. 19, unter Berufung auf Dernburg; vgl. ferner die ein-

Insoweit als diese Praxis sich auf den zivilrechtlichen Wucherbegriff, auf den Übervorteilungstatbestand von OR Art. 21 stützt, muss sie abgelehnt werden. Es wurde bereits ausgeführt[173]), dass diese Gesetzesbestimmung die Ausbeutung durch den Vertragsschluss mit einer besondern Schutzes bedürftigen Partei treffen will und sich nicht auf ein nachträglich eingetretenes Missverhältnis bezieht. Weil der Begriff der Ausbeutung mit dem Tatbestand von Art. 21 OR verbunden ist, welcher bestimmte rein subjektive Verhältnisse beim Schuldner voraussetzt, besteht auch die Gefahr eines Rückfalls in die früher[174]) vom Bundesgericht angenommene sogenannte „Ruintheorie", welche den Eingriff dann als geboten erachtete, wenn der Schuldner sonst dem wirtschaftlichen Ruin zum Opfer fallen würde. Damit wird die subjektive Leistungsfähigkeit des Schuldners zum Masstab seiner vertraglichen Verpflichtung erhoben, ein Umstand, der nach der Regelung des OR nur in einem Ausnahmefall von Bedeutung sein kann (Art. 44 Abs. 2 OR) und im übrigen lediglich im Vollstreckungsrecht Berücksichtigung findet. Das Bundesgericht hat aus diesen Gründen die auch von der Doktrin mehrheitlich abgelehnte[175]) Ruintheorie ausdrück-

---

gehenden und wertvollen Ausführungen von Ripert, La règle morale dans les obligations civiles, 2. Aufl., Paris 1927, S. 133 ff., insbesondere S. 157 ff.

[173]) Oben E, S. 449a ff.

[174]) BE 45 II 398; 46 II 162; 47 II 401, 458; 48 II 247, 452; 50 II 264; 59 II 304.

[175]) Müller, ZSchwR, Bd. 65 (N. F. Bd. 43), Jahrgang 1924, S. 103a; Reichel, Vertragsrücktritt wegen veränderter Umstände, Berlin 1933, S. 15; Thilo, SJZ 33, S. 261; Stammler, a. a. O., S. 53; Krückmann, a. a. O., S. 344, Anm. 90; Weber, a. a. O., S. 47/48; Titze, Richtermacht und Vertragsinhalt, S. 19; Locher, Geschäftsgrundlage und Geschäftszweck, Archiv für d. civ. Pra., Bd. 121 (N. F. Bd. 1), S. 93 und dortige Zitate; Nipperdey, Vertragstreue und Nichtzumutbarkeit der Leistung, S. 25.

Eine andere Auffassung vertritt Siegwart, a. a. O., S. 151 bis 156, der die subjektive Leistungsfähigkeit als einen von vielen

lich aufgegeben[176]), lässt ihr aber die Hintertür offen, wenn es im gleichen Entscheid[177]) daran erinnert, dass auf Seite des Schuldners bei einer nachträglichen erheblichen Störung des Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung „stets auch eine Notlage vorhanden" sei und dass „der tiefere Grund der Auflösung oder Änderung des Vertrages eben darin liegt, dass der Gegner diese Notlage ausbeutet". Wenn man schon (und zwar zu Recht) die Ruintheorie ablehnt, so sollte wohl auch das Erfordernis einer Ausbeutung der Notlage des Schuldners fallen gelassen werden[178]).

Anders wäre es, wenn man mit dem Begriff „Ausbeutung" in keiner Weise an den Übervorteilungstatbestand anknüpft, sondern lediglich zum Ausdruck bringen will, wie einschneidend und für den Schuldner ganz ausserordentlich drückend sich die Verhältnisse geändert haben müssen, damit die Eingriffsmöglichkeit bejaht werden kann. Die Ausbeutung des Schuldners durch den Gläubiger, der nichts anderes als sein vertrag-

---

Ermessensfaktoren berücksichtigen will; so auch Guisan, ZSchwR, N. F. Bd. 56, Jahrgang 1937, S. 323a.

[176]) BE 59 II 377/78; siehe auch schon Bl. Zü. R. 21, S. 117. Die gleiche Entwicklung hat die deutsche Praxis gemacht: Für die Ruintheorie RGZ 88, 172; 92, 322; 95, 43; 99, 259; 100, 134; 102, 272; gegen die Ruintheorie RGZ 103, 177.

[177]) BE 59 II 380.

[178]) Simonius (Semaine internationale de droit, a. a. O., S. 181, und ZSchwR 56, S. 475) lehnt die Anlehnung an den Übervorteilungstatbestand ebenfalls ab. Er sieht als entscheidend die Frage an, ob die Verhältnisse sich in einer Weise geändert haben, dass der Gläubiger durch keinen andern neuen Vertrag sich den gleichen Vorteil verschaffen könnte. Dann stelle das Beharren auf dem Vertrag eine ungerechtfertigte Bereicherung, einen offenbaren Rechtsmissbrauch dar. Damit wird aber der Vertrag, bei dem Abschluss und Erfüllung zeitlich auseinanderfallen, seiner wesentlichsten Bedeutung, der Ausschaltung der Unsicherheit der Zukunft, beraubt. Die Konjunkturveränderung allein kann keinesfalls als einziges Erfordernis des richterlichen Eingriffes angenommen werden.

liches Recht ausübt, wäre dann etwa gleichbedeutend mit dem offenbaren Missbrauch eines Rechtes, der nach Art. 2 Abs. 2 ZGB keinen Rechtsschutz findet. Fasst man Abs. 2 von Art. 2 als die negative Fassung eines sich schon aus der positiven Formulierung von Abs. 1 ergebenden Grundsatzes auf, so würde man mit dieser Forderung in etwas anschaulicherer Form zum Ausdruck bringen, dass der gläubigerische Anspruch dann nicht geschützt werden könne, wenn seine Geltendmachung sich mit Treu und Glauben nicht mehr vereinbaren lasse. Damit ist man dann wieder am Ausgangspunkt angelangt, ohne eine Konkretisierung der Voraussetzungen des richterlichen Eingriffes erreicht zu haben.

Eine eingehende Analyse der Gerichtspraxis wird sicher wertvolle Gesichtspunkte für die Beurteilung neuer Fälle ergeben können. Diese Seite des Problems hat gerade in der schweizerischen Literatur eine sehr eingehende und sorgfältige Bearbeitung erfahren[179]). Man wird sich aber davor hüten müssen, etwa ein Schema der tragbaren und untragbaren prozentualen Wertverschiebungen aufstellen zu wollen. Hier gilt die Warnung Stammlers[180]) vor der Gefahr der Beispiele, weil die Fülle des Lebens sich dem Stoffe nach nicht einpressen lässt. Der eigentliche richterliche Entschluss wird vor allem aus der vorurteilslosen und unbefangenen Betrachtung und Würdigung aller konkreten Umstände erwachsen, die dann in den allgemeinen Rahmen des zwingenden und dispositiven Vertragsrechtes, der Übung und Verkehrssitte gestellt werden müssen.

Entscheidend ist schliesslich, worauf schon in der Umreissung der Problemstellung hingewiesen wurde, die Ein-

---

[179]) Vor allem Siegwart, a. a. O.; für die seitherige Praxis auch Emile Thilo, Clausula rebus sic stantibus, de la revision des contrats pour cause d'imprévision (Aperçu de la jurisprudence du Tribunal Fédéral), Journal des Tribunaux 1937, S. 66 ff., Oftinger in SJZ 36, S. 229 ff.

[180]) In ZbJV 58, S. 61/62.

stellung des Richters zur Bedeutung der Vertragstreue, der Vertragsgerechtigkeit und der Rechtssicherheit. Dieser Frage soll noch eine kurze abschliessende Betrachtung gewidmet sein.

3. Sozusagen alle Befürworter eines mehr oder weniger ausgedehnten richterlichen Eingriffsrechtes erkennen die Gefahren, die es für die Rechtssicherheit mit sich bringt. Der Vertragstreue des „pacta sunt servanda" wird aber eine andere, „höhere" Vertragstreue gegenübergestellt, die sich gegen den Wortlaut des Vertrages richten kann, um seinen eigentlichen Sinn und Zweck zu erhalten[181]). Als Vertragszweck erscheint die Wahrung eines gewissen Gleichgewichts von Leistung und Gegenleistung oder Rückleistung.

Nun ist es unbestreitbar möglich, dass ein konkreter Vertrag die Erhaltung einer ungefähren Aequivalenz der Leistungen zum Inhalt hat. Sicher ist aber, dass diese Aequivalenz nicht Gültigkeitserfordernis des Vertrages an sich ist (siehe oben E). Das wird besonders klar, wenn man sich Sinn und Zweck einer Vereinbarung vergegenwärtigt, bei welcher Abschluss und Erfüllung zeitlich getrennt sind. Solche Dauerverträge in einem weitern Sinne[182]) werden gerade deshalb abgeschlossen, um die Unsicherheit der Zukunft auszuschalten. Weil nicht feststeht, ob man sich in einem spätern Zeitpunkt die erst dann benötigte Leistung der Gegenpartei im Austausch zu der eigenen Leistung verschaffen kann, wird der Vertrag heute schon abgeschlos-

---

[181]) Nipperdey, Vertragstreue und Nichtzumutbarkeit der Leistung, 1921, S. 22, spricht von äusserer und innerer Vertragstreue. Eine eindrucksvolle Auseinandersetzung zwischen den beiden Richtungen bieten die Referate und Diskussionsvoten anlässlich der „Semaine internationale de droit", Paris 1937 (a. a. O., insbesondere Niboyet, Ripert, Volkmar).

[182]) Nach O. v. Gierke, Dauernde Schuldverhältnisse, Jherings Jahrbücher Bd. 64 (Zweite Folge Bd. 28), Jahrgang 1914, S. 355 ff., sind nur solche Schuldverhältnisse Dauerverträge, deren Leistungspflicht in einer fortgesetzt andauernden oder in wiederkehrenden gleichen Leistungen besteht.

sen. Soll der Vertrag diese Aufgabe erfüllen, so müssen die Parteien sich auf die Unverbrüchlichkeit des gegenseitigen Versprechens verlassen können[183]).

Demgegenüber mag vielleicht darauf hingewiesen werden, dass unser geltendes Recht schon bei der Entstehung des Vertrages Elemente berücksichtige, die nur mittelbar oder gar nicht vom Willen der Parteien abhängen (siehe oben B), und dass er vor allem vor seiner natürlichen Beendigung durch Erfüllung der Einwirkung einer Reihe von äussern Verumständungen ausgesetzt sei, die ihn in verschiedenartigster Weise zu beeinflussen vermögen (siehe oben D), so dass — wenigstens was die vorzeitige Auflösung anbetrifft — nicht von einer eigentlichen Systemwidrigkeit einer Störung des natürlichen Vertragsablaufs gesprochen werden könne. Dabei wird aber einmal übersehen, dass — mit Ausnahme der nachträglichen Unsittlichkeit, Unmöglichkeit und Widerrechtlichkeit, deren Einwirkung auf den Vertrag ausser Diskussion steht — kein weiteres, für den Vertrag als solchen gültiges Prinzip der Einwirkung veränderter Umstände erkannt werden konnte. Jede Vertragsart trägt, ihrer Eigenart entsprechend, verschiedenen tatbeständlichen Änderungen in verschiedener Weise Rechnung, und von diesen Tatbeständen führt keine Brücke zur Annahme eines allgemeinen richterlichen Eingriffsrechtes

---

[183]) Vgl. Jhering, Der Zweck im Recht, 1877, Bd. I, S. 78: „Die Anerkennung der bindenden Kraft der Verträge, vom Standpunkt des Zweckgedankens aus betrachtet, heisst nichts als Sicherung des ursprünglichen Zweckes gegen den nachteiligen Einfluss einer späteren Interessen-Verschiebung“, und S. 262: „Das Versprechen ist die Entbindung des Vertrages von den Fesseln der Gegenwart . . . Damit aber das Wort die Leistung vertrete, muss die Sicherheit bestehen, dass es seinerzeit gegen die Leistung eingetauscht . . . werde.“ Und in klassisch prägnanter Formulierung Ripert, La règle morale dans les obligations civiles, 2. Auflage, Paris 1927, S. 155: „Contracter c'est prévoir. Le contrat est une emprise sur l'avenir. Tout contrat contient une idée d'assurance.“

wegen gestörter Äquivalenz. Zudem ist es auch für die Verkehrssicherheit etwas ganz anderes, ob der Vertragschliessende mit Hindernissen der Erfüllung zu rechnen habe, oder ob der Vertrag einem immanenten Vorbehalt ausgesetzt sei. Das eine lässt sich einigermassen in Rechnung stellen, das andere nicht, und das gilt in vermehrtem Masse für die Lieferungsverträge, Kauf und Tausch, die überhaupt keine positivrechtlich geordneten Fälle der Einwirkung veränderter Umstände kennen.

Das sind die Überlegungen, welche vorwiegend aus der Interessenlage des konkreten Vertragsverhältnisses zwar nicht den richterlichen Eingriff verbieten, aber doch zu ausserordentlich zurückhaltender Anwendung mahnen. Darüber hinaus ist an die Rückwirkungen zu erinnern, welche der Hinfall eines Vertrages auf eine Vielfalt rechtlicher und wirtschaftlicher Beziehungen haben kann. Jeder Vertrag stützt sich auf andere und gibt seinerseits wieder zu weitern Bindungen Anlass. Der Fabrikant sichert sich die Rohstoffe und legt die Preise der Kalkulation für seine Produkte zugrunde. Der Grossimporteur verkauft die Ware den Detaillisten, indem er die Gestehungspreise um die übliche Marge erhöht. Wird ein Lieferungsvertrag aufgehoben, so können zehn weitere, die auf ihm basieren, nicht erfüllt werden.

Der Eingriff des Richters in laufende Verträge wird immer dann, wenn er sich nicht auf eine klare Gesetzesvorschrift oder auf einen vertraglichen Vorbehalt stützen kann, den Charakter des Zufälligen, zuweilen sogar des Willkürlichen, an sich tragen. Das liegt nicht nur darin begründet, dass er gegen den Wortlaut des Vertrages gerichtet ist; darüber kann hinweggesehen werden, wenn die schuldnerische Verpflichtung allzu drückend geworden ist und wenn dem Gläubiger ein Ausgleich oder ein Verzicht zugemutet werden kann. Eine Zufälligkeit liegt aber darin, dass gerade dieser Schuldner die Hilfe des Richters gesucht und gefunden hat, während andere, in gleiche oder noch drückendere Verpflichtungen verstrickt,

die Unverbrüchlichkeit des Versprechens höher einschätzen oder es sich ganz einfach nicht leisten können, einen langen und kostspieligen Prozess[184]) mit völlig ungewissem Ausgang zu führen. Es wäre zu prüfen, ob nicht gerade die vor allem in Frage stehenden Geschäftskreise eine klare, wenn auch etwas schematische Ordnung vorziehen, aus der praktischen Erwägung einerseits, dass es vor allem wichtig ist, zu wissen, mit was man als Schuldner und als Gläubiger rechnen muss[185]), und vielleicht aus der Einsicht, dass das unbedingte Einstehen für die eingegangene Verpflichtung das Gegenstück der Freiheit des Handelns ist, und dass man das eine nicht ohne das andere haben kann[186]).

Das Postulat der Rechtssicherheit, die Forderung nach einer möglichst klaren und eindeutigen Regelung der Rechtsverhältnisse, ist nicht bloss formal zu verstehen. Im Erlass jeder Norm, die auf einige bestimmte Tatbestandsmerkmale abstellt und viele andere (die Individualität jedes Falles) vernachlässigt, liegt ein Zugeständnis der Gerechtigkeitsidee an die Idee der Rechtssicherheit, notwendig, damit die Norm „ohne weiteres Werturteil, gleichmässig auf verschiedene Fälle angewendet werden" kann[187]). Ordnungsprinzip und Gerechtigkeitsprinzip im

---

[184]) Der Prozess Rogenmoser/Tiefengrund AG. hat das Bundesgericht viermal beschäftigt! (BE 59 II 372; 60 II 205, 363; 61 II 259); vgl. ferner Grau, Rechtsprechung oder Gesetzgebung zur Anpassung des Privatrechtes an die veränderten Verhältnisse, Archiv für d. civ. Pra., Bd. 122 (N. F. Bd. 2), Jahrgang 1924, S. 322 ff.

[185]) Vgl. Rennefahrt, Strenges Recht oder Billigkeit, ZbJV 70, S. 1 ff., insbesondere S. 19/21; Titze, Richtermacht und Vertragsinhalt, S. 28.

[186]) Vgl. Ripert, a. a. O., S. 114: „Le danger de la lésion est la rançon de la liberté"; Bürgi, a. a. O., S. 174, Anm. 2.

[187]) W. Burckhardt, Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, Basel 1927, S. 237; vgl. Max Rümelin, Die Rechtssicherheit, Tübingen 1924, S. 4: „Wenn freilich garantiert wäre, dass jeder Interessenkonflikt materiell gerecht entschieden wird, und feststünde, was das materiell Gerechte ist, so wäre auch vollendete

engern Sinne entsprechen ethischen Forderungen, die nach Möglichkeit miteinander in Einklang zu bringen sind. Weil aber im einzelnen Vertragsverhältnis nur private Interessen einander gegenüberstehen, während die Rechtssicherheit ein öffentliches Interesse ist, geht diese innerhalb gewisser Grenzen der materiellen Richtigkeit vor[188]). Es liegt eine eigentliche Tragik darin, dass die Ordnung irgendwelcher Verhältnisse und insbesondere auch der Rechtsverhältnisse sich nicht verwirklichen lässt, ohne dass über an sich berechtigte Interessen einzelner hinweggeschritten wird. Wird diese Erkenntnis missachtet und wird jeder Sonderverumständung auf besondere Weise Rechnung getragen, so kann der Zeitpunkt kommen, wo der Grundsatz in den Ausnahmen spurlos verschwunden ist und von der Norm nichts mehr übrigbleibt.

Damit soll nicht gesagt werden, dass veränderte Umstände mit Ausnahme der gesetzlich ausdrücklich geregelten oder vertraglich vorbehaltenen Tatbestände in keinem

---

Rechtssicherheit vorhanden. Da man aber weiss, dass dies nicht erreichbar, pflegt man die Richtigkeit und die Sicherheit in Gegensatz zu stellen. Man ist sich klar darüber, dass oft nur die bange Wahl besteht, ob man mehr dem einen Ziel tunlichst angemessener Lösung des einzelnen Konflikts, oder dem andern der Übersehbarkeit des positiven Rechts von seiten der Betroffenen und von seiten der handhabenden Staatsorgane zusteuern will. Es ist ja einleuchtend, dass jene Übersehbarkeit nur angestrebt werden kann durch die Aufstellung allgemeiner Regeln, denen die Einzelfälle auf dem Wege logischer Schlussfolgerung zu unterstellen sind, dass aber auf der andern Seite jede solche Regelbildung bis zu einem gewissen Grad von den Umständen des Einzelfalls absehen muss, dass gewisse äusserliche Gleichsetzungen unvermeidlich sind, die bei der Mannigfaltigkeit der im Leben entstehenden Interessenkonflikte leicht zur Unangemessenheit der Einzelentscheidung führen."

[188]) W. Burckhardt, a. a. O., S. 64; vgl. auch Germann, Imperative und autonome Rechtsauffassung, ZSchwR, N. F. Bd. 46, Jahrgang 1927, S. 206: Die Rechtssicherheit ist, „wenn nicht der höchste, so doch jedenfalls der unentbehrlichste Zweck jeder Rechtsordnung".

Falle zum Eingriff des Richters in den Vertrag führen können. Da wo der Eingriff sich nicht aus dem Vertrag rechtfertigen lässt, muss er vielleicht gegen den Vertrag erzwungen werden, sei es, dass eine Aufrechterhaltung der unveränderten schuldnerischen Verpflichtung eigentlich unsittlich wäre, sei es, dass sie vor einem Art. 2 ZGB nicht standhält, dessen Anwendungsgebiet über die ergänzende Auslegung der Verträge nach Treu und Glauben und über die Wahrung der guten Sitten hinausreicht. Es handelt sich aber in diesen Fällen um einen Eingriff gegen den Vertrag, einen Eingriff, der nur gestattet werden kann, wenn das Beharren auf dem ursprünglichen Wortlaut des Vertrages als Rechtsmissbrauch erscheint, der unter keinen Umständen Rechtsschutz beanspruchen darf[189]). Und weil ein solcher Eingriff gegen die Natur des Vertrages geht, gegen die unbedingte Verbindlichkeit des für die Zukunft abgegebenen Versprechens als Grundlage der Verkehrssicherheit und der Rechtssicherheit schlechthin, müssen seiner Anwendung enge Schranken gezogen werden[190]). Wo diese Schranken stehen, lässt sich nicht zum voraus genau feststellen. Der Richter ist es, der auch hier der vom Gesetzgeber aufgestellten Generalklausel erst den Inhalt gibt. Ob die Generalklauseln „Segen stiften oder Fluch bringen"[191]), hängt davon ab, wie der Richter diese Aufgabe erfüllt.

---

[189]) Vgl. hierzu Ripert, a. a. O., S. 155 ff., insbesondere S. 157.

[190]) Das war in der schweizerischen Praxis wohl auch, abgesehen von ganz wenigen Ausnahmen (z. B. BE 47 II 314 ff. und 57 II 532 ff.), der Fall.

[191]) Hedemann, Die Flucht in die Generalklauseln, 1929, S. 74.