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: 71 (1952)

Artikel: Die Auslegung der rechtsgeschäftlichen Erklärungen während des verflossenen Jahrhunderts

Autor: Guhl, Theo

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-895733

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: 07.01.2026

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

THEO GUHL

DIE AUSLEGUNG DER RECHTSGESCHÄFTLICHEN ERKLÄRUNGEN WÄHREND DES VERFLOSSENEN JAHRHUNDERTS

I.

Das Bedürfnis nach Auslegung

Nach einer besonders früher recht verbreiteten Ansicht *bedürfen* die rechtsgeschäftlichen Erklärungen gar keiner Auslegung und keiner Ergänzung. Sache des Richters sei nur die Feststellung des Tatbestandes, das heißt die Ermittlung der rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen in dem Sinne, ob beispielsweise ein Testament eine bestimmte Verfügung enthalte oder nicht, ob im Versicherungsvertragsverhältnis der Versicherungsnehmer gegenüber dem Versicherer eine bestimmte Person als Begünstigte bezeichnet habe oder nicht, oder ob die beiden Vertragsparteien nach bestimmten Richtungen eine Abmachung getroffen haben oder nicht. Mit dieser Feststellung habe der Richter den ersten Teil seiner Aufgabe erfüllt; der zweite Teil bestehe bloß noch in der Unterordnung dieses Tatbestandes unter den entsprechenden Rechtssatz, womit dann auch der Schluß, das Urteil, gegeben sei. Aus dieser Auffassung erklärt sich der Umstand, daß die Rechtswissenschaft sich im verflossenen Jahrhundert fast ausschließlich mit der Frage der Auslegung der *Gesetze* und mit der Ermittlung der erforderlichen Rechtssätze bei Gesetzeslücken befaßt, die andere Aufgabe wenn nicht übersehen, so doch vernachlässigt hat. Auch die Gesetzgeber haben die Hauptschwierigkeit der richterlichen Tätigkeit in jener Richtung gewittert und gegen die Gefahr angekämpft, daß dem Gesetze kein passender Rechtssatz entnommen werden könnte. Der Code civil français hat es in negativer Formulierung durch seinen Art. 4 getan:

«Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice.»

Das schweizerische Zivilgesetzbuch bringt den gleichen Gedanken in positiver Wendung durch Art. 1, Abs. 2, zum Ausdruck:

«Kann dem Gesetze keine Vorschrift entnommen werden, so soll der Richter nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde.»

Die oben erwähnte Ansicht, daß nur die gesetzlichen Normen und Rechtsätze einer Auslegung oder gegebenenfalls einer Ergänzung bedürfen, trifft jedoch, wie man im Laufe der Zeit allgemein erkannt hat, für das Privatrecht nicht zu. Denn der Gesetzgeber pflegt ja im Privatrecht in der Hauptsache nur nachgiebiges Recht aufzustellen, das gelten soll, wenn die Partei oder die Parteien ihre Rechtsverhältnisse nicht selber ordnen, das heißt keine *eigenen rechtsgeschäftlichen Normen* erlassen oder vereinbaren. Diese rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen sind sogar häufig viel weniger klar und bei weitem nicht so vollständig wie gesetzliche Normen. Trotzdem hat sie der Richter anzuwenden und gegebenenfalls auszulegen, bzw. nötigenfalls zu ergänzen, sofern im Gesetze keine ergänzenden Bestimmungen enthalten sind; erst dann ist er überhaupt in der Lage, ein Urteil zu fällen. Sehr zutreffend sagt ESMEIN[1]:

Cette tâche s'impose à lui. De même qu'il est tenu de statuer dans le silence de la loi (art. 4 C. Civ.), il doit statuer dans le silence de la convention, loi des parties. Et le Code lui indique dans quel esprit: «Les conventions obligent non »seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les »suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation »d'après sa nature» (art. 1135). «On doit suppléer dans les »contrats les clauses qui y sont d'usage, quoi quelles n'y »soient pas exprimées» (art. 1160). «Les conventions doivent »être exécutées de bonne foi» (art. 1134, al. 3).

1 Traité pratique de droit civil français PLANIOL-RIPERT, tome VI (1930), p. 515.

Auch DANZ[2], dem die größten Verdienste um die Erkenntnis der Methoden für die Auslegung der rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen zukommen, hat sehr eindringlich auf die Schwierigkeiten der Auslegung und Ergänzung der Rechtsgeschäfte aufmerksam gemacht, indem er ausführt:

«Während es sich nun bei der Auslegung von Willenserklärungen des Gesetzgebers stets um Deutung von Worten handelt, bietet die Auslegung von Rechtsgeschäften deshalb noch viel größere Schwierigkeiten, weil die rechtsgeschäftliche Willenserklärung vielfach nicht in Worten besteht, sondern in anderen Handlungen der Parteien, die im Leben als Willenserklärungen gelten, ja sogar im Schweigen, im Unterlassen von Erklärungen, und weil vielfach die Willenserklärung, auch wenn sie in Worten abgegeben ist, nicht die einzelne Rechtswirkung, welche eintreten soll, ausdrücklich mit Worten bezeichnet, sondern diese erst gefunden werden kann durch die richtige Deutung der ganzen Situation, in welcher die Worte abgegeben sind. Die Menschen bedenken eben vielfach die verschiedene Gestaltung der Verhältnisse, welche einmal eintreten kann, gar nicht und unterlassen daher eine ausdrückliche Ordnung in Worten hiefür; vielfach können sie solche auch gar nicht voraussehen, und deshalb fehlt dann eine besondere Bestimmung. Gerade in solchen Fällen, wo der Richter die lückenhafte Willenserklärung der Parteien durch die Auslegung ergänzt und damit zugleich die Rechtsfolgen feststellt, welche für diese nicht geordneten Fälle eingetreten sind, zeigt es sich, daß die Auslegung der Rechtsgeschäfte eine ‚Kunst' ist, die mit der Beweisfrage, ob ein Geschehnis sich ereignet hat oder nicht, nichts zu tun hat und eine juristische Kunst ist, weil sie auf die Feststellung von Rechtsfolgen abzielt.»

Über die Auslegung der rechtsgeschäftlichen Erklärungen schweigen sich die Gesetze gewöhnlich aus; nur der Code civil français und seine Nachahmungen in den westschweizerischen Kantonen, sowie die neueren Versicherungsvertragsgesetze

2 Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, Jena, 1911, S. 5.

Deutschlands, Österreichs, Frankreichs und der Schweiz machen eine löbliche Ausnahme. Die Art. 1156—1164 C.c.fr. enthalten eine Reihe von Vorschriften über die Auslegung der Verträge (vgl. unten V und VI), die versicherungsvertraglichen Bestimmungen dagegen Weisungen an den Richter über die Auslegung einseitiger Begünstigungsklauseln vor allem in der Lebensversicherung (vgl. unten IV).

II.

Die Möglichkeit der Auslegung

Nach einer andern, allerdings weniger verbreiteten Auffassung *könne* der Richter ein Rechtsgeschäft, namentlich einen Vertrag, gar nicht auslegen oder ergänzen, weil Vornahme rechtsgeschäftlicher Akte und Abschluß von Verträgen im freien Belieben der Privatpersonen stehen. Nur der Gesetzgeber handle nach Grundsätzen, weshalb auch nur das Gesetz der Auslegung zugänglich sei. Die Privaten aber handelten nach Willkür; ihnen stehe es frei, Verträge zu schließen oder dies zu unterlassen. Es stehe ihnen auch frei, den Inhalt der Verträge nach ihrem Gutfinden zu gestalten. Daher könnten die Rechtsgeschäfte nicht auf ihre sachliche Richtigkeit geprüft werden und deren Inhalt könne nicht an einem rechtlichen Maßstab gemessen werden:[3]

> «Rechtsgeschäfte, einseitige und mehrseitige, insbesondere auch Verträge können, sagten wir, nicht so ausgelegt werden wie Gesetze. Wenn sich die Parteien über die Gründe, das heißt über die Grundsätze ihres rechtsgeschäftlichen Handelns, nicht ausweisen können und nicht auszuweisen brauchen; wenn das, was sie unmißverständlich vereinbart haben, verbindlich ist, lediglich weil sie es so vereinbart haben, wie kann man dann den unklaren, lückenhaften Wortlaut nach Grundsätzen auslegen? Was von Anfang an nicht der Ausdruck grundsätzlicher Richtigkeit ist, kann nicht nach Grundsätzen ergänzt werden.»[4]

3 BURCKHARDT, Die Auslegung der Verträge, ZBJV 71, S. 425ff.
4 BURCKHARDT, a.a.O., S. 431.

Zu diesen Ausführungen BURCKHARDTS sind unseres Erachtens zwei Vorbehalte zu machen. Zuzustimmen ist ihnen insofern, als sie die Verschiedenheit der richterlichen Aufgabe hervorheben, je nachdem es sich um die Ausfüllung einer Lücke des Gesetzes oder um die Auslegung und Ergänzung eines Rechtsgeschäftes handelt. Aber dies bedeutet noch keineswegs, daß man ein solches Rechtsgeschäft, vor allem einen Vertrag, überhaupt nicht auslegen und ergänzen könne. Es ist eine Übertreibung, wenn man aus der Verschiedenheit der Aufgabe des Gesetzgebers und der Aufgabe der Partei oder der Parteien beim Vertragsschluß die Sätze ableitet, der Gesetzgeber handle «nach Grundsätzen», die Vertragsparteien dagegen «nach Willkür», und deshalb könnten die Gesetze ausgelegt und ergänzt werden, die Willenserklärungen der Partei oder der Parteien hingegen nicht, weil hiefür ein Maßstab fehle. Nicht nur der Gesetzgeber, sondern auch die Vertragsparteien wollen beim Vertragsschluß etwas Vernünftiges, etwas, was sich praktisch durchführen läßt, was gemeinsamen Interessen entspricht. Dies gilt nicht nur, wie übrigens WALTHER BURCKHARDT in seinen weiteren Ausführungen auch zugibt, für die Gesellschaftsverträge, sondern auch für sehr viele kommutative Verträge mit scheinbar entgegengesetzten Interessen. Bei jedem bedeutenderen Vertragschluß, insbesondere im Handelsverkehr, geht das Bestreben der Beteiligten regelmäßig dahin, miteinander ins Geschäft zu kommen, mit der Zeit Geschäftsfreunde zu werden und sich neue Kunden zu verschaffen. Das können sie aber nur, wenn nicht jeder das Maximum von Vorteilen beim Vertragsschluß für sich erwerben will. Die naive Auffassung, daß beim Vertragsschluß die eine Partei die andere übers Ohr zu hauen suche, darf im Privatrecht nicht zum Ausgangspunkt und zur Grundlage für die Erkenntnis der Regeln gewählt werden, die für die Auslegung und Ergänzung der Willenserklärungen maßgebend sein sollen[5]. Hinsichtlich der Freiheit des Einzelnen zur Tätigung oder Unterlassung von Rechtsgeschäften in der Rechtsordnung, und zwar sowohl hinsichtlich der Freiheit

5 Vgl. unsere Ausführungen in Abschnitt VI.

in bezug auf die Vornahme rechtsgeschäftlicher Akte an sich als auch in bezug auf die Freiheit in der Gestaltung des Inhalts, sind Einschränkungen nötig.

Im Völkerrecht, im Personen-, Familien- und Erbrecht und bei unentgeltlichen Rechtsgeschäften im Obligationenrecht mag es in der Tat den Parteien freistehen, Verträge zu schließen oder es bleiben zu lassen; die Rechtsordnung übt hier weder einen direkten noch einen indirekten Zwang aus. Aber wie steht es bei Verkehrsgeschäften und bei anderen entgeltlichen Geschäften des Obligationen- und Sachenrechtes?

Hier zwingt die Rechtsordnung den Privaten zur Vornahme von Rechtsgeschäften, namentlich dadurch, daß sie ihm keinen andern Weg zur Befriedigung seiner Bedürfnisse offen läßt. Wer essen will, *muß* kaufen; wer wohnen will und zufällig von Staats wegen nicht eine Amtswohnung bekommt, *muß* kaufen oder mieten; wer den Unterhalt für sich und seine Familie verdienen will, *muß* einen Dienst-, Werk-, Verlags- oder Mandatvertrag abschließen, *muß* Handel treiben usw.

Ähnlich verhält es sich mit der Freiheit in bezug auf die Gestaltung des Inhaltes der Rechtsgeschäfte. Wo kein Zwang zur Vornahme von Rechtsgeschäften besteht, kann die Rechtsordnung dem Privaten auch die größte Freiheit hinsichtlich des Inhaltes gestatten. Man denke an unentgeltliche Zuwendungen im Familien-, Erb- und Obligationenrecht. Hier mag der Richter sich an den Grundsatz halten: «Oberstes Gesetz ist der Wille des Menschen». Aber bei den Rechtsgeschäften, zu deren Vornahme unsere Rechtsordnung tatsächlich den Privaten zwingt, muß sie zugleich auch dem Richter in gewissem Umfange eine sachliche Nachprüfung des Inhaltes übertragen und muß ihm einen rechtlichen Maßstab in die Hand geben. Unterläßt dies der Gesetzgeber, so hat er seine Aufgabe nicht erfüllt. Unser schweizerisches Recht hat es in erheblichem Umfange getan: Der Richter hat übermäßig hohe Konventionalstrafen herabzusetzen (OR 163, 3), Konkurrenzverbote im Dienstvertrag nach Zeit, Ort und Gegenstand angemessen zu begrenzen (OR 357), unverhältnismäßig hohe Mäklerlöhne bei der Lie-

genschafts- und Stellenvermittlung herabzusetzen (OR 417) und ganz allgemein bei Verträgen, die inhaltlich gegen die guten Sitten verstoßen oder zum Teil widerrechtlich sind, die kranken von den gesunden Teilen des Vertrages zu trennen und auszumerzen (OR 20, 2)[6]. Andere Gelegenheiten, wo der Gesetzgeber den Richter zu einer Korrektur des Vertrages hätte anhalten sollen, sind dagegen verpaßt worden: So wird die Bestimmung des OR über die sogenannte Übervorteilung (OR 21) erst dann segensreich wirken, wenn der Richter den Vertrag korrigieren, statt bloß unverbindlich erklären kann; Verträge, die durch den Umfang, das Maß oder die Dauer der Leistung einer Partei gegen die guten Sitten verstoßen, sollten — entgegen der ablehnenden Haltung des Bundesgerichtes (vgl. BGE 50, II, 481) — von den Gerichten auch bloß teilweise nichtig erklärt werden können. Die volle Nichtigkeit eines Schuldverhältnisses kann den Grundsatz von Treu und Glauben ebensosehr verletzen wie die volle Gültigkeit.

Aus diesen einleitenden Betrachtungen ergeben sich für unsere Aufgabe folgende drei Feststellungen:

1. Nicht nur die Gesetze, sondern auch die Rechtsgeschäfte, namentlich die Verträge, haben regelmäßig eine Auslegung durch den Richter nötig, wenn das Ziel der Rechtsprechung, die Verwirklichung der Gerechtigkeit, erreicht werden soll.

2. Nur das Maß der auslegenden Tätigkeit und die Auslegungsmethoden sind nicht für alle Rechtsgeschäfte dieselben; es muß vielmehr zwischen einseitigen und zweiseitigen, unentgeltlichen und entgeltlichen Verträgen, zwischen sogenannten Verkehrsgeschäften und andern Rechtsgeschäften unterschieden werden.

3. Wenn die Rechtsordnung den Richter in zahlreichen Fällen zur Korrektur von Rechtsgeschäften veranlaßt, so muß man nicht nur für die Auslegung des Gesetzes, sondern auch für die Auslegung der Rechtsgeschäfte einen rechtlichen Maßstab

6 Über weitere Fälle des richterlichen Rechts zur Abänderung der Verträge, u. U. sogar zur Erhöhung der Leistungspflicht des Schuldners siehe HANS MERZ, Die Revision der Verträge durch den Richter in ZSR n. F. 61, S. 438ff.

finden und nach Grundsätzen sachlicher Richtigkeit Umschau halten; diese Grundsätze und Maßstäbe brauchen nicht notwendigerweise für beide Tätigkeiten des Richters dieselben zu sein.

III.

Die Auslegung der sogenannten Nichtverkehrsgeschäfte, insbesondere der letztwilligen Verfügungen

Wir verstehen darunter vor allem Rechtsgeschäfte von Todes wegen, sofern ihr Hauptinhalt in einer Zuwendung ohne entsprechende Gegenleistung besteht, sowie die einseitigen unentgeltlichen Verträge, wie das Schenkungsversprechen. Auch die Errichtung einer Stiftung und einseitige Rechtsgeschäfte des Familienrechtes gehören hieher. Ebenso kann man die Bürgschaft, soweit das Verhältnis zwischen Bürgen und Hauptschuldner in Frage steht, häufig dazu rechnen. Als wichtigster Fall mag vorerst die letztwillige Verfügung im Erbrecht behandelt werden; denn hier fallen Einseitigkeit und Unentgeltlichkeit zusammen.

Allgemeine Voraussetzung für die folgenden Betrachtungen ist die Annahme, daß ein rechtsgültiges Rechtsgeschäft vorliegt: Die erforderliche Form ist vorhanden, und es bestehen auch keine Willensmängel, die etwa die Ungültigkeit des Testamentes zur Folge hätten. Auch auf die berühmte Streitfrage, ob bei der eigenhändigen Verfügung die als Formrequisit verlangte Datierung nach Ort und Zeit der Errichtung der Wahrheit entsprechen müsse, soll hier nicht eingetreten werden [7]. Es steht nur die *inhaltliche Auslegung* in Frage.

Für die Auslegung letztwilliger Verfügungen hat die gemeinrechtliche Lehre den Grundsatz vom favor testamenti entwickelt, wonach der Richter eine Verfügung womöglich so auslegen soll, daß ihr überhaupt eine Wirkung zukommt. Unser Erbrecht hat, im Gegensatz zu § 2084 BGB, diesen Grundsatz nicht ausdrücklich erwähnt, während der C. c. fr. ihn — wahrscheinlich zu Unrecht — verallgemeinert und in Art. 1157 auch

7 BGE 75 II 288.

für die Auslegung der Verträge in folgender Fassung aufgestellt hat:

> «Lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet, que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire aucun.»

Unsere Gerichtspraxis beruft sich, wenigstens im Gebiete des testamentarischen Erbrechts, nicht ungern auf diesen Satz vom favor testamenti.

Für die inhaltliche Auslegung gilt unbestritten der weitere Grundsatz, daß der «wirkliche Wille» des Testators zu ermitteln ist. Der Richter soll hier auf die innersten Absichten, auf die Triebfedern, auf die Gefühle des Testators, nach Liebe und nach Haß geordnet, zurückgehen[8]. Er braucht sich nicht an den «üblichen Sprachgebrauch» zu halten: Hat der Testator seinem Freunde seine Bibliothek vermacht, so braucht sich dieser nicht mit den paar Schauerromanen und dem wenig gebrauchten Kirchengesangbuch zu begnügen, die sich im Nachlaß vorfinden; vielmehr kann er den wohl ausstaffierten Weinkeller beanspruchen, sofern der Testator diesen als seine Bibliothek zu bezeichnen pflegte[9]. Das Bundesgericht hat in dem Vermächtnis des «Sekretärs und des gesamten Inhalts mit Schubladen» die Zuwendung nicht nur der darin im Zeitpunkt des Erbganges verwahrten Wertpapiere, sondern sogar der Forderungen erblickt, für die die Schuldurkunden und Beweismittel in diesem Sekretär aufbewahrt wurden[10].

Damit steht die unserem schweizerischen Erbrecht eigentümliche Bestimmung des Art. 469, Abs. 3, im Zusammenhang: Hat sich der Testator in der Bezeichnung von Personen oder Sachen offenbar geirrt und läßt sich der wirkliche Wille mit Bestimmtheit feststellen, so soll der Richter die Verfügung in diesem Sinne berichtigen. Spricht der Testator in seiner Verfügung nur von den Neffen, so können darunter ebensogut die

8 REGELSBERGER, Pandekten, S. 513, Tuor, Komm. zu ZGB 469, Randnote 7.
9 DANZ, a.a.O., S. 281.
10 BGE 47 II 30.

Großneffen mitverstanden sein, wenn nach dem Sprachgebrauch in den Kreisen des Erblassers mit «Neffen» auch Großneffen bezeichnet wurden und diese außerdem in guten Beziehungen zum Erblasser standen[11]. Umgekehrt hat es das Bundesgericht abgelehnt, ein Vermächtnis zugunsten eines im Zeitpunkt der Verfügung schon verstorbenen Stiefbruders als Zuwendung an dessen Nachkommen aufzufassen, obwohl dies nach Art. 469, Abs. 3, an und für sich möglich gewesen wäre[12].

In den beiden Beispielen beschlug die unrichtige Bezeichnung die bedachten Personen; gleich zu behandeln ist gemäß ausdrücklicher Gesetzesvorschrift ein Irrtum des Erblassers hinsichtlich der zugewendeten Sachen. Wie verhält es sich jedoch beim offenbaren Irrtum des Erblassers über die zugewendeten Geldsummen? Dieser Fall ist in der Rechtswissenschaft umstritten. Er kommt in zwei Gestalten vor: Entweder ist der Wert des Geldes seit Errichtung der Verfügung infolge der Verschlechterung der Valuta beträchtlich gefallen und die Ausführung des Testamentes nach seinem Wortlaut wirkt geradezu lächerlich. Oder häufig liegt der Tatbestand derart, daß sich der Testator in der Berechnung der ausgesetzten Summen deshalb geirrt hat, weil er beispielsweise die güterrechtliche Auseinandersetzung mißverstanden und sich zudem vom Bestand des Nachlasses ein falsches Bild gemacht hat. Zur Illustration des erstgenannten Tatbestandes sei auf den bekannten Fall Henneberg hingewiesen, der vom Bundesgericht entschieden wurde[13]. Zum Andenken an seinen verstorbenen Sohn hatte der Testator einer deutschen Universität ein Legat von 50 000 Mark zum Zwecke von Stipendien ausgesetzt; im Zeitpunkt der Auszahlung des Vermächtnisses erreichte die Zuwendung nicht einmal mehr den zehnten Teil des ursprünglichen Wertes, weil die deutsche Mark inzwischen eine erhebliche Entwertung erlitten hatte. Die Testamentsvollstrecker wollten den auszurichtenden Betrag entsprechend der eingetretenen Entwertung er-

11 BGE 47 II 529.
12 BGE 50 II 332.
13 BGE 49 II 12.

höhen, das Bundesgericht hinderte sie daran mit der Begründung, eine solche Abänderung hätte nur der Testator selber verfügen können. Eine analoge Anwendung des Art. 469, Abs. 3, hätte zu einem viel befriedigenderen Ergebnis geführt: Die Zweckbestimmung, in Gestalt der Auflage zur Auszahlung von Stipendien, stand unzweifelhaft fest. Das war der Hauptinhalt der Zuwendung; die Umschreibung der Summen war nur Mittel zum Zweck, und in diesem Mittel hatte sich der Testator offenbar verrechnet, das heißt geirrt, weil er die Valutaentwertung nicht in ausreichendem Maße berücksichtigt hatte.

Häufiger ist, wie schon erwähnt, ein solcher Irrtum über die ausgesetzten Summen auf falsche juristische Überlegung oder auf mangelnde Kenntnis vom Stand des zukünftigen Nachlasses zurückzuführen. An und für sich läßt sich hier natürlich nichts korrigieren, sobald das Testament nur die Ziffern der zugewendeten Summen enthält. Es kommt jedoch auch vor, daß neben der Zuwendung der Summen noch andere Ausführungen im Testament enthalten sind, die damit im Zusammenhang stehen. Der Erblasser hatte beispielsweise in einem Fall, der zu begutachten war, die Kinder zweiter Ehe auf den Pflichtteil gesetzt, um den Kindern aus erster Ehe mehr zuwenden zu können. Statt es bei dieser völlig ausreichenden und dazu elastischen Methode bewenden zu lassen, rechnete der Testator im Testament auch noch die Summen aus, die jedem Kind erster Ehe aus der Beschränkung der Kinder zweiter Ehe auf den Pflichtteil über seinen gesetzlichen Erbteil hinaus noch zukommen sollten. Hiebei irrte sich der Erblasser nicht nur hinsichtlich des hineinspielenden ehelichen Güterrechtes, sondern auch hinsichtlich der Höhe des Nachlasses. Er hinterließ bedeutend mehr, als er im Zeitpunkt der Verfügung besaß. Sollen nun die eingesetzten Summen gelten oder soll diese Mißrechnung berichtigt werden? Eine analoge Anwendung des Grundsatzes, der in Art. 469, Abs. 3, ZGB ausgesprochen ist, scheint durchaus angemessen zu sein.

So sehr nun auch der Richter in solchen Fällen allen Überlegungen des Testators nachspüren darf und soll und so groß

auch der Spielraum des Richters in der Würdigung der Verhältnisse des Erblassers bemessen sein mag: *eine* Grenze ist doch fest gezogen. Sie liegt darin, daß das Resultat der richterlichen Auslegung durch die Verfügung gedeckt sein muß. Was nicht verfügt ist, hat keine Geltung. Diese Garantie für die Wahrung des Willens des Erblassers darf nicht dadurch gefährdet werden, daß sich der Richter zum Vormund des Testators aufwirft und etwa aus seiner eigenen Machtvollkommenheit heraus verfügt, was ihm vernünftig erscheint.

Als instruktives Beispiel hiefür soll auf einen Entscheid des bernischen Appellationshofes und des Bundesgerichts hingewiesen werden, worin zutreffend erklärt wird, daß an die Stelle der eingesetzten Alleinerbin nicht deren Nachkommen treten, wenn diese Erbin vor dem Erblasser verstorben ist, die letztwillige Verfügung jedoch keine ausdrückliche Substitution dieser Nachkommen enthält. Die Erbschaft fällt mangels einer solchen Ersatzverfügung im Testament vielmehr an die gesetzlichen Erben, und dies selbst dann, wenn der Erblasser in die letztwillige Verfügung die weitere Klausel aufgenommen hat: «Ich sehe mich nicht veranlaßt, die übrigen Verwandten» — abgesehen von der vorverstorbenen Schwester als Alleinerbin — «nach deren Verhalten erbrechtlich zu bedenken.» [14]

Die schweizerische, namentlich die bundesgerichtliche Praxis hält sich, wenigstens im Gebiete des Erbrechts, an diese bewährten Auslegungsgrundsätze.

IV.

Die Auslegung von Begünstigungsklauseln in Versicherungsverträgen

Eine eigentümliche Entwicklung hat im vergangenen Jahrhundert die Begünstigung von «Erben» oder «Hinterbliebenen» in einem Versicherungsvertrag, der auf den Todesfall des Versicherten lautet, in der schweizerischen Rechtsprechung und in der schweizerischen Gesetzgebung durchgemacht. Diese Entwicklung ist jedoch noch nicht in allen Teilen als abgeschlossen

14 BGE 64 II 186.

zu betrachten; insbesondere können die vom Bundesgericht entwickelten Grundsätze über die Auslegung einzelner Begünstigungsklauseln nicht als voll befriedigend angesehen werden, wie noch zu zeigen sein wird.

a) Als unbestritten darf sowohl für das französische, deutsche und schweizerische Recht im Zeitpunkt, als sich die Todesfallversicherung in den entsprechenden Ländern verbreitete, gelten, daß der Versicherungsvertrag die Form eines echten Vertrages zugunsten Dritter annahm und dem Begünstigten mit dem Tode des Versicherten einen eigenen, selbständigen und unwiderruflichen Anspruch verschaffte. In diesem Sinne hat sich die bundesgerichtliche Praxis von allem Anfang an ausgesprochen[15]. Ebenso bestand ursprünglich zwischen der deutschen, französischen und schweizerischen Rechtsprechung Einigkeit darüber, daß bloß allgemeine Bezeichnungen der Begünstigten wie «Erben», «Kinder», «Hinterbliebene», «Rechtsnachfolger» nicht genügten, um dem Versicherungsvertrag die Eigenschaft eines Vertrages zugunsten Dritter zu verleihen. Folge davon war, daß diesen Begünstigten beim Tode des Versicherten kein eigenes, selbständiges Recht auf die Versicherungsleistung zuerkannt wurde; vielmehr kam ihnen diese Leistung nur dann zu, wenn sie die Erbschaft antraten oder doch die Ausschlagungserklärung unterließen. Die deutsche Praxis hat sich von dieser nicht sehr glücklichen Unterscheidung bald freigemacht; dagegen galt sie in Frankreich und in der Schweiz bis zum Inkrafttreten der Spezialgesetze über den Versicherungsvertrag. In Art. 133 des österreichischen Versicherungsvertragsgesetzes wurde sie eigentümlicherweise auch für die Zukunft beibehalten[16].

Während Deutschland und Frankreich in ihren Spezialgesetzen den letzten Schritt in dieser Entwicklung wagten und vorschrieben, daß die nur allgemein bezeichneten Begünstigten, sofern sie überhaupt zur Erbschaft berufen sind, die Versicherungsleistung aus eigenem Recht beanspruchen können, selbst

15 VAS I Nrn. 289 u. 294.
16 Vgl. VAS I Nrn. 295—298, JAEGER, Komm. zu VVG 83, N. 1.

wenn sie nicht Erben werden[17], hat unser VVG in Art. 85 mit einer Auslegungsregel einen wenig erfreulichen Kompromiß aufgestellt: Die mit allgemeinen Bezeichnungen ernannten Begünstigten erwerben die Versicherungsleistung nur dann aus eigenem Recht, wenn es sich um erbberechtigte Nachkommen, Ehegatten, Eltern, Großeltern oder Geschwister handelt. Weiter entfernte Blutsverwandte sind dagegen nur begünstigt, wenn sie die Erbschaft nicht ausschlagen[18]. Mit diesem Kompromiß versuchte der Gesetzgeber, bald dem Gedanken der Familienfürsorge, bald den Interessen der Erbschaftsgläubiger zu dienen. Das Ergebnis ist jedoch nicht glücklich, da die Lösung als viel zu starr angesehen werden muß und keine Möglichkeit wahrt, die Verhältnisse zu berücksichtigen, die von Fall zu Fall sehr verschieden gestaltet sein können.

b) Unter den zahlreichen weiteren Auslegungsregeln der Versicherungsvertragsgesetze mögen hier nur die wichtigeren kurz hervorgehoben werden. Gemeinsam gilt für alle, daß sie sich nur an den Richter, nicht etwa an die Vertragsparteien oder an den Versicherungsnehmer wenden, mit andern Worten, daß sie nur Auslegungsregeln und nur maßgebend sind, «wenn nicht ein anderer Wille des Versicherten ersichtlich ist». Das Bundesgericht hat dies in einem vorzüglich begründeten Urteil[19] ausgesprochen: Ein Erblasser hatte seine «Frau Selma T» im Versicherungsvertrag als Begünstigte bezeichnet. Die Ehe wurde später geschieden; der Ehemann verheiratete sich wieder und setzte seine zweite Frau in einer letztwilligen Verfügung zu seiner Alleinerbin ein. Nach dem Tode des Ehemannes forderte die geschiedene Ehefrau im Hinblick auf ihre namentliche Bezeichnung in der Begünstigungsklausel und auf die Fortdauer der freundschaftlichen Beziehungen zum geschiedenen Ehemann die Versicherungsleistung. Obwohl VVG Art. 83, Abs. 2, bestimmt, daß unter dem Ehegatten der «überlebende Ehegatte» zu verstehen sei, sah das Bundesgericht hierin mit vollem

17 Deutsches Gesetz, § 167, franz. Gesetz, Art. 63, Abs. 2.
18 BGE 57 II 213.
19 BGE 49 II 306.

Recht nur eine Auslegungsregel und gab der Auffassung der Klägerin unter der Voraussetzung den Vorzug, daß sie eine Äußerung des Erblassers nach Errichtung der letztwilligen Verfügung und nach der Einsetzung der zweiten Ehefrau zur Alleinerbin nachweisen könne, wonach «ihre Begünstigung aus der Lebensversicherung trotzdem bestehen bleibe».

Im weiteren präzisiert das VVG die verschiedenen generellen Bezeichnungen, von denen oben bereits die Rede war. So sollen im Zweifel unter «Kindern» alle erbberechtigten Nachkommen, unter «Hinterlassenen», «Erben» und «Rechtsnachfolgern» in erster Linie die erbberechtigten Nachkommen und der überlebende Ehegatte und in zweiter Linie, wenn bei Eintritt des befürchteten Ereignisses weder Nachkommen noch ein Ehegatte vorhanden sind, die weiteren Erben nach den Vorschriften des Erbrechts verstanden werden[20]. Diesen Auslegungsregeln wird man im Hinblick auf ihre Übereinstimmung mit dem Erbrecht des ZGB die Anerkennung nicht versagen dürfen.

Dagegen kann unseres Erachtens die Auslegungsregel des Art. 84, Abs. 1, VVG nicht gebilligt werden, da diese Bestimmung in ganz unnötiger und ungerechtfertigter Weise in das Erbrecht des ZGB eingreift und Unbilligkeiten zur Folge hat. Während nach dem Erbrecht des ZGB der überlebende Ehegatte in Konkurrenz mit Nachkommen des Erblassers entweder ¼ zu Eigentum oder ½ zur Nutznießung erhält, soll unter den gleichen Voraussetzungen die Versicherungsleistung auf Grund einer Begünstigungsklausel in einem Versicherungsvertrag oder einem Versicherungsverhältnis, die zugunsten dieser Erbenkategorien lautet, im Zweifel in der Weise zwischen überlebendem Ehegatten und erbberechtigten Nachkommen geteilt werden, daß der Ehegatte die eine Hälfte und die Nachkommen nach Maßgabe ihrer Erbberechtigung die andere Hälfte bekommen. Ist der Versicherungsanspruch zufällig das einzige Aktivum im Nachlaß, so führt die Anwendung dieser Auslegungsregel sogar zu einer Verletzung des Pflichtteils der Nachkommen. Sie wirkt besonders dann ungerecht, wenn mit dem

20 VVG Art. 83, Abs. 1 u. 3, 84, Abs. 2.

Ehegatten Nachkommen aus einer früheren Ehe des Erblassers konkurrieren. Diese Vorschrift von VVG Art. 84, Abs. 1, erlaubt dem Versicherungsnehmer, dem überlebenden Ehegatten mehr zuzuhalten, als nach dem Erbrecht des ZGB möglich und zulässig wäre; deshalb mag sie sich für die Versicherungsgesellschaften ganz günstig auswirken und einen Anreiz zum Abschluß von Lebensversicherungen mit Begünstigungsklauseln bilden.

c) Im Hinblick auf die vorstehenden Ausführungen kommt daher der Auslegung von Begünstigungsklauseln durch den Richter im Einzelfall eine ganz spezielle Bedeutung zu. Diese Auslegung ist abhängig von der *Rechtsnatur* der Begünstigungsklausel. In Doktrin und Praxis besteht fast völlige Übereinstimmung nach dieser Richtung: Ganz unabhängig davon, ob die Begünstigung schon in den ursprünglichen Versicherungsvertrag aufgenommen oder erst nachträglich, sei es schriftlich oder gar bloß mündlich, zum Beispiel gegenüber dem Versicherer oder dessen Agenten, sei es in Gestalt eines Vermächtnisses, erklärt worden ist, hat man es stets mit einem *einseitigen* Verfügungsakt zu tun, der einem *Rechtsgeschäft von Todes wegen* — anders als die Schenkung auf den Todesfall nach OR Art. 245, Abs. 2 — gleichzustellen ist[21]. Darum erklärt Art. 76 VVG klar und deutlich:

> «Der Versicherungsnehmer ist befugt, ohne Zustimmung des Versicherers einen Dritten als Begünstigten zu bezeichnen.»

Durchaus zutreffend umschreibt das Bundesgericht die Rechtsnatur der Begünstigung folgendermaßen:

> «Als ein solches Persönlichkeits- oder höchstpersönliches Recht erscheint nun auch das dem Versicherungsnehmer gemäß Art. 76 VVG zustehende Recht zur Bezeichnung eines Begünstigten. Einerseits nämlich handelt es sich dabei normalerweise um einen auf Gefühlsmomenten beruhenden Entschluß, bei welchem schon der Natur der Sache nach eine Vertretung desjenigen, der den Entschluß zu fassen hat, durch

21 BGE 61 II 274, 62 II 168, Vo über die Pfändung von Versicherungsansprüchen von 1910, Art. 4, JAEGER, Komm. zu VVG 76, Randnoten 5—8 und 18.

einen Beamten oder eine Behörde, die als solche nur nach objektiven Gesichtspunkten handeln sollen, ausgeschlossen ist; anderseits aber wird durch die Bezeichnung eines Begünstigten, die übrigens in der Regel widerrufbar ist, das verfügbare Vermögen des Versicherungsnehmers nicht geschmälert, sondern es wird bloß ein sonst zu seiner Erbmasse gehörender Anspruch zugunsten eines einzelnen Erben oder eines Dritten aus der Erbmasse ausgeschieden, mit andern Worten es liegt darin eine *vermächtnisähnliche Zuwendung von Todes wegen*....»[22]

Damit steht allerdings ein Urteil des Bundesgerichts aus neuester Zeit nicht im Einklang, wenn darin ausgeführt wird:

«Für den Versicherer muß die Begünstigungserklärung maßgebend sein, wie sie ihm gegenüber abgegeben worden ist. Erst durch Kenntnisgabe an den Versicherer wird die Begünstigung voll wirksam. Man hat es mit einer empfangsbedürftigen *Erklärung unter Lebenden* zu tun, die der Versicherer so zu beachten hat, wie sie nach seiner Kenntnis der Verhältnisse auszulegen ist.»[23]

Man darf jedoch annehmen, daß mit dieser — unhaltbaren — Ausnahme nur die oben erwähnte herrschende und an Einstimmigkeit grenzende Auffassung der Begünstigung als einer «vermächtnisähnlichen Zuwendung von Todes wegen» als Regel bestätigt werden soll.

Trotz der erwähnten Übereinstimmung der Ansichten über die rechtliche Natur der Begünstigungsklausel hat die Gerichtspraxis und zum Teil auch die Literatur den einzig zutreffenden Schluß für die Auslegung der Begünstigungsklauseln durch den Richter noch nicht gezogen. Diese werden gelegentlich nicht, wie es geboten wäre, nach den oben für die Vermächtnisse dargelegten Regeln ausgelegt, nicht einmal in demjenigen Urteil, wo das Bundesgericht sehr zutreffend von «einem auf Gefühlsmomenten beruhenden Entschluß» und von einer «vermächtnisähnlichen Zuwendung von Todes wegen» spricht, sondern wie Verkehrsgeschäfte und Verträge des Obligationenrechts.

22 BGE 41 II 553ff.
23 BG in Pra. 40, Nr. 104.

JAEGER, Kommentar zu Art. 83 VVG Randnote 3, schreibt ebenfalls ohne nähere Überlegung:

«Bestehen keine Zweifel darüber, daß der Begünstigte mit dem Gebrauch der in Art. 83 ausgelegten Worte einen andern Sinn verbunden hatte» — was vollkommen zutreffend und ausreichend gewesen wäre — «*und daß auch der Versicherer und der Begünstigte den Ausdruck in diesem Sinne aufgefaßt haben*» — was völlig bedeutungslos ist — «so fehlt für ein Einschreiten, des Gesetzes und eine dem Richter auferlegte Verpflichtung, trotzdem seiner Entscheidung die andere typische Bedeutung zugrunde zu legen, jeder vernünftige Sinn».

Desgleichen hat das Bundesgericht, zum Teil unter Berufung auf den Kommentar JAEGERS, hinsichtlich der Auslegung der Begünstigungsklausel unterlassen, die Folgerungen aus der von ihm selbst festgestellten rechtlichen Natur der Begünstigung als eines vermächtnisähnlichen Geschäftes von Todes wegen zu ziehen. Es hat wiederholt[24] erklärt:

«Nicht darauf kommt es an, was sich der Versicherungsnehmer unter dem gewählten Ausdrucke vorgestellt hat, sondern darauf, was der Versicherer darunter verstehen durfte (BGE 41 II 558, 62 II 173)». (Das zweite Urteil wird zu Unrecht als Präjudiz angerufen.)

In dem andern, vom Bundesgericht ebenfalls zitierten Präjudiz ist dem bereits erwähnten Ausspruch noch folgendes beigefügt worden:

«... so fragt es sich im weitern, wie die Begünstigungsklausel, so wie sie von V. selber formuliert worden war, auszulegen sei. Bei dieser Frage der Willensauslegung ist, wie bei der Auslegung eines jeden rechtlich relevanten Willens (vgl. namentlich Art. 1 OR), nicht sowohl auf den internen Willen des Erklärenden, als vielmehr auf den für den Adressaten erkennbaren Willen abzustellen, mit andern Worten es kommt nicht darauf an, wen sich der Versicherungsnehmer in diesem oder jenen Zeitpunkte unter seinen «gesetzlichen Erben» vorstellte oder vorstellen konnte, sondern entschei-

24 BGE 41 II 558 u. Pra. 40, Nr. 104.

dend ist, was die Versicherungsgesellschaft, an welche die Erklärung gerichtet war, und welche nicht zensiert ist, die persönlichen Verhältnisse des Versicherungsnehmers gekannt zu haben, darunter verstehen mußte».

Hier wird der Unterschied zwischen der Auslegung von einseitigen und unentgeltlichen Rechtsgeschäften von Todes wegen und der Auslegung von zweiseitigen entgeltlichen Rechtsgeschäften — wovon sogleich unter V und VI die Rede sein soll — vom Bundesgericht völlig verkannt. Dem Versicherer kann es nämlich ganz gleichgültig sein, wer begünstigt ist; denn bei Streit unter mehreren Begünstigten oder bei Ungewißheit über die Person des Gläubigers aus der Begünstigungsklausel steht dem Versicherer ja die Vorschrift von Art. 96 OR zur Verfügung: Er ist zur Hinterlegung der Versicherungsleistung berechtigt und braucht sich in den Streit unter den wirklichen Parteien gar nicht einzumischen, das heißt sich auch nicht auf den Rechtsstreit mit dem einen oder anderen Prätendenten einzulassen.

V.

Die Auslegung der sogenannten Verkehrsgeschäfte

Darunter gehören nicht nur die meisten entgeltlichen Verträge, sondern auch gewisse einseitige Willenserklärungen wie Bevollmächtigungen, Mahnungen, Genehmigungen. Als Typus soll jedoch der *Vertrag* und zwar der gegenseitige Vertrag mit Leistung und Gegenleistung zur Grundlage für die folgenden Erörterungen genommen werden. Wie bei den bereits besprochenen Nichtverkehrsgeschäften soll nur vom *gültigen* Vertrag die Rede sein, der den Anforderungen des OR hinsichtlich Entstehung, Form und Abwesenheit von Willensmängeln entspricht. Doch muß zum bessern Verständnis der nachfolgenden Ausführungen mit einigen Worten auf die Bedeutung des Art. 1 OR eingetreten werden. Das Gesetz folgt, in bewußter Absicht, der Erklärungs- oder besser Vertrauenstheorie, soweit es sich um die Frage handelt, ob ein Vertrag zwischen zwei oder mehreren Parteien zustande gekommen sei: Es genügt die Überein-

stimmung der Willens*äußerungen*. Die Begründung liegt darin, daß sich im Gebiete des Verkehrsrechtes jedermann, dem eine Offerte zugestellt wird, auf die Äußerung des Offerenten, und jedermann, dem auf seine Offerte eine Annahmeerklärung zugeht, auf die Äußerung des Acceptanten soll verlassen dürfen und in diesem *Vertrauen* geschützt wird[25]. Es ist ohne weiteres zuzugeben, daß diese Erklärungs- oder Vertrauenstheorie zu Unbilligkeiten für die eine oder andere Vertragspartei führen kann und häufig Verträge als geschlossen angesehen werden müssen, die es nicht verdienen, weil die Willensäußerung bei einer Partei nicht ihrem Willensentschluß entspricht oder weil der Wille nicht frei war. Aber darin liegt kein Unglück; denn die beste Korrektur bildet die Lehre von den Willensmängeln und innerhalb dieser Lehre die besonders weitgehende Berücksichtigung des Irrtums. Der Richter muß zwar unter Umständen einen Vertrag als zustande gekommen ansehen; ob er auch gültig, das heißt für die Parteien verbindlich sein soll, ist eine Frage, die damit nicht präjudiziert ist. *Diese* Frage bedarf dann erst noch der Prüfung. Wie bereits betont, setzen wir stets voraus, daß diese Prüfung die Verbindlichkeit des Vertrages ergeben hat.

Über die *Auslegung* der Verträge enthält nun unser OR eine Bestimmung, die auf den ersten Blick im Gegensatz zu der eben erwähnten Theorie zu stehen scheint. In Art. 18 heißt es nämlich: «Bei der Beurteilung eines Vertrages sowohl nach Form als nach Inhalt ist der übereinstimmende wirkliche Wille und nicht die unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise zu beachten...». Soll das nun etwa heißen, wie in einzelnen Entscheidungen der Gerichte schon angenommen worden ist, daß wohl für die Frage des Zustandekommens eines Vertrages jene Erklärungstheorie, für die Auslegung aber die Willenstheorie gelten soll? Mit Recht bemerkt BURCKHARDT in der bereits zitierten Abhandlung[26], daß der Inhalt des Vertrages nicht nach

25 Vgl. hierüber die grundlegenden Ausführungen von AUGUST SIMONIUS in der Basler Festgabe zum schweiz. Juristentag, 1942, u. in SJ 71, 505, 1949.

26 A.a.O., 430.

andern Maximen bestimmt werden kann als das Zustandekommen. Man kann nicht für die Entstehung des Vertrages auf die Willens*erklärung*, für die Bestimmung des Inhaltes auf den *nichterklärten* Willen abstellen. Einen derartigen Widerspruch darf man dem Gesetze nicht unterschieben.

Der wahre Sinn des Artikels 18 OR ist ein anderer; seine Bedeutung und seine Tragweite sind wesentlich geringer als gemeinhin angenommen wird. Abgesehen von dem darin auch erwähnten Fall der Simulation, wovon hier nicht die Rede ist, bezieht sich Art. 18 *nur* auf die beiden Tatbestände, wo den *übereinstimmenden* Willenserklärungen der Vertragsschließenden eine mehrfache Bedeutung, ein verschiedener Sinn beigelegt werden kann, oder wo die Parteien eine vom üblichen Sprachgebrauch, namentlich von der Rechtssprache abweichende Ausdrucksweise gewählt haben. Als Beispiel für jenen Tatbestand sei der Fall erwähnt, wo ein Landwirt dem Müller 100 Doppelzentner Weizen verkauft hat, als Beispiel für diesen Tatbestand der andere Fall, wo sich ein angesehener Bürger gegenüber einer Bank für die Ehrlichkeit und Tüchtigkeit eines Bankbeamten «verbürgt» hat. Wenn im erstgenannten Beispiel beim Dreschen des Getreides sich herausstellt, daß das Korn verfault ist und der Bauer somit nichts liefern kann, so wird der Richter nach der wirklichen Meinung der Parteien als Gegenstand des Kaufes das auf den Feldern des Landwirtes gewachsene Getreide ansehen und einen Specieskauf mit unverschuldetem Untergang der Kaufsache, nicht aber einen Genuskauf von beliebigem Getreide annehmen, wo ein Untergang der Gattung gar nicht denkbar ist und infolgedessen der Landwirt wegen Nichterfüllung schadenersatzpflichtig würde [27]. Und wenn im zweiten Beispiel der Bankbeamte Unterschlagungen begeht und nach Südamerika verduftet, so wird der Richter im Einstehen des angesehenen Bürgers für die Ehrlichkeit und Tüchtigkeit dieses Beamten eine Empfehlung, einen Rat, wie das von den Parteien auch gemeint war, nicht aber eine Bürgschaft für den durch Unterschlagung

27 Vgl. DANZ, a.a.O., 76.

entstandenen Schaden erblicken. Eine Schadenersatzpflicht des empfehlenden Bürgers dürfte daher nur bei dolosem Verhalten ausgesprochen werden. Anders wäre mit dem Bundesgerichte dann zu entscheiden, wenn außerdem noch versprochen worden wäre, für die Amtsführung und für den vom Bankbeamten angerichteten Schaden bis zu einem bestimmten Haftungsbetrag einzustehen. In diesem Falle wäre in der Tat Bürgschaft anzunehmen [28].

Voraussetzung für die Anwendung des Art. 18 ist jedoch stets, daß *beide* oder *alle* Vertragsschließenden einen bestimmten Ausdruck oder eine bestimmte Klausel in der besondern Bedeutung, die der Richter dieser nun beilegt, verstanden haben. Art. 18 OR entspricht somit, wenigstens nach der hier interessierenden Richtung, in vollem Umfang dem Art. 1156 des Code civil français, wo es verständlicher heißt: «On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes» [29]. Damit wird zwar die Übereinstimmung zwischen Art. 1 OR (Erklärungstheorie) und Art. 18 OR (Auslegung nach dem wirklichen Willen der Parteien) hergestellt und gewahrt, dessen Anwendungsgebiet dagegen erheblich eingeschränkt. Es wird ja schon Fälle geben, wo man aus der Korrespondenz der Vertragsschließenden, aus deren Äußerungen in den Vertragsverhandlungen diesen «wirklichen Willen» ermitteln kann; aber in der Regel werden doch die Ansichten der streitenden Parteien über die Ausdrucksweise und damit über den Inhalt des Vertrages nicht erst in dem Zeitpunkt auseinandergehen, wo es zum Rechtsstreit gekommen ist und man die Hilfe des Richters angerufen hat.

Außer dem soeben zitierten Art. 1156 enthält der Code civil français noch eine ganze Reihe von allgemeinen Auslegungsregeln für Verträge, so zum Beispiel Art. 1161 und 1162, die bestimmen:

28 BGE 58 II 375.

29 Vgl. Esmein, Obligations, p. 512ff. in: Planiol-Ripert, Traité pratique de droit civil français, tome VI (1930).

«Toutes les clauses des conventions s'interprètent les unes par les autres, en donnant à chacune le sens qui résulte de l'acte entier.»

«Dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé, et en faveur de celui qui a contracté l'obligation.»

Die erstgenannte Vorschrift ist in der Hauptsache nur eine Erweiterung des oben erwähnten Art. 1156; dagegen kommt der an zweiter Stelle wiedergegebenen Bestimmung von Art. 1162 eine große praktische Bedeutung zu. Wir teilen die Ansicht WALTHER BURCKHARDTS über den Art. 1162 C.c.fr. — der ihn als «fadenscheinige Ausflucht» bezeichnet[30] — nicht, sondern machen vor allem auf die allgemein verbreitete Gerichtspraxis aus dem Versicherungsvertragsrecht aufmerksam. Allein unter Berufung auf diesen Auslegungsgrundsatz hat die Rechtsprechung in den meisten europäischen Staaten des Kontinents bis zum Erlaß der Spezialgesetze über den Versicherungsvertrag den unerläßlichen Schutz des Versicherungsnehmers und des Versicherten als schwächerer Vertragsparteien erzielt, der nun durch die Spezialgesetze allerdings auf festeren und sichereren Boden gestellt worden ist. Aber auch bei der Auslegung von Verträgen, für die zum Beispiel in der Bankpraxis oder bei Vermietung von Wohnungen gewöhnlich Formulare verwendet werden, leistet der Grundsatz des Art. 1162 C.c.fr. immer noch gute Dienste.

Zuzugeben ist allerdings, daß trotz der vorstehend erwähnten Gesetzesbestimmungen noch nach weiteren Methoden der Auslegung von Verträgen und anderen Verkehrsgeschäften Umschau gehalten werden muß, wenn der Praxis gedient sein soll. Davon sei in einem Schlußabschnitt die Rede.

VI.

Andere Auslegungsmethoden für Verträge

a) Ein hie und da recht brauchbares Hilfsmittel zur Auslegung von Verkehrsgeschäften läßt sich aus Art. 2 ZGB, das

30 A.a.O., 434.

heißt aus dem *Grundsatz von Treu und Glauben* herleiten. Man braucht bloß die für die Entstehung des Vertrages aufgestellte Erklärungs- oder Vertrauenstheorie auch auf die *Ermittlung des Inhaltes* auszudehnen. Ein Vertragsschließender soll sich auf die *Äußerung* der Gegenpartei verlassen können, deren Sinn auf Grund loyaler Gesinnung, Redlichkeit, Anständigkeit ermitteln und die Gegenpartei dabei behaften dürfen; denn es gilt schon für die Periode des Zustandekommens eines Vertrages der Grundsatz von Treu und Glauben. Ein Verstoß gegen diese Regel bedeutet eine culpa in contrahendo, die zu Schadenersatz führen kann[31]. Darum soll der Empfänger einer solchen Äußerung aber auch *verpflichtet* sein, die ihm zugegangene Erklärung in diesem, dem Grundsatze von Treu und Glauben entsprechenden Sinne zu verstehen. Diese Folgerung gewinnt dann für die Periode nach Abschluß des Vertrages Bedeutung: Wenn eine Brauerei dem Wirt das Restaurant auf zehn Jahre vermietet, ihm zur Einrichtung ein Darlehen gewährt und ihm als Gegenleistung eine Bierbezugspflicht auf ebenfalls zehn Jahre auferlegt, so muß dieser Wirt nach Treu und Glauben ohne weiteres annehmen, daß die Brauerei an der Bierlieferung etwas verdienen will. Auch wenn der Vertrag einen festen Preis für den Hektoliter Bier nennt, so braucht dieser Preis nicht während der vollen zehn Jahre zu gelten. Wird die Bierlieferung auf Grund des vertraglichen Preises für die Brauerei im Laufe der Zeit zum Verlustgeschäft, so schuldet eben der Wirt einen höhern Preis. Sinken die Produktionskosten für die Biererzeugung und gehen die Bierpreise allgemein herunter, so hat der Wirt Anspruch auf Herabsetzung des Preises; denn auch die Brauerei hat bei Vertragsschluß mit der Existenz des Wirtes gerechnet und nach Treu und Glauben damit rechnen müssen. Man braucht gar nicht zur clausula rebus sic stantibus Zuflucht zu nehmen, wie das Bundesgericht es für nötig erachtet hat[32].

Auf dieser Heranziehung des Grundsatzes von Treu und Glauben beruht die sehr vernünftige Auslegungsregel des

31 BGE 68 II 295.
32 Brasserie St-Jean; BGE 45 II 351.

Art. 1151 des Code civil français: «Dans le cas même où l'inexécution de la convention résulte du dol du débiteur, les dommages et intérêts ne doivent comprendre, à l'égard de la perte éprouvée par le créancier et du gain dont il a été privé, que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention[33].» Sie ist unseres Erachtens besser, nützlicher und weniger gefährlich als die früher von den Gerichten geschätzte Regel: in dubio zugunsten des Schuldners, worauf unter anderem unser Art. 99, Abs. 3 OR beruht, der die Bestimmungen über das Maß der Haftung bei unerlaubten Handlungen auf das vertragswidrige Verhalten des Schuldners bei Nichterfüllung des Vertrages entsprechend angewendet wissen will.

b) Eng verwandt mit der Auslegung des Vertrages nach dem Grundsatz von Treu und Glauben ist die Interpretation der Vereinbarungen nach ihrer *Bedeutung im Verkehr:* «Ce qui est ambigu s'interprète par ce qui est d'usage dans le pays où le contrat est passé» (Code civil français art. 1159). Das schweizerische Recht enthält keinen derartigen Ausspruch; dennoch läßt sich die Regel auch für unser Recht begründen, und zwar durch den Hinweis auf Art. 5, Abs. 2, ZGB. Dort wird anerkannt, daß Ortsgebrauch und Übung eigentliche Rechtsquellen sein können, sobald das Gesetz darauf verweist (sogenanntes mittelbares Gesetzesrecht). Wenn eine bloße Übung oder ein Ortsgebrauch sogar zum Rechtssatz werden können, so darf man ihnen zweifellos auch die bescheidenere Funktion eines brauchbaren Auslegungsmittels zuerkennen. Hat jemand einem andern Geld gegeben, um ihm über finanzielle Schwierigkeiten hinwegzuhelfen, so kann der Wille der Parteien gerade so gut auf Schenkung wie auf Darlehen gerichtet sein, und es kommt auch vor, daß der Geldgeber Darlehen, der Empfänger Schenkung gemeint hat. Hier wird der Richter sich nach dem Stande, nach der Berufsangehörigkeit und nach den übrigen persönlichen Verhältnissen erkundigen und sich darnach richten, was unter solchen Parteien am Ort des Vertragsschlusses der Übung ent-

33 Dieser Gedanke lag auch dem Art. 116, Abs. 1a OR zu Grunde u. ist z. T. in OR Art. 195, 208, 537 u. 755 verwendet worden.

spricht. Stehen sich Studenten, Arbeitskollegen, Kameraden als Parteien gegenüber, wird eher auf Darlehen zu schließen sein, lassen sich erhebliche soziale Unterschiede zwischen den sich verwandtschaftlich oder freundschaftlich nahestehenden Vertragsschließenden feststellen, dürfte die Annahme des Schenkungswillens besser der Übung entsprechen.

Viel größere Bedeutung kommt diesem Zurückgehen auf Übung und Ortsgebrauch dann zu, wenn sich die Vereinbarungen der Parteien als *lückenhaft* erweisen. Allerdings gehen bloße Auslegung und Ergänzung des Tatbestandes häufig ineinander über; eine scharfe Grenze läßt sich nicht ziehen und ist auch nicht nötig. Sicher ist, daß überhaupt nie ein Vertrag verurkundet wird, der alle erforderlichen Klauseln enthält. Ganz besonders im Gebiete der Verkehrsgeschäfte verlangt das Leben, daß man bei Vertragsschluß die Vollständigkeit den praktischen Bedürfnissen opfert; sogar aus psychologischen Gründen: die Tendenz eines Vertragsschließenden, für alle nur denkbaren Möglichkeiten eine Norm aufstellen zu wollen, wird von der Gegenpartei leicht als mangelndes Vertrauen in die persönliche Anständigkeit und Redlichkeit empfunden und kann wesentlich dazu beitragen, daß sie sich vor Abschluß des Vertrages vom Geschäft zurückzieht. Wer zu einem Vertragsverhältnis gelangen will, *muß* unter Umständen einzelne Fragen beiseite lassen und auf die Ordnung bestimmter Punkte verzichten, selbst wenn er deren Regelung an und für sich gewünscht hätte. Dazu treten die vielen Fälle, wo weder die eine noch die andere Partei die später, in der Zukunft auftretenden Schwierigkeiten voraussehen kann und deshalb gar nicht an deren vertragliche Regelung denkt.

In diesen beiden Fällen versagt dann das Rezept, das den Richter veranlaßt, auf den «wirklichen Parteiwillen» zurückzugehen. Entweder ist dieser nicht feststellbar oder war überhaupt nicht vorhanden. Auch der Grundsatz von Treu und Glauben hilft hier nicht weiter. Soll man deswegen das Vorhandensein eines Vertrages verneinen? Das verbietet schon Art. 2 OR, der bestimmt: «Haben sich die Parteien über alle wesentlichen

Punkte geeinigt, so wird vermutet, daß der Vorbehalt von Nebenpunkten die Verbindlichkeit des Vertrages nicht hindern solle. — Kommt über die vorbehaltenen Nebenpunkte eine Vereinbarung nicht zustande, so hat der Richter über diese nach der Natur des Geschäftes zu entscheiden. — Vorbehalten bleiben die Bestimmungen über die Form der Verträge.» Das verbietet aber auch ebensosehr das wohlverstandene Interesse der Vertragsparteien; denn auch ihnen wird die Annahme eines Vertragsverhältnisses erwünschter sein. Aber ohne Ergänzung der Lücken geht es nicht. Darum erklärte schon Code civil français, Art. 1160: «On doit suppléer dans le contrat les clauses qui y sont d'usage, quoiqu'elles n'y soient pas exprimées.»

Für die wichtigste Vertragsart im Verkehr, den Kauf, enthält unser Obligationenrecht seit 1912 ebenfalls einen Rechtssatz, der weit über den zitierten Art. 2 OR hinausgeht und der ohne die hier besprochene Ausfüllung der Lücken des Vertrages gar nicht wirksam werden kann. Kaufen heißt, sich über Ware und Preis einigen; somit sind Kaufgegenstand und Preis die beiden wesentlichen Begriffsmerkmale. Und doch ist der Preis genügend bestimmt, wenn er nach den Umständen bestimmbar ist (OR Art. 184, Abs. 3). Bei Verkehrsgeschäften dürfte dies immer möglich sein; schließlich bestimmt dann der Richter den Preis, wenn die Vertragsparteien darüber nicht gesprochen und auch keine Methode hiefür ausdrücklich vorbehalten haben. Im kaufmännischen Verkehr steht dem Richter für seine ungewohnte Mission das Hilfsmittel zur Verfügung, daß er «auf den mittlern Marktpreis zur Zeit und an dem Orte der Erfüllung» abstellen soll[34].

Ein weiteres Beispiel für die Unerläßlichkeit der Lückenausfüllung bildet das sogenannte *Sukzessivlieferungsgeschäft*, wo Rohstoffe «nach Bedarf» gekauft oder wo die Abnahme der «ganzen Produktion» zugesagt worden ist. Soll man hier den Vertrag verleugnen, oder soll man entscheiden, daß hier alles in das Ermessen der einen Partei gestellt worden sei? Eines

34 OR Art. 212.

wäre so unbillig wie das andere. Es hilft nur das Zurückgehen auf Übung und Handelsbrauch, das heißt die Ergänzung des Vertrages durch den Richter.

Was für den Kauf vom Gesetz ausdrücklich vorgesehen ist, kann sich ebensogut in einer andern Materie des Obligationenrechtes ereignen. Wir denken an die Arbeitsverträge, insbesondere bei den liberalen Berufsarten, wo Aufträge erteilt und angenommen werden, ohne daß vom Honorar die Rede wäre, und wo Dienstverträge sich oft mit dem bloßen Hinweis auf Provision oder Gratifikation begnügen. Auch wenn keine amtlichen Tarife bestehen, so heißt das noch lange nicht, daß der Chirurg nach der mehr oder weniger gelungenen Operation nach Belieben fordern oder daß der Dienstherr sich mit einer lächerlichen Provision oder Gratifikation von seiner Verpflichtung loskaufen könne. Es geht auch da nicht ohne die Lückenausfüllung unter Heranziehung von Ortsgebrauch, Brancheübung oder Herkommen.

c) Wie der Gesetzgeber bei der Aufstellung der Rechtssätze nach Grundsätzen handelt, das Richtige und Vernünftige zu verwirklichen trachtet, so trifft dieses Bestreben fast immer auch bei den vertragsschließenden Parteien zu; auch sie wollen regelmäßig ihre Vertragsordnung einem *vernünftigen* und gelegentlich sogar *gemeinsamen* Zweck dienstbar machen. Es ist ein Verdienst WALTHER BURCKHARDTS, in dieser Beziehung auf die typische Bedeutung des Gesellschaftsvertrages nach dieser Richtung hingewiesen zu haben[35]. Beim Gesellschaftsvertrag, möchten wir sagen, ist dieses Streben der Parteien nach einem gemeinsamen Zweck am leichtesten feststellbar. Allein auch in gegenseitigen Verträgen, wie Kauf, Miete und Pacht, und bei allen Arbeitsverträgen, lassen sich sehr oft gemeinsame Bestrebungen der Parteien neben der rein egoistischen Interessenwahrung auffinden. Nur darf man bei dieser Betrachtung nicht von den Rechtsgeschäften des täglichen Lebens ausgehen, die eben eine bedenkliche Verflachung aufweisen, die aber auch keine An-

35 ZBJV 71, S. 436ff., vgl. unsere Ausführungen oben, S. 145.

forderungen an die Auslegung durch den Richter stellen. Vielmehr sind der Handelskauf, die Pacht, der Dienst- und Werkvertrag, der Auftrag der Betrachtung zugrunde zu legen.

Schon bei Geschäften unter Kaufleuten tut man den Parteien ein schweres Unrecht an, wenn man in naiver Einstellung glaubt, der Verkäufer habe nur einen möglichst hohen und der Käufer einen möglichst geringen Preis vor Augen, wenn sie in Vertragsverhandlungen treten. Wer verdienen will, weiß auch, daß der andere ebenfalls verdienen muß; das «leben und leben lassen» spielt schon hinein. Wer Kaufmann ist, weiß auch, daß es besser ist, an einer Reihe von Geschäften weniger als an einem einmaligen Geschäft viel zu verdienen. Verkauft der Produzent seine Artikel, so wird der Grossist sein Mitarbeiter; es entwickelt sich auf gemeinsamer Grundlage die Geschäftsfreundschaft. Diese Überlegungen deuten auf eine gewisse Gemeinsamkeit des Zweckes hin, die durch die Vernunft geboten ist.

Der Vermieter denkt ebensosehr daran, einen Dauermieter zu bekommen, nicht bloß an den möglichst hohen Mietzins; der Verpächter will sein Eigentum einem tüchtigen Pächter anvertrauen, der den Wert des Gutes durch seine Bewirtschaftung erhält oder erhöht. Der loyale Arbeitgeber zahlt lieber einen etwas höhern Lohn, wenn sich die Arbeitskraft und Arbeitsfreude des Dienstpflichtigen dadurch steigern. Der Auftraggeber kümmert sich beim Vertragsschluß kaum um die Höhe des Honorars, wenn nur der Anwalt ihm beisteht und er selbst mit dessen Hilfe den Prozeß gewinnt, wenn nur der Notar den Nachlaßvertrag zustande bringt, wenn nur der Arzt die ersehnte Heilung herbeiführt!

Darum ist die *Berücksichtigung des gemeinsamen, vernünftigen Zweckes durch den Richter* auch bei der Auslegung der Verkehrsgeschäfte die wichtigste und fruchtbringendste Methode. Sie dient, ähnlich wie die Zuhilfenahme der Verkehrsübung (lit. b), sowohl der *Auslegung* als namentlich auch der *Ergänzung* unvollständiger Verträge. Hiefür nur zwei Beispiele aus der Praxis.

A hatte von der Bank B einen Kredit von 25 000 Fr. erhalten

und auch ausgenützt. Die Bank verlangt neue Deckung. A verpfändet einen Schuldbrief. Wie üblich, wird der Vertrag nach Formular abgeschlossen. Darin heißt es: Der Schuldbrief bietet Sicherheit «für alle bestehenden und noch erlaufenden Verbindlichkeiten des Schuldners». Im Laufe der Zeit diskontiert die Bank B einen Wechsel, der von einem beliebigen Dritten angeboten wird und worin der A Schuldner ist. Es entsteht Streit darüber, ob der Schuldbrief auch hiefür Sicherheit biete. Die Absicht der Parteien bei Vertragsschluß war *nur* auf Sicherung des Kredites gerichtet; der Wortlaut des Vertrages spricht deutlich für die Sicherung aller beliebigen Forderungen gegen A. Auslegung durch das Bundesgericht: weder jenes noch dieses! Vernünftiger Zweck bei solchen Geschäften ist, Sicherheit für alle *aus dem Geschäftsverkehr* zwischen Kunde und Bank entstehenden Verbindlichkeiten zu verschaffen. Hiezu gehören nicht nur der Kredit, aber doch nicht beliebige, von Dritten zufällig erworbenen Wechselforderungen der Bank[36].

Der Fabrikant A hat gegenüber dem Elektrizitätswerk B die Bezugspflicht auf 10 Jahre übernommen; außerdem wurde eine sogenannte Minimalgarantie in den Vertrag aufgenommen. Die Fabrik brennt ab und wird, was sich objektiv rechtfertigen ließ, nicht mehr aufgebaut. Ist die Minimalgarantie noch zu leisten? Der Richter verneint die Frage und begründet dies damit, daß beide Parteien vernünftigerweise bei Vertragsschluß die Verwendbarkeit der elektrischen Energie im Betriebe des A vorausgesetzt hätten. Aus dem gemeinsamen Zweck heraus wird der Vertrag vom Richter ergänzt[37].

*

Zweck unserer Ausführungen war, zu zeigen, daß im vergangenen Jahrhundert eine nicht ganz nebensächliche Aufgabe der Rechtswissenschaft und der Gerichtspraxis, nämlich die Pflege der Lehre von der Auslegung der rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen, noch nicht in vollem Umfange erfüllt worden ist.

36 BGE 51 II 273.
37 BGE 48 II 366.

Als erste und vornehmste Aufgabe der Rechtswissenschaft pflegte man die Auslegung der Gesetze und der Rechtssätze zu bezeichnen. Dies bildet ja den überwiegenden Gegenstand des Unterrichts in den Seminarien und praktischen Übungen an unseren Hochschulen. Nach unserer Erfahrung liegt hierin aber doch eine gewisse Übertreibung oder doch eine gewisse Einseitigkeit. Selbstverständlich hängen häufig die Entscheidung eines Rechtsstreites und die Verwirklichung des Rechts von dieser Auslegung eines Rechtssatzes ab. Ebenso ist die gelegentliche Brauchbarkeit der Methoden, die von der Rechtswissenschaft zu diesem Zwecke entwickelt worden sind, anzuerkennen. Gewiß haben die Lehren über die Analogie, vom Schluß auf das Gegenteil, die teleologische Auslegungsmethode, die Interessenabwägung usw. ihre Existenzberechtigung, selbst wenn ihre Bedeutung unter der Herrschaft des ZGB gegenüber dem früheren Rechtszustande beträchtlich zurücktreten mußte.

Auch fehlt es im Privatrecht ja nie an einem Rechtssatz, den man auslegen kann. Nach der großartigen Auffassung unserer Privatrechtskodifikationen ist zwar nicht das Gesetz selbst, wohl aber die Rechtsordnung als ganzes lückenlos. Liefert das Gesetz keinen oder doch keinen das Rechtsgefühl befriedigenden Rechtsatz, so nimmt man zum Gewohnheitsrecht seine Zuflucht, und versagt regelmäßig auch diese Rechtsquelle, so darf man zur Lückenausfüllung durch freie richterliche Rechtsfindung greifen. Da könnte man nun beinahe glauben — und es gibt immer noch Juristen und noch mehr Laien, die das glauben —, die Rechtssverwirklichung biete gar keine Schwierigkeiten mehr: Ein Rechtssatz sei stets vorhanden, und die Technik der Auslegung sei annähernd vollkommen. Dieser Glaube ist, wenigstens für das Privatrecht, irrig.

Das Kennzeichen des Privatrechts ist die Freiheit des Menschen, seine Angelegenheiten selber rechtlich zu ordnen, die sogenannte privatrechtliche Autonomie. Diesem Willen des Menschen soll der Richter zum Durchbruch verhelfen, was ihn und die Rechtswissenschaft vor eine neue Aufgabe stellt. *Es ist die Ermittlung des Parteiwillens und die Auslegung der Willens-*

erklärungen. Beides ist entscheidend für die Beantwortung der Frage, welcher Rechtssatz im Einzelfall zur Anwendung kommen soll. Somit bedürfen auch die Willensäußerungen der Parteien der Auslegung, wie wir im Vorstehenden zu zeigen versucht haben.