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: 95 (1976)

Artikel: Die Allgemeinverbindlicherklärung von Kollektivverträgen als gesetzgeberisches Gestaltungsmittel : dargestellt an den Beispielen des GAV und des RMV

Autor: Hausheer, Heinz

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-895728

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: 13.10.2025

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

Die Allgemeinverbindlicherklärung von Kollektivverträgen als gesetzgeberisches Gestaltungsmittel

(dargestellt an den Beispielen des GAV und des RMV)

Referat von Dr. HEINZ HAUSHEER
Professor an der Universität Bern
Vizedirektor der Eidg. Justizabteilung

Vorbemerkung

Das Thema: «Die Allgemeinverbindlicherklärung von Kollektivverträgen als gesetzgeberisches Gestaltungsmittel» wird alter Gewohnheit des Schweizerischen Juristenvereins entsprechend durch zwei Referenten behandelt. Mit dem Korreferenten wurde insofern eine gewisse Arbeitsteilung vereinbart, als hier die Allgemeinverbindlicherklärung vor allem in den größeren Bezugsrahmen privatrechtlicher Gesetzgebungsprobleme gestellt und am Beispiel der menschlichen Arbeit und der Miete von Wohnraum dargelegt werden soll, während das andere Referat die Idee des Kollektivismus etwas unmittelbarerer Betrachtung und auch in bezug auf weitere Anwendungsbereiche, wie etwa im Bankwesen unterziehen soll.

Inhaltsverzeichnis

Vorbemerkung 227
Literaturverzeichnis 231

I. Gesetzgeberische Maßnahmen im Bereiche der Wohnungsmiete nach Einführung des Obligationenrechts 241

II. Die Grundlagen des geltenden ordentlichen Mietrechts im Rahmen des Obligationenrechts 254

1. Das Obligationenrecht von 1881 254
2. Verändertes Vertragsverständnis 261
3. Störfaktoren beim Vertragsschluß unabhängig von der Wirtschaftslage 263
4. Absicherungen seitens des allgemeinen Vertragsrechts gegen wirtschaftliche Störfaktoren 270
   A. Vertragsinhaltskontrolle beim Übervorteilungstatbestand . . . 270
   B. Vertragsinhaltskontrolle bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) und relativ zwingendes Gesetzesrecht 278
      a) Richterliche Inhaltskontrolle 278
      b) Relativ zwingendes Gesetzesrecht 290
5. Zusammenfassung 292

III. Tendenzen in der Sondergesetzgebung zur Bekämpfung der Mißbräuche auf dem Gebiete der Wohnungsmiete 293

IV. Kollektive Gegengewichte als Ausgleichsmechanismen bei wirtschaftlicher Ungleichgewichtslage 297

1. Die juristischen Elemente des Kollektivvertrages 300
2. Die Durchsetzung der Kollektivvertragsvereinbarung, insbesondere: Die gesetzliche Unabdingbarkeit für den Gesamtarbeitsvertrag . . 304
3. Die gesetzliche Unabdingbarkeit und die Festlegung des Einzelvertragsinhaltes durch den Kollektivvertrag 311
4. Der Kollektivvertrag zwischen Einzelvertrag und Gesetz 311
5. Zur wirtschaftlichen Ausgangslage für den Gesamtarbeitsvertrag . . 313

6. Die rechtliche Bedeutung der wirtschaftlichen Wettbewerbsbehinderung durch den Kollektivismus 320

V. Die Allgemeinverbindlicherklärung von Kollektivverträgen 323

1. Die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen . . 323
   a) Der GAV und die Außenseiter 324
   b) Die AVE und die Außenseiterfrage 327
   c) Zur Rechtsnatur der AVE vom GAV 331
   d) Die verfassungsmäßige und gesetzliche Grundlage der AVE . . 338
   e) Der tatsächliche Anwendungsbereich der AVE von GAV 338
2. Die AVE von kollektiven Mietverträgen 345
   a) Der Wohnungsmarkt 345
   b) Der Mieter 349
   c) Der Vermieter. 351
   d) Der Wohnungsmarkt und der Kollektivvertrag 352
   e) Die Allgemeinverbindlicherklärung von Kollektivverträgen im Bereiche der Wohnungsmiete 357

Schlußbemerkung 359

Anhang 363

Literaturverzeichnis

Literatur und Rechtsprechung wurden bis 1. Dezember 1975 berücksichtigt. Die im nachstehenden Verzeichnis aufgeführten Publikationen werden nur mit dem Namen des Verfassers, bei mehreren Arbeiten des gleichen Autors unter Anführung eines zusätzlichen Kennwortes zitiert.
Auf ein Abkürzungsverzeichnis wurde verzichtet; vgl. hierzu KIRCHNER, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, Berlin 1957, und das Verzeichnis im Schweizerischen Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung 69, 1968, S. 401 ff. Die meisten Abkürzungen, welche schweizerische Fundstellen betreffen, sind auch in der amtlichen Sammlung der Bundesgerichtsentscheide verzeichnet.

AMONN, ALFRED. Wirtschaftspolitik in der Schweiz in kritischer Sicht, Bern 1959.

ANGELINI, TERENZIO. Langfristiger Wohnungsbedarf, in: Schweizerische Wohnungswirtschaft in Gegenwart und Zukunft, Bern 1975, S. 177 ff.

ARREGGER, OTTO. Die normativen Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages und ihr Verhältnis zum Einzelarbeitsvertrag, Diss. Bern 1974.

AUBERT, JEAN-FRANÇOIS. Traité de droit constitutionnel suisse, Neuchâtel 1967.

AUER, EUGEN. Die richterliche Korrektur von Standardverträgen, Diss. Bern 1964 (auch in Abhandlungen zum schweiz. Recht, Heft 361, Bern 1964).

Bericht eines privaten Arbeitsausschusses an die Schweiz. Vereinigung für Sozialpolitik zum Ausbau des Rechts der Gesamtarbeitsverträge, WuR 2, 1950, S. 1 ff. (zit. Bericht Arbeitsausschuß für Sozialpolitik).

Bericht der Arbeitsgruppe beim Bundesministerium für Justiz. Vorschläge zur Verbesserung des Schutzes der Verbraucher gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen. – Erster Teilbericht, Bonn 1974; zweiter Teilbericht, Bonn 1975.

Bericht der Eidg. Wohnbaukommission. Wohnungsmarkt und Wohnungsmarktpolitik, Sonderheft Nr. 72 der «Volkswirtschaft», Bern 1963.

BIGLER, FRIEDRICH WALTER. Die Praxis der Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen, Diss. Bern 1956.

BOGS, WALTER. Zur Entwicklung der Rechtsform des Tarifvertrages, in: Festschrift für Julius von Gierke, Berlin 1950.

BORSCHBERG, HANS. Die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen im Rahmen des schweizerischen Verfassungsrechts, Diss. Zürich 1945.

BURCKHARDT, WALTHER. Gedanken eines Juristen über den Korporationenstaat, ZBJV 70, 1934, S. 97 ff.

VON BÜREN, BRUNO. Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil, Zürich 1964.

BYDLINSKI, FRANZ. Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes, Wien/New York 1967.

CAGIANUT, FRANCIS. Fiskalpolitische Maßnahmen zur Beeinflussung der Wohnbautätigkeit, in: Schweizerische Wohnungswirtschaft in Gegenwart und Zukunft, Bern 1975, S. 227 ff.

DE CAPITANI, W. Die verfassungsrechtliche Grundlage des Interventionismus (BV 31 bis III a), Diss. Zürich 1960.

COING, HELMUT. Zur Geschichte des Privatrechtsystems, Frankfurt a. M. 1962 (zit. Privatrechtsystem).

DELLMANN, HANSJÖRG. Die Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen – Staatliche Rechtsetzung oder Mitwirkung des Staates im Rahmen erweiterter Autonomie der Sozialpartner?, Diss. Köln 1966.

EICHHOLZER, EDUARD. Aus der Geschichte des Schweizerischen Gesamtarbeitsvertrags, ZSR 85 I, 1964, S. 41 ff.

Eidg. Statistisches Amt. Statistisches Jahrbuch der Schweiz 1973.

ENDERLE, URS. Die Mietpreispolitik des Bundes von 1936 bis 1967, Diss. Zürich 1969.

EUGSTER, RICHARD. Die Entstehung des schweizerischen Obligationenrechtes vom Jahre 1883, Diss. Zürich 1926.

FLEMMING, GEROLD. Rechtsvergleichende Untersuchungen zum Gesamtarbeitsvertrag nach deutschem, schweizerischem und österreichischem Recht, unter besonderer Berücksichtigung der Rückwirkung als Beispiel für die Grenzen der Kollektivmacht, Diss. Basel 1967.

FLUME, WERNER. Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, Band II: Das Rechtsgeschäft, Berlin/Heidelberg/New York 1965.

FRÖHLICH, ERNST. Vom zwingenden und nichtzwingenden Privatrecht, Diss. Zürich 1922.

GEHRIG, LOTHAR. Die öffentliche Wohnbauförderung in einer marktwirtschaftlichen Ordnung, Diss. St. Gallen 1965.

GIGER, HANS GEORG. Die Mitwirkung privater Verbände bei der Durchführung öffentlicher Aufgaben, Diss. Bern 1951.

GMÜR, ROLAND. Rechte des Mieters. Erste Hilfe für Wohnungsmieter und Geschäftsmieter, Sekretariat Mieterverband, Zürich 1973.

GMÜR, RUDOLF. Das Schweizerische Zivilgesetzbuch verglichen mit dem Deutschen bürgerlichen Gesetzbuch, Bern 1965 (auch in Abhandlungen zum schweiz. Recht, Heft 366, Bern 1965).

GOLTZ, HANNO. Motivirrtum und Geschäftsgrundlage im Schuldvertrag, Diss. Lausanne 1973.

GUGGENHEIM, THOMAS C. Schweizerische Wohnbaupolitik – Möglichkeiten und Grenzen, in: Bauen, Wohnen, Leben, Vortragszyklus der Hochschule St. Gallen, 1974, S. 26 ff.

GURTNER, PETER. Mieterschutz in der Schweiz: Geschichte und Kontroverse, in: Schweizerische Wohnungswirtschaft in Gegenwart und Zukunft, Bern 1975, S. 195 ff. (zit. Mieterschutz).

– Das neue Wohnbau- und Eigentumsförderungsgesetz: Entstehung und Inhalt, in: Schweizerische Wohnungswirtschaft in Gegenwart und Zukunft, Bern 1975, S. 25 ff. (zit. Eigentumsförderungsgesetz).

GYGI, FRITZ. Die Schweizerische Wirtschaftsverfassung, Referate und Mitteilungen des Schweizerischen Juristenvereins, ZSR 104 II, 1970, S. 268 ff.

GYSIN, ARNOLD. Inhalt, Wirkungen, Anwendung und Durchsetzung des Gesamtarbeitsvertrages, ZBJV 93, 1957, S.417ff. (zit. Gesamtarbeitsvertrag).
- Privatrecht und öffentliches Recht im Arbeitsrecht, ZBJV 87, 1951, S.49ff.
- Zur Revision des Arbeitsrechts, ZSR 70, 1951, S.373ff. (zit. Revision).

HAUSHEER, HEINZ. Zur Lehre des Vertragsschlusses, ZBJV 110, 1974, S.209ff.

VON HAYEK, FRIEDRICH AUGUST. Wirtschaft, Wissenschaft und Politik, Freiburger Universitätsreden, Heft 34, Freiburg i.B. 1963.

HEIL, ANTON. Die Allgemeinverbindlicherklärung schuldrechtlicher Bestimmungen von Gesamtarbeitsverträgen, Diss. Zürich 1950.

HEITHER, FRIEDRICH H. Das kollektive Arbeitsrecht der Schweiz, Arbeits- und sozialrechtliche Studien, Heft 13, Stuttgart 1964, S.98ff.

HERSCHEL, WILHELM. Zur Rechtsnatur der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen, in: Festschrift für Walter Bogs, Berlin 1959, S.125ff.

HILGER, MARIE-LUISE. Referat zum Thema «Der Einfluß des kollektiven Arbeitsrechts auf das Einzelarbeitsverhältnis», Sitzungsbericht der Verhandlungen der arbeitsrechtlichen Arbeitgemeinschaft, in: Verhandlungen des 43. Deutschen Juristentages, Band II, München 1962, S. F 5ff.

VON HIPPEL, FRITZ. Zum Aufbau und Sinnwandel unseres Privatrechts. Ein Vortrag, Tübingen 1957.

HOLER, OSKAR. Gesamtarbeitsvertrag und Allgemeinverbindlichkeit, Genf 1943 (zit. GAV/AVE).
- Die Rechtsnatur des Gesamtarbeitsvertrages, SJZ 36, 1939, S.1ff (zit. Rechtsnatur).

HOMBURGER, ERIC. Rechtsgrundlagen der Interessenabwägung bei Anwendung des Kartellgesetzes, ZSR 89 II, 1970, S.1ff.

HUBER, EUGEN. System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechtes, Band I–IV, Basel/Stuttgart 1886/1888/1889/1893 (zit. SPR).

HUBER, HANS. Die Koalitionsfreiheit, ZBJV 83, 1947, S.1ff. (zit. Koalitionsfreiheit).
- Die staatsrechtliche Bedeutung der Allgemeinverbindlicherklärung von Verbandsbeschlüssen und -vereinbarungen, ZSR 59, 1940, S.331ff. (zit. Allgemeinverbindlicherklärung).
- Staat und Verbände, in: Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Heft 218, Tübingen 1958 (zit. Staat und Verbände).
- Die verfassungsrechtliche Bedeutung der Vertragsfreiheit, Schriftenreihe der juristischen Gesellschaft e.V., Heft 24, Berlin 1966 (zit. Vertragsfreiheit).

HUECK, ALFRED. Normenverträge, Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Bd. 73, Jena 1923, S.33ff.

HUG, WALTHER. Die Gesetzgebung über den Gesamtarbeitsvertrag und dessen Allgemeinverbindlichkeit, WuR 6, 1954, S.117ff. (zit. Gesamtarbeitsvertrag).
- Grundsätzliche Fragen der Arbeitsgesetzgebung, in: Einführung in das Arbeitsgesetz von EDUARD NAEGELI, Bern 1966, S.42ff. (zit. Arbeitsgesetzgebung).
- Die Revision des Dienstvertragsrechts, in: Festgabe der Hochschule St. Gal-

len zum Schweizerischen Juristentag 1965: Stillstand und Fortentwicklung im schweizerischen Recht, Bern 1965, S. 187ff. (zit. Revision).

JACOBI, ERWIN. Grundlehren des Arbeitsrechts, Leipzig 1927.

KANT, IMMANUEL. Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre. Einleitung in die Metaphysik der Sitten, S. 22ff.; Einteilung der Rechtslehre, S. 45ff., Königsberg 1797.

KAUFMANN, KARL HEINZ. Arbeitsmarkt und Wettbewerbspolitik. Eine Studie über die Wettbewerbspraktiken auf dem schweizerischen Arbeitsmarkt, Diss. Bern 1970.

KLEPS, KARLHEINZ. Wohnungsmarktpolitik in der Schweiz. Grundlagen und Grundzüge einer rationalen wohnungsmarktpolitischen Konzeption. Berner Beiträge zur Nationalökonomie, Nr. 9, Bern/Stuttgart 1969.

KLETT, ERICH W. Grenzen der tarifvertraglichen Normsetzungsbefugnis, Diss. Würzburg 1967.

KOBI, JEAN-MARCEL. Rechtsprobleme des Normalarbeitsvertrages, erläutert am Beispiel des Normalarbeitsvertrages für das Pflegepersonal, Diss. Zürich 1973.

KOSCHAKER, PAUL. Europa und das römische Recht, München/Berlin 1947.

KÖTZ, HEIN. Welche gesetzgeberischen Maßnahmen empfehlen sich zum Schutze des Endverbrauchers gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Formularverträgen? (dargestellt an Beispielen aus dem Kauf- und Werkvertrags- sowie dem Maklerrecht), Gutachten für den 50. Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des 50. Deutschen Juristentages, Band I, München 1974.

KRAMER, ERNST A. Grundfragen der vertraglichen Einigung. Konsens, Dissens und Erklärungsirrtum als dogmatische Probleme des österreichischen, schweizerischen und deutschen Vertragsrechts, München/Salzburg 1972.

KREIS, PETER. Der Anschluß eines Außenseiters an den Gesamtarbeitsvertrag. Untersuchungen zum Art. 356 b OR, Diss. Bern 1973.

KRELLE, WILHELM. Lohn (I) Theorie, in: Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, Bd. VII, Stuttgart/Tübingen/Göttingen 1961, S. 1ff.

KÜLP, BERNHARD. Wandlungen der Rolle der Tarifpartner in der heutigen Gesellschaft, in: Recht der Arbeit, München 1967, S. 224ff.

KÜNG, EMIL. Zur Allgemeinverbindlicherklärung von Mindestlöhnen, WuR 2, 1950, S. 114ff.

LANGELS, RUDOLF HANS. Die Rechtsnatur der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen, Diss. Köln 1962.

LEVINSON, H. M. Bestimmungsfaktoren bei kollektiver Lohnfindung, in: Arbeitsökonomik, neue Wissenschaftliche Bibliothek, Bd. 48, Köln 1972, S. 206ff.

LIEB, MANFRED. Die Rechtsnatur der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen als Problem des Geltungsbereichs autonomer Normensetzung, Diss. München 1960.

LIPSET, SEYMOUR MARTIN. Der politische Prozeß in den Gewerkschaften. Eine theoretische Darstellung, in: Arbeitsökonomik, neue Wissenschaftliche Bibliothek, Bd. 48, Köln 1972, S. 141ff.

LIVER, PETER. Der Begriff der Rechtsquelle, in: Berner Festgabe für den Schweizerischen Juristenverein, ZBJV 91bis, 1955, S. 1ff. (zit. Rechtsquelle).
- Berner Kommentar, Einleitungsband Art. 1–10 ZBG, Allgemeine Einleitung vor Art. 1, Bern 1962 (zit. Komm. Einleitung vor Art. 1).
LOTMAR, PHILIPP. Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches, Band I + II, Leipzig 1902/1908 (zit. Arbeitsvertrag).
- Der Dienstvertrag im künftigen schweizerischen Civilrecht, ZSR 21, 1902, S. 507ff. (zit. Dienstvertrag).
LUPFER, KLAUS. Bauwirtschaft und Wohnungsmarkt, in: Schweizerische Wohnungswirtschaft in Gegenwart und Zukunft, Bern 1975, S. 165ff.
LUSSER, EDUARD. Untersuchungen zum Gesamtarbeitsvertragsrecht, Diss. Bern 1957 (zit. Gesamtarbeitsvertragsrecht).
- Zur Konstruktion kollektiver Verträge. Ein Vergleich zwischen den Regeln des allgemeinen Rechts und der geplanten Spezialordnung für den Gesamtarbeitsvertrag. SJZ 50, 1954, S. 137ff., 169ff. (zit. Konstruktion).
MARTI, HANS. Die Handels- und Gewerbefreiheit nach den neuen Wirtschaftsartikeln, Bern 1950.
MATHYS, PETER. Das Verhältnis zwischen Kartellrecht und kollektivem Arbeitsrecht. Versuch einer Grenzziehung, Diss. Basel 1968.
MAZZOLA, ENRICO. Verhältnis und Abgrenzung von Art. 20 und 21 OR, Diss. Basel 1970.
MERZ, HANS. Berner Kommentar, Einleitungsband Art. 1–10 ZBG, Kommentierung von Art. 2, Bern 1962 (zit. Komm.).
- Le contrôle judiciaire des conditions générales du contrat en droit suisse, Sem. jud. 97, 1975, S. 193ff. (zit. Contrôle des conditions générales).
- Die Revision der Verträge durch den Richter, Referat vor dem Schweizerischen Juristenverein 1942, ZSR 61, 1942, S. 393 a ff. (zit. Referat).
- Richterliche Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, in: Arbeiten zur Rechtsvergleichung, Bd. 41, Frankfurt a. M./Berlin 1968, S. 67ff. (zit. Länderbericht.)
- Das Schweizerische Kartellgesetz. Grundlagen und Hauptprobleme, Abhandlungen zum schweiz. Recht, Heft 376, Bern 1967 (zit. Kartellgesetz).
MEYER, MANFRED. Ausgewählte Fragen zur Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen, Diss. Zürich 1944.
NAEGELI, EDUARD. Der Entwurf zu einem Gesamtarbeitsvertragsgesetz, WuR 3, 1951, S. 53ff.
NEF, H. Handels- und Gewerbefreiheit V: Wirtschaftspolitische Maßnahmen, SJK Ersatzkarte 620.
NIPPERDEY, HANS CARL/HEUSSNER, HERMANN. Die Rechtsnatur der Allgemeinverbindlichkeitserklärung von Tarifverträgen, in: Staatsbürger und Staatsgewalt. Verwaltungsrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit in Geschichte und Gegenwart, Jubiläumsschrift zum 100jährigen Bestehen der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit und zum 10jährigen Bestehen des Bundesverwaltungsgerichtes, Bd. I, Karlsruhe 1963, S. 211ff.

NYDEGGER, ALFRED. Notstand Wohnen, in: Bauen, Wohnen, Leben, Vortragszyklus der Hochschule St. Gallen, 1974, S. 1ff. (zit. Notstand Wohnen).

– Die wirtschaftliche Bedeutung der Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen in der Schweiz, Diss. St. Gallen 1956 (zit. Allgemeinverbindlicherklärung).

– Wohnen im Spannungsfeld der Bodenpolitik, in: Bauen, Wohnen, Leben, Vortragszyklus der Hochschule St. Gallen, 1974, S. 20ff. (zit. Bodenpolitik).

– Ziele und Maßnahmen zur Beeinflussung der Wohnbautätigkeit durch den Staat, in: Schweizerische Wohnungswirtschaft in Gegenwart und Zukunft, Bern 1975, S. 13ff. (zit. Wohnbautätigkeit).

OFTINGER, KARL. Betrachtungen über die laesio im schweizerischen Recht, in: Festschrift für P. J. Zepos, Athen/Freiburg i. B./Köln 1973 (zit. laesio).

– Die ungelesen unterzeichnete Urkunde und verwandte Tatbestände, in: Aequitas und bona fides, Festgabe zum 70. Geburtstag von August Simonius, Basel 1955, S. 263ff. (zit. Urkunde).

OSER, HUGO/SCHÖNENBERGER, WILHELM. Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V: Das Obligationenrecht, 2. Halbband: Art. 184–418, 2. Aufl., Zürich 1936 (zit. Komm.).

OSSIPOW, PAUL. De la lésion. Etude de droit positif et de droit comparé, Diss. Lausanne 1940.

OZANNE, ROBERT. Der Einfluß der Gewerkschaften auf das Lohnniveau und die Einkommensverteilung, in: Arbeitsökonomik, neue wissenschaftliche Bibliothek, Bd. 48, Köln 1972, S. 324ff.

PETERMANN, MARTIN. Die Grenzen der Mitwirkung der privaten Verbände bei der Durchführung öffentlicher Aufgaben, Diss. Freiburg 1960.

PUCHTA, GEORG FRIEDRICH. Cursus der Institutionen (Geschichte des Rechts bei dem römischen Volk mit einer Einleitung in die Rechtswissenschaft), 7., vermehrte Aufl., 2 Bde., Leipzig 1871.

RABEL, ERNST. Grundzüge des römischen Privatrechts. 2. Aufl., Basel 1955.

RAISER, LUDWIG. Vertragsfreiheit heute, JZ 13, 1958, S. 1ff.

RAISSIG, WALTER. Maßnahmen gegen Mißbräuche im Mietwesen. Ein kleiner Kommentar zum Bundesbeschluß vom 30. Juni 1972, Hrsg. Schweiz. Hauseigentümerverband, Zürich 1972.

REHBINDER, MANFRED. Status – Kontrakt – Rolle. Wandlungen der Rechtsstruktur auf dem Wege zur offenen Gesellschaft, in: Berliner Festschrift für Ernst E. Hirsch, Berlin 1968, S. 141ff.

ROSCHER, FALK. Vertragsfreiheit als Verfassungsproblem, dargestellt am Beispiel der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Schriften zur Rechtstheorie, Heft 34, Berlin 1974.

VON SAVIGNY, FRIEDRICH CARL. System des heutigen Römischen Rechts, 2 Bde., Berlin 1840.

SIEBER, HUGO. Bodenpolitik und Bodenrecht, Bern/Stuttgart 1970 (zit. Bodenpolitik).

- Die Zerstörung der freien Wirtschaft durch ihre Anhänger, WuR 24, 1972, S. 167ff. (zit. Zerstörung).

SIMONIUS, AUGUST. Über die Bedeutung des Vertrauensprinzips in der Vertragslehre, in: Festgabe der Basler Juristenfakultät zum Schweizerischen Juristentag 1942, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Heft 15, Basel/Stuttgart 1942, S. 233ff. (zit. Vertrauensprinzip).

- Wandlungen der Irrtumslehre in Theorie und Praxis, in: Festgabe zum 70. Geburtstag von Fritz Goetzinger: Aus der Praxis Schweizerischer Gerichte und Verwaltungsbehörden, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Heft 10, Basel/Stuttgart 1935, S. 240ff. (zit. Irrtumslehre).
- Zur Erinnerung an die Entstehung des Zivilgesetzbuches, ZSR 76 I, 1957, S. 293ff. (zit. Entstehung ZGB).

SPIRO, KARL. Können übermäßige Verpflichtungen oder Verfügungen in reduziertem Umfang aufrecht erhalten werden?, ZBJV 88, 1952, S. 449ff.

SCHICHTEL, WALRAM. Die Grenzen kollektivrechtlicher Regelung von Arbeitsentgelten, Diss. Münster 1961.

SCHLUEP, WALTER R. Überbordungsgefahren von Arbeitskonflikten in unserer Zeit, Bern 1973.

SCHMALISCH, PETER. Zur Typologie der Gesamtarbeitsverträge in der Schweiz und der Tarifverträge in Deutschland, Diss. Bern 1964.

SCHMIDT-RIMPLER, WALTER. Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts, AcP 147, 1941, S. 130ff. (zit. Grundfragen).

- Zum Vertragsproblem, in: Festschrift für Ludwig Raiser: Funktionswandel der Privatinstitutionen, Tübingen 1974, S. 3ff. (zit. Vertragsproblem).

SCHMIDT-SALZER, JOACHIM. Allgemeine Geschäftsbedingungen, Bilanz und rechtspolitische Folgerungen, Berlin 1973.

SCHÖNENBERGER, WILHELM/JÄGGI, PETER. Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V: Das Obligationenrecht, Teil 1a: Allgemeine Einleitung, Vorbemerkungen vor Art. 1, Kommentar zu Art. 1–17, 3., völlig neubearbeitete Aufl., Zürich 1973 (zit. Komm.).

SCHÖNENBERGER WILHELM/SCHMID EMIL. Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht von OSER/SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Band V, 2b: Miete, Pacht, Leihe, 1. Lieferung: Art. 253–260, bearbeitet von EMIL SCHMID, 3., völlig neubearbeitete Aufl., Zürich 1974 (zit. Komm.).

SCHRÖDER, DETLEF. Tarifbindung und Koalitionsfreiheit. Eine vergleichende Untersuchung im deutschen, französischen und italienischen Recht, Diss. Göttingen 1968.

SCHÜRMANN, LEO/STÖCKLI, CONRAD/ZWEIFEL, PAUL. Das Mietrecht in der Schweiz. Textausgabe mit erläuternden Hinweisen und Angaben über die kantonale Zuständigkeitsordnung, Zürich 1973.

SCHÜRMANN, LEO. Die rechtliche Tragweite der neuen Wirtschaftsartikel der Bundesverfassung, ZBl 49, 1948, S. 33ff., 57ff., 89ff. (zit. Wirtschaftsartikel).

SCHWEINGRUBER, EDWIN/BIGLER, FRIEDRICH WALTER. Kommentar zum Gesamt-

arbeitsvertrag mit Einschluß der Allgemeinverbindlicherklärung, 2., überarbeitete Aufl., Bern 1972 (zit. Komm.).

SCHWEINGRUBER, EDWIN. Die wirtschaftlich schwächere Vertragspartei, insbesondere nach den allgemeinen Bestimmungen des schweiz. Obligationenrechtes, Diss. Bern 1930.

STARK, EMIL W. Die Übervorteilung (Art. 21 OR) im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: Festgabe der schweizerischen Rechtsfakultäten zur Hundertjahrfeier des Bundesgerichts: Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts, Basel/Stuttgart 1975, S. 377ff.

STIENEN, KARL-HEINZ. Grenzen der Tarifmacht. Die sachlichen Grenzen der gesetzlichen Ermächtigung der Tarifvertragsparteien zur Schaffung von Inhaltsnormen, Diss. Köln 1963.

STOCKAR, CONRAD H. Zur Frage der richterlichen Korrektur von Standardverträgen, Diss. Basel 1971.

STRÄTER, BRIGITTE. Die Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen, Diss. Würzburg 1967.

THALMANN-ANTENEN, HELENE. Die Allgemeinverbindlichkeit der Gesamtarbeitsverträge, Zürich 1944.

VON TUHR, ANDREAS. Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. I: Allgemeine Lehren und Personenrecht, Leipzig 1910.

VON TUHR, ANDREAS/SIEGWART, ALFRED. Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 1. Halbband, 2., ergänzte Aufl., Zürich 1942 (zit. AT I).

Veröffentlichung der Universität Catania, Bd. 67: Condizioni Generali di Contratto e Tutela del Contraente Debole, Mailand 1970.

VISCHER, FRANK. Der Antagonismus zwischen Freiheits- und Sicherheitsstreben im heutigen Privatrecht, BJM 1957, S. 1ff.

WACKERNAGEL, JACOB, JUN. Die Konstruktion des Gesamtarbeitsvertrags (Tarifvertrags), ZSR 49, 1930, S. 189ff.

WALTI, HEINRICH. Die Bestimmungsfaktoren des Mietpreises, unter besonderer Berücksichtigung der schweizerischen Verhältnisse, Diss. St. Gallen 1961.

WALZ, FELIX. Die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsvereinbarungen mit besonderer Berücksichtigung der Bundesbeschlüsse über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen und ähnlichen Abmachungen, Diss. Zürich 1948.

WEBER, WILHELM im Kommentar STAUDINGER. Zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. II: Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1b, § 242, 11., neubearbeitete Aufl., Berlin 1961.

WELZEL, HANS. Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, 4., neubearbeitete und erweiterte Aufl., Göttingen 1962.

WIEACKER, FRANZ. Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung, 2., neubearbeitete Aufl., Göttingen 1967 (zit. Privatrechtsgeschichte).

– Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwick-

lung der modernen Gesellschaft, Vortrag gehalten vor der Juristischen Studiengesellschaft in Karlsruhe, Schriftenreihe Heft 3, Karlsruhe 1953 (zit. Sozialmodell).

WILLEKE, EDUARD. Arbeitsmarkt, in: Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, Bd. I, Stuttgart/Tübingen/Göttingen 1956, S. 321 ff.

WITTZACK, WILFRIED. Entwicklung und Ausbau des schweizerischen Gesamtarbeitsvertragsrechts, 2 Bde., Göttingen 1958.

ZUMBÜHL, ROBERT. Bemerkungen zur geplanten Gesetzgebung über den Gesamtarbeitsvertrag und dessen Allgemeinverbindlichkeit, WuR 6, 1954, S. 163 ff.

I. Gesetzgeberische Maßnahmen im Bereiche der Wohnungsmiete nach Einführung des Obligationenrechts

Am 30. Juni 1971 hat der Bundesrat der Bundesversammlung eine Botschaft betreffend die Ergänzung der Bundesverfassung durch einen Art. 34sexies über die Wohnbauförderung und einen Artikel 34septies über die Allgemeinverbindlicherklärung von Verbandsvereinbarungen auf dem Gebiete des Wohnungswesens vorgelegt[1]. Bei dieser Gelegenheit wurde in Erinnerung gerufen, welche gesetzgeberischen Maßnahmen der Bund seit dem Zweiten Weltkrieg getroffen hatte, um des Mietproblems Herr zu werden.

Im Vordergrund stand eine am 4. September 1939 in Kraft getretene *Mietpreiskontrolle*[2], die durch Kündigungsschutz ergänzt wurde[3]. Mit diesen Maßnahmen sollte der Mietzins grundsätzlich auf dem Vorkriegsstand vom 31. August 1939 eingefroren werden. Insbesondere sollte damit im Bereich des Mietzinses eine Anpassung der Liegenschaftswerte an die allgemeine Geldentwertung oder gar an den Marktpreis ausgeschaltet werden. Mietzinserhöhungen sollten nur zugestanden werden, um höhere Vermieterkosten abzudecken, sei es, daß diese auf eine generelle Erhöhung der Hypothe-

[1] BBl 1971 I, S. 1657ff.

[2] Bundesratsbeschluß vom 1. September 1939, AS 1939, S. 817ff. Schon durch den Bundesratsbeschluß vom 27. September 1936, AS 1936, S. 742, wurde die aus den Jahren 1914–1925 bekannte Mietpreiskontrolle wieder eingeführt und zwar in einem Zeitpunkt von Wohnungsbestandüberfluß und Tiefstand der Mietzinse.

[3] Vgl. dazu SCHÖNENBERGER/SCHMID, Komm., N. 91ff. vor Art. 253ff. OR.

karzinsen oder auf allgemein gestiegene Unterhaltskosten zurückzuführen waren, sei es, daß sie auf individuellen Mehrleistungen des Vermieters, sogenannten wertvermehrenden Investitionen, beruhten. Neubauten waren ab dem 5. Mai 1941[4] auch in die Mietpreiskontrolle miteinbezogen. Bei der Festlegung der Mietzinse sollten nämlich die Baulandkosten nur zum Vorkriegswert berücksichtigt werden dürfen. Die Auswirkungen dieser Bewilligungspraxis auf die private Bautätigkeit ließen aber schon nach kurzer Zeit eine Praxisänderung als angezeigt erscheinen. Die Festsetzung der Mietzinse für Neubauten sollte grundsätzlich eine kostendekkende Bruttorendite nicht ausschließen. Anscheinend erwies sich aber der Wohnungsmarkt in den Jahren nach Kriegsende mit Rücksicht auf die Nachfrage trotz inzwischen eingetretenem Nachholbedarf noch als derart «elastisch», daß die gestützt auf die neue Bemessungsformel bei Neubauten bewilligten Mietzinse von den Vermietern kaum verlangt werden konnten. Auf den 1. Januar 1954[5] sind daher Neubauten der Jahre 1947 und folgende aus der Preiskontrolle entlassen worden. Im übrigen überdauerte die Mietpreiskontrolle die kriegsnotrechtliche allgemeine Preiskontrolle. Die sogenannten Altwohnungen blieben somit allein aus dem allgemeinen Ansteigen der Lebenshaltungskosten und der Einkommen grundsätzlich[6] ausgeklammert. Die Auswirkungen dieser Entwicklung werden in der Botschaft vom 30. Juni 1971[7] wie folgt zusammengefaßt:

– «Die Mietpreiskontrolle hat, wie sich aus dem Vergleich des Index der Konsumentenpreise mit dem Index unter Ausklammerung der Miete ergibt, wesentlich zur Tiefhaltung der Kosten der Lebenshaltung beigetragen. Ihre Weiterführung wurde denn auch mit dem Interesse an der Erhaltung der Konkurrenzfähigkeit der schweizerischen Wirtschaft begründet.

– Anderseits konnte die Mietpreiskontrolle das Ansteigen der Neubaumieten nicht verhindern. Durch die Blockierung der Altmieten trug die Mietpreiskontrolle zum Auseinanderklaffen zwischen Alt- und Neumieten bei. Die Diskre-

[4] Verfügung Nr. 7 des eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements vom 1. Mai 1941, AS 1941, S. 511f., Art. 1 lit. c, Art. 4.

[5] Bundesbeschluß vom 10. Juni 1953, AS 1953, S. 891ff.

[6] In den Jahren 1950 bis 1963 wurden allerdings fünf allgemeine Mietzinserhöhungen von insgesamt 36,25% gegenüber 1939 zugelassen.

[7] BBl 1971 I, S. 1661f.

panz hatte die bekannte Privilegierung der Altmieter und die entsprechende Benachteiligung der Neubaumieter zur Folge.

– Eine Anpassung des Ertrages der Altbauten an die Teuerung wurde verhindert. Bei Handänderungen von Altbauten paßten sich jedoch die Kaufpreise der Altbauten nach den Gesetzen der Wirtschaft den Wiederbeschaffungskosten an. Weil sich Baulandkosten und Baukosten in der Folge nicht zurückbildeten, sondern laufend stiegen, wurde ein großer Mietzinsnachholbedarf geschaffen.»

Um diese negativen Auswirkungen der Mietpreiskontrolle zu vermindern, die übrigens bei uns wie auch im Ausland den Abbruch durchaus noch wertvoller Altbauten förderte, Mehrverbrauch von Wohnraum zur Folge hatte und zur Vernachlässigung von Altbauten führte[8], sollte von den sechziger Jahren an die Mietpreiskontrolle sukzessive durch eine *Mietpreisüberwachung* ersetzt werden[9]. Sie ließ grundsätzlich freie Mietzinsbestimmung zu, beschränkt allerdings durch die Möglichkeit des Mieters, sich gegen offensichtlich übersetzte Mietzinse zur Wehr zu setzen. Am 19. Dezember 1970 ist auch die Mietzinsüberwachung dahingefallen. Ihr Hauptziel, der Abbau des Mietzinsgefälles zwischen Alt- und Neubauten, war in diesem Zeitpunkt kaum erreicht. Dafür waren die Kostenentwicklung bei den jüngeren und vor allem jüngsten Neubauten, aber auch Handänderungen bei älteren Wohnliegenschaften, mit denen eine Aufrechnung der bisher nicht berücksichtigten Wertänderungen verbunden war, verantwortlich. Eine generelle Festlegung der Mietzinse gestützt auf den gestiegenen Bodenwert und die Wiederbeschaffungskosten bei Altwohnungen, hätte überdies stark inflationäre Auswirkungen zeitigen müssen.

Neben Mietzinskontrollen bzw. -überwachung erstreckte sich die staatliche Einflußnahme auf dem Mietsektor auch auf die *Wohnbauförderung*. Der Bund mußte unter anderem gerade wegen der Mietpreiskontrolle die Bestrebungen zur Förderung der Wohnbautätigkeit der Kantone unterstützen und war darauf bedacht, gleichzeitig einen Verbilligungseffekt herbeizuführen. In den Jahren

[8] Zur wirtschaftspolitischen Beurteilung der Mietpreiskontrolle bzw. -überwachung: AMONN, passim; Bericht der Eidg. Wohnbaukommission, Wohnungsmarkt und Wohnungsmarktpolitik; ENDERLE, passim; GEHRIG, passim; KLEPS, passim; SIEBER, Bodenpolitik, passim; DERSELBE, Zerstörung, S. 167ff.

[9] Hinweise auf die zahlreichen gesetzgeberischen Erlasse bei SCHÖNENBERGER/SCHMID, Komm., N. 9ff. vor Art. 253ff. OR.

1942 bis 1949 kam es zu drei Wohnbauförderungsmaßnahmen, die sich in der Einzelzielsetzung und entsprechend auch in der Abstützung auf die Rechtsgrundlage allerdings etwas zu unterscheiden vermochten[10]. Die letzte gezielte Wohnbauförderungsmaßnahme dieser Zeitperiode wurde auf den im Jahre 1945 neu geschaffenen Familienschutzartikel in der Bundesverfassung, Art. 34 quinquies BV, abgestützt und war somit durch eine besondere sozialpolitische Zielsetzung gekennzeichnet. Durch einen negativen Volksentscheid im Jahre 1950 wurde die Wohnbauförderung des Bundes vorerst unterbrochen. Sie ist erst im Jahre 1958 wieder aufgenommen worden, wobei die bisherige Wohnungssubventionierung zur Baukostenverbilligung durch einen, besonders anfänglich, nicht sonderlich wirksamen direkten Mietzinsbeitrag ersetzt wurde. Diese Wohnbauförderung fiel in eine Zeit, da man die Fortführung der auf Altbauten beschränkten Mietpreiskontrolle als unbefriedigend anzusehen begann und langsam, d.h. nach einer Übergangsphase mit Mietzinsüberwachung, auszuschalten versuchte. Man wollte daher ab 1966 die *sozialpolitische Zielsetzung* von der *wirtschaftspolitischen* – im Sinne einer Produktionssteigerung – klar trennen. Gleichzeitig sollte aber die Verwirklichung beider Zielsetzungen, zusammen mit andern Maßnahmen auf eine Stabilisierung des Wohnungsmarktes hinwirken und der allgemeinen Teuerung in diesem Bereich die sozialpolitische Spitze brechen. Das entsprach auch der Auffassung der Eidgenössischen Wohnbaukommission, die anfangs der sechziger Jahre vom Bundesrat beauftragt worden war, entsprechende Vorschläge auszuarbeiten[11].

Mit dem Wegfall[12] der verbliebenen Mietzinsüberwachung am 19. Dezember 1970 war die Voraussetzung für eine vom Bundesrat in Übereinstimmung mit der Eidgenössischen Wohnbaukommission gewünschte Rückkehr zum sogenannten freien Wohnungsmarkt, der weder durch Preisbildungsvorschriften noch Verfügungsbeschränkungen gegenüber dem Eigentümer behindert wird, grund-

[10] Einzelheiten in der Botschaft vom 30. Juni 1971, BBl 1971 I, S. 1663f.

[11] Vgl. ihren Bericht «Wohnungsmarkt und Wohnungsmarktpolitik», passim.

[12] Durch das Bundesgesetz über die Änderung des Obligationenrechts (Kündigungsbeschränkung im Mietrecht), vom 24. Juni 1970, in Kraft 19. Dezember 1970, AS 1970, S. 1276ff.

sätzlich und wenigstens formell vorhanden. Allerdings wurde das Obligationenrecht auf den gleichen Zeitpunkt hin durch *Kündigungsbeschränkungen zugunsten des Mieters* ergänzt, und zweifellos mußten Vorschriften über die Mietzinsbildung im Zusammenhang mit einer Subvention seitens der öffentlichen Hand auch nach dem 19. Dezember 1970 Geltung beanspruchen können, da es nicht anging, daß die Vermieterseite deren Vorteile für sich zurückbehielt. Hinsichtlich Angebot und Nachfrage auf dem Wohnungsmarkt konnte zudem auch in diesem Zeitpunkt nicht übersehen werden, daß mindestens an gewissen Orten, vorab in den sogenannten Ballungszentren, weiterhin ein Nachfrageüberhang zu verzeichnen war. Vor allem aber blieb nach wie vor zu berücksichtigen, daß u. a. zwischen den besonders gesuchten preisgünstigen Wohnungen und den – zufolge übermäßigen Anstiegs der Bau- und Bodenkosten sowie der Hypothekarzinse, aber auch wegen zunehmender Komfort- und Platzansprüche besonders teuren – jüngsten Neuwohnungen zu unterscheiden ist. Gerade solche Neuwohnungen überstiegen oft wie noch heute die finanziellen Möglichkeiten der darauf in erster Linie angewiesenen jungen Ehepaare und der aus dem Erwerbsleben ausscheidenden älteren Leute, die sich zu einem Wohnungswechsel veranlaßt sehen. Es blieb somit einiges an Zweifel übrig, ob die Voraussetzungen für *einen* (nicht in Teilmärkte aufgegliederten) freien Wohnungsmarkt tatsächlich schon bestanden. Bei der erneuten Überprüfung der staatlichen Politik im Bereiche des Wohnungswesens hielt der Bundesrat anfangs der siebziger Jahre daher an den beiden bisherigen Hauptzielsetzungen, Herstellung eines Gleichgewichtes auf dem Wohnungsmarkt als Voraussetzung für einen freien Markt und wirksame Sozialpolitik für die wirtschaftlich bedrängten Bevölkerungskreise, fest:

«Es entspricht unserer Gesellschaftsordnung, daß dem Staat die Aufgabe zugewiesen wird, im Bereiche der menschlichen Elementarbedürfnisse, zu denen auch das Wohnen gehört, tätig zu werden. Dabei kann es sich nicht darum handeln, daß dem Staat die Wohnungsversorgung des einzelnen Bürgers überbunden wird. Vielmehr muß die Wohnungspolitik dazu führen, daß sich möglichst viele Glieder der Gesellschaft auf die Dauer eigenverantwortlich und ohne sozialpolitische Subventionen, sei es als Mieter, sei es als Besitzer eines eigenen Heimes, behaupten können. Dementsprechend ist es vorerst die Aufgabe der öffentlichen Hand, die Voraussetzungen für eine möglichst gute Entwicklung

des Wohnungsbaues zu schaffen und Hilfe zur Selbsthilfe zu leisten. Somit ist vom Grundsatz auszugehen, daß das Wohnungswesen nicht verstaatlicht, sondern daß der Staat den privaten, insbesondere den gemeinnützigen Wohnungsbau fördern und koordinieren soll, damit auf diese Weise allgemein eine Erhöhung des Angebotes preisgünstiger Wohnungen und damit eine entscheidende Verbesserung der Lage der wohnungssuchenden Mieter bewirkt werden kann. Zudem ist der Erwerb von Wohnungs- und Hauseigentum, also die Möglichkeit zur Wohnungsselbstversorgung, zu erleichtern.

Bei der Würdigung dieser Zielsetzung darf nicht unbeachtet bleiben, daß die Erreichung einer relativen Mietpreisstabilität und eines bestmöglichen Ausgleiches zwischen Angebot und Nachfrage nicht allein von einer Neuordnung der Wohnbauförderung erwartet werden kann, sondern daß dafür eine wirksame Konjunkturpolitik und eine zweckmäßige Raumplanung unerläßlich sind.

Auch in Zukunft wird es Mitbürger geben, die den marktgemäßen Mietzins nicht aufbringen können. Aus dem Prinzip der Solidarität heraus wird hier die Allgemeinheit helfen müssen.

Zusammenfassend soll sich in einer Neuordnung der staatliche Tätigkeitsbereich erstrecken auf

- die Pflege und Grundlagenverbesserung des Wohnungsbaues ganz allgemein;
- die Förderung des gemeinnützigen Wohnungsbaues;
- die zusätzliche Hilfe für Bevölkerungskreise, die den marktgemäßen Mietzins nicht aufbringen können;
- die Förderung der Wohnungsselbstversorgung durch Erwerb von Haus- und Wohnungseigentum.»[13]

Für die Verwirklichung dieser grundsätzlich unveränderten Hauptzielsetzungen staatlicher Intervention im Bereiche des Wohnungswesens wird nun einerseits ein umfassenderes staatliches Konzept für das Zusammenspiel verschiedener Maßnahmen vorgesehen und anderseits sollen aus den bisherigen Mißerfolgen, bzw. Unvollkommenheiten staatlicher Wirtschafts- und Sozialpolitik im Bereiche des Wohnungswesens die erforderlichen Konsequenzen gezogen werden. Entsprechend dieser umfassenderen Ziel- und Lenkungskonzeption mußte das Bestreben des Bundesrates auf eine *eindeutige Verfassungsgrundlage* ausgerichtet sein. Allzulange hatte man die Zufälligkeiten des bisherigen verfassungsrechtlichen Puzzle-Spiels und notrechtlicher Maßnahmen, die immer wieder von der Bestätigung durch die Stimmbürger abhängen, erfahren müssen. Die Notwendigkeit einer einheitlichen Verfassungsgrundlage war

[13] Botschaft vom 30. Juni 1971, BBl 1971 I, S. 1677f.

denn auch seitens der interessierten Kreise nicht bestritten, obschon im Vernehmlassungsverfahren für einen neuen Art. 34sexies durch die Kantone, politischen Parteien, Wirtschafts- und Fachorganisationen erwartungsgemäß verschiedenartige Auffassungen zum staatlichen Maßnahmenkonzept vertreten worden sind.

Als wesentlich neues Element gegenüber der vorgeschlagenen Verfassungsgrundlage für die staatliche Wohnbauförderung zur Schaffung angemessener Marktbedingungen und zur Verwirklichung besonderer sozialpolitischer Ziele sollte sich im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens der Wunsch nach einer zusätzlichen verfassungsrechtlichen *Grundlage für die Allgemeinverbindlicherklärung von Rahmenmietverträgen* herausstellen. Er wurde von einer nicht ganz unbeachtlichen Zahl von Kantonen, gewerkschaftlichen Kreisen auf höchster Organisationsstufe sowie von gewissen Mieter- und Konsumentenschutzorganen vorgebracht. Auf das Ende der Mietzinsüberwachung hin hatte sich vor allem in der Westschweiz eine Tendenz abgezeichnet, auch im Bereiche der Wohnungsmiete, den Kollektivvertrag heranzuziehen, der sich im Arbeitssektor während Jahrzehnten anscheinend alles in allem doch bewähren konnte. Am 4. Dezember 1970 war es zwischen dem Schweizerischen Gewerkschaftsbund einerseits und der Fédération romande immobilière sowie der Union romande des gérants et courtiers en immeubles anderseits zu einer ersten entsprechenden Vereinbarung gekommen, von der sich die Beteiligten im Hinblick auf einen «Wohnfrieden» in Analogie zum berühmt gewordenen und im Ausland vielfach beneideten «schweizerischen Arbeitsfrieden» einiges erhofften. Im Vordergrund stand die Überlegung, «que le logement, tout en conservant sa fonction sociale, ne constitue pas, en soi, un service public, et que le droit de propriété est un droit fondamental qui impose à celui qui le détient des devoirs envers la collectivité»[14]. Und zur Verwirklichung dieses Ziels wurde einerseits eine paritätische Kommission zum Studium der Probleme auf dem Mietsektor eingesetzt und anderseits die Ausarbeitung eines Mustervertrages an die Hand genommen.

[14] Convention, S. 1; vgl. auch Botschaft vom 30. Juni 1971, BBl 1971 I, S. 1701.

Der Bundesrat hat die Initiative zu kollektivvertraglicher Regelung des Mietproblems grundsätzlich begrüßt. Erstens vermochte er darin eine *willkommene Selbsthilfemaßnahme* zur Überbrückung einer wirtschaftlichen Ungleichgewichtslage zu erblicken. Zweitens versprach er sich von einer kollektivvertraglichen privaten Regelung eine wesentliche Versachlichung der Diskussion um die Mietfrage. Allerdings glaubte der Bundesrat, gleichzeitig darauf hinweisen zu müssen, daß das im Arbeitssektor erprobte Institut der Allgemeinverbindlicherklärung eines Kollektivvertrages in rechtlicher und vor allem staatsrechtlicher Hinsicht nicht unproblematisch sei. Und vor allem hatte er gewisse Bedenken in praktischer Hinsicht, insofern als der Organisationsgrad von Vermieter und Mieter stark zu wünschen übrig lasse[15]. Die Bedenken prinzipieller und praktischer Art vermochten den Bundesrat aber nicht davon abzuhalten, dem vorgeschlagenen Art. 34^{sexies} BV einen zusätzlichen Art. 34^{septies} BV hinzuzugesellen mit dem Wortlaut:

«Der Bund ist befugt, zur Förderung einvernehmlicher Regelungen und zur Verhinderung von Mißbräuchen auf dem Gebiete des Miet- und Wohnungswesens Vorschriften aufzustellen über die Allgemeinverbindlicherklärung von Rahmenmietverträgen und von sonstigen gemeinsamen Vorkehren von Vermieter- und Mieterverbänden oder Organisationen, die ähnliche Interessen wahrnehmen. Artikel 34ter Absatz 2 Bundesverfassung ist sinngemäß anwendbar.»[16]

Im Parlament wurde dieser Verfassungsartikelvorschlag zu einem bloßen Absatz 1, dem ein zweiter Absatz hinzugefügt wurde, der nun gestützt auf ordentliches Verfassungsrecht, die Möglichkeit einer *besondern Schutzgesetzgebung* gegen «mißbräuchliche Mietzinse und andere Forderungen der Vermieter ... in Gemeinden, wo Wohnungsnot oder Mangel an Geschäftsräumen besteht», vorsieht. Mit großem Mehr wurde der derart angereicherte Art. 34^{septies} BV in der Volksabstimmung vom 5. März 1972 gutgeheißen.

Die Ausschöpfung der Kompetenz des Bundes gemäß Absatz 2 der zitierten Verfassungsbestimmung ließ nicht lange auf sich warten. Bereits am 24. April 1972 unterbreitete der Bundesrat dem Parlament eine Vorlage über dringliche Maßnahmen gegen Miß-

[15] Botschaft vom 30. Juni 1971, BBl 1971 I, S. 1700ff.
[16] Botschaft vom 30. Juni 1971, BBl 1971 I, S. 1708.

bräuche im Mietwesen[17]. Bei dieser Gelegenheit rief die Landesregierung vor allem die nach wie vor bestehenden großen Unterschiede der Mietzinse bei Mietobjekten vergleichbarer Wohnqualität, wie sie sich unter anderem aus den unterschiedlichen Anlagekosten ergeben, von denen der einzelne Vermieter ausgehen kann bzw. ausgehen muß, erneut in Erinnerung. Und wiederum wurde darauf hingewiesen, daß die einzelnen Faktoren, welche in die Mietzinsberechnung eingehen, insbesondere der Bodenpreis, die Baukosten und der Hypothekarzins, bei den neuesten Wohnungen derart (und im Vergleich zum Gesamtindex übermäßig) angestiegen seien, daß der Vermieter, wie schon oft seit dem Zweiten Weltkrieg[18], in den ersten Jahren keine angemessene Bruttorendite herauszuwirtschaften vermöge. Er kann lediglich, so ließe sich hinzufügen, auf die Wirkungen der immer stärker fortschreitenden Inflation hoffen. Damit wurde gleichzeitig offenkundig, daß auch mit einer Mißbrauchsgesetzgebung ein besonders wichtiges Problem im Bereiche des Wohnungswesens weiterhin ungelöst bleibt. Der Grundgedanke der jüngsten Mißbrauchsgesetzgebung knüpft nämlich beim zivilrechtlichen Wuchertatbestand an und findet auf diesem Weg[19] zur Privatrechtsordnung. Wie noch zu zeigen sein wird[20], führt zwar der Übervorteilungstatbestand zu einer gewissen Überprüfung der rechtsgeschäftlich vereinbarten Hauptleistungen und damit zu einer Beschränkung der Privatautonomie im Bereich der Inhaltsbestimmung. Und insofern lassen sich bestimmte Parallelen zur kurze Zeit zuvor unter Mißbilligung verabschiedeten Mietzinsüberwachung nicht ohne weiteres wegdiskutieren. Die Überprüfung rechtsgeschäftlicher Inhaltsbestimmung gestützt auf die Mißbrauchsgesetzgebung bzw. den Übervorteilungstatbestand setzt aber die Ausnützung einer wirtschaftlichen Ungleichgewichtslage zu ungerechtfertigten Vorteilen voraus, was kaum nachzuweisen ist, wo nicht einmal eine (wie auch immer im einzelnen zu

[17] Botschaft vom 24. April 1972, BBl 1972 I, S. 1225ff.; Entwurf des entsprechenden Bundesbeschlusses, BBl 1972 I, S. 1248ff.

[18] Vgl. vorn Seite 242.

[19] Und nicht über den Gedanken von Treu und Glauben, wie in der Botschaft vom 24. April 1972 angedeutet wird, BBl 1972 I, S. 1231.

[20] Siehe hinten Seite 270 ff.

umschreibende) Bruttorendite[21] erzielt werden kann. Die Mißbrauchsgesetzgebung kann daher Übervorteilung nur bekämpfen, wo der Mietzins ausschließlich und offensichtlich wegen der wirtschaftlichen Ungleichgewichtslage zuungunsten des Mieters festgesetzt wird und insofern nicht mehr als angemessener Mietertrag betrachtet werden kann.

Im übrigen benützte die neue und zeitlich[22] auf fünf Jahre beschränkte Mißbrauchsgesetzgebung die Gelegenheit, gewisse dispositive *Bestimmungen des geltenden Obligationenrechts* zum Mietvertrag *zu zwingendem Recht* zu erklären. Die Bedeutung dieser gesetzgeberischen Anordnung soll im Verlaufe der weiteren Erörterungen auch Gegenstand der Überlegungen sein[23].

Mit der am 7. Juli 1972[24] in Kraft getretenen[25] Mißbrauchsgesetzgebung ist die Frage nach der Allgemeinverbindlicherklärung von Rahmenmietverträgen nicht hinfällig geworden. Und dies nicht nur angesichts der angedeuteten Schwierigkeit, mit der Mißbrauchsgesetzgebung beispielsweise die Mietpreisentwicklung bei Neubauten und Handänderungen in den Griff zu bekommen. In beiden Fällen kann es zwar um die Festlegung angemessener Hauptleistungen im Mietverhältnis gehen. In beiden Fällen handelt es sich auch um einen Versuch, eine wirtschaftliche Ungleichgewichtslage im Verhältnis Mieter – Vermieter und deren möglicherweise negative Auswirkung auf die rechtsgeschäftliche Inhaltsbestimmung auszukorrigieren. Die Mittel dazu sind aber, wie im einzelnen zu zeigen sein wird, grundsätzlich verschieden. Für den Fall der kollektivvertraglichen Bestimmung der Hauptleistungen im Mietvertrag wird denn auch seitens der Mißbrauchsgesetzgebung vermutet, daß kein Mißbrauch vorliegt[26]. Dem Kollektivvertrag wird somit offensichtlich zugemutet, daß er in der Lage sei, Ausbeutung

[21] Vgl. hinten Seite 249 f.

[22] Ab 7. Juli 1972 bis 6. Juli 1977.

[23] Siehe hinten Seite 290.

[24] Bundesbeschluß vom 30. Juni 1972, AS 1972, S. 1502, 1511, in Kraft 7. Juli 1972 durch Bekanntmachung im Bundesblatt, BBl 1972 I, S. 1840.

[25] Und geändert durch Bundesbeschluß vom 20. Dezember 1972, AS 1972 II, S. 3059 ff.

[26] Art. 15 lit. e des Bundesbeschlusses vom 30. Juni 1972, AS 1972 II, S. 1506.

wirtschaftlichen Ungleichgewichts, wenn nicht auszuschalten, so doch mindestens zu vermindern. Daß es aber zu einer solchen kollektivvertraglichen Vereinbarung kommt, entzieht sich dem Einfluß des Staates. Dieser kann somit nicht davon ausgehen, daß Mißbrauchsfälle durch Kollektivvereinbarungen durchwegs ausgeschlossen werden. Es kommt hinzu, daß die Allgemeinverbindlicherklärung von Rahmenmietverträgen auch in einem örtlichen oder sachlichen Bereich Anwendung findet, wo die Mißbrauchsgesetzgebung wegen ihrer Beschränkung auf Wohnungsnot und Mangel an Geschäftsräumen[27] zum vornherein ausgeschlossen bleiben muß. Beide Institute schließen einander daher grundsätzlich nicht aus.

Der Bundesrat hat denn auch im Anschluß an die Mißbrauchsgesetzgebung einen von einer Expertenkommission ausgearbeiteten Gesetzesentwurf über die Allgemeinverbindlicherklärung von Rahmenmietverträgen in die Vernehmlassung gegeben. Dieses Vernehmlassungsverfahren ist im Verlaufe des Jahres 1974 abgeschlossen worden. Nun gilt es, gestützt auf die Auswertung der eingegangenen Ergebnisse, sich darüber klar zu werden, ob dem Parlament zu empfehlen sei, die in Art. 34septies Abs. 1 BV neu geschaffene Kompetenz auszuschöpfen. Es wird dabei noch einmal mit aller Nachdrücklichkeit die Frage der *Tauglichkeit der Allgemeinverbindlicherklärung von Kollektivverträgen als gesetzgeberisches Gestaltungselement* aufzuwerfen sein. Eine Frage, die in juristischen Fachkreisen vor allem im Zusammenhang mit dem Arbeitsrecht immer wieder gestellt und recht unterschiedlich beantwortet wurde. Es darf beispielsweise an die Worte BURCKHARDTS[28] zum Gesamtarbeitsvertrag als Grundlage der bisher im Arbeitsrecht allein bekannten Allgemeinverbindlicherklärung erinnert werden: «Von der Gelehrten Gunst und Haß verwirrt, schwankt sein Charakterbild in der Dogmatik.» Es ist daher nicht erstaunlich, wenn sich der Schweizerische Juristenverein seinerseits zu einem Zeitpunkt, da der Kollektivvertrag und mit ihm die Allgemeinverbindlicherklärung als Gestaltungsmittel des Gesetzgebers erweiterten Anwendungsbereich erhalten soll, um eine nähere Überprüfung der damit aufgeworfenen Frage bemüht.

[27] Art. 2 bis 4 des Bundesbeschlusses vom 30. Juni 1972, AS 1972 II, S. 1502f.
[28] BURCKHARDT, S. 128.

Damit ist die hier gestellte Aufgabe umschrieben. Schon die kurzen bisherigen Ausführungen haben aufzuzeigen vermocht, daß es darum gehen wird, die Allgemeinverbindlicherklärung eines Kollektivvertrages in einen größeren Zusammenhang mit anderen Ordnungselementen der Rechtsordnung zur Lösung eines wirtschaftlichen Problems von Angebot und Nachfrage zu stellen. Das Spannungsfeld dieser verschiedenen Gestaltungsmittel, die sich zu einer sinnvollen Einheit ergänzen sollten, ist dabei ebenfalls schon angetönt worden. Die Selbstbestimmung mit ihrer Fähigkeit zu vielfältiger Abstufung im Gegensatz zur Fremdbestimmung seitens des Gesetzgebers ist das große Thema, das in der Rechtsgeschichte wie auch heute noch das Gerechtigkeitsstreben in der und durch die Rechtsordnung ganz allgemein und im Zusammenhang mit dem hier in Rede stehenden Teilproblem in weitem Maße kennzeichnet.

Wenn nach der Auffassung des Bundesrates im Bereiche des Wohnungsmarktes der Selbstbestimmung bzw. Selbstregulierung Zielpriorität zukommt, während fremdbestimmende bzw. interventionistische Maßnahmen in dem Sinne nur subsidiäre Bedeutung haben sollen, daß sie einerseits Voraussetzungen für eine sinnvolle Selbstbestimmung schaffen und dieser anderseits zur Vermeidung mißliebiger Auswüchse die erforderlichen Grenzen setzen, dann kommen hier Zielvorstellungen zum Ausdruck, die der Jurist in erster Linie über das Privatrecht zu verwirklichen sucht. Die Frage stellt sich somit, inwieweit das Privatrecht hinsichtlich der ihm im Bereich der Miete von Wohnraum gestellten Aufgabe seinen Beitrag als Regelungsmechanismus weiterhin zu leisten vermag und inwiefern es ergänzt werden muß und auch ohne Schaden ergänzt werden kann. Gerade an letzterem wird vielfach gezweifelt, weil das Privatrecht als in sich geschlossene Idee gesehen wird, die sich in ganz bestimmten Formen zum Ausdruck bringt und die es von «wesensfremden» Einflüssen reinzuerhalten gilt.

Dabei wird allerdings übersehen, daß der Begriff des Privatrechts keine ein für alle Mal feststehende Größe darstellt, vielmehr Züge des geschichtlich Gewachsenen an sich trägt. In der rechtsgeschichtlichen Betrachtungsweise wird selbstverständlich, daß Veränderungen der Wirklichkeitsbedingungen oder Realien, wie

sich die Rechtswissenschaft auszudrücken pflegt, oder aber mangelnde Gestaltungskraft des positiven Rechts, auch Veränderungen der Ausgestaltung des Privatrechts rufen. Und diese Betrachtungsweise vermag zusammen mit der Rechtsvergleichung einen zum Teil in Vergessenheit geratenen oder nicht ohne weiteres greifbaren Formenreichtum zu vermitteln, der die erforderlichen Anpassungen erleichtern kann.

Auf umfassende rechtsgeschichtliche und mit Rücksicht auf die Vielzahl der Kantone zugleich rechtsvergleichende Arbeit hat auch EUGEN HUBER seine allgemein anerkannte Gesetzgebertätigkeit abgestützt[29], die durch zahlreiche kühne Neuerungen bewiesen hat, daß sie jeder Erstarrung abhold ist. Ja über die einzelne Rechtsnorm, das bestimmte Rechtsinstitut und die Zusammenfassung von solchen hinaus, wagte EUGEN HUBER neben allem Bestreben nach Bewahren mit einer gewissen Selbstverständlichkeit die Privatrechtsidee selber wie auch einzelne ihrer Ausflüsse als Mittel zur Verwirklichung von Gerechtigkeit in Frage zu stellen. So, wenn er zur Ausprägung, die das Privatrecht vor allem durch die Pandektistik des 19. Jahrhunderts erfahren hat, bemerkte: «Auf solchen Wegen (d.h. durch Steigerung der subjektiven Rechte und damit der Selbstbestimmung und Eigenverantwortlichkeit des Individuums) erzeugt das moderne Privatrecht ein evolutioniertes Individuum, das mit großen Fähigkeiten und großen Ansprüchen ausgerüstet und allerdings auch unter große Anforderungen gestellt im modernen Privatrecht sich bewegt, befreit von allen frühern Fesseln, sich freuend einer unbeschränkten Ausnützung der Vorteile des Privatrechts für seine eigene Person. Und doch kann auch dies nur eine vorübergehende Erscheinung sein. Am Horizont steigen bereits Anzeichen auf, daß dieses selbe Individuum schwerern Fesseln unterworfen werden könnte, als es sie früher getragen.»[30]

In diesem kritischen Sinne soll vorerst an die Frage herangegangen werden, was es bedeutet, wenn der Wohnungsmarkt nach Auffassung des Bundesrates nach wie vor in erster Linie vom geltenden ordentlichen Privatrecht geordnet bleiben soll.

[29] In seinen 4 Bänden «System und Geschichte des schweizerischen Privatrechtes».
[30] HUBER, SPR, Bd. IV, S. 299.

II. Die Grundlagen des geltenden ordentlichen Mietrechts im Rahmen des Obligationenrechts

1. Das Obligationenrecht von 1881

Die Artikel 253ff. OR betreffend die Miete haben ihre wesentliche Ausprägung im Obligationenrecht von 1881[31] erhalten. Das Obligationenrecht von 1881 darf füglich als Werk der Schweizer Pandektenwissenschaft des 19. Jahrhunderts bezeichnet werden[32]. Nach seiner Revision von 1911 wird es insbesondere im Hinblick auf die sogenannten Einleitungsartikel und das Personenrecht in bedeutsamer Weise mit dem pandektistischen Gesetzbuch EUGEN HUBERS, der spätesten und «reifste(n) Frucht der deutschsprachigen Rechtswissenschaft des 19. Jhs. in Gesetzesgestalt»[33] verbunden.

Der Hinweis auf die Pandektistik bedeutet vor allem zwei Dinge. Zum einen das Bemühen um die Vollendung eines wissenschaftlichen Systems für das Privatrecht durch die historische Rechtsschule. Zum andern die Verknüpfung dieses rechtstechnischen Systems mit dem Gedanken, daß Selbstbestimmung als ethisches Postulat an die Rechtsordnung von dieser zu anerkennen sei.

Das *wissenschaftliche System* ordnet den überlieferten Rechtsnormenbestand unter einheitlichen Gesichtspunkten. In der Idealvorstellung sind alle Einzelsätze lückenlos miteinander verbunden, mindestens über den Umweg von logischen Ableitungen aus bestimmten Grundannahmen. Tatsächlich erreicht aber die juristische Systembildung selten den Abstraktionsgrad des mathematischen Kalküls.

Wesentlich für das rechtliche System bleibt immerhin das Hervorbringen von Definitionen. Mit ihrer Hilfe werden Einzelnormen, die ganz bestimmte *Situationen menschlichen Zusammenlebens* regeln, *auf einer höhern Abstraktionsstufe zusammengefaßt*. Entscheidend ist dabei nicht einfach das zufällige Einteilen gestützt auf irgendein willkürliches Unterscheidungs- bzw. Zugehörigkeitsmerkmal, sondern das Erfassen sinnvoller Realität hinter der vordergründigen Vielfalt der Erscheinungen[34].

[31] Art. 274ff. OR.

[32] SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Komm., N. 46ff., Allgemeine Einleitung zum OR; WIEACKER, Privatrechtsgeschichte, S. 490. Zur Entstehung und zu den Quellen des OR vgl. EUGSTER, passim.

[33] WIEACKER, Privatrechtsgeschichte, S. 491; vgl. auch LIVER, Komm., N. 79ff. zur Einleitung vor Art. 1 ZGB mit Hinweis auf SIMONIUS, Entstehung ZGB, S. 301f.

[34] In diesem Sinne ist die Definition die Kunst der griechischen Philosophie. Sie hat den Rechtsunterricht der späten römischen Republik in etwa zu beein-

Bei diesem Vorgang des Abstrahierens wird das Recht des Subjekts, *das subjektive Recht* zum zentralen Begriff des Privatrechts als letzte Abstraktion aus der Vielgestaltigkeit des Rechtslebens, wie sich VON TUHR[35] ausdrückt[36].

flussen vermocht und damit in der Verschmelzung mit dem kasuistischen Rechtsstoff der Prätoren, der Juristengutachten und der kaiserlichen Entscheidungen, wenn auch nur zarte Wurzeln, zu systematischem Rechtsdenken hervorgebracht. In solch zurückhaltender Beurteilung des römischen Rechts und unter anderem auch der Institutionen des GAIUS – des Lehrbuchs aus der röm. Klassik –, unterscheidet sich die heutige Rechtsgeschichte von der Auffassung der historischen Rechtsschule über das Recht im alten Rom: COING, Privatrechtsystem, S. 14ff.; vgl. auch LIVER, Komm., N. 2 zur Einleitung vor Art. 1 ZGB unter Hinweis auf KOSCHAKER, S. 30ff., 163f.

Sie weist zudem auf eine enge Beziehung systematischen Denkens mit dem Unterricht hin und auf den Umstand, daß dabei die nur geschichtlich erklärbaren Unterschiede des gewachsenen Rechtsstoffes gerne in Vergessenheit geraten. Allerdings läßt sich gelehrtes Recht auch ohne Zusammenfassung in umgreifenden Definitionen und Ordnung zum System vermitteln (LIVER, Komm., N. 2 zur Einleitung vor Art. 1 ZGB). Die Glossatoren begnügten sich vorwiegend mit logischer und philologischer Bearbeitung autoritativer Texte im Hinblick auf Einzelprobleme, auch wenn die Vielzahl der Texte harmonisiert werden sollte. Mit der Autorität der Texte teilt aber von jetzt ab die Rechtswissenschaft mit der Theologie eine Dogmatik, nur die Begründung der Rechtsdogmatik wird sich im Laufe der Zeit noch häufig ändern und, zu gegebener Zeit, zum Gegenstand von Auseinandersetzungen, zum Streit ums Recht durch eine Vielzahl von Weltbildern werden.

Verstärkte Impulse werden der Systematisierung des Rechts mit einer größeren Distanz zu den überlieferten Texten und dem Zurückgehen zu den Quellen der Antike in der Zeit der Renaissance und vor allem mit dem Vernunft- oder Naturrecht der nachfolgenden Aufklärung zuteil. Hier kommt die naturwissenschaftlich mathematische Denkmethode außerhalb ihres eigenständigen Anwendungsbereichs zum Tragen, und zwar vorerst wieder im Bereiche einer philosophisch verankerten (die abendländische Tradition nicht verleugnenden) Individual- und Sozialethik. Damit tritt der rechtliche Entscheid im bestimmten Einzelfall bedeutungsmäßig in den Hintergrund. Die Einheit axiomatischen Denkens verbindet sich mit der Geschlossenheit der ethischen Begründung. Der geschichtlich gewachsene Rechtsstoff des gemeinen Rechts verliert dadurch von seiner zeitlichen Tiefendimension und wird mit der neu gewonnenen definitorischen Abstraktionshöhe wechselnden ethischen oder andern (z.B. psychologisierenden, historisierenden) Gesichtspunkten zugänglicher. An solchen soll es in Zukunft nicht fehlen.

[35] VON THUR, Bd. I, S. 53.

[36] Das römische Recht kennt zwar schon den Begriff des «ius» und man mag sich über seine objektive oder subjektive Bedeutung im bestimmten Zusam-

Dabei gelangt der Begriff des *Rechtssubjektes* bzw. der Person gleicherweise auf eine solche Abstraktionshöhe, daß die Frage nach der Fähigkeit, subjektive Rechte und Pflichten zu haben, im allgemeinsten Sinne, nämlich mit Bezug auf den Menschen als solchen beantwortet wird[37]. Verbunden mit dem Begriff der Handlungsfähigkeit[38], der Vorstellung von der willentlichen Veränderung von Rechtsbereichen, läßt sich in diesen Begriffen schon Wesentliches für das uns heute vertraute Bild vom Privatrecht erkennen, das Rechtspositionen bezeichnet und gegen Verletzungen schützt und die Veränderung dem Gestaltungswillen des Einzelnen überläßt. Eine Abrundung erfolgt seitens der historischen Rechtsschule und der Pandektenwissenschaft durch die Verknüpfung

menhang streiten; das Aktionendenken ist dennoch weniger von der Vorstellung der Abgrenzung von Rechtsbereichen, unabhängig von der Rechtsverletzung, gekennzeichnet als das heutige subjektive Recht. Erst die Glossatoren beginnen klarer zwischen einem allgemeiner umschriebenen Rechtsanspruch und seiner prozessualen Durchsetzung zu unterscheiden (COING, Privatrechtsystem, S. 38ff.). Der erstere wird dann im 16. Jh. systematische Grundlage zur Gliederung der Fülle von Rechtsvorschriften.

[37] Bis es soweit war, bedurfte es auch der jahrhundertelangen Geschichte. Weder für die römisch-rechtlichen Quellen noch für die Glossatoren hat die «persona» rechtliche Bedeutung. Im römischen Recht stand der «status» im Vordergrund und umfaßte den Zustand der Freiheit (status libertatis), der den Sklaven nicht zukam, das römische Bürgerrecht (status civitatis) in Abgrenzung zum Nichtrömer und die Familienhauptstellung (status familiae): vgl. RABEL, S. 14f. DONELLUS verbindet dann anscheinend den in der Theologie verwendeten Begriff der persona mit den status – Bedeutungen des römischen Rechtsbegriffs – und leitet auch damit eine generalisierende und systematisierende Entwicklung ein. Dazu werden unter der Bezeichnung status naturalis jene menschlichen Eigenschaften wie Alter, Gesundheit und Geschlecht zusammengefaßt hinzugefügt, welche die Rechtsstellung des Einzelnen in bestimmter Hinsicht zu beeinflussen vermögen.

[38] Zur gleichen Zeit, aber unabhängig vom Personenbegriff entsteht die Lehre von der Handlungsfähigkeit. Zur uns heute vertrauten Begriffsausweitung gelangen die Rechtsfähigkeit der Person und ihre Handlungs- oder Geschäftsfähigkeit im Naturrecht der Aufklärung (LIVER, Komm., N. 89 zur Einleitung vor Art. 1 ZGB). So beginnt denn beispielsweise das Allgemeine Preußische Landrecht mit der Definition: «Der Mensch wird, insofern er gewisse Rechte in der bürgerlichen Gesellschaft genießt, eine Person genannt.» Und mit Bezug auf die Handlungsfähigkeit werden im ersten Teil und vierten Titel in den §§ 20ff. nur mehr die Ausnahmen der allgemeinen Handlungsfähigkeit festgehalten. Vorbereitend hatte DONELLUS im Zusammenhang mit der bekannten Gerechtigkeitsdefinition von PAULUS, D.1.1.10, ius suum cuique tribuere von der facultas et potestas iure tributa gesprochen. Siehe COING, Privatrechtsystem, S. 43.

des Personenbegriffs mit der Lehre von den Menschenrechten[39]. Die Fähigkeit der Rechtsperson, Rechte und Pflichten zu haben, neu zu begründen und zu verändern, ist nun aufs engste verbunden mit gewissen Persönlichkeitsrechten bzw. mit Freiheits- oder Menschenrechten. Das bedeutet rechtstechnisch Anerkennung des Einzelnen in seiner Eigenschaft als Rechtsträger, den es gegenüber andern Rechtsträgern und der politischen Gemeinschaft zu schützen gilt. Die von jedermann zu anerkennende Zuordnung von Vermögenswerten, gestützt auf das öffentliche und das private Recht, schließt sich daran an. Dem letzteren allein bleibt es vorbehalten, die Fähigkeit, durch eigene Handlung den Rechtsbestand zu verändern, rechtlich zu normieren und im Sinne der Geschäfts- oder Handlungsfähigkeit dem Einzelnen die Gestaltungsmöglichkeiten in der Form des Rechtsgeschäfts zur Verfügung zu stellen, bzw. ihn im Sinne der Deliktsfähigkeit für Beeinträchtigungen der andern zur Rechenschaft zu ziehen.

Die Ausbildung eines wissenschaftlichen Systems des Rechts, das in der skizzierten Art der geltenden Privatrechtsgesetzgebung zu Grunde liegt, läßt sich nicht durch eine dem Wesen des Rechts entsprechende Denkgesetzlichkeit erklären. Andernfalls hätte es wohl rascher dazu kommen müssen, und diese Art der Durchformung des Rechtsstoffes müßte allgemeinere Verbreitung erlangt haben, als dies tatsächlich der Fall ist. Vielmehr ist sie mit einer langen und verschlungenen *ideengeschichtlichen Entwicklung* verbunden, die ihrerseits wieder mit vielfältigen wirtschaftlichen und politischen Ereignissen aufs engste verflochten und keineswegs überall in gleicher Weise verlaufen ist. Noch bevor das in der vielumspannenden Tradition aristotelisch-thomistischer *materialer Rechtsethik* stehende, (schon weitgehend) generalisierte und systematisierte Vernunftsrecht in Gesetzesform zu erstarren drohte, da das Gesetz als Inbegriff der natürlichen Vernunft der wissenschaftlichen und praktischen Weiterentwicklung nach der Vorstellung der aufgeklärten Herrscher so weit als möglich entzogen werden sollte, erwuchs ihm hinsichtlich seiner philosophischen Grundlegung Widerstand. Die Bedeutung der deutschen idealistischen Philosophie und vorab der von KANT verbreiteten neuen erkenntnistheoretischen Auffassungen sind dabei bekanntlich nicht zu unterschätzen[40].

[39] Ohne Rücksicht auf den privatrechtlichen Personenbegriff und jenen der Handlungsfähigkeit und unabhängig insbesondere von der Vorstellung vom subjektiven Recht bildet sich der bei DONELLUS nicht unbekannte Gedanke vom Menschenrecht im aufgeklärten Naturrecht auch in allgemeiner Form heraus. Vorerst allerdings noch nicht mit jenem politischen Bezug, wie er im angelsächsischen Rechtsbereich und dann im Zusammenhang mit der großen Revolution auf dem Kontinent festzustellen ist.

[40] Das gilt unbesehen darum, daß nach neuerer Auffassung der kantische Angriff auf die vernunftrechtliche Rechtsmetaphysik nicht in jeder Hinsicht die Verbindung von Rechtsinhalt und materialer ethischer Entscheidung hat bestreiten, sondern vielmehr nur die umständebedingte Relativität der letzteren hat hervorheben wollen (WELZEL, S. 155ff.; WIEACKER, Privatrechtsgeschichte, S. 352).

Die Freiheit wird zum einzigen, ursprünglichen, jedem Menschen kraft seiner Menschheit zustehenden Recht erklärt[41]. «Person ist dasjenige Subject, dessen Handlungen einer Zurechnung fähig sind. Die moralische Persönlichkeit ist also nichts anderes als die Freyheit eines vernünftigen Wesens unter moralischen Gesetzen (...), woraus dann folgt, daß eine Person keinen anderen Gesetzen als denen, die sie (...) sich selbst giebt, unterworfen ist.»[42] Die *verantwortliche Selbstbestimmung* des Individuums wird somit zum ethischen Wert ersten Ranges, den es im und vor allem durch das Recht zu anerkennen gilt. Die verantwortliche Selbstbestimmung zeichnet die Person mit einer Würde aus, welche sich weit über die vordergründigen, durch das Recht auch zu regelnden Lebensverhältnisse emporhebt. Sie wird nur durch die gleiche, alles überragende Würde der andern Individuen begrenzt[43].

Wie gründlich und mit welcher Nuancierung ins Formelle diese Gedanken zukunftsträchtige Privatrechtsgestalter des beginnenden 19. Jhs. durchdrungen haben, mögen die Worte SAVIGNYS in seinem System des heutigen (bzw. damaligen) Römischen Rechts zeigen: «Das Recht dient der Sittlichkeit, aber nicht indem es ihr Gebot vollzieht, sondern indem es die freye Entfaltung ihrer,

[41] KANT, Einteilung der Rechtslehre, S. 45.

[42] KANT, Einleitung in die Metaphysik der Sitten, S. 22.

[43] Von daher wird die besondere Bedeutung der Rechtsperson, der subjektiven und Menschenrechte für die Rechtswissenschaft des frühen 19. Jhs. leicht erklärbar. «Denn auch deren Sinn kann nur darin liegen, die Betätigung der menschlichen Freiheit zu ermöglichen. Diese Konsequenz zieht mit allem Nachdruck Hegel. Für ihn ist das subjektive Recht Ausdruck der Freiheit der Person. ‹Das (subjektive) Recht ist zuerst das unmittelbare Dasein, welches sich die Freiheit auf unmittelbare Weise gibt.› Es ist die äußere ‹Sphäre der Freiheit›, welche sich die Person gibt. Die Person legt ihren Willen in die kraft des subjektiven Rechts beherrschten Gegenstände der äußern Welt; das subjektive Recht erscheint als Willensherrschaft über die Sache. Ebenso wird aber der Begriff der Rechtsperson mit einem neuen Inhalt erfüllt. Die klassischen Philosophen übernehmen den juristischen Personbegriff. Aber er erhält im Lichte ihrer Gedanken eine neue Dignität. Die Rechtspersönlichkeit als die Fähigkeit, subjektive Rechte zu haben, wird jetzt *notwendiges* Attribut des Menschen als sittlicher Person. Auch das folgt aus seiner Freiheit. Ist der Mensch zum autonomen Handeln berufen und bedarf er hierzu subjektiver Rechte, so muß ihm die Rechtsordnung auch die Möglichkeit geben, Rechte zu erwerben; mit anderen Worten: sie muß ihn als Rechtspersönlichkeit anerkennen. In diesem Sinne sagt Hegel: ‹Die Persönlichkeit enthält überhaupt die Rechtsfähigkeit.›» COING, Privatrechtsystem, S. 69f. Und COING beschließt seine Ausführungen mit der Bemerkung, daß die deutsche Philosophie des Idealismus den Begriff der Rechtsperson mit der Lehre von den Menschenrechten verbinde, da nun beide ihre Begründung in der sittlichen Persönlichkeit des Menschen finden.

jedem einzelnen Willen inwohnenden, Kraft sichert.»[44] Und: «Alles Recht ist vorhanden um der sittlichen, jedem einzelnen Menschen inwohnenden Freyheit willen. (...) Darum muß der ursprüngliche Begriff der Person oder des Rechtssubjects zusammen fallen mit dem Begriff des Menschen, und diese ursprüngliche Identität beider Begriffe läßt sich in folgender Formel ausdrücken: Jeder einzelne Mensch ... ist rechtsfähig.»[45]

Aus der Verknüpfung der weitgetriebenen systematisierenden Abstraktion mit der Idee der freiheitlichen Selbstbestimmung ergibt sich *für die Befriedigung des Wohnbedürfnisses,* das in weitem Umfang als Elementarbedürfnis zu bezeichnen ist, *folgende Ausgangslage.* Die Gesetzgebung stellt es dem Einzelnen frei, ob er sich über entsprechendes Eigentum selbst mit dem genügenden Wohnraum versorgt, oder ob er sich um Fremdeigentum bemüht, das ihm zum bestimmungsmäßigen Gebrauch des Wohnens überlassen wird. Im letzteren Fall ist die Bestimmung der Hauptleistung dem Vermieter und dem Mieter überlassen. Die gesetzlich umschriebenen Begriffe Vermieter und Mieter bedeuten nichts anderes als eine Konkretisierung der Rechtsubjekte auf den bestimmten Rechtsgeschäftsgegenstand zum wirtschaftlichen Zweck der Gebrauchsüberlassung gegen Entgelt hin. Dabei definiert das Gesetz entsprechend seiner Eigenheit das Mietobjekt auf hoher Abstraktionshöhe, indem es in Art. 253 von einer Sache spricht[46]. Damit wird der unterschiedlichen Nachfrage nach Mietgegenständen weiter Spielraum offengelassen, wie auch die konkrete wirtschaftliche Ausgangslage der Vertragsparteien vor allem in bezug auf das quantitative Angebot bei einem bestimmten Mietgegenstand ausgeklammert bleibt. Was

[44] SAVIGNY I, S. 332.

[45] SAVIGNY II, S. 2; Zitatzusammenstellung bei COING, Privatrechtsystem, S. 71 mit weiteren Zitaten von PUCHTA.

[46] Bei nutzbarer Sache oder Rechten handelt es sich um die Pacht. Zur Abgrenzung neuestens SCHÖNENBERGER/SCHMID, Komm., N. 9ff. vor Art. 253ff. OR; andere Gesetzgebungen unterscheiden zum Beispiel zwischen der gewöhnlichen Miete und der Geschäftsmiete; in der Schweiz sind entsprechende Vorstöße abgelehnt worden: SCHÖNENBERGER/SCHMID, Komm., N. 37ff. vor Art. 253ff. OR. Die Wohnungsmiete wurde, abgesehen von den neuen Art. 267 a–f OR, nur in Art. 261 Abs. 1 (Rücksichtnahme auf die Hausgenossen beim Gebrauch der Mietsache) und in Art. 267 OR in Zusammenhang mit der Kündigung besonders erwähnt.

sich an Nebenbestimmungen, die sich vor allem auf die konkrete Rechtsgeschäftsabwicklung und dabei allenfalls auftretende Störungen beziehen, aus der langen Rechtstradition ins Gesetz überliefert hat, kommt auch nur soweit zur Anwendung, als sich Vermieter und Mieter darüber keine Gedanken gemacht oder wenigstens keine abweichenden Vereinbarungen getroffen haben.

Diese weitgetriebene Abstraktion vom einzelnen wirtschaftlichen Vorgang zur individuellen Bedürfnisbefriedigung im Verein mit dem Spielraum zum Bestimmen des Wertes der ausgetauschten Leistungen ermöglicht auf der einen Seite eine überaus große Anpassungsfähigkeit an die außerrechtlichen wirtschaftlichen und auch nichtwirtschaftlichen Gegebenheiten und deren Veränderungen, setzt aber auf der anderen Seite – wie einhellig anerkannt wird – voraus, daß sich die gegenseitigen Bedürfnisse im großen und ganzen reibungslos, d.h. bei hinreichendem Angebot zur Deckung bringen. Ein *gerechter Interessenausgleich* insbesondere bei der Bewertung der Hauptleistungen wird also *nicht über eine «objektive»*, ein für allemal feststehende Leistungsbemessung oder einen Versuch dazu, *sondern über das «natürliche» Einpendeln wechselseitiger Bedürfnisbefriedigung* gesucht. Soweit die Wohnung zum Elementarbedarf gehört, fehlt die Elastitizät von der Nachfrageseite her weitgehend und alles hängt von der Frage ab, ob sich die Angebotsseite zufriedenstellend darauf einstellt. Daß hier Störeffekte von der langen Gebrauchsfähigkeit des Wohnraumes und der inzwischen eintretenden Inflation her auftreten können, die insbesondere beim Zusatzangebot bemerkbar sind, ist schon erwähnt worden, wie auch das Bestreben des Staates, dieser Situation durch Angebotsverbilligung an der Spitze zugunsten der sozial schwächeren Bevölkerungsteile Herr zu werden. Aber selbst dort, wo das Einpendeln tatsächlich nach marktwirtschaftlichen Vorstellungen geschieht, da bleibt auf Angebots- und Nachfrageseite allerdings kein großer Spielraum für freiheitliche und würdevolle rechtsgeschäftliche Inhaltsbestimmung. *Es herrschen* in diesem, im Falle von Zwangsbedarf besonders wichtigen Teilbereich der sogenannten Privatautonomie *die Gesetze der wirtschaftlichen Mechanismen.* In dem Umfange, in welchem die Wohnung der Befriedigung eines Elementarbedürfnisses dient, bleibt somit im wesent-

lichen nur die Freiheit der Vertragspartnerwahl, solange das Angebot ausreichend ist.

2. *Verändertes Vertragsverständnis*

Unter solcher Betrachtungsweise hat sich die Bedeutung des Rechtsgeschäftes im Privatrecht gegenüber dem vergangenen Jahrhundert in neuerer Zeit ganz allgemein unverkennbar gewandelt. Der Vertrag als Instrument der Gestaltung von Rechtsbeziehungen wird nicht mehr ausschließlich oder überwiegend unter dem Gesichtspunkt der Entfaltungsfreiheit des Einzelnen gesehen. Er wird vielmehr als *Sozialakt* im Sinne eines zwischenmenschlichen Vorgangs gedeutet, *der die Bestimmungsfreiheit wieder mit der Idee der inhaltlichen Äquivalenz der vertraglichen Austauschleistungen*[47] *zu verbinden versucht* und auf diese Weise seine gesamtgesellschaftliche Rechtfertigung finden soll. Der Vertragsmechanismus als Richtigkeitsgewähr[48], so lautet das Stichwort, das seit einiger Zeit im Zentrum der Diskussion um die Rechtfertigung des Rechtsgeschäfts steht. Dabei wird von der Überlegung ausgegangen, daß bei der vertraglichen Einigung *beidseitig* die eigenen Interessen wahrgenommen werden, indem jede Partei von sich weisen könne, was sie nicht haben wolle[49]. Dem Einzelentscheid des «Nicht-

[47] Dem aufgeklärten Naturrecht war sie noch durchaus geläufig, wie kurz erwähnt worden ist (vgl. vorn Seite 257 f.). Die Rechtsphilosophie des deutschen Idealismus glaubte gerade hier ihre Kritik ansetzen zu müssen. Sie rechnete es sich zum Verdienst an, den Äquivalenzgedanken nicht mehr generell als durch das Gesetz inhaltlich festgelegte Grenze rechtsgeschäftlichen Handelns anerkannt zu haben. Es bedurfte Jahrzehnte, bis die Rechtsdogmatik die Frage der inhaltlichen Äquivalenz des Vertrages erneut zum Gegenstand eingehender Überlegungen machte, obwohl es vor allem außerhalb – aber auch innerhalb – der rechtswissenschaftlichen Kreise nie an Stimmen gefehlt hat, die auf diesen Gesichtspunkt hingewiesen haben: Vgl. z.B. WIEACKER, Sozialmodell, S. 10ff.

[48] SCHMIDT-RIMPLER, S. 130ff.

[49] Kritisch dazu beispielsweise FLUME, S. 7f., ausgehend vom (formalen) Einwand, das Urteil richtig oder unrichtig, als rechtliches Urteil über den Inhalt privatautonomer Gestaltung, sei ein Widerspruch in sich; ferner zum Beispiel RAISER, S. 1ff., mit der Überlegung, auch was den betroffenen Vertragspar-

habenwollens» bzw. der Abwehr subjektiver Unrichtigkeit sind dabei gegenseitig eben auch die Grenzen vom Markte her, dem überindividuellen Regulator von Nachfrage und Angebot, gesetzt und die Selbstbestimmung des Einzelnen wird gleichzeitig in die Verantwortung gegenüber Partner und Dritten überführt.

Die Gewichtsverlagerung auf den Gesichtspunkt der Gegenseitigkeit beim rechtsgeschäftlichen Austausch von Leistungen zeigt sich mit aller Deutlichkeit bei der Bedeutung, die dem Gedanken des *Vertrauensschutzes* im Bereiche der Selbstbestimmung, gestützt auf wirtschaftliche Gleichgewichtslage, zukommt. Es geht um den wechselseitigen Schutz erweckten Vertrauens beim Rechtsgeschäftspartner. Dieses Schutzes bedarf es, um die rechtsgeschäftlichen Absichten des Erklärungsempfängers zu verwirklichen und die vom Willen des Erklärenden getragene Selbstbestimmung in rechtliche Bindung einzufangen. Diese Bindung ist wichtig für den Fall, daß sich der Wille des Erklärenden ändert, ohne daß der Erklärungsempfänger damit einverstanden wäre. Und was auf Seiten des Erklärungsempfängers Schutz erweckten Vertrauens bedeutet, wird beim Erklärenden durch den *Grundsatz der Vertragstreue* gerechtfertigt. Wo die Willensbildung des Erklärenden nichts zu wünschen übrigläßt, wie das im Normalfall rechtsgeschäftlichen Handelns vorausgesetzt wird, bedeutet der Satz «pacta sunt servanda» ein ethisches Prinzip, das die Selbstbestimmung in Verantwortung überführt.

Und daß sich der Gesetzgeber vom Mechanismus gegenseitigen Interessenausgleichs zugleich hinreichenden *Drittinteressenschutz und die Verwirklichung des Gemeinwohlgedankens* erhofft, zeigt sich darin, daß er dort, wo dies aus verschiedenen Gründen nicht als möglich erscheint, d.h. z.B. im Familienrecht, Erbrecht und Sachenrecht, den Anwendungsbereich übereinstimmender rechtsgeschäftlicher Gestaltung einschränkt: sei es, daß diese Gestaltungsform der zu regelnden Lebensverhältnisse gar nicht zugelassen wird; sei es, daß ein numerus clausus der Rechtsgeschäftstypen gesetzlich vorgeschrieben wird, der über das hinausgeht, was durch die Rechtsordnung generell hinsichtlich der Grenzen privatautonomer Gestaltung von Form und Inhalt angeordnet ist[50].

teien gegenseitig subjektiv als Leistungsäquivalenz erscheinen möge, verbürge noch keineswegs die Beachtung der von der Rechtsordnung gechützten Werte.

Zur Frage der Vereinbarkeit der beiden Gesichtspunkte der grundsätzlich ungebundenen Selbstbestimmungsfreiheit als Freiheit der Persönlichkeit zur Willkür und der Wahrscheinlichkeit des gerechten Interessenausgleichs in und durch den Vertrag sowie zu deren Abstufung je nach Vertragskategorien, vgl. SCHMIDT-RIMPLER, Vertragsproblem, S. 3ff.

[50] Solche Vorschriften betreffen einmal mit Rücksicht auf den rechtsgeschäftlichen Inhalt das allgemeine Sitten- oder Rechtswidrigkeitsverbot, wie es in den Art. 19 und 20 OR zum Ausdruck kommt. Sie beziehen sich zum andern

Neben den Gesichtspunkt der von außerrechtlichen Lenkungsfaktoren beschränkten Selbstbestimmung, die in veränderter (formaler) Form den alten Gedanken der Leistungsäquivalenz trotz allem nicht unbeachtet läßt, treten beim Vertrag als Sozialakt oder Mechanismus überindividuellen Einverständnisses (somit) noch die weitern Aspekte der Vertragstreue und des Vertrauensschutzes sowie des Drittinteressen- und Gemeinwohlschutzes. Bei wirtschaftlicher Gleichgewichtslage wagt man zu hoffen, daß der Vertragsmechanismus als Promotor des gegenseitigen Einverständnisses und damit gewisser Unterwerfung unter Fremdbestimmung gleichzeitig auch allen andern Gesichtspunkten hinreichend Rechnung zu tragen vermag[51]. Die Verwirklichung eines dem konkreten Vertrag angemessenen Interessenausgleichs, und damit der Leistungsäquivalenz wird damit begründet, daß beiden Vertragspartnern wenigstens die Möglichkeit offensteht, sich marktgerecht zu verhalten. Der Satz «pacta sunt servanda» geht hier als ethisches Prinzip mit dem sittlichen Axiom der Selbstbestimmung parallel, und das Vertrauensprinzip kann unter der hier gemachten Voraussetzung reibungsloser gegenseitiger Einigung – anders als bei Störungen des wirtschaftlichen Gleichgewichts – keine besondere Bedeutung für sich beanspruchen, da der Schutz des Partners dem eigenen Willen des Erklärenden entspricht. Die Frage des Dritt- und Gemeinwohlschutzes aber ist zum voraus mit der Zulassung des Vertrages beantwortet.

3. Störfaktoren beim Vertragsschluß unabhängig von der Wirtschaftslage

Auch wenn der Gesetzgeber annehmen darf, daß die Gesetzmä-

auf die Form der rechtsgeschäftlichen Einigung, wenn in Art. 165 OR für Verfügungen über Forderungen Schriftlichkeit vorgesehen wird. Auf das Fundament der Freiheit zur Selbstbestimmung greift schließlich Art. 27 ZGB zurück, der eine übermäßige Selbstbindung ausschließen will und sich an verschiedenen Stellen der Privatrechtsgesetzgebung konkretisierend wiederholt, so zum Beispiel im (nach herrschender Auffassung) zwingend vorbehaltenen Widerruf des Auftrags (Art. 404 OR).

[51] Darin scheint man sich allgemein einig zu sein; vgl. SCHMIDT-RIMPLER, Vertragsproblem, passim.

ßigkeit von Angebot und Nachfrage in einem bestimmten Sektor – nach der Zielvorstellung des Bundesrates und des Parlaments auch im Bereiche des Wohnungsmarktes –, im Zusammenhang mit dem Vertragsmechanismus die von ihm erhoffte Wirkung eines angemessenen Interessenausgleichs herbeizuführen geeignet ist, sind noch nicht alle Störfaktoren, die das gewünschte Ergebnis vereiteln können, ausgeschlossen. Störfaktoren können nicht nur von der Seite der tatsächlichen Wirtschaftslage her auftreten, sondern auch bei den Vertragsparteien selber. Dabei kann die Störung den vertraglichen Einigungsvorgang direkt betreffen, indem eine Vertragspartei oder gerade beide nicht zum Ausdruck zu bringen vermögen, welche (u.a. wirtschaftlichen) Zwecke sie rechtlich verwirklicht haben möchten und zu welchen Bedingungen, oder aber in der Fehleinschätzung der (u.a. wirtschaftlichen) Sachumstände bestehen, welche für den Vertragsabschluß von entscheidender Bedeutung sind. Besonders beachtet wurden vor allem zwei Erscheinungsformen solcher Störungen: der *Erklärungsirrtum* und der *Grundlagenirrtum* als rechtlich relevanter Motivirrtum. In diesem Zusammenhang vor allem zeigt sich deutlich, daß das Rechtsgeschäft in der Gestalt des Vertrages nicht nur unter dem Gesichtspunkt der freiheitlichen Selbstbestimmung gesehen, vielmehr auch zum Vektor eines Kräfteparallelogramms werden kann, bei welchem der Gedanke des angemessenen Interessenausgleichs bei Leistung und Gegenleistung mitspielt.

Die Irrtumsregelung im geltenden Recht ist tatsächlich immer als hervorragender Test für die Fragen angesehen worden, inwieweit und aus welchem Grund der Gesetzgeber auch vertragliche Bindungen zulasse, die nicht von einem übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien getragen sind, vielmehr für die eine Partei mindestens fremdbestimmt von Gesetzes wegen verfügt werden. Was die erste Frage nach dem Umfang des normativen im Gegensatz zum natürlichen Konsens des rechtsgeschäftlichen Normalfalles betrifft, hat sie sich zu einem Paradestück der hohen Schule der Zivilrechtsdogmatik entwickelt[52]. Tatsächlich fällt es nicht leicht, die Artikel 1ff., 18 und 23ff. OR in Einklang zu bringen. Das gilt insbesondere, wenn man berücksichtigt, daß EUGEN HUBER die Irrtumsregelung des alten Obligationenrechts von 1881 bei dessen Anpassung an das neue Zivilgesetzbuch durch den neuen Art. 24 Abs. 1 Ziffer 4 OR in nicht

[52] Vgl. die beiden neuesten Übersichten bei KRAMER, S. 84ff. und GOLTZ, passim; ferner HAUSHEER, S. 209ff.

unbedeutendem Maße abgeändert hat[53]. Im wesentlichen dreht sich die Diskussion darum, ob die Lehre vom Vertragsschluß durchgängig von dem hier nun selbständige Bedeutung erlangenden Vertrauensprinzip beherrscht werde, oder ob davon Abstriche im Sinne des sog. Willensprinzips zu machen seien, was allein der Idee von der uneingeschränkten Selbstbestimmung entspricht. Vertrauensprinzip bedeutet in diesem Zusammenhang ja nichts anderes als Schutz jener Vertragspartei, die gutgläubig darauf vertraut, daß die vertragliche Bindung störungsfrei zustandegekommen ist. Und dieser Schutz erweckten Vertrauens verträgt sich nicht mit der gleichzeitigen Berücksichtigung der Interessen der schwächeren Vertragspartei, nicht bei einem Vertragsinhalt behaftet zu werden, der nicht vollwertiger Selbstbestimmung entspricht. Die Möglichkeit, die eigenen Interessen gehörig wahrzunehmen, bestand für den Irrenden nur in dem theoretischen Umfang, als er bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt den Irrtum tatsächlich hätte verhindern können. Gestützt auf diese bloß theoretische Möglichkeit der Selbstbestimmung, die vielleicht gerade noch ausreicht für die Annahme, der Bereich der Privatautonomie sei noch nicht endgültig verlassen, muß befürchtet werden, das Gleichgewicht der Vertragsleistungen sei zumindest weniger gewährleistet als im Normalfall rechtsgeschäftlicher Einigung. Entsprechend der verdünnten Selbstbestimmung beim Irrenden kann der Gesetzgeber schließlich auch nicht mehr ohne weiteres das sittliche Postulat der Gebundenheit an das gegebene Wort in unverändertem Maße beachten. Wie entscheidet er in dieser Ungleichgewichtslage? Auf den ersten Blick könnte man meinen, der Gesetzgeber müßte sich entweder radikal für den Vertrauensschutz jener Partei entscheiden, die den Störungsfaktor bei der rechtsgeschäftlichen Einigung nicht zu vertreten habe, oder aber für den Schutz der schwächeren, mit dem Störungsfaktor belasteten Partei. Im ersteren Fall bliebe der Gesichtspunkt der Aequivalenz unberücksichtigt, im letzteren Fall dagegen die Verkehrssicherheit. Ganz so gegensätzlich zeigt sich die Sachlage bei näherem Zusehen indessen nicht.

Allerdings darf man sich bei diesem näheren Zusehen nicht einfach auf den Gesetzestext stützen. Dieser ist zwar recht kompliziert, aber dieser Komplexität entspricht nicht ohne weiteres eine differenzierende ausgleichende Lösung, wie insbesondere Art. 25 und 26 OR vorerst vermuten lassen könnten. Vielmehr tut sich hier in einem vierfachen Hin und Her eine gewisse Ratlosigkeit des Gesetzgebers kund. Das hat SIMONIUS in seinen verschiedenen Untersuchungen zur Irrtumslehre, insbesondere für den Erklärungsirrtum, deutlich gemacht[54]. Zuerst wird nämlich in diesem Falle in Art. 1 OR das Vertrauen des Erklärungsempfängers auf die in nicht erkennbarer Weise vom wirklichen Willen des Erklärenden abweichende Erklärung geschützt, und der Irrtum des Erklärenden bleibt unbeachtet. Das heißt, trotz Irrtums wird der Vertrag als zustandegekommen betrachtet. Art. 24 Abs. 1 Ziffern 1–3 OR ermöglichen dann aber

[53] Siehe RUDOLF GMÜR, S. 157ff.

[54] SIMONIUS, Irrtumslehre, S. 240ff.; DERSELBE, Vertrauensprinzip, S. 235ff.

grundsätzlich die Auflösung des Vertrages durch den Irrenden. Damit wird der Schutz des gutgläubigen Vertragspartners wieder hinfällig und der Gesetzgeber wendet sich allein dem Irrenden zu. Allerdings kommt der Gesetzgeber in Art. 26 OR sogleich wieder auf den Nichtirrenden zurück, insofern der schuldhaft Irrende zu Schadenersatz im Sinne des Vertrauensinteresses oder allenfalls im Sinne des Erfüllungsinteresses verpflichtet werden kann. Aber auch dabei soll es nicht sein endgültiges Bewenden haben. Vielmehr soll der Nichtirrende auch bei Verschulden des Irrenden schadenersatzlos bleiben, wenn er den Irrtum gekannt hat oder hätte erkennen können[55]. Hat aber der Erklärungsempfänger den Irrtum seines Partners erkannt oder hätte er ihn erkennen können, kann man gar nicht mehr von einem Vertragsschluß nach Art. 1 OR im Sinne der Erklärung des Irrenden sprechen. Der Erklärungsempfänger darf sich loyalerweise nicht auf die Erklärung des andern verlassen. So bleibt es für den Erklärungsirrtum, der nicht als erkennbar zu bezeichnen ist, bei der Möglichkeit der Vertragsauflösung durch den Irrenden. Allerdings verbunden mit der Schadenersatzverpflichtung, denn Fahrlässigkeit ist nach Meinung der in diesem Punkt einhelligen Doktrin[56] beim Erklärungsirrtum immer anzunehmen, da die Sicherheit im Geschäftsverkehr höchste Sorgfalt bezüglich Willenserklärungen verlangt.

Soweit ein nicht erkennbarer *Erklärungsirrtum* in Fällen eines in Anbetracht der Marktverhältnisse auffälligen Mißverhältnisses von Leistung und Gegenleistung[57] zu einer[58] Vertragsauflösung seitens des Irrenden führt, wird dieses Ergebnis begrüßt[59]. Wo aber trotz Erklärungsirrtums kein solch auffälliges Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung besteht, sollen sowohl der Grundsatz des Vertrauensschutzes wie auch die Sicherheit im Geschäftsverkehr und der Gesichtspunkt der Praktikabilität der Rechtsregel verlangen, daß der Vertrag gleichwohl aufrechterhalten bleibt. Die Irrtumsanfechtung wird hier also auch mit dem Äquivalenzgedanken verbunden und *soll* nur gerade *verhindern, dem Nichtirrenden unverdient hohen Gewinn zuzuhalten.* Man kann sich fragen, ob es der Irrtumsanfechtung verbunden mit Schadenersatzverpflichtung in beschränktem Ausmaß bedarf, um dieses rechtspolitisch anerkennenswerte Ergebnis zu erreichen. Bei grober Äqui-

[55] Art. 26 Abs. 1 OR.

[56] Nachweise bei GOLTZ, S. 87 Anm. 175.

[57] Und zwar praktisch immer zuungunsten des Irrenden.

[58] Gewöhnlich nur unter dieser Voraussetzung angestrengten.

[59] Siehe zum Beispiel BYDLINSKI, passim.

valenzstörung wird schon über das Vertrauensprinzip im Hinblick auf den Konsens bzw. über die Frage der Erkennbarkeit des Irrtums die erforderliche Korrektur geschaffen[60]. Im andern Fall wird der Nachweis des Irrtums meistens schon am Beweiserfordernis scheitern. Bemerkenswert ist immerhin die Tatsache, daß die Gerichte von Fällen der einseitigen Unverbindlicherklärung von Verträgen wegen Erklärungsirrtums bzw. von der Aufgabe, Vertrauensschaden wegen entsprechender Vertragsauflösung zuzusprechen, weitgehendst verschont bleiben[61], obwohl hier in der pandektistischen Tradition ein wichtiger oder der wichtige Angelpunkt der durch die Rechtsordnung zu verwirklichenden Zielvorstellung von der Selbstbestimmung vorliegt.

In der Gerichtspraxis spielt auf jeden Fall der sogenannte *Grundlagenirrtum,* der von EUGEN HUBER gegenüber dem früheren Eigenschaftsirrtum des Art. 19 OR eine bedeutsame Ausdehnung erfahren hat, eine weit wichtigere Rolle als der Erklärungsirrtum. Der Grundlagenirrtum ist aber schon vom Gesetzestext her stark im Vertrauensprinzip verankert.

Das zeigt sich im gesetzlichen Hinweis auf die «nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr ... notwendige Grundlage des Vertrages», über die sich der Irrende falsche Vorstellungen gemacht haben muß, um den Irrtum der andern Vertragspartei, dem Nichtirrenden entgegenhalten zu können. Diese ist somit gegen eine rein subjektive Fehleinschätzung der Vertragsumstände durch den Irrenden geschützt. Wenn überdies auch hier zu berücksichtigen bleibt, daß das Erkannthaben oder die Erkennbarkeit des Irrtums über einen nicht nur subjektiv, sondern auch objektiv im loyalen Geschäftsverkehr für den Vertragsschluß wesentlichen Sachverhalt an sich schon beim Entscheid über das Zustandekommen eines Konsenses zu berücksichtigen ist, kann nicht weiter erstaunen, daß in den meisten Fällen von Grundlagenirrtum ein gemeinsames Fehleinschätzen der bestimmten Vertragsgrundlage durch die Parteien vorliegt[62]. Die Rechtsprechung hat daher nur selten die Frage nach Schadenersatz für den Nichtirrenden gemäß Art. 26 OR stellen müssen[63]. Allerdings darf auch nicht übersehen werden, daß ein wichtiger Fall von wesentlichem Motivirrtum in der Form eines Grundlagenirrtums im Gewährleistungs-

[60] Allerdings nicht im Sinne bloß einseitiger Unverbindlichkeit, sondern im Sinne der Nichtigkeit ab initio.

[61] Vgl. die Entscheidsammlung USTERI-REIMANN; VON BÜREN, S. 235.

[62] Vgl. die Nachweise der Rechtsprechung bei KRAMER, S. 114 und GOLTZ, S. 87f.

[63] Siehe BGE 41 II 369ff.; 43 II 579ff.; 91 II 275ff.

recht einzelner Vertragsverhältnisse, bzw. im Recht der Schlechterfüllung ebenfalls Beachtung findet. Über diese Rechtsbehelfe kann der Äquivalenzgedanke in besonderer Weise berücksichtigt werden. Häufig ist es ja gerade die Festlegung von Leistung und Gegenleistung, die einerseits über die Zusicherung einer bestimmten Eigenschaft, z.B. die Echtheit eines Kunstgegenstandes oder die besondere Qualität eines Gegenstandes[64], und dann anderseits über den Nachweis des Irrtums, wenn sich vorausgesetze Echtheit oder Qualität als nicht vorhanden erweisen, Auskunft gibt. Hier verhilft das Gewährleistungsrecht oder der Grundlagenirrtum dazu, daß die an sich dem rechtsgeschäftlichen Normalfall entsprechende Bewertung von Leistung und Gegenleistung insofern als Maßstab des Rechtsgeschäfts aufrecht erhalten bleibt, als entweder Nachleistung oder Anpassung der eigenen Leistung an die Minderleistung des Vertragspartners, oder dann Auflösung des Vertrages gefordert werden kann. Die ursprünglich ausgehandelte Äquivalenz bleibt aber der individuellen Bestimmung durch die Parteien nach wie vor überlassen. So achtet der Berechnungsmodus der Minderung[65] sorgsam darauf, daß proportional zu dieser gegenseitigen subjektiven Bewertung von Leistung und Gegenleistung gemindert wird. Zur Vertragsauflösung kommt es nur, wenn erhebliche Abweichungen gegenüber der durch die Parteien bestimmten Äquivalenz nachgewiesen sind und der Vertragszweck nicht mehr sinnvoll verwirklicht werden kann.

Soweit der Grundlagenirrtum nicht zur Vertragsauflösung führt, erfolgt nur eine *Korrektur in der Vertragsabwicklung* in dem Sinne, als *das von den Parteien nach Treu und Glauben* bezüglich Leistung und Gegenleistung *tatsächlich Gewollte* auf die Wirklichkeit hin angepaßt wird. Dabei wird wiederum vorausgesetzt, daß Leistung und Gegenleistung gestützt auf den normalen wirtschaftlichen Lenkungsvorgang festgelegt worden sind. Soweit aber nur eine Vertragsauflösung übrig bleibt, wird wie beim Erklärungsirrtum anerkannt, daß der marktmäßige Wirtschaftsablauf nicht zum Spielen gebracht werden konnte, allerdings nicht weil die wirtschaftlichen Voraussetzungen nicht erfüllt gewesen wären, so daß die erhoffte Lenkungsfunktion des Marktes unter keinen Umständen zum Tragen kommen konnte, sondern weil es an der normalerweise vorhandenen Fähigkeit der richtigen Einschätzung der Marktverhältnisse fehlte.

Zusammenfassend kann mit Rücksicht auf die Bedeutung des Rechtsgeschäftes als Mittel der Bedürfnisbefriedigung nach der

[64] Etwa die Überbaubarkeit eines Grundstückes; vgl. BGE 91 II 275ff., 278 E. 2.
[65] Art. 205, 254 Abs. 2, 368 Abs. 2 OR.

Vorstellung des Gesetzgebers folgendes festgehalten werden: Auch wenn der zweiseitige Vertrag[66] gegenüber dem Verständnis im vergangenen Jahrhundert bei praktisch gleichbleibender gesetzlicher Regelung unzweifelhaft einen nicht unbedeutenden Wandel vom Instrument der uneingeschränkten Selbstbestimmung zum gegenseitigen Einigungsvorgang über einen «sinnvollen» Interessenausgleich durchgemacht hat, der hinsichtlich der Selbstbestimmung vielfältiger Abstufung fähig ist und den es gegen «technisches Versagen» beim Vertragsschluß[67] oder «technisch bedingte» Inäqui-

[66] Beim einseitigen Rechtsgeschäft bzw. einseitigen Vertrag kann der Äquivalenzgedanke per definitionem nicht zum Spielen kommen. Der Gesetzgeber will in diesem Falle wenigstens wie bei besonders wichtigen zweiseitigen Verträgen eine möglichst zuverlässige Willensbildung des sich einseitig Verpflichtenden garantieren. Er greift zu diesem Zwecke, beispielsweise bei der Schenkungsverpflichtung, zum Mittel der besonderen Formvorschrift. Hinzu kommt, daß der Gesetzgeber in den Art. 249ff. OR die Bindung an das Verpflichtungsversprechen mildert. Unabhängig von der Sorgfalt aber parallel zur Zuverlässigkeit der Willensbildung erweist sich hier der Grundsatz «pacta sunt servanda» noch einmal abstufbar. Das gleiche gilt in dieser Hinsicht vom Vertrauensprinzip. Der Beschenkte oder Empfänger eines Schenkungsversprechens genießt nicht die Sicherheit mit Rücksicht auf Verwirklichung oder Bestand der Liberalität, wie sie ihm im Hinblick auf eine eigene Gegenleistung zukäme.

Im Falle der einseitigen erbrechtlichen Verfügung greift das Gesetz zusätzlich mit zahlreichen wertmäßigen Inhaltsbeschränkungen ein, um den Familiengedanken auch in vermögensrechtlicher Hinsicht der besonderen Versuchung zur Willkür, da vom Erblasser grundsätzlich keine eigenen Vermögensinteressen mehr zu berücksichtigen sind, Nachdruck zu verleihen. Das bedeutet nichts anderes als Einschränkung der rechtsgeschäftlichen Gestaltungsfreiheit.

[67] Noch einmal anders als der Willensmangel beim Vertragsschluß präsentiert sich eine nachträglich eintretende Ungleichgewichtslage zufolge veränderter Umstände. Eine andere Auffassung kann nur vertreten, wer den Irrtumstatbestand auch auf unvorhersehbare Ereignisse der Zukunft ausdehnt und damit ins Uferlose ausweitet. Der Willensmangel bedeutet einen Störungsfaktor bei der rechtsgeschäftlichen Einigung, gestützt auf welchen anzunehmen ist, daß ein angemessener Interessenausgleich zwischen den Parteien nicht zustandegekommen ist. Veränderte Umstände betreffen dagegen eine Willensübereinstimmung, die sich in nichts vom Normalfall rechtsgeschäftlicher Einigung unterscheidet. Gerade gewisser unsicherer Zukunftsentwicklungen wegen werden bestimmte Verträge geschlossen. Zudem besteht die Möglichkeit, durch den Vorbehalt von Bedingungen, den Vertrag auf verschiedene

valenz abzusichern gilt, so ermöglicht er Selbstbestimmung nur in dem Umfang, den die Gesetzmäßigkeit der wirtschaftlichen Verhältnisse zuläßt. Soweit Störungsfaktoren wirtschaftlicher Art, wie sie für den Bereich der Wohnungsmiete aufgezeigt worden sind, bestehen, vermag er nicht aus sich selber Korrekturmöglichkeiten zu entwickeln.

4. Absicherungen seitens des allgemeinen Vertragsrechts gegen wirtschaftliche Störfaktoren

A. Vertragsinhaltskontrolle beim Übervorteilungstatbestand

EUGEN HUBER hat diese Sachlage anscheinend klar erkannt, als er vom evolutionierten Individuum sprach, das sich im modernen Privatrecht frei bewegt, gleichzeitig aber auch von schwereren Fesseln bedroht ist, als sie früher bestanden haben[68]. Es ist denn auch nicht erstaunlich, daß er den *Übervorteilungstatbestand* wieder ins Obli-

Zukunftsentwicklungen hin auszurichten. Schließlich verteilt das Gesetz in verschiedensten Einzelbestimmungen der besonderen Vertragsverhältnisse und im allgemeinen Teil das Risiko veränderter Umstände, unter die beispielsweise die nachträgliche absolute und relative Unmöglichkeit zu zählen ist. (Siehe dazu MERZ, Komm., N. 190ff. zu Art. 2 ZGB; DERSELBE, Referat, S. 393aff.) Angesichts dieser Korrekturmöglichkeiten nachträglicher Äquivalenzveränderung ist es durchaus einleuchtend, nur dann eine echte Gesetzeslücke anzunehmen, wenn es die «Folgen einschneidender Veränderungen in der Sozialexistenz» zu ordnen gilt (so MERZ, Komm., N. 258 sowie N. 221ff. zu Art. 2 ZGB), und nicht schon dann, wenn das ursprünglich vereinbarte Verhältnis von Leistung und Gegenleistung unverschuldeterweise zufolge parteiunabhängiger Entwicklung erheblich gestört wird. (Ein Überblick über die einschlägige Literatur und die in den letzten Jahren bezeichnenderweise spärlich gewordene Rechtsprechung, die teilweise bei Art. 21 OR ansetzt, findet sich bei GOLTZ, S. 93ff. und MAZZOLA, S. 71ff.) Wo aber diese überaus strengen Anforderungen erfüllt sind, kann wie beim vertraglichen Vorbehalt und der gesetzlichen Berücksichtigung von nachträglich veränderten Verhältnissen vom *subjektiven, selbstbestimmten* Gleichgewicht der Leistungen ausgegangen werden. Schwierigkeiten bereitet allenfalls allein das Maß des richterlichen Eingriffs.

[68] Vorn Seite 253.

gationenrecht einfügte[69], der einer Auffassung zuwiderlaufen mußte, daß es nicht die Aufgabe der Rechtsordnung sei, sittlich geforderte Verhaltensweisen vorzuschreiben und daß sie auch nicht über entsprechende Bewertungsmaßstäbe verfüge[70]. Der zivilrechtliche Wuchertatbestand des Art. 21 OR[71] nimmt im Gesetzestext selber direkten Bezug auf «ein offenbares Mißverhältnis zwischen der Leistung und der Gegenleistung», das durch einen Vertrag begründet wird. Und zwar ist dieses Mißverhältnis nicht wie beim Irrtumstatbestand auf ein mehr oder weniger zufälliges Versagen einer oder beider Vertragsparteien bei der Willenskundgebung oder der Willensbildung zurückzuführen, sondern in der Ausnützung eines etwas generellen wirtschaftlichen, intellektuellen oder organisatorischen Ungleichgewichts durch den Vertragspartner begründet.

Die Übervorteilung steht nicht nur in der gesetzlichen Anordnung, sondern auch inhaltlich zwischen der generellen Schranke rechtsgeschäftlicher Selbstbestimmung in Art. 19 und 20 OR und den Willensmängeln gemäß Art. 23 ff. OR. Die erstere zieht der rechtsgeschäftlichen Gestaltungsfreiheit insofern allgemeine Grenzen, als die persönliche Freiheit überhaupt nicht oder nicht im Übermaß in rechtliche Bindung überführt werden soll[72] und weder der Inhalt der vertraglichen Verpflichtung noch deren Zielsetzung Grundwerten der Rechtsordnung zuwider sein sollen. Daß aber eine sog. «rein objektive» Äquivalenz der Leistungen als solche gerade nicht im Sinne derartiger Grundwerte angestrebt wird, ergibt sich daraus, daß der Wuchertatbestand nur dann zur einseitigen Unverbindlichkeit führt, wenn neben der offensichtlichen Inäquivalenz noch alternativ die Ausnützung einer Notlage, einer Unerfahrenheit oder des Leichtsinns nachgewiesen werden kann[73], und daß der wucherische Vertrag nicht als nichtig, sondern bloß als einseitig unverbindlich gelten soll, also der Konvaleszenz zugänglich ist. Das Gesetz mißtraut somit weiterhin einer auf der Vorstellung objektiv genau bewertbarer Leistungen beruhenden laesio enormis-Vorschrift, nimmt aber ein auffälliges Mißverhältnis von Leistung und Gegenleistung zum Anlaß zu prüfen, ob es auf eine individuelle Unfähigkeit zurückzuführen ist, sich so zu verhalten, daß der im rechtsgeschäftlichen Normalfall vom vertraglichen Einigungsvorgang erhoffte Erfolg noch sinnvollerweise erwartet werden kann. Insofern besteht eine Verbindung

[69] MAZZOLA, S. 10 ff.

[70] Vgl. vorn Seite 258.

[71] Hinweise auf zivilrechtliche Sondertatbestände, die mit Art. 21 verwandt sind, bei STARK, S. 377 ff.

[72] Art. 27 ZGB.

[73] BGE 43 II 793 ff., 806.

zu den nachfolgenden Willensmängeln. Der Wuchertatbestand behält aber auch in subjektiver[74] Hinsicht seine Selbständigkeit. Störfaktoren einer normalen Willensbildung, wie sie beim Irrtum, der absichtlichen Täuschung und der Drohung stark fallbezogen in Erscheinung treten und nichts darüber auszusagen brauchen, welches die wirtschaftliche und intellektuelle Situation des mit dem Störungsfaktor Behafteten im allgemeinen ist, werden bei der Übervorteilung in gewisser Weise verallgemeinert, so daß auch die wirtschaftliche Ausgangslage einer Partei eingeschlossen ist. Die Notlage, in welcher eine als solche erkannte, unverhältnismäßige eigene Leistung als das kleinere Übel gegenüber dem sonst in Kauf zu nehmenden Nachteil erscheint[75], ist gewöhnlich Kennzeichen einer durchgängig verfahrenen wirtschaftlichen Lage[76]. Auch mit Rücksicht auf die Unerfahrenheit, welche das Einschätzungsvermögen in bezug auf die rechtsgeschäftlich zu ordnenden Lebenstatbestände betrifft, kann von einem gewissen generellen Zustand gesprochen werden[77]. Die Generalisierung darf zwar nicht so weit gehen, daß sie mit dem Begriff der Handlungsunfähigkeit, der seinerseits wieder gewisser Abstufungen fähig ist, kollidiert. Sie kann aber durchaus gewisse Lebens- und Wirtschaftsbereiche betreffen, die sich durch besondere Unüberblickbarkeit und Komplexität auszeichnen[78]. Und Ähnliches läßt sich schließlich auch vom Leichtsinn sagen, der sich auf die Willenskräfte der schwächeren Vertragspartei bezieht.

Aus dieser Mittelstellung zwischen dem ganz konkreten Störungsfaktor des rechtsgeschäftlichen Gleichgewichts beim Vertragsschluß und der allgemeinen Grenzziehung rechtsgeschäftlicher Gestaltungsfreiheit bzw. der allgemeinen Handlungsunfähigkeit scheint sich hier in der Tat ein vortrefflicher *Anknüpfungspunkt dafür* anzubieten, *die unterschiedlichen Anforderungen an das Rechtssubjekt in den verschiedenen rechtsgeschäftlichen Gestaltungsbereichen hinlänglich zu berücksichtigen.* Damit kann sich das geltende Privatrecht[79] anscheinend des Vorwurfs erwehren, die Begriffe Rechtssubjekt, subjektives Recht und Privatautonomie erreichten

[74] STARK, S. 386, beschränkt die subjektive Tatbestandsvoraussetzung auf die Ausbeutungsabsicht.

[75] MAZZOLA, S. 18; vgl. auch STARK, S. 383f.

[76] Muß es aber nicht immer sein; siehe die Hinweise bei STARK, S. 383 Anm. 32.

[77] BGE 41 II 571ff.

[78] Es geht also weder um «geistige Minderwertigkeit», wie VON TUHR/SIEGWART, AT I, S. 302, annehmen, noch um bloße Unkenntnis in bezug auf einen rechtsgeschäftsrelevanten Umstand: BGE 41 II 571ff. und 92 II 168ff.; sowie die Hinweise bei STARK, S. 384f. Anm. 34.

[79] Rechtsvergleichende Hinweise bei OFTINGER, laesio, S. 536f. und OSSIPOW, passim.

eine derart hohe Abstraktionsstufe, daß sie zum Rechtssubjekt Mensch an sich führten und die vielfältigen Rollenbeziehungen des Einzelnen mit den unterschiedlichen Anforderungen, die dabei an diesen gestellt werden, außer acht lasse[80]. Hinzu kommt, daß auf der Seite des Vertragspartners kein erwecktes Vertrauen zu schützen ist. Dem Wucherer ist die Lage seines Geschäftspartners bekannt[81]. Der Gesichtspunkt des «pacta sunt servanda» tritt entsprechend der beeinträchtigten Selbstbestimmungsmöglichkeit ebenfalls zurück. Drittinteressen schließlich, die es unabhängig von den Betroffenen zu schützen gälte, machen sich nicht bemerkbar. So hat es denn in der Literatur nicht an Stimmen gefehlt – und sie scheinen sich neuerdings eher zu mehren –, die dem *Art. 21 OR* eine grundlegende Bedeutung mit Rücksicht auf die *Verankerung des Äquivalenzgedankens im geltenden Vertragsrecht* zumessen[82].

Entgegen den wohl noch begrenzten Vorstellungen EUGEN HUBERS über die Anwendung des Übervorteilungstatbestandes, ist seine Ausweitungsmöglichkeit auf eine allgemeine wirtschaftliche Ungleichgewichtslage in einem bestimmten Marktsektor an sich nicht ohne weiteres von der Hand zu weisen. Tatsächlich hat das Bundesgericht in jüngerer Zeit die klassischen Wucherfälle, die vor allem den Zins betrafen[83], in nicht ganz unbedeutender Richtung erweitert. So hat es in seinem Entscheid 92 II 168ff. die Übervorteilung in einem Fall bejaht, da eine kleine, ihren Verhältnissen entsprechend durchaus nicht auf der ganzen Linie geschäftsuntüchtige Uhrenfirma, statt der für sie erforderlichen gesellschafts- und erbrechtlichen Nachfolgesicherung und einer gewissen Geschäftsberatung eine unbrauchbare Betriebs- und Marktanalyse durch eine sich aufplusternde Management AG aufgeschwatzt erhalten hatte. Das Gericht äußerte sich zur Frage der Unerfahrenheit wie folgt: «Entgegen der Auffassung der Beklagten bedarf

[80] So beispielsweise REHBINDER, S. 141ff. und VON HIPPEL, passim.

[81] BGE 53 II 483ff.; 54 II 188; 92 II 168; siehe auch STARK, S. 386 Anm. 44 mit weiteren Hinweisen.

[82] Vgl. FRÖHLICH, S. 52ff.; SCHWEINGRUBER, S. 170f.; VON BÜREN, S. 229. Neuestens auch OFTINGER, laesio, S. 543; STARK, S. 385ff.

[83] Vgl. BGE 43 II 803; 46 II 55; 47 II 166; 54 II 148; 56 II 444; 57 II 28; 61 II 31; 80 II 327; 84 II 107.

es ... nicht einer allgemeinen Unfähigkeit der Vertragspartei, ein bestimmtes Geschäft richtig zu würdigen; es genügt, wenn sie auf dem in Frage stehenden Gebiet zwar nicht völlig geschäftsunerfahren ist, aber doch die Tragweite eines ihr vorgeschlagenen Geschäfts nicht zu erfassen vermag. Diese weitgefaßte Umschreibung des Begriffs der Unerfahrenheit drängt sich um so mehr auf, wenn man in Betracht zieht, daß mit der fortschreitenden Entwicklung die technischen Probleme selbst im täglichen Leben immer vielgestaltiger und komplizierter werden, mit der Folge, daß der Einzelne in immer zunehmendem Maße genötigt ist, sich auf Spezialisten zu verlassen, ohne sich vom wahren Wert ihres Angebotes ein richtiges Bild machen zu können. Mit dieser Entwicklung hat der Schutz des Vertragsschließenden Schritt zu halten.»[84]

Es ist auch nicht einzusehen, weshalb eine analoge Ausdehnung, wie sie hier mit Bezug auf die Unerfahrenheit vorgenommen worden ist, nicht auch mit Rücksicht auf übersetzte Forderungen unter Ausnützung von Nachfrageüberhang bei der Wohnungsmiete vorgenommen werden könnte. Tatsächlich gibt es strafrechtliche Urteile, die so weit gegangen sind[85].

Aber auch diese Erweiterung des Übervorteilungstatbestandes oder seine Anpassung an die veränderten Gestaltungsfaktoren der Lebenswirklichkeit, insbesondere an die immer mehr in Erscheinung tretende Unübersichtlichkeit von Ursachen und Wirkungen bei verschiedensten Vorgängen in Gesellschaft und Wirtschaft und an die allgemeinen und dauernden wirtschaftlichen Ungleichgewichtslagen, vermag Art. 21 OR nicht zum generellen Ausgleichsmittel von Ungleichgewicht werden zu lassen. Das zeigt sich u.a. auf dem Wohnungsmarkt, soweit er Zwangsbedarf sicherzustellen hat, hinsichtlich der mit der Übervorteilung verbundenen Rechtsfolge der einseitigen Vertragsauflösung[86]. Aber auch wenn sich das

[84] BGE 92 II 176.

[85] Vgl. BGE 92 IV 132ff. i.S. Schmitt gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Basel-Stadt; 93 IV 85ff., wobei im zweiten Entscheid eine sorgfältigere Kostenanalyse vorgesehen wird als im Falle Schmitt, wo man wohl die allgemeinen Bodenpreissteigerungen hätte genauer darlegen sollen.

[86] Die Rechtsprechung des Bundesgerichts hat sich entgegen einem immer stärker werdenden Trend der Literatur (vgl. SPIRO, S. 515f. sowie MAZZOLA,

Bundesgericht in Übereinstimmung mit einer starken Strömung in der Doktrin und verschiedenen analogen gesetzgeberischen Entscheiden zur bloßen Herabsetzbarkeit der übersetzten Forderung bekennen wollte[87], wäre beim Dauervertrag der Miete nicht viel gewonnen. Das heißt wenigstens so lange nicht, als der Mieter in der wirtschaftlich schwächeren Position zufolge des Nachfrageüberhangs nicht auf einen Kündigungsschutz zählen kann. Bei dieser Sachlage wagt es der Mieter kaum – wie ganz allgemein der Übervorteilte, selbst wenn er seine Ausbeutung erkennt[88] –, sich zur Wehr zu setzen[89]. Das erklärt denn auch – neben der Schwierigkeit, im Einzelfall ein offenbares Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung nachzuweisen[90], wenn man sich die verschiedenen wirtschaftlichen Ausgangssituationen auf Vermieterseite vergegenwärtigt –, weshalb sich Übervorteilungsurteile gestützt auf Art. 21 OR im Zusammenhang mit Wohnungsmiete nicht finden

S. 98ff., je mit weiteren Hinweisen) nicht eindeutig zu einer bloßen Herabsetzung auf ein angemessenes Maß der Leistung des Übervorteilten an Stelle der völligen Nichtigkeit des Vertrages bekennen können. Hatten die Entscheide 78 II 216ff. (mit Rücksicht auf einen Irrtumsfall) und 84 II 107ff. noch offengelassen, ob der vertraglich Benachteiligte, statt sich vom Vertrage loszusagen «eine inhaltliche Änderung des Vertrages, d.h. die Herabsetzung ihrer übermäßigen Leistungspflicht» verlangen könne, verweist das Bundesgericht im erwähnten neueren Entscheid 92 II 168ff. wieder auf den Gesetzestext, der von Nichteinhalten des Vertrages und Zurückforderung des Geleisteten spricht. Das Rückforderungsrecht beruhe «also zweifellos auf der Unverbindlichkeit des Vertrages». Weitere Hinweise auf Rechtsprechung und Doktrin bei STARK, S. 393ff., wo zu Recht zwischen Sach- und Dienstleistungsverträgen unterschieden wird, die Besonderheit der Dauerverträge dagegen unerwähnt bleibt.

[87] Das Gesetz selber sieht in Fällen, die von der psychologischen Situation der Parteien her betrachtet mit Art. 21 OR Verwandtschaft aufweisen, durchaus die Möglichkeit richterlicher Herabsetzung der übermäßigen Leistung vor. Das gilt für die übermäßige Konventionalstrafe in Art. 163 Abs. 3 OR, für das übermäßige Konkurrenzverbot in Art. 340a Abs. 2 OR und für den unverhältnismäßigen Maklerlohn in Art. 417 OR.

[88] Das ist vor allem bei Unerfahrenheit und unter Umständen auch Leichtsinn nicht immer der Fall.

[89] Vgl. die Sachverhaltsschilderung in BGE 92 IV 132ff.

[90] Zu dieser Frage bezüglich Sach- und Dienstleistungsverträge STARK, S. 379ff. Zur Miete vgl. BGE 93 IV 85ff.

lassen. Besondere Schwierigkeiten bereitet z.B. die Abgrenzung der normalen Bodenpreisentwicklung von den übersetzten Bodenpreisen, die unberücksichtigt bleiben sollen[91]. Daher auch das angesichts der Großvermieter oder der Hauseigentümerkartelle[92] gefährliche Ausweichen auf die (orts- oder quartierübliche) Vergleichsmiete[93] in der am 7. Juli 1972 in Kraft getretenen Mißbrauchsgesetzgebung. Strafrechtliche Verfahren sind wenigstens für Mieter billiger, wenn sie zu nichts führen, auch wenn sie in subjektiver Hinsicht allenfalls größere Anforderungen stellen sollten. Darauf wird später noch einmal zurückzukommen sein[94]. *Im Hinblick auf den Übervorteilungstatbestand gilt es vorerst festzuhalten, daß sich der Gesetzgeber nicht scheut, in bestimmter materieller Form wiederum den Äquivalenzgedanken heranzuziehen,* um bei gestörter Lenkungsfunktion des Marktes den Mißbrauch dieser Situation auf dem Rücken des schwächeren Vertragspartners, der dabei nicht unbedingt schon zu den sozialpolitisch Hilfsbedürftigen gezählt werden muß, zu vereiteln. *Noch wichtiger ist* aber die Einsicht, *daß auch die besten gesetzgeberischen Absichten nichts taugen, wenn sie die Wirklichkeit nicht wirksam gestalten können*[95]. Ihr schenkt der eher dogmatisch ausgerichtete Jurist häufig nicht die genügende Aufmerksamkeit.

Tatsächlich hat sich die privatrechtliche Dogmatik nicht sonderlich um die Frage gekümmert, weshalb der Übervorteilungstatbestand nicht die Entwicklung durchgemacht hat, die man eigentlich, gestützt auf seine vielversprechende Zielsetzung, hätte erwarten dürfen. Ansätze zu einer Betrachtungsweise, welche weniger der Norm selber, dafür mehr deren Verwirklichung Beachtung schenkt, lassen sich nur im Zusammenhang mit den sogenannten Allgemeinen Geschäftsbedingungen finden. Nur von Ansätzen läßt

[91] BGE 92 IV 132ff. und Bundesbeschluß vom 30. Juni 1972, Art. 9, 11, 15 lit. a, AS 1972 II, S. 1504f.

[92] Vgl. NZZ Nr. 365 vom 9. August 1973 bezüglich Genf und Lausanne.

[93] BGE 92 IV 132ff.

[94] Vgl. hinten Seite 293ff.

[95] In den rund hundert Jahren bundesgerichtlicher Rechtsprechung bis 1973 sind gemäß OFTINGER, laesio, S. 540 Anm. 21, nur 18 Entscheidungen zu Art. 21 OR in die amtliche Sammlung aufgenommen worden.

sich hier sprechen, denn trotz der kaum mehr überblickbaren Zahl von Autoren, die sich beispielsweise im deutschen Sprachbereich zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen geäußert haben[96], stand im allgemeinen die Frage im Vordergrund, ob im Falle von wirtschaftlichem und organisatorischem Übergewicht auf seiten der kommerziellen Anbieter von Konsumgütern und Dienstleistungen Abweichungen vom dispositiven gesetzlichen Vertragsrecht nur in beschränkterem Umfang zuzulassen seien, als dies bei dispositivem Recht im allgemeinen per definitionem zutrifft. Die weitere Frage dagegen, ob für den Fall, wo eine Beschränkung der Abweichung von gesetzlichem dispositivem Recht zu bejahen ist, auch besondere Maßnahmen vorzukehren seien, damit diese Einschränkung der Selbstbestimmung auf Unternehmerseite im Sinne einer Inhaltsüberprüfung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen in der Rechtswirklichkeit beachtet wird, blieb häufig nur am Rande berührt. Dennoch sind die Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die auch im Bereiche der Wohnungsmiete anzutreffen sind, nicht außer acht zu lassen. Auch wenn sie sich nicht auf die Hauptleistungen eines Vertrages, sondern nur auf sogenannte Nebenbestimmungen mit Rücksicht auf die Vertragsabwicklung beziehen, vermögen sie zum einen zu bestätigen, daß sich die *Privatrechtsordnung nicht durchwegs vor Vertragsinhaltskontrollen scheut.* Zum andern vermitteln sie, abgesehen von der bloß andeutungsweisen Hinführung zur *Problematik der Rechtsverwirklichung*[97], wertvollen Einblick in die *Tatsache, daß der Vertrag nicht ohne weiteres in der Vereinzelung der unmittelbar an ihm beteiligten Parteien gesehen werden darf,* wie dies noch einer weitverbreiteten Vorstellung vom Vertrag als Verkörperung der Privatrechtsidee entspricht.

[96] Vgl. beispielsweise die Literaturhinweise bei SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Komm., N. 427 zu Art. 1 OR mit Rücksicht auf die Schweiz und etwas weiter zurückliegend bei WEBER im Kommentar STAUDINGER, B 357, D 97ff. zu § 242, S. 539, 769f., für die Bundesrepublik Deutschland und andere Länder; zu ergänzen durch KÖTZ, S. 9ff., 11 Anm. 7.

[97] Vgl. ausführlich zu dieser Frage, Bericht der Arbeitsgruppe beim Bundesministerium für Justiz, 2. Teilbericht, passim.

B. Vertragsinhaltskontrolle bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) und relativ zwingendes Gesetzesrecht

a) Richterliche Inhaltskontrolle

AGB knüpfen in einer dem besonderen Vertragszweck angepaßten Form des Standardvertrages oder des Formularvertrages bei der Wohnungsmiete wie anderswo an die Tatsache an, daß die rechtsgeschäftliche Willensübereinstimmung der Vertragsparteien sich normalerweise nur gerade auf die wesentlichen Leistungen bezieht. Um diesen Vertragskern herum stellen sich aber zahlreiche Fragen nach der Abwicklung des Leistungsaustausches im einzelnen. Die Rechtsordnung konnte an dieser Tatsache nie vorbeigehen. Sie hat im Laufe ihrer langen Entwicklung eine je nach Vertragsart mehr oder weniger große Zahl von solchen Nebenpunkten der *Vertragsabwicklung* geregelt und diese als naturalia negotii sowohl von den essentialia als auch von den accidentalia unterschieden. Die großen Kodifikationen des Vertragsrechtes haben überdies gewisse Fragen der Vertragsabwicklung unabhängig von einzelnen Vertragsarten in einem sog. Allgemeinen Teil behandelt.

Das geltende Obligationenrecht nimmt darauf in seinen ersten Bestimmungen Rücksicht. In Art. 2 OR wird zum Ausdruck gebracht, daß sich die Willenserklärungen der Parteien nur gerade auf die den bestimmten Vertragstypus konstituierenden Elemente beziehen müssen, es sei denn, die Vertragspartner hätten unzweideutig zum Ausdruck gebracht, daß auch andere Vertragselemente zum Gegenstand ausdrücklicher Einigung gemacht werden müssen. Wenn in Absatz 2 dieser Gesetzesbestimmung der Richter angewiesen wird, über nicht vereinbarte (vorbehaltene) Nebenpunkte nach der Natur des Geschäftes zu entscheiden, wird damit betont, daß die gesetzliche Regelung von Nebenpunkten dispositives, d.h. in das Belieben der Parteien gestelltes Recht ist. Und gleichzeitig wird darauf Rücksicht genommen, daß dieses dispositive gesetzliche Recht lückenhaft sein kann.

Im Hinblick auf die Lückenhaftigkeit und Möglichkeit, die gesetzliche Regelung eigenen Vorstellungen und besonderen Bedürfnissen der Parteien anzupassen, aber auch insbesondere mit Rücksicht auf die Tatsache, daß im Zeitpunkt des Vertragsschlusses für die Parteien nur gerade die essentialia im Vordergrund stehen, ist es nicht verwunderlich, wenn vor allem für sich häufig wiederholende Verträge Nebenbestimmungen vorformuliert bereitgehalten

und dann beim konkreten Vertragsschluß der individuellen Vereinbarung über die Hauptleistungen beigefügt werden. Zu offensichtlichen Zwecken der Ökonomie des gedanklichen Aufwandes, der Sicherheit, der besseren Überlegung der einzelnen Bestimmung und zur Vervollständigung objektiv-rechtlicher Regelung hat sich die Kautelarjurisprudenz schon immer *vorgeformter Vertragsinhalte* bedient.

Angesichts der Notwendigkeit einer der modernen industriellen Massenproduktion entsprechenden Verteilung und angesichts der Massendienstleistungen wird ein solches Vorgehen zur Selbstverständlichkeit. Das *Vertragsmuster* wird hier zur «*Gattungsware*» in der Form von Allgemeinen Geschäftsbedingungen[98]. Sie dienen dem Produzenten oder Dienstleistenden dazu, sich auf eine Vielzahl gleichartiger Verträge einzurichten, bei denen die Vertragsabwicklung von besonderer Bedeutung werden kann, da nicht nur belanglose Austauschgeschäfte abgeschlossen werden. Neben die Vereinfachung des Geschäftsablaufes und die größere Rechtssicherheit mit der Vereinfachung bzw. allenfalls Verdeutlichung des objektiven Rechts tritt eine bessere Vorausberechnung der rechtlichen Risiken. Es zeigt sich[99], «daß eine Spezialisierung der vertragsrechtlichen Bestimmungen durch Klarstellung und Ergänzung des Gesetzes oft im Interesse beider Vertragsparteien liegt; denn die gesetzlich geregelten Vertragsarten sind auf Grund empirischer Normaltypen bestimmter Rechtsgeschäfte entwickelt und geben die dafür vorgesehenen Rechtsregeln in mehr oder weniger abstrakter Form und nach den Systembedürfnissen des Gesetzes geordnet wieder. Es kann daher einem echten Verkehrsbedürfnis entsprechen, die Anwendung bestimmter gesetzlicher Regeln auf einen konkreten Geschäftstyp für die Beteiligten besonders klarzustellen. Auch kann es im beiderseitigen Interesse liegen, ausfüllungsbedürftige gesetzliche Regelungen, insbesondere dispositive Verweisungen auf außerrechtliche Ordnungsvorstellungen – wie etwa die Verkehrssitte – zu konkretisieren und Auslegungsspielräume zu beseitigen. Gelegentlich vermögen dispositive Gesetzesbestimmungen auch nicht den objektiven Gegebenheiten bestimmter Rechtsgeschäfte oder den subjektiven

[98] Mit Recht weist Kötz, S. 13ff., darauf hin, daß damit ein Phänomen größter Vielfalt angesprochen ist, das die Einzelvertragsklausel und das ausgebaute Normenwerk, den mündlich und verschiedenartig schriftlich fixierten Vertragsinhalt, den frei vereinbarten und auch staatlich kontrollierten Text umfassen kann und sowohl den Privatrechtsvertrag wie auch den Vertrag des öffentlichen Rechts betrifft. Daselbst auch eine anschauliche Beschreibung der verschiedenen Anwendungsbereiche der Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

[99] So äußert sich der Bericht der Arbeitsgruppe beim Bundesministerium für Justiz, 1. Teilbericht, S. 14.

Vorstellungen der Vertragspartner gerecht zu werden. So haben sich im Wirtschaftsleben (insbesondere in der Folge der mit dem ‹Massenhaften› verbundenen Arbeitsteilung) neue Vertragsarten entwickelt – beispielsweise Leasinggeschäft, Reiseveranstaltungs- oder Automatenaufstellungsvertrag –, die sich als typengemischte Verträge nur mühsam mit dem geltenden Vertragsrecht erfassen lassen. Auch für solche Sachverhalte können Allgemeine Geschäftsbedingungen Klarheit schaffen.»[100]

Im Bereich der Wohnungsmiete gilt es zu beachten, daß einerseits das Bedürfnis besteht, eine Vielzahl von Kleinigkeiten zu regeln[101], um die sich das Gesetz nicht kümmern kann, die aber für den ordnungsgemäßen Gebrauch einer Wohnung doch von Bedeutung sind. Anderseits gilt es auch gewisse gesetzliche Allgemeinbegriffe[102] auszudeuten. Zudem vermögen gewisse dispositive Gesetzesvorschriften heute weitgehend nicht mehr zu befriedigen[103]. Hinzu kommt, daß auch im Sektor der Wohnungsvermietung im Zusammenhang mit Personalfürsorge, Geldanlage seitens Versicherungsgesellschaften und verschiedenen Arten von Pensionskassen und anderen mehr immer häufiger «Großvermieter» anzutreffen sind, welche die Abwicklung ihrer großen Zahl von Mietverträgen u.a. zwecks Vereinfachung und Gleichbehandlung vereinheitlichen möchten.

Allgemeine Geschäftsbedingungen, standardisierte Vertragsklauseln betreffend Vertragsabwicklung, ob sie sich auf Vertragsformularen finden, Musterverträgen entnommen sind oder sonstwoher kommen, brauchen für die Betroffenen nichts Schreckendes an sich zu haben. Im Gegenteil, die durch sie vorgeformte Vertragsergänzung in (sog. objektiven) Nebenpunkten, die gesetzliches Recht ersetzt oder vervollkommnet, kann auch ebensogut wie der in jedem Fall individuell zu bestimmende Vertragskern von beiden Parteien einzeln ausgehandelt werden. Bei den sogenannten Publikumsverträgen, d.h. Verträgen mit Vertragspartnern, die solche

[100] Vgl. auch KÖTZ, S. 23ff.

[101] Zum Beispiel Tierhaltung, Waschküchenbenutzung, Veränderungsmöglichkeiten des Mietgegenstandes im Zusammenhang mit dessen Möblierung etc.

[102] Beispielsweise die «kleinen Ausbesserungen» gemäß Art. 263 Abs. 2 OR.

[103] So wird die Untermiete im Gegensatz zu Art. 264 Abs. 1 OR meist von der Bewilligung des Vermieters abhängig gemacht.

Verträge nur vereinzelt und keineswegs zum Zwecke der eigenen Unternehmertätigkeit in der entsprechenden Wirtschaftsbranche[104] abschließen, entspricht aber ein solches umfassendes Aushandeln und Akzeptieren des vorformulierten Vertragsinhaltes nicht dem Normalfall. Diese Publikumsverträge sind vielmehr dadurch gekennzeichnet, daß die Zustimmung in der Form einer *einseitigen Globalerklärung* erfolgt[105]. Während der einen Vertragspartei der Inhalt der vorformulierten Vertragsteile bzw. der Allgemeinen Geschäftsbedingungen im einzelnen bekannt ist, ist das auf seiten der andern, die sich global damit einverstanden erklärt, gewöhnlich nicht der Fall.

Diese Tatsache hindert den Vertragsschluß, wie sich aus Art. 2 OR ergibt, keineswegs. «Zu einer wirksamen Willenserklärung bedarf es nicht notwendig des Bewußtseins ihres Inhalts.»[106] Eine Globalzustimmung kann auch bei einem einseitig formulierten, aber durchwegs individuellen Vertrag vorkommen. Es werden, wie der Bestand gesetzlichen dispositiven Rechts deutlich macht, auch beim durchgängig individuell formulierten Vertrag nicht alle zu regelnden Vertragspunkte einzeln ausgehandelt. Und auch bei diesem letzteren kann die Situation auftreten, daß die den Vertrag formulierende Partei die andere vor die bloße Alternative stellt, den einseitig formulierten Vertragsvorschlag als Ganzes anzunehmen oder aber gänzlich auf den Vertragsschluß zu verzichten. Die Tatsache der Verwendung einseitig vorformulierter Vertragsbestandteile, der Globalzustimmung durch die Gegenpartei und einer möglichen Zwangslage mit Rücksicht auf den Vertragsschluß ist daher keine Besonderheit der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Der bloße Umstand, daß die letzteren massenhaft verwendet werden, fügt als solcher gegenüber dem Normalfall des Vertragsmechanismus grundsätzlich, d.h. abgesehen von einem Summationseffekt, der als Monopol- oder koordinierte Kartellmacht – wie noch zu zeigen sein wird[107] – doch ins Gewicht fällt, nichts Besonderes hinzu. Das dürfte mit ein Grund gewesen sein, daß Allgemeinen Geschäftsbedingungen vom Gesetzgeber unseres geltenden Obligationenrechts insbesondere auch bei der Anpassung an das ZGB von 1912 keine besondere Beachtung geschenkt wurde, obwohl sie schon seit Ende des vergangenen Jahrhunderts in immer zunehmenderem Maße Verwendung fanden.

Gefährlich werden Allgemeine Geschäftsbedingungen nur, wenn sie – wie das allerdings ganz überwiegend der Fall ist[108] – über einen

[104] SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Komm., N. 436 zu Art. 1 OR.
[105] Vgl. SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Komm., N. 461 ff. zu Art. 1 OR.
[106] BGE 76 I 350.
[107] Hinten Seite 320 ff.
[108] Vgl. KÖTZ, S. 26 ff.

gesteigerten Rationalisierungseffekt und eine vermehrte Typisierung bestimmter Vertragsbestandteile hinaus dem Unternehmer (womit etwas unzutreffend heute allgemein der Sach- oder Dienstleistende umschrieben wird) eine im Vergleich zur (ausdrücklichen oder zu ermittelnden) gesetzlichen Regelung der Vertragsabwicklung und des damit verbundenen Interessenausgleichs zwischen den Parteien bedeutend günstigere Stellung einräumen sollen, und – theoretisch wenigstens[109] –, wenn zugleich die Ausgleichsfunktion des Sach- und Dienstleistungsmarktes weitgehendst ausgeschaltet ist, so daß der auf die Sach- oder Dienstleistung Angewiesene – wie das beim Mieter häufig der Fall ist – vom Markte her keine Ausweichmöglichkeiten hat. Aber auch im günstigsten Fall, wo die wirtschaftliche Konkurrenz die von ihr erhoffte Wirkung hervorbringt, bleiben für den Verbraucher die ungünstigen Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Publikumsvertrages gefährlich. Allgemeine Geschäftsbedingungen beziehen sich auf die Vertragsabwicklung und insbesondere auf Störungen bei derselben. Beim Vertragsschluß stehen aber – wie dargelegt – die Hauptleistungen im Vordergrund, und alles andere interessiert in diesem Augenblick gewöhnlich wenig. Gerade deshalb wird ja eine gesetzliche Regelung der wichtigsten Nebenpunkte erforderlich, die allerdings aus den genannten Gründen nur dispositiver Natur sein soll, d.h. vertraglich ersetzt werden kann. Die Versuchung zur einseitigen Globalzustimmung zu Allgemeinen Geschäftsbedingungen, unabhängig von der Erfahrungstatsache, daß sie für den Globalzustimmenden ungünstig sein können, ist daher groß. Es kommt hinzu, daß der Durchschnittskontrahent des Publikumsvertrages auch bei bestem Willen zur Überprüfung des Inhaltes der vorformulierten Allgemeinen Geschäftsbedingungen nur sehr schlecht in der Lage ist, sich über dessen rechtliche Bedeutung Rechenschaft zu geben. Dazu fehlt – wie auch häufig gegenüber der gesetzlichen Regelung – die juristische Erfahrung. Diesen Umstand weiß sich der Verwender von Allgemeinen Geschäftsbedingungen bei deren Vorformulierung häufig zunutze zu machen. Neben der wirtschaftlichen und organi-

[109] Tatsächlich ist aber, wie anschließend zu zeigen sein wird, vom Wettbewerb her selten ein Korrektiv gegen ungünstige Allgemeine Geschäftsbedingungen zu erwarten. Vgl. Seite 283.

satorischen besteht somit noch häufiger die schon im Zusammenhang mit der Übervorteilung festgestellte intellektuelle Ungleichgewichtslage. Und selbst bei der real bestehenden Möglichkeit, die einseitige Risikoüberwälzung durch die Gegenseite einzusehen, braucht diese nicht zu fürchten, daß es deswegen zur Bevorzugung eines Konkurrenten komme, der unter günstigeren AGB abschließt. Der Durchschnittskontrahent ist so häufig verschiedensten AGB ausgesetzt, daß er sie aus zeitlichen Gründen nicht im einzelnen prüft. Bei bedeutenderen Konsumgütern mit längerem Gebrauchswert[110] ist zudem die Wahrscheinlichkeit groß, daß man nicht den doch eher seltenen «Ausreißer» gekauft hat, wie man auch erwartet, daß bei der Straßenbahnfahrt nichts passiert, daß keine Schäden bei der Chemischreinigung auftreten und daß die Ferienreise zufriedenstellend verläuft, daß also keine Störungen auftreten, in bezug auf welche sich die ungünstigen AGB für den Verbraucher besonders augenfällig auswirken. «Diese Überlegung zeigt, daß *für das Gebiet der Verbrauchergeschäfte das Recht zu ‹freier und eigenverantwortlicher› Gestaltung des Vertragsinhalts* nur für den Unternehmer wirkliche Bedeutung hat, *für den einzelnen Verbraucher* hingegen *ohne praktischen Inhalt ist, weil die Kosten der Ausübung des Rechts für ihn regelmäßig außer Verhältnis zu dem erreichbaren Nutzen stehen*[111]. Für den Verbraucher ist die Vertragsgestaltungsfreiheit mithin nicht nur dann illusorisch, wenn er sich den Allgemeinen Geschäftsbedingungen unterwirft, weil ihm wegen der wirtschaftlichen Macht des Unternehmers keine andere Wahl bleibt, oder er die rechtliche Bedeutung des ‹Kleingedruckten› wegen seiner ‹intellektuellen Unterlegenheit› gar nicht versteht. Sie ist weithin illusorisch auch dann, wenn man unterstellt, daß der Unternehmer wegen der Wettbewerbslage Verhandlungen über den Vertragsinhalt durchaus zugänglich ist und der Verbraucher auch die dafür erforderlichen Rechts- und Geschäftskenntnisse besitzt.» Diese doch nachdenklich stimmenden Sätze von Kötz, der die Allgemeinen Geschäftsbedingungen für den deutschen Juristentag 1974 einer umfassenden und eindrücklichen erneuten Untersuchung

[110] Zu denken ist beispielsweise an das Auto, die Waschmaschine, den Fernseh- und Radioapparat.

[111] Hervorhebung vom Verfasser.

unterzogen hat, zeigen, daß diesbezüglich selbst bei normalen Marktverhältnissen von den Gesetzen von Nachfrage und Angebot kaum die wünschbare Lenkungsfunktion auf einen angemessenen Interessenausgleich hin zu erwarten ist[112,113]. Wollte man sich aber im Bereich der Wohnungsmiete damit trösten, daß es sich hier um einen Vertragsgegenstand eigener Art handle, der den Mieter zu besonderer Vorsicht und Aufmerksamkeit veranlasse, ist gleich in Erinnerung zu rufen, daß die diesbezüglichen Marktverhältnisse kaum ein Ausweichen auf günstigere Angebote zulassen. Es bleibt also auch im Bereiche der Wohnungsmiete bei der Gefahr der Ausnützung wirtschaftlicher Übermacht. Diese bezieht sich bei den Allgemeinen Geschäftsbedingungen allerdings – wie erwähnt – nur auf sogenannte Nebenpunkte des Vertrages unter Ausschluß der Hauptleistungen[114]. Gleichwohl ist es nicht uninteressant zu sehen, wie sich Gesetzgeber, Rechtsprechung und Lehre zu dieser Teilproblematik des Vertrages angesichts wirtschaftlicher, organisatorischer, intellektueller und «struktureller» Ungleichgewichtslage eingestellt haben.

Es ist schon darauf hingewiesen worden, daß die Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die zum Vertragsinhalt eines konkreten Einzelvertrages geworden sind, in gleicher Weise wie die individuell vereinbarten Hauptleistungen den gesetzlichen Schranken der Vertragsfreiheit unterliegen[115].

So hat die Rechtsprechung gegen das Recht der Persönlichkeit[116] und/oder gegen die guten Sitten[117] verstoßende AGB-Klauseln für unwirksam erklärt,

[112] KÖTZ, S. 33.

[113] Tatsächlich scheint sich die Hoffnung von MERZ, die Marktverhältnisse und ihr Schutz durch das Kartellrecht vermögen die Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu zügeln, nicht zu erfüllen; vgl. MERZ, Länderbericht, S. 68f. Zu entsprechenden Äußerungen in der deutschen Literatur siehe KÖTZ, S. 33ff.

[114] Allerdings sind die diesbezüglichen Abgrenzungen bei der Wohnungsmiete etwas fließend, da die Frage der Vertragskündigung bei unbestimmter Vertragsdauer zwar auch zu den Nebenpunkten gezählt wird, in der Bedeutung für den Mieter aber je nach den gegebenen Marktverhältnissen anders zu gewichten ist.

[115] Siehe vorn Seite 281; MERZ, le contrôle des conditions générales, S. 193ff.

[116] Art. 27 ZGB.

[117] Art. 19 OR.

die auch in einem durchwegs individuell formulierten Vertrag nicht hätten bestehen können[118]. Beizufügen bleibt, daß das Bundesgericht in den Entscheiden 77 II 154ff. und 84 II 107ff. die Tatsache des Mißbrauchs von wirtschaftlicher und intellektueller Macht im beschriebenen Sinn bei Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht schon als solche, d.h. von der besonderen Problematik der Allgemeinen Geschäftsbedingungen her, als sittenwidrig anzusehen bereit war[119]. Damit wird *weitgehend auf den Tatbestand der Übervorteilung nach Art. 21 OR zurückverwiesen.* Von ihm ist aber im Zusammenhang mit den Allgemeinen Geschäftsbedingungen schon deswegen nicht viel zu erwarten, weil es hier um Nebenleistungen geht, welche das offenbare Mißverhältnis der Hauptleistungen wohl zu unterstreichen, nicht aber selber zu begründen vermögen[120]. Sollte der Übervorteilungstatbestand aber auch diesbezüglich einer gewissen Ausweitung zugänglich sein, würde sich wiederum zeigen, daß im Falle verminderter Selbstbestimmung eines Vertragspartners das Ungleichgewicht mit verstärkter Inhaltskontrolle in Richtung Äquivalenz aller sich im Vertragsganzen gegenüberstehenden Leistungen und Gegenleistungen auszugleichen versucht wird.

Die *richterliche Kontrolle* von Allgemeinen Geschäftsbedingungen hatte in der Schweiz ihr *Schwergewicht* bisher *bei der Überprüfung des Vertragsschlusses als solchem,* d.h. grundsätzlich unabhängig von dem daraus hervorgehenden Vertragsinhalt. Die damit verfolgte Absicht ist leicht ersichtlich. Gelingt es, die Allgemeinen Geschäftsbedingungen ganz allgemein oder wenigstens teilweise, d.h. im Bereiche ihrer stoßenden Auswirkungen, als gar nicht zum Vertrag gehörig zu bezeichnen, bleibt Spielraum für das dispositive Gesetzesrecht bzw. die richterliche Rechtsfindung mit ihrem Anspruch, angemessenen Interessenausgleich herbeizuführen. Das den Vertragsschluß beherrschende Vertrauensprinzip vermag hier aber nicht allzuviel. Es bleibt zu wiederholen, daß Globalzustimmungen zum vorformulierten Vertrag des Vertragspartners auch beim individuell ausgestalteten Vertrag vorkommen und durchaus zulässig sind, wenn sich die Parteien über den Rahmen geeinigt haben, innerhalb von welchem wenigstens die Hauptleistungen bestimmbar sind.

[118] Vgl. BGE 51 II 273ff., 281; 67 II 128 i.V. mit 63 II 409ff.; BJM 1957, S. 273; ZR 48, 1949, Nr. 153; ferner siehe auch MERZ, Länderbericht, S. 93f.; DERSELBE, le contrôle des conditions générales, S. 193ff.; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Komm., N. 509ff. zu Art. 1 OR.

[119] Vgl. auch BGE 94 II 197ff., 208.

[120] Siehe STARK, S. 378 Anm. 7 mit weiteren Hinweisen.

Die Rechtsprechung hat zu dieser Frage immer wieder unter dem Stichwort der ungelesenen Urkunde Stellung genommen[121]. Der Vertrauensschutz des Verwenders von vorformulierten Vertragsbestandteilen findet einzig dort eine Grenze, wo ihm als Erklärungsempfänger einer Globalzustimmung «bekannt war oder nach der Erfahrung des Lebens vernünftigerweise bekannt sein mußte, daß der Erklärungsinhalt nicht gewollt sei»[122]. Dieser Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes führt zur bekannten Ungewöhnlichkeitsregel. Ungewöhnlich ist vor allem, was mit dem von beiden Parteien gewollten Geschäftskern in keinem vernünftigen, d.h. diesen sinnvoll ergänzenden Verhältnis steht[123]. Somit ist mit der Ungewöhnlichkeitsregel überall dort nichts auszurichten, wo das zur Verfügung stehende gesetzliche oder das richterlich zu findende dispositive Recht der konkreten Vertragsabwicklung durch die vorformulierten Allgemeinen Geschäftsbedingungen vertraglich zwar für den Verbraucher völlig unzulänglich ersetzt wird, aber doch im Rahmen dessen bleibt, was gesetzlich, richterlich oder vertraglich grundsätzlich geregelt werden muß. Die naturalia negotii sind per definitionem nicht als geschäftsfremd zu bezeichnen. Ähnliches ist auch zu dem von der Rechtsprechung aus dem Vertrauensprinzip heraus entwickelten Auslegungsgrundsatz zu sagen, wonach unklar formulierte Allgemeine Geschäftsbedingungen zuungunsten des Verwenders auszulegen sind. Es ist dem geschäftskundigen Unternehmer ein leichtes, dieser Unklarheitsregel dadurch zu entgehen, daß die vorformulierten Vertragsbestandteile sprachlich eindeutig und deswegen für den Verbraucher nicht weniger ungünstig abgefaßt werden[124]. Einen generell strengeren Maßstab allein vom Umstand einer einseitigen Globalzustimmung zu vorformulierten Vertragsbestandteilen und insbesondere Allgemeinen Geschäftsbedingungen her hat die Rechtsprechung nur gerade mit Rücksicht auf sogenannte Gerichtsstandsklauseln angewendet. Das Bundesgericht hat einen Verzicht des aufrecht stehenden Schuldners auf den gemäß Art. 59 BV garantierten Wohnsitzrichter immer nur bei unmißverständlich zum Ausdruck gebrachtem Willen gelten lassen[125]. Dabei nahm das Bundesgericht auch auf die Geschäftserfahrenheit Rücksicht[126]. Weshalb die Rechtsprechung diesen strengeren Maßstab nur auf Gerichts-

[121] Siehe beispielsweise BGE 64 II 355ff. mit weiteren Hinweisen sowie die Nachweise bei OFTINGER, Urkunde, S. 263ff.

[122] BGE 64 II 355ff., 357; 91 I 11ff.

[123] Siehe MERZ, Länderbericht, S. 84ff.; DERSELBE, le contrôle des conditions générales, S. 193ff.; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Komm., N. 498ff. zu Art. 1 OR mit Hinweisen auf die Rechtsprechung.

[124] Hinweise zur Unklarheitsregel in der Rechtsprechung bei MERZ, Länderbericht, S. 89ff.; DERSELBE, le contrôle des conditions générales, S. 200ff.; vgl. auch BGE 87 II 234ff. und 97 II 72ff.

[125] Vgl. BGE 84 I 30ff., 36; 85 I 148ff.; 93 I 323ff., je mit weiteren Hinweisen.

[126] BGE 91 I 11ff., 16; Präzisierung dazu bei SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Komm., N. 500ff. zu Art. 1 OR.

standsklauseln angewendet hat, nicht aber gegenüber andern für die Rechtsverwirklichung ebenso einschneidenden Vertragsklauseln, ist allerdings nicht leicht erklärbar[127].

Ein generell strengerer Maßstab zur Überprüfung eines rechtsgenüglichen Vertragsschlusses im Zusammenhang mit einer einseitigen Globalzustimmung zu vorformulierten Vertragsbestandteilen wird in der Literatur in Anlehnung an den § 315 dt. BGB und an die analoge Sondervorschrift von Art. 71 OR mit dem Grundsatz begründet, wonach vertraglich eingeräumtes Ermessen zugunsten einer Vertragspartei nur unter billiger Rücksichtnahme auf die Gegenpartei ausgeübt werden dürfe[128].

Eine konsequente Verwirklichung dieses entwicklungsfähigen Gedankens bezüglich aller einseitigen Globalzustimmungen zu vorformulierten Vertragsbestandteilen vermöchte im Ergebnis weitgehend mit dem übereinzustimmen, was die Rechtsprechung in der Bundesrepublik Deutschland unter zielstrebiger Führung des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen nach zaghaftem Beginnen des Reichsgerichtes (einerseits zu eng) mit Rücksicht auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen (und anderseits zu umfassend) ohne Einschränkung auf die einseitige Globalzustimmung erreicht hat. In BGHZ 41, S. 151 ff., 154, wird dieses Resultat in folgendem Satz zusammengefaßt: «Soweit Vorschriften des dispositiven Rechtes ihre Entstehung nicht nur Zweckmäßigkeitserwägungen, sondern einem aus der Natur der Sache sich ergebenden Gerechtigkeitsgebot verdanken, müssen bei einer abweichenden Regelung durch Allgemeine Geschäftsbedingungen Gründe vorliegen, die für die von ihnen zu regelnden Fälle das dem dispositiven Recht zugrundeliegende Gerechtigkeitsgebot in Frage stellen und eine abweichende Regelung als mit Recht und Billigkeit vereinbar erscheinen lassen.» Und SCHMIDT-SALZER[129] faßt die Rechtsprechung in der Bundes-

[127] Dazu MERZ, Länderbericht, S. 87 ff.; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Komm., N. 504 zu Art. 1 OR; siehe auch das unveröffentlichte Urteil des Appellationsgerichtes Basel-Stadt vom 14. Juni 1957, zitiert bei MERZ, Länderbericht, S. 88 sowie BGE 64 II 380 ff., 382; vgl. aber auch BGE 91 II 344 ff., 348; 93 II 311 ff., 326.

[128] Neben MERZ, Länderbericht, S. 100 und SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Komm., N. 498 zu Art. 1 OR, siehe AUER, S. 49 ff.; STOCKAR, passim.

[129] SCHMIDT-SALZER, S. 9.

republik Deutschland in die Äußerung zusammen: «Die für die Praxis wichtigste Norm des Rechts der AGB ist . . . der Satz, daß AGB die Interessen des Kunden angemessen berücksichtigen müssen, was in der negativen Formulierung bedeutet: AGB sind nur dann und nur soweit rechtswirksam, wie sie sachlich angemessen sind.» Die bundesdeutsche Rechtsprechung hat es verstanden, aus diesem allgemeinen Satz ein gewisses gefestigtes, konkretisierendes Gebäude von Einzelsätzen zu entwickeln, das schon ganz deutliche Hinweise darauf zu geben vermag, wie das offene Kriterium der sachlichen Angemessenheit zu verstehen ist[130]. Damit ist das Feld des Vertragsschlusses verlassen, und man bewegt sich im Bereiche der *Inhaltskontrolle des Vertrages.*

Dieses mindestens mit Bezug auf die einseitige Globalzustimmung auch von der Schweizer Doktrin[131] begrüßte Ergebnis der Rechtsprechung in der Bundesrepublik Deutschland vermag eine erwünschte Flexibilität für sich in Anspruch zu nehmen. Das Richterrecht, das für eingelebte Vertragsverhältnisse trotz gewisser Unbestimmtheiten die erforderlichen konkreten Regeln zu liefern vermag, kann sich auch in neue Gebiete des Vertragsrechts vortasten, mit denen sich der Gesetzgeber erst nach längerer Zeit vertraut machen kann. Richterrecht ist auch offener gegenüber dem nicht von vornherein auszuschließenden Nachweis im Einzelfall oder für gewisse Vertragsarten, daß eine bestimmte Vertragsklausel wie Haftungsfreizeichnung, Umkehr der Beweislast, Schadenpauschalierung im Rahmen des Vertragsganzen durchaus gerechtfertigt sein und sich gegebenenfalls sogar zugunsten des Verbrauchers auswirken kann[132]. Eine richterliche Inhaltskontrolle kann sich leichter mit der nötigen Anpassungsfähigkeit der einseitigen Globalzustimmung zu vorformuliertem oder individuellem Vertragsinhalt annehmen, als dies der Gesetzgeber tun könnte, da dieser von seiner Systematik her mehr auf den generellen Inhalt der ein-

[130] SCHMIDT-SALZER, S. 9.

[131] Vgl. SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Komm., N. 508 zu Art. 1 OR mit weiteren Hinweisen.

[132] Vgl. KÖTZ, S. 68ff., mit differenzierenden Ausführungen allerdings zum vielfach angeführten Preisargument auf S. 27ff. seines Gutachtens.

zelnen Vertragsklausel abstellen muß, als auf die Einzelheiten des konkreten Vertrages achten könnte.

Der italienische Gesetzgeber des Codice Civile von 1942 hat denn beispielsweise in den Art. 1341 und 1342 CCit. auch nur versucht, auf die Initiative und die Widerstandskraft des Kunden abzustellen, um dem dargelegten Problem vorformulierter Vertragsbestandteile Herr zu werden. Mit den genannten Gesetzesbestimmungen soll sichergestellt werden, daß seitens des Kunden keine einseitigen Globalzustimmungen mehr vorkommen. Das gilt vor allem für besonders ungünstige Kundenklauseln wie z.B. Haftungsbeschränkungen, Rücktritts- und Suspendierungsrechte und andere Beschränkungen der Rechtsausübung für den Kunden. Solche Vertragsklauseln müssen vom Kunden ausdrücklich schriftlich akzeptiert worden sein, um Rechtswirksamkeit zu erlangen. Die gesetzgeberische Absicht dieser Bestimmungen ist offenkundig. Dadurch, daß sichergestellt wird, daß der Vertragsinhalt bewußt erfaßt wird, soll der normale Vertragsmechanismus, das Aushandeln gegensätzlicher Interessen wieder zum Tragen gebracht werden. Eine Gleichgewichtslage kann aber mit bloß formalem Bewußtmachen des Vertragsinhaltes nicht erreicht werden. Die neu aufkommende Diskussion um diese Frage in der italienischen Lehre zeigt das mit der erforderlichen Deutlichkeit[133], ebenso wie der dargelegte Umstand, daß der im Spiel stehende wirtschaftliche (finanzielle) Einsatz, auch bei hinreichender Kenntnis der Rechtslage und ihrer wirtschaftlichen Voraussetzungen, einseitige Globalzustimmungen zu nachteilig vorformulierten Vertragsbestandteilen nicht zu hindern vermag.

Daß die richterliche Inhaltskontrolle nur nachträglich, d.h. repressiv wirksam wird, muß ihr nicht unbedingt zum Nachteil gereichen. Auch eine präventive Verwaltungskontrolle von AGB erfüllt nicht immer die in sie gesteckten Erwartungen[134], ganz abgesehen von der Frage der Praktikabilität einer umfassenden Präventivkontrolle.

[133] Siehe die Beiträge im Sammelband: Condizioni Generali di Contratto e Tutela del Contraente Debole, Veröffentlichung der Universität Catania; ferner Kötz, S. 59ff.

[134] Auch dann nicht, wenn sie in der vielbeachteten Gestalt der fakultativen Überprüfungsmöglichkeit des israelischen Standard Contracts Law vorkommt. Dazu und allgemein zur Verwaltungskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen u.a. Kötz, S. 94ff. In der Schweiz kommt sie beispielsweise gegenüber Allgemeinen Versicherungsbedingungen zur Anwendung: BGE 80 I 66ff. und ist auch im Zusammenhang mit dem Teilzahlungsgeschäft vorgesehen. Siehe den Gesetzesentwurf, der vom Bundesrat am 14. August 1974 in die Vernehmlassung gegeben worden ist.

b) Relativ zwingendes Gesetzesrecht

So wie die Dinge in der Schweiz stehen, hat sich die Rechtsprechung aber noch nicht zu einer umfassenden und offenen Inhaltskontrolle von AGB zu bekennen vermocht. Dagegen hat der Gesetzgeber sich entschlossen, in Einzelfällen Bestimmungen über die Vertragsabwicklung der Dispositionsfreiheit der Parteien zu entziehen und mindestens zu relativ zwingendem Recht zu erklären. Von diesen Bestimmungen kann nicht zuungunsten der einen (schwächeren) Vertragspartei abgewichen werden, während bei absolut zwingendem Recht der Gesetzgeber für beide Vertragsparteien Abweichungen ausschließt. Zu denken ist vorab an die gesetzgeberische Entwicklung des (heutigen) Arbeitsvertrages, dann aber auch an das revidierte Bürgschaftsrecht[135], an das Versicherungsvertragsrecht[136] und das Abzahlungs- und Vorauszahlungsvertragsrecht, das zur Zeit vor einer neuen Revision steht. Bezüglich der Wohnungsmiete hat vor allem die Mißbrauchsgesetzgebung in weitem Umfange[137] zu diesem Ergebnis geführt[138], nachdem schon durch Bundesgesetz vom 24. Juni 1970[139] Kündigungsbeschränkungen ins Obligationenrecht eingefügt worden waren.

Die Vor- und Nachteile *richterlicher, gesetzgeberischer oder verwaltungsmäßiger Inhaltskontrolle* Allgemeiner Geschäftsbedingungen sind oft gegeneinander abgewogen worden[140], und vielleicht

[135] Art. 492 Abs. 4 OR.

[136] Art. 97f. VVG.

[137] Insbesondere nach der Ausdehnung des Anwendungsbereichs durch den Bundesbeschluß vom 20. Dezember 1972, Art. 6, 17, AS 1972 II, S. 3060ff.; vgl. auch die entsprechende Botschaft vom 4. Dezember 1972, BBl 1972 II, S. 1541ff., 1571f. sowie den Bundesratsbeschluß vom 10. Juli 1972, AS 1972 II, S. 1554; seine Aufhebung vom 10. Januar 1973, in Kraft seit 20. Dezember 1972, AS 1973 I, S. 84.

[138] Art. 5 des Bundesbeschlusses vom 30. Juni/20. Dezember 1972, AS 1972 II, S. 1503, erklärt Art. 254 Abs. 1 und 2, 255, 256 Abs. 2, 257 Abs. 2, 258 und 271 Abs. 2 OR zu zwingendem Recht, das weder wegbedungen noch zuungunsten des Mieters abgeändert werden darf. Es geht hier vor allem um die Gewährleistung der vertragsgemäßen Benützung der Wohnung und Geschäftsräume sowie um die Rückgabe des Mietgegenstandes.

[139] Bundesgesetz über die Änderung des Obligationenrechts (Kündigungsbeschränkung im Mietrecht) vom 24. Juni 1970, AS 1970, S. 1276ff.

[140] Hinweise zum Beispiel bei KÖTZ, passim.

ist es weise, sich nicht auf das eine oder andere Vorgehen zu versteifen, sondern je nach den besonderen Bedürfnissen alle drei Gestaltungsformen der Einflußnahme auf die Vertragsabwicklung im Sinne der Beschränkung der Selbstbestimmung wirksam werden zu lassen[141]. Das soll hier nicht mehr weiter interessieren. Bedeutsam bleibt aber die Feststellung, daß *auch dort, wo auf irgend eine Weise das Festlegen der Vertragsabwicklung der Parteiautonomie entzogen ist, die dadurch geschützte Vertragspartei ihr Recht selbst dann nur selten vor dem Richter erstreitet, wenn kein Fall von wirtschaftlicher, organisatorischer oder intellektueller Ungleichgewichtslage vorliegt*[142]. Wird das Recht aber vor dem Richter erstritten, so bleibt noch Verschiedenes zu beachten[143]. Ziel des Rechtsstreites ist nicht eine generelle Klärung der Rechtslage bezüglich unangemessener Allgemeiner Geschäftsbedingungen mit unmittelbarer Wirkung auch für entsprechend betroffene Dritte. Mit der gerichtlichen Klage will vielmehr in erster Linie eine bestimmte Vermögenseinbuße ausgeglichen werden. Ob dies dann vergleichsweise geschieht, spielt für den Rechtsuchenden im allgemeinen keine Rolle; für die interessierte Allgemeinheit hat dies aber seine Bedeutung. Und auch ein *richterliches Urteil vermag nicht die erforderliche Breitenwirkung zu erzielen* und hindert den Verwender von unangemessenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht daran, diese in leicht abgeänderter Form Dritten gegenüber weiterzuverwenden, in der Hoffnung, die Gegenseite zu ermüden, und in der Spekulation, das Kostenrisiko eines Rechtsstreites bei nicht mehr ganz eindeutiger Rechtslage bewirke ein Weiteres. Zudem sind trotz eines verlorenen Rechtsstreits die AGB für den Unternehmer eine rentable Angelegenheit, wenn er damit rechnen kann, daß in der Großzahl der Anwendungsfälle der nur individuell angefochtenen AGB-Klausel keine neue, weitere Auseinandersetzung zu befürchten bleibt. Begreiflicherweise wird daher der Frage, ob den Allgemeinen Geschäftsbedingungen auf dem Wege des Richterrechts, des relativ oder absolut zwingenden Ge-

[141] Kötz, passim.

[142] Kötz, S. 53ff.

[143] Vgl. Bericht der Arbeitsgruppe beim Bundesministerium für Justiz, 1. Teilbericht, S. 109ff.

setzesrechtes oder der präventiven Verwaltungskontrolle inhaltliche Schranken zu setzen seien, immer weniger Gewicht beigemessen im Vergleich zum *Ruf nach Maßnahmen zur Verbesserung der Lage bei der Rechtsdurchsetzung*[144]. Und dabei zeigt sich, daß nicht nur auf den konkreten Einzelfall abgestellt werden darf, vielmehr ein umfassenderes Problem der Rechtswirklichkeit gelöst werden muß. Irgendwie muß der Tatsache Rechnung getragen werden, daß einerseits die der Parteiautonomie überlassene Regelung der Vertragsabwicklung durch AGB ihrer Funktion entsprechend überindividuelle Bedeutung hat, und daß anderseits bei wirtschaftlicher Ungleichgewichtslage im weitesten Sinne die Hoffnung wirklichkeitsfremd wird, die schwächere Vertragspartei werde die ihr von der Rechtsordnung angebotene Hilfe ohne weiteres ergreifen.

5. *Zusammenfassung*

Die privatrechtliche Regelung der individuellen Bedürfnisbefriedigung weist grundsätzlich auf die wirtschaftlichen Lenkungsmechanismen zurück. Sie trägt über Bestimmungen betreffend Handlungsfähigkeit und Willensmängel dafür Sorge, daß die Entschlüsse im Spiel von Angebot und Nachfrage ohne «technisches Versagen» gefaßt werden können. Treten in dieser Beziehung gleichwohl Störungen auf, berücksichtigt das *Privatrecht* neben den Gesichtspunkten des Vertrauensschutzes und des Gemeinwohls vor allem auch das *Streben nach angemessenem Interessenausgleich.* Das gilt in besonderem Maße dort, wo generell, sei es von der einen Vertragspartei, sei es von einer allgemeinen wirtschaftlichen Ungleichgewichtslage her, das *Vertrauen in die wirtschaftlichen Lenkungsmechanismen ungerechtfertigt* ist. Das Privatrecht scheut sich in diesem Falle nicht, Haupt- und Nebenpunkte des Vertragsinhaltes materiell zu überprüfen. Es legt sich dabei allerdings große Zurückhaltung auf, wenn es um die Überprüfung der Hauptleistungen geht, indem es nur auf offensichtliche Mißverhältnisse von Leistung und Gegenleistung abzielt. Bei der Frage der Regelung der Ver-

[144] KÖTZ, S. 58, 83ff.; Berichte der Arbeitsgruppe beim Bundesministerium für Justiz, 1. Teilbericht, S. 109ff.; 2. Teilbericht, passim.

tragsabwicklung dagegen zeigt es eine Tendenz zu einer strengeren *Inhaltsüberprüfung*. Dieses *Ziel* bleibt aber in beiden Fällen *von der Rechtsdurchsetzung her gefährdet,* insofern als die Beachtung der Schranken der Selbstbestimmung doch wieder der Privatinitiative, d.h. den Vertragspartnern, überlassen ist. Im Falle der Übervorteilung ist die Beschränkung des Aktionsrahmens der zu schützenden Partei geradezu Tatbestandsvoraussetzung und im Falle der Regelung der Vertragsabwicklung verhindert vielfach das relativ geringe Gewicht der in Frage stehenden Interessen unter anderem die Rechtsdurchsetzung.

III. Tendenzen in der Sondergesetzgebung zur Bekämpfung der Mißbräuche auf dem Gebiete der Wohnungsmiete

Angesichts der aufgezeigten Schwierigkeiten des geltenden Privatrechts, insbesondere den aus andauernden Störungen von Angebot und Nachfrage auf einem wirtschaftlichen Teilsektor fließenden Gefahren Herr zu werden, sucht die Mißbrauchsgesetzgebung[145] vor allem den Weg einer *zugriffigeren Inhaltskontrolle* zu beschreiten. Soweit nicht Konjunkturpolitik gemäß BB vom 20. Dezember 1972[146] in Frage steht, die Unangemessenheit des Mietzinses vielmehr mit einer Wohnungsnot in Verbindung gebracht wird, wie dies im BB vom 30. Juni 1972[147] gestützt auf Art. 34^{septies} BV der Fall ist, erfährt der Übervorteilungstatbestand eine Ausdehnung. Im Lichte der jüngeren Rechtsprechung betrachtet[148], allerdings weniger mit Rücksicht darauf, daß in bezug auf bestimmte Wohnungskategorien und mangelndes Angebot unabhängig von der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des einzelnen Mieters die Notlage als durchwegs gegeben angenommen wird[149], als vielmehr hinsichtlich

[145] Vgl. vorn Seite 248 f., 276.
[146] AS 1972 II, S. 3059ff.
[147] AS 1972 II, S. 1502ff.
[148] Vgl. vorn Seite 273.
[149] Zweifelhaft ist die Bemerkung von STARK, S. 389 Anm. 57, der Bundesbeschluß verzichte auf die Voraussetzung der Notlage. Sie wird in die Umschreibung des sachlichen Geltungsbereichs einbezogen.

des offensichtlichen Mißverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung gemäß Art. 21 OR. Nachzuweisen ist nicht mehr eine solch offenkundige Inäquivalenz, es genügt die Unangemessenheit[150]. Hiezu kommt eine Umkehr der Beweislast, insofern als der Vermieter die Angemessenheit der Mietzinserhöhung, die vom Mieter bestritten worden ist, nachzuweisen hat und der Mieter vom Nachweis der Unangemessenheit befreit bleibt[151]. Wenn man sich erinnert, welch unterschiedliche kalkulatorische Ausgangslagen auf Vermieterseite zu berücksichtigen sind[152], ist leicht ersichtlich, daß hier eine Crux der Mißbrauchsgesetzgebung vorliegt. Sie ist durch die Bemühungen des Gesetzgebers nicht aus der Welt geschafft, in Art. 15 lit. a bis d[153] den Tatbestand des Mißbrauchs wenigstens negativ abzugrenzen.

Zwar versucht der Gesetzgeber – und dazu ist er von der verfassungsmäßigen Rechtsgrundlage, Art. 34^{septies} BV, her auch verpflichtet –, nicht in die Mietzinskontrolle zurückzufallen. Die Mietzinse sollen nicht gestützt auf staatliche Interventionen von der normalen Preisentwicklung ausgenommen sein und eingefroren werden. Anderseits soll doch eine Angemessenheitsprüfung stattfinden, die einen allgemein anerkannten justiziablen Berechnungsmodus für Mietzinse voraussetzt. Davon kann zur Zeit nicht die Rede sein[154].

Wollte man z.B. von einer «objektiven» Bewertung des Mietobjektes nach Raumumfang, Ausstattung, Lage usw. ausgehen, wie das in gewissen Städten der Westschweiz von der Vermieterseite angestrebt wird, blieben die unterschiedlichen Anlagekosten unberücksichtigt, die auch von ertragsunabhängigen Gesichtspunkten des Liegenschaftsmarktes beeinflußt werden. Geht man aber gerade von diesen individuellen Anlagekosten aus, stellt sich beispielsweise die Frage, in welchem Maße dem durch die Flucht in die Sachwerte angeheizten

[150] Im unveröffentlichten BGE vom 12. März 1975 i.S. T. gegen L. & Ch. SA wird die Ansicht, daß ein offensichtliches Mißverhältnis auch hier vorliegen müsse, sogar als Wilkür im Sinne von Art. 4 BV bezeichnet.

[151] Art. 28 des Bundesbeschlusses vom 30. Juni 1972, AS 1972 II, S. 1508f. Vgl. ferner den unveröffentlichten BGE vom 12. März 1975 i.S. T. gegen L. & Ch. SA.

[152] Vgl. vorn Seite 249.

[153] Bundesbeschluß vom 30. Juni 1972, AS 1972 II, S. 1505.

[154] Vgl. beispielsweise ROLAND GMÜR, S. 51ff.; RAISSIG, S. 25ff.; SCHÜRMANN/STÖCKLI/ZWEIFEL, Das Mietrecht in der Schweiz.

Preistreiben insofern durchgängig Rechnung getragen werden darf, daß für alle Mietliegenschaften in gleicher Weise der Verkehrswert als Ausgangsbasis angesehen wird. Anschließend kommt die Frage, ob diese Verkehrswertbetrachtung richtig sein kann, wenn die Verkehrswertsteigerung mit Fremdfinanzierung erwirtschaftet worden ist, wobei in den Einzelfällen das Verhältnis von Eigen- zu Fremdkapital großen Unterschieden und starken Schwankungen unterworfen sein kann. Für den Fall, daß man differenzieren wollte und könnte, stellt sich die zusätzliche Frage nach dem angemessenen Verzinsungssatz. Auch darüber gehen die Meinungen weit auseinander. Geht man aber nicht von einem für alle vergleichbaren Mietobjekte gleichbleibenden «objektiven» Bewertungssatz bzw. von einer generell zur Anwendung gelangenden Verkehrswertschätzung, d.h. von der Marktmiete[155] aus, sondern von der angemessenen Bruttorendite bei verschieden berechneten Anlage- und Unterhaltskosten, also von einer Kostenmiete[156], wie dies in Mieterkreisen immer wieder gefordert wird, muß es unter anderem zu einer Kontrolle der Handänderungen kommen und damit zu einem Kriterium für die Beurteilung angemessener Preise oder Anrechnungswerte im Augenblick der Handänderung.

Angesichts der Schwierigkeiten bei der Festsetzung angemessener Mietzinse und den damit verbundenen Auswirkungen außerhalb des Mietsektors, ist es an sich verständlich, daß der Gesetzgeber in der Mißbrauchsgesetzgebung keine genauere Umschreibung des unangemessenen Ertrages, der die Mietzinse zu mißbräuchlichen macht, ins Gesetz aufgenommen hat, sondern vielmehr mit einigen Beispielen aufzuzeigen versuchte, wann der Mietzins nicht als mißbräuchlich anzusehen sei. Generalklauseln mögen ihre Vorteile haben, hier aber, so machen die Kritiker der Gesetzgebung nicht ganz zu Unrecht geltend[157], lasse der Gesetzgeber, wenn er z.B. in Art. 15 a generell von orts- oder quartierüblichen Mietzinsen spreche und in Art. 15 c[158] für neuere Bauten eine kostendeckende Bruttorendite garantiere, seiner eigenen Unsicherheit soweit freies Spiel, daß widersprüchlichen Zielvorstellungen Raum offen bleibe. Durch den Mangel an klaren gesetzespolitischen Stellungnahmen

[155] Dazu beispielsweise GURTNER, Mieterschutz, S. 205ff.

[156] GURTNER, Mieterschutz, S. 205ff.

[157] Vgl. neben ROLAND GMÜR, S. 51ff.; RAISSIG, S. 25ff., vor allem die Berichte über «Praktische Erfahrungen mit dem Bundesbeschluß über Maßnahmen gegen Mißbräuche im Mietwesen» zuhanden des Delegierten für Wohnungsbau im Sommer 1973, für die drei Landesteile gesondert erstellt.

[158] Bundesbeschluß vom 30. Juni 1972, AS 1972 II, S. 1505

und die gesetzgeberische Unsicherheit werde aber allein die wirtschaftlich stärkere Seite begünstigt[159].

Tatsächlich lassen Abklärungen durch den Delegierten für Wohnungsbau[160] erkennen, daß die mit der Rechtsanwendung betrauten Stellen sich in diesen Fragen wirtschafts- und allgemeinpolitischer Art überfordert fühlen, soweit sie überhaupt damit befaßt werden. Die hier nur angedeuteten Unsicherheitsfaktoren bei der Feststellung des materiellen Rechts vermögen nämlich im übrigen keinen zusätzlichen Ansporn zur Rechtsdurchsetzung zu liefern, die schon im Zusammenhang mit der eindeutigeren Rechtslage beim allgemeinen Übervorteilungstatbestand als mindestens gefährdet bezeichnet werden mußte[161]. Gerade aber vermehrte Hilfe bei der Rechtsdurchsetzung sollte ein weiterer Hauptzweck der Mißbrauchsgesetzgebung sein. *Die Schwierigkeit, einen justiziablen Maßstab für die Inhaltskontrolle* von Hauptleistung und Gegenleistung des einzelnen Mietvertrages *zu finden, erschwert* somit – entgegen aller guten Absicht – *die an sich schon prekäre Situation der Rechtsdurchsetzung bei wirtschaftlicher Ungleichgewichtslage.* Vor allem aber hat man sich zu erinnern, daß die Wohnungsmiete, die Gegenstand der Mißbrauchsgesetzgebung ist, der Befriedigung eines Elementarbedürfnisses von Dauer dient, so daß selbst bei einem gewissen Kündigungsschutz und Umkehr der Beweislast bezüglich der Unangemessenheit der vom Vermieter geforderten Hauptleistung des Mieters die Furcht vor einer Vertragsauflösung nach wie vor begründet ist. So wird in den Berichten zuhanden des Delegierten für Wohnungsbau mit Rücksicht auf die italienisch-, welsch- und deutschsprachige Schweiz aus dem Jahre 1973 übereinstimmend darauf hingewiesen, daß in allerdings nur relativ zahlreichen Fällen, da die Beratung vor der in der Mißbrauchsgesetzgebung[162] vorgesehenen Schlichtungsstelle[163] trotz allem eine verhältnismäßig eindeutige Rechtslage zugunsten des Mieters habe erkennen

[159] Vgl. hinten Seite 296 f.

[160] Vgl. die oben zitierten Berichte aus dem Jahre 1973.

[161] Vgl. vorn Seite 274ff.

[162] Art. 25ff. des Bundesbeschlusses vom 30. Juni 1972, AS 1972 II, S. 1508.

[163] Gestützt auf Art. 26 des Bundesbeschlusses vom 30. Juni 1972, AS 1972 II, S. 1508.

lassen, dieser den Rechtsweg gleichwohl nicht beschritten, ja nicht einmal gewagt habe, den Vermieter vor die Schlichtungsstelle vorladen zu lassen. Dies ist um so erstaunlicher, als sich nach den Erfahrungen dieser Schlichtungsstellen zahlreiche Vermieter aus verschiedensten Überlegungen selbst in Fällen unklarer Rechtslage recht konziliant zeigen und die Institution der Schlichtungsstelle selber – neben der Umkehr der Beweislast – nach Absicht des Gesetzgebers, die schwächere Partei ermutigen sollte, ihr Recht ungeachtet der Ungleichgewichtslage durchzusetzen. Die Schlichtungsstellen bemühen sich denn auch anscheinend weniger um eine materiell-rechtliche Konkretisierung der Mißbrauchsgesetzgebung, als um bessere Einsicht in die Situation der Gegenseite und damit um eine gewisse Kompromißbereitschaft, die beide Seiten mindestens psychologisch, d.h. subjektiv zu befriedigen vermag[164].

Die zitierten Berichte zuhanden des Delegierten für Wohnungsbau enthalten im übrigen die folgende interessante Feststellung: Eindeutig verstärkt sei der Wille zur Rechtsdurchsetzung allerdings dort in Erscheinung getreten, wo sich auf Mieterseite eine gewisse Solidarisierung gegen den gemeinsamen Vermieter habe erzielen lassen. In die gleiche Richtung zielen denn auch die neueren Bestrebungen im Kampf gegen unbillige Allgemeine Geschäftsbedingungen. Der Gedanke der Solidarisierung liegt auch dem Kollektivvertrag zugrunde.

IV. Kollektive Gegengewichte als Ausgleichsmechanismen bei wirtschaftlicher Ungleichgewichtslage

Das *Ziel* kollektiver Gegengewichte wird im Hinblick auf das bisher Ausgeführte leicht ersichtlich. Es ist ein doppeltes. Zum einen gilt es, *auf die Gestaltung* des (dann massenweise zur Anwendung gelangenden) *vorformulierten Vertragsinhaltes von beiden Seiten der Betroffenen her mit gleichem Gewicht Einfluß zu nehmen.* Das bedeutet mindestens Zusammenschluß der wirtschaftlich schwächeren

[164] Anderseits ist denkbar, daß das bloße Bestehen einer Mißbrauchsgesetzgebung eine gewisse Mäßigung auf die Vermieter ausübt. Vgl. GURTNER, Eigentumsförderungsgesetz, S. 30f.

Marktseite schon im Zeitpunkt des Aushandelns vorformulierter Vertragsinhalte, die in einer Großzahl von zukünftigen Anwendungsfällen zu rechtlicher Bedeutung gelangen sollen. Zum andern gilt es mit Rücksicht auf die *Rechtsverwirklichung sicherzustellen,* daß die unter Gleichgewichtsbedingungen ausgehandelten Vertragsinhalte auch tatsächlich rechtsverbindlich werden und entsprechend der Rechtsverbindlichkeit durchgesetzt werden. Das bedeutet kollektives Vorgehen auch für die Durchsetzung des gemeinsam vorformulierten Vertragsinhaltes im Zeitpunkt des individuellen Vertragsschlusses und für die ganze Zeit dessen Rechtsbestandes.

Das besondere Gewicht liegt somit auf dem kollektiven Zusammenwirken der Marktgegenseite der sogenannten Unternehmer. Diesen gilt es ein Gegengewicht entgegenzustellen. Und zwar unabhängig davon, ob die Unternehmerseite selber zu einem Kollektiv zusammengeschlossen ist oder nicht. Auch dem einzelnen Unternehmer gegenüber kann – wie erwähnt – ein Gegengewicht erforderlich werden. Sein Übergewicht mit Rücksicht auf vorformulierten Vertragsinhalt ist ja bei wirtschaftlicher Ungleichgewichtslage grundsätzlich nicht von einem Unternehmerkollektiv abhängig. Ein solches vermag allerdings eine Ungleichgewichtslage zu verstärken. Dies wiederum mit unterschiedlichem Gewicht je nachdem, ob das Unternehmerkollektiv die vorformulierten Vertragsinhalte nur im Sinne von Empfehlungen den ihm angehörenden Unternehmern zur Verfügung stellt, oder ob es seine Unternehmer zur Anwendung der Vorformulierungen in allen in Betracht fallenden Einzelverträgen rechtlich verpflichtet und durch entsprechende rechtliche Zwangsmittel zur Einhaltung dieser rechtlichen Verpflichtung anhält.

Der Umfang des gemeinsam ausgehandelten und für eine Vielzahl von Einzelverträgen vorformulierten Vertragsinhalts spielt an sich keine Rolle. Er kann die ganze Vielfalt von der einfachen Vertragsklausel bis zum ausgebauten Normenwerk umfassen, die bei den Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu erwähnen war[165]. Er kann aber auch den Bereich des sogenannten dispositiven Gesetzesrechts, auf den sich die Allgemeinen Geschäftsbedingungen be-

[165] Vgl. vorn Seite 278ff.

schränken, überschreiten und die Hauptleistungen des bestimmten Individualvertragstypus betreffen. Grundsätzlich spielt auch die Marktstufe der am Normsetzungsvertrag beteiligten Parteien keine Rolle. Tatsächlich ist aber trotz aller Bemühungen um Organisation der Endverbraucher diese Marktstufe bisher noch kaum in Erscheinung getreten, um mit der Unternehmerseite Allgemeine Geschäftsbedingungen oder vollumfängliche Vertragsinhalte in einem Normsetzungsvertrag auszuhandeln und in der Durchsetzung zu kontrollieren. Die von einer Marktgegenseite der Unternehmer kollektiv mit den letztern gemeinsam vorformulierten und in der Durchsetzung überwachten Vertragsinhalte haben sich, abgesehen von Verträgen zwischen verschiedenen Produktionsstufen auf seiten der Unternehmer, im wesentlichen auf den Sonderfall beschränkt, wo die menschliche Arbeitskraft als wirtschaftliches Gut «vermarktet» wird. Die rechtlichen Mechanismen kollektiven Einflusses auf Einzelvertragsgestaltung waren daher fast ausschließlich einerseits im Zusammenhang mit einem bestimmten Güter- und Dienstleistungsangebot der Unternehmer untereinander und anderseits im Bereiche der sogenannten unselbständigen menschlichen Arbeit als Produktionsfaktor Gegenstand rechtlicher Überlegungen. In Zeiten, da der korporative Aufbau von Staat und Gesellschaft mehr oder weniger ernsthaft diskutiert wurde, d.h. vor allem in der Zeit der wirtschaftlichen Krise vor und während des Zweiten Weltkrieges, war zwar die Idee des Kollektivvertrages unter der Bezeichnung Gesamtwirtschaftsvertrag mit mehr oder weniger ausgeprägtem Zusammenhang zum Korporationenstaat etwas allgemeiner erörtert worden[166]. In der Rechtswirklichkeit ist es aber auch damals nicht zur lebhaft diskutierten Erweiterung der Idee des Kollektivvertrages gekommen.

Erst in jüngerer Zeit stellt man sich wieder nachdrücklicher die Frage, ob nicht in Sektoren mit ausgesprochener und dauerhafter Ungleichgewichtslage die Idee des Kollektivvertrages, wie sie sich

[166] Siehe beispielsweise BURCKHARDT, S.97ff. und HUBER, Allgemeinverbindlicherklärung, S.341 mit Zitaten, ferner S.408ff.; LUSSER, Konstruktion, S.137ff.; DERSELBE, Gesamtarbeitsvertragsrecht, passim. Vgl. auch BORSCHBERG, passim.

in bestimmten Bereichen von Angebot und Nachfrage seit langer Zeit eingelebt hat, in erweitertem Umfange zum Tragen gebracht werden könnte. Insbesondere was sich durch eine lange Entwicklung hindurch im Bereiche der unselbständigen Arbeit entsprechend den jeweiligen Bedürfnissen entwickelt und dann auch rechtliche Formen gefunden hat, soll nun – wie erwähnt – beispielsweise auch auf den Mietsektor übertragen werden. Das rechtliche Instrumentarium, das den Arbeitsfrieden während langer Jahrzehnte in allgemein begrüßter Weise wenn nicht hervorrufen, so doch sicherstellen konnte, soll nun auch Störfaktoren und Spannungen auf dem Gebiete des Wohnungswesens verhindern oder ausschalten. Da die entsprechenden Erfahrungen im Arbeitsbereiche gesammelt werden konnten und die hier erprobten und vor allem geläuterten juristischen Hilfsmittel zur Verfügung stehen, glaubt man sie ohne weiteres auf andere allgemeine Ungleichgewichtslagen übertragen zu können. Ruft man sich das Grundanliegen des Gegengewichtsprinzips in der Form des Kollektivvertrages in Erinnerung, nämlich die Herbeiführung einer Gleichgewichtslage beim Abschluß von Einzelrechtsgeschäften durch kollektive Mitwirkung bei der Vorformulierung des Einzelvertragsinhaltes und die Sicherstellung der Durchsetzung dieses gestützt auf sein Zustandekommen ausgewogenen Vertragsinhaltes durch ein Kollektiv, das aus verschiedenen Gründen die Geltendmachung von Rechtsansprüchen weniger scheuen muß als der direkt betroffene Einzelne, muß man sich tatsächlich wundern, weshalb diese «Zauberformel» der Rechtsgestaltung und Durchsetzung nicht schon früher allgemeinere Verwendung gefunden hat.

1. Die juristischen Elemente des Kollektivvertrages

Die juristischen Elemente eines Kollektivvertrages lassen sich mühelos im geltenden Privatrecht finden, solange sich dieses nicht dazu versteigt, jeglicher Gemeinschaft von einzelnen Rechtssubjekten die Begründung von eigenen Rechten und Pflichten zu versagen. Allerdings hat es keinen großen Sinn, bei jedem Vertrag, bei welchem mindestens auf einer Seite eine juristische Person beteiligt ist,

von einem Kollektivvertrag zu sprechen. Im Zusammenhang mit dem hier in Rede stehenden Vertragsgestaltungs- und -durchsetzungsproblem bleibt der Zweck und damit der Inhalt des Kollektivvertrags insofern von Bedeutung, als vorformulierter Einzelvertragsinhalt und in diesem Sinne Normsetzung Gegenstand der kollektiven Vereinbarung ist, welche mindestens für die zukünftigen Einzelverträge maßgebend sein soll, welche die Mitglieder eines zum Kollektiv zusammengeschlossenen Verbandes oder Dritte mit der Gegenseite, sei diese ein einzelner Unternehmer oder ein Unternehmerkollektiv, abschließen werden. Der *Kollektivvertrag als Normsetzungsvertrag*[167] ist somit *durch eine Mehrstufigkeit gekennzeichnet*. Der oder die Verbände vereinbaren einen Vertragsinhalt, der ihn bzw. sie nicht direkt betrifft, vielmehr ihre Mitglieder, wenn sie in die Lage kommen, die entsprechenden konkreten Einzelverträge abzuschließen. Die unmittelbaren Verpflichtungen der Vorformulierungs- oder Normsetzungsparteien gehen darauf hinaus, für die konkrete Anwendung des vorformulierten Vertragsinhaltes im bestimmten Einzelfall besorgt zu sein. Für einen Verband bedeutet diese Vertragsverpflichtung, verbandsintern durch einen entsprechenden Verbandsbeschluß seine Mitglieder auf den vorformulierten Einzelvertragsinhalt zu verpflichten, wenn dieser nicht nur eine unverbindliche Empfehlung sein soll[168]. Entsprechend dieser Mehrstufigkeit in der Inhaltsbestimmung einer Vielzahl von Einzelverträgen gestaltet sich auch die Durchsetzung der Vereinbarung zwischen den Vorformulierungs- oder Normsetzungsparteien[169]. Bei abweichendem Einzelvertrag zwischen direkt oder indirekt am Kollektivvertrag Beteiligten oder von solchen mit Dritten bleiben nur zweistufige Sanktionen. Einmal die verbandsinterne Sanktion wegen Verletzung einer Mitgliedschaftspflicht und dann die Sanktion aus Vertragsverletzung des Norm-

[167] Zu diesem Begriff grundlegend HUECK, S. 33ff.; im übrigen ARREGGER, S. 14; FLEMMING, S. 22ff., 25ff. mit je weiteren Hinweisen; HOLER, Rechtsnatur, S. 1ff.; LIVER, Rechtsquelle, S. 46ff. mit weiteren Hinweisen; für die Bundesrepublik Deutschland siehe zum Beispiel STIENEN, S. 7.

[168] Vgl. LUSSER, Konstruktion, S. 138f. mit weiteren Literaturhinweisen in Anm. 3.

[169] Näheres bei FLEMMING, S. 93ff.

setzungsvertrages[170]. Der abweichende Einzelvertrag selber kann nicht aus der Welt geschafft werden. Die Möglichkeit indirekten mehrstufigen Zwangs soll mit Präventivwirkung sein Zustandekommen verhindern. Auf die verbandsinterne Disziplin der Verbandsmitglieder und die Einwirkungswilligkeit des Verbandes auf seine Mitglieder kommt somit Entscheidendes an. Darauf wird noch zurückzukommen sein[171]. Die Möglichkeit rechtlicher Sanktionen bei Verletzung des «mehrstufigen» Kollektivvertrags durch Abweichung von seinem vorformulierten und als Norm gesetzten Vertragsinhalt im bestimmten Einzelvertrag besteht jedoch in jedem Fall[172].

Das zu betonen ist nicht ganz unwichtig. Es wird dabei deutlich, daß das anscheinend nur individualistisch konzipierte Privatrecht bzw. Vertragsrecht ohne jede zusätzliche gesetzgeberische Maßnahme grundsätzlich, d.h. einmal abgesehen von allfälligen Grenzen der Vertrags- und Assoziationsfreiheit, allgemein die Möglichkeit eröffnet, vorformulierten Einzelvertragsinhalt und in diesem Sinne Normsetzung zum Gegenstand rechtsgeschäftlicher Verpflichtung zu machen, deren Nichtbeachtung Sanktionen ruft. Es besteht dabei prinzipiell kein Unterschied zwischen dem Falle, da zwei Einzelne sich vertraglich verpflichten, hinsichtlich eines weiteren oder einer Vielzahl weiterer Einzelverträge einen bestimmten Vertragsinhalt zu vereinbaren, und dem Falle, wo diese Vereinbarung zwischen Kollektiven oder einem Kollektiv und einem Einzelnen abgeschlossen wird. Der Einzelne, der nur über das Kollektiv auf den vorformulierten Vertragsinhalt Einfluß nehmen kann und auf den er auf dem Wege der Mitgliedschaftspflichten verpflichtet ist, hat sich mit dem Beitritt zum Kollektiv mit dem Mehrheitsprinzip innerhalb des Kollektivs einverstanden erklärt und kann sich seiner aus diesem Prinzip allenfalls gegen seine Minderheits-

[170] Einzelheiten bei LUSSER, Konstruktion, S. 140ff.; ARREGGER, S. 7.

[171] Vgl. hinten Seite 305ff.

[172] Das gilt mit dem Vorbehalt gewisser vollstreckungsrechtlicher Schwierigkeiten, die sich auch bei andern vertraglichen Verpflichtungen ergeben können. Bei vielen obligationenrechtlichen Verpflichtungen ist eine reale Vollstreckung nicht möglich und es muß zu Schadenersatz oder eigens vorgesehenen Vertragsstrafen Zuflucht genommen werden.

meinung erwachsenden Mitgliedschaftspflichten durch den Austritt aus dem Kollektiv wiederum befreien[173]. Die Unterwerfung unter das Mehrheitsprinzip[174] im gesetzlich zulässigen Umfang ist der selbstgewollte Preis für die kollektive Solidarität, die in einer ausgeprägten wirtschaftlichen Ungleichgewichtslage ein wirksames Gegengewicht schaffen soll. Ob diese Solidarität herbeigeführt werden kann, bleibt allein der privaten Initiative und Einsicht in die gegebenen Verhältnisse überlassen. Der Privatrechtsgesetzgeber greift nur insofern fördernd ein, als er Rechtsformen für die Kollektivierung zur Verfügung stellt und das Kollektiv auch in den Genuß der Vertragsfreiheit mit Einschluß der Vorformulierung von zukünftigen Vertragsinhalten bzw. der Normsetzung kommen läßt, und zwar bis an die dieser Freiheit vom zwingenden privaten und öffentlichen Recht[175] her gezogenen Grenzen.

Auf all das hinzuweisen ist deshalb nicht ganz bedeutungslos, weil damit eine erste, rechtstechnische Antwort auf die Frage, ob der Kollektivvertrag als eine Besonderheit ganz bestimmter Teilbereiche von Angebot und Nachfrage zu verstehen und daher auch auf diese Bereiche zu beschränken sei, gegeben wird: Das geltende Privatrecht hat sich seit dem 19. Jahrhundert, seit es seine heute noch charakterisierende Ausprägung erfahren hat, von seinen Gestaltungsmitteln her nie grundsätzlich gegen eine Generalisierung des Gegengewichtsprinzips durch Kollektivverträge ausgesprochen. Es hat vielmehr jederzeit die entsprechenden juristischen Hilfsmittel an sich bereit gehalten, die zur Verwirklichung einer solchen Generalisierung erforderlich sind.

Ja, das Privatrecht hat seit Beginn seiner modernen Ausprägung weitere juristische Bausteine zur Verfügung gehalten, um die Idee des Gegengewichts in der Form des Kollektivvertrages noch etwas wirksamer zu gestalten, als dies gestützt auf das bisher Ausgeführte der Fall ist. Das gilt in erster Linie für die Frage der Durchsetzungsmöglichkeiten des Kollektivvertragsinhaltes mit Rücksicht

[173] Vgl. allerdings auch die Ausführungen auf Seite 324ff.

[174] Vgl. dazu aber auch Anmerkung 210.

[175] Für das Arbeitsrecht ausdrücklich Art. 358 und 361/62 OR. Zum Teil, insbesondere bezüglich kantonalem öffentlichen Recht, ergeben sich allerdings nicht ganz einfache Abgrenzungsfragen.

auf die davon anvisierte Vielzahl von Einzelverträgen. Die verbandsinternen Sanktionsmöglichkeiten und die Sanktionen wegen Verletzung der Einwirkungspflicht innerhalb des Verbandes, gestützt auf die Vereinbarung der Kollektivvertragsparteien, können beispielsweise dahin ergänzt werden, daß durch entsprechende Vollmacht ein Dritter oder eine von den Kollektivvertragsparteien gemeinsam geschaffene Instanz damit betraut wird, verbandsinterne Mitgliedschaftspflichten rechtlich durchzusetzen. Denkbar ist auch eine Ausschöpfung des Stellvertretungsrechtes und das Verwenden der Figur des Vertrages zugunsten eines Dritten[176], um der Gegenseite eines Verbandes eine direkte Einwirkung auf die Mitglieder des andern Verbandes zu ermöglichen[177]. Es kommt nur darauf an, daß die Partner eines Kollektivvertrages dieses rechtliche Instrumentarium zur Anwendung bringen wollen bzw. genügend Durchschlagskraft haben, es im konkreten Kollektivvertrag einzusetzen.

2. Die Durchsetzung der Kollektivvertragsvereinbarung, insbesondere: Die gesetzliche Unabdingbarkeit beim Gesamtarbeitsvertrag

Vor 1912 mußten sich die Gesamtarbeitsverträge, die damals schon keine Seltenheit mehr waren[178], mit dem dargelegten juristischen Instrumentarium zufriedengeben. Im Zusammenhang mit der Anpassung des Obligationenrechts von 1881 an das neue ZGB hat der Gesetzgeber der Forderung entsprochen, im Rahmen der Regelung spezieller Vertragsverhältnisse den Gesamtarbeitsvertrag besonders zu erwähnen, und zwar im Hinblick auf die sogenannte unabdingbare Wirkung. Damit sollte zum Ausdruck gebracht werden, daß jene vorformulierten Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages, die auf die gegenseitigen Rechte und Pflichten

[176] Art. 112 OR.

[177] Siehe Einzelheiten bei LUSSER, Konstruktion, S. 143f.; DERSELBE, Gesamtarbeitsvertragsrecht, S. 16ff.; FLEMMING, S. 97ff., sowie auch HUG, Gesamtarbeitsvertrag, S. 122f. mit weiteren Literaturhinweisen.

[178] ARREGGER, S. 11f.; EICHHOLZER, S. 41ff.; LUSSER, Gesamtarbeitsvertragsrecht, S. 119 Anm. 2; FLEMMING, S. 13f.

zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, gestützt auf den konkreten Einzelarbeitsvertrag[179], Bezug nehmen, direkt (unmittelbar, automatisch) auf den Arbeitsvertrag einwirken. Sie wirken mit andern Worten für die Betroffenen wie entsprechendes Gesetzesrecht insofern relativ zwingend, als sie zum einen vom Gesamtarbeitsvertrag abweichende Einzelarbeitsvertragsbestimmungen ersetzen, es sei denn, diese lauten für den Arbeitnehmer günstiger als jene des GAV (Günstigkeitsprinzip)[180]; zum andern indem sie den Einzelarbeitsvertrag ergänzen, falls er die entsprechenden GAV-Bestimmungen nicht übernommen hat[181].

Mit der gesetzlichen Verankerung der Unabdingbarkeit wird die beim gewöhnlichen Kollektivvertrag dargelegte Mehrstufigkeit der rechtlichen Durchsetzung des für den konkreten Einzelvertrag vorformulierten Vertragsinhaltes zugunsten der direkten Klagemöglichkeit des einzelnen Arbeitnehmers teilweise zu durchbrechen bzw. zu ergänzen versucht. Unbesehen der Verletzung des Gesamtarbeitsvertrages auch durch den an sich nur indirekt am Kollektivvertrag beteiligten Arbeitnehmer mit dem Abschluß eines zu seinen Ungunsten vom GAV abweichenden Individualarbeitsvertrages, kann sich der Arbeitnehmer auf einen Vertragsinhalt im Sinne des GAV berufen und diesen auch rechtlich durchsetzen. Von der Situation des wirtschaftlich schwächeren Einzelarbeitnehmers her, der sich beim Abschluß des Einzelarbeitsvertrages mit Abweichungen vom GAV zu seinen Ungunsten einverstanden erklärt hat, bleibt aber die Einwirkungsmöglichkeit des Kollektivs gegenüber der GAV-Verletzung nach wie vor von entscheidender Bedeutung. Das gilt wie für den Arbeitnehmer auch bei den zwingenden Gesetzesbestimmungen gegen Mißbräuche im Mietwesen unter der Voraussetzung des Mißverhältnisses zwischen Angebot und Nachfrage zuungunsten des Mieters mindestens solange, als nicht besondere Kündigungsschutzvorschriften bestehen, wie andere Gesetzgebun-

[179] Damals Dienstvertrag.

[180] Art. 323, jetzt Art. 357 OR.

[181] GYSIN, Gesamtarbeitsvertrag, S. 418f.; HUG, Gesamtarbeitsvertrag, S. 119f.; FLEMMING, S. 13, 25ff.; ARREGGER, S. 18f., 23ff. mit weiteren Literaturhinweisen.

gen sie kennen[182]. Und das gilt umfänglich mit Rücksicht auf alle individuellen Rechtsansprüche, die sofort und nicht erst nach Vertragsauflösung geltend zu machen sind, weil sie in diesem Zeitpunkt jeden Sinn verloren haben. Zu denken ist etwa an Vorschriften zum Schutze von Arbeitnehmern.

Dieses Nebeneinander relativ-zwingender Einwirkung der im GAV vorformulierten Inhaltsnormen für den Einzelarbeitsvertrag auf das Verhältnis der betroffenen Arbeitgeber – Arbeitnehmer und der schuldrechtlichen Beziehungen zwischen der Arbeitgeberseite und dem Arbeitnehmerkollektiv hat somit weniger tatsächliche Fortschritte als erhofft gebracht, dafür um so mehr die dogmatische Erfassung des GAV belastet. Nach der herrschenden Auffassung wird der sog. normative Teil des GAV zum von Gesetzes wegen mit besonderer Wirkung ausgestatteten rechtsverbindlichen[183] Normenvertrag[184]. Die nie ganz verstummte und auf eine ebensolange Tradition zurückblickende Gegenseite sieht in der gesetzlich vorgesehenen Unabdingbarkeit dagegen nichts anderes als eine Verstärkung der verbandsinternen Mitgliedschaftspflichten[185]. Der Streit um die rechtliche Konstruktion des jetzt gesetzlich normierten GAV blieb vor allem deshalb wach, weil man aus der rein vertrags- und verbandsrechtlichen Qualifizierung, bzw. der Kennzeichnung als Normenvertrag mit gesetzesähnlicher objektivrechtlicher Rechtsetzung für die Betroffenen, entsprechende rechtspolitische Ziele glaubte begründen zu können[186]. Dabei wurde zwar zuweilen beiderseits über das Ziel hinausgeschossen, gleichzeitig aber an zwei nicht ganz unbedeutende Dinge erinnert, die hier interessieren.

[182] Zur individualrechtlichen und kollektivrechtlichen Durchsetzung, abgesehen von jener von Amtes wegen, die auch gelegentlich gefordert worden ist, FLEMMING, S. 89ff.; HUG, Gesamtarbeitsvertrag, S. 127 mit weiteren Hinweisen; GYSIN, Revision, S. 373ff. mit Hinweis auf die Forderung nach Verstärkung des öffentlichen Rechts, S. 389 mit Anm. 6.

[183] Das heißt, wenn die GAV-Parteien die Unabdingbarkeitswirkungen nicht ausschließen: So ausdrücklich schon Art. 323 Abs. 1 OR in der Fassung vom 28. September 1956, jetzt Art. 357 Abs. 1 OR.

[184] Vgl. vorn Seite 301.

[185] Vgl. neben LUSSER, Konstruktion, S. 144f. insbesondere ZUMBÜHL, S. 163ff., mit zusätzlichen Literaturangaben.

[186] Siehe zum Beispiel ZUMBÜHL, S. 163ff. mit weiteren Hinweisen.

Einmal an den Umstand, daß der GAV auch mit Unabdingbarkeitswirkung seine Verbindung zu den tragenden Säulen des Privatrechts nicht verleugnen und daher nicht leichthin als isolierter Fremdkörper in der geltenden Rechtsordnung beiseitegeschoben werden kann. Zudem an die Tatsache, daß, unabhängig von der dogmatischen Einordnung des GAV bei den gewöhnlichen Kollektivverträgen oder bei den rechtsverbindlichen Normenverträgen mit besonderer gesetzesähnlicher Wirkung, für die Betroffenen die dahinterstehende rechtliche Zielsetzung das Wesentliche des GAV bleibt. Es geht um das Gegengewichtsprinzip bei der Rechtsverwirklichung in der Situation einer dauernden, sich «aus der Natur der Sache» ergebenden wirtschaftlichen Ungleichgewichtslage[187]. Die Dreiecks-[188] oder Vierecksbeziehung[189] mit der entsprechenden Aufgliederung und allenfalls Kumulation der Rechtsbeziehungen ist – aus den dargelegten Gründen – ureigenstes Anliegen des Kollektivvertrages.

Das zeigt denn auch ganz eindrücklich die gesetzgeberische Weiterentwicklung des GAV seit seiner ersten Regelung im Jahre 1911, die damals mit Rücksicht auf die andern Gesetzgebungen Europas eine Pionierleistung darstellte.

Die starke Betonung der Idee vom rechtsverbindlichen Normenvertrag, der für die Betroffenen relativ zwingendes Recht herbeiführt, ließ 1911 den sogenannten normativen Teil des GAV in der Weise in Erscheinung treten, daß die mitgliedschaftsrechtliche Verpflichtung der indirekt Beteiligten, gegebenenfalls verstärkt durch Vollmacht einerseits und Anerkennung mit Reversvertrag anderseits[190], kaum mehr Beachtung fand. Rechte und insbesondere Pflichten der indirekt Beteiligten, welche nicht zu den eigentlichen (normativen) Inhaltsnormen des Einzelarbeitsvertrages[191] gehören, sich vielmehr auf gemeinsame Einrichtungen der Gesamtarbeitsvertragsparteien beziehen, wie etwa Beiträge an Fürsorge- und Ferienkassen, sowie Verhaltensvorschriften über individuelle Friedenspflichten oder Arbeiterkommissionen und Kontrollen durch pari-

[187] Siehe beispielsweise ARREGGER, S. 6; OSER/SCHÖNENBERGER, Komm., N. 2 zu Art. 322 OR Fassung 1912; SCHWEINGRUBER/BIGLER, Komm., S. 25f.; WITTZACK, S. 5f.

[188] Bei einseitig korporativem Kollektivvertrag.

[189] Bei zweiseitig korporativem Kollektivvertrag.

[190] Siehe LUSSER, Konstruktion, S. 143, der u.a. Art. 112 Abs. 1 OR auf Verbandsbeschlüsse analog anwenden will.

[191] Dazu ARREGGER, S. 15f.; FLEMMING, S. 82.

tätische Organe usw., und die unter dem Begriff der indirekt schuldrechtlichen Bestimmungen zusammengefaßt werden[192], werden dann zu Rechten und insbesondere zu Pflichten zu Lasten Dritter, für die es einer besonderen rechtlichen Grundlage bedarf. Denn der Vertrag zu Lasten Dritter ist bekanntlich (und offensichtlich) nicht zulässig in der geltenden Rechtsordnung. Die besondere gesetzliche Grundlage für den GAV wird unabhängig von der Besonderheit der gesetzlichen Unabdingbarkeit zur Notwendigkeit, und es gerät in Vergessenheit, daß er schon vor dieser besonderen gesetzlichen Grundlage bestanden hat.

Demgegenüber war es ein erklärtes Hauptziel der Revision der Gesamtarbeitsvertragsbestimmungen, im Zusammenhang mit der Regelung deren Allgemeinverbindlicherklärung im ordentlichen Gesetzesverfahren von 1956, den schuldrechtlichen Aspekt, d.h. den Gesichtspunkt der mehrstufigen Durchsetzung der normativen Inhaltsbestimmungen und gleichzeitig der Rechtsgrundlage und Rechtsverwirklichung der indirekt schuldrechtlichen Bestimmungen wieder vermehrt in den Vordergrund zu stellen[193]. Man versprach sich in dieser Beziehung sehr viel von der Möglichkeit der Vertragsgemeinschaft, die nach dem Willen der GAV-Parteien innerhalb bestimmter gesetzlicher Schranken für diese die Einwirkungspflicht übernimmt bzw. für die rechtliche Durchsetzung der normativen und indirekt schuldrechtlichen Bestimmungen mit einem zwar beschränkten aber gemeinsamen Verbandsklagerecht sorgt: Art. 323ter, jetzt 357b OR[194]. Der Akzentverlagerung auf den schuldrechtlichen Teil des GAV und damit auf die Mehrstufigkeit beim Durchsetzen von Einzelvertragsinhalten ist 1956 im übrigen noch eigens dadurch Gewicht verliehen worden, daß der Gesetzgeber jetzt ausdrücklich rein schuldrechtliche Gesamtarbeitsverträge zuläßt[195]. Die Bedeutung der Entwicklung des Partnerschaftsverhältnisses der Sozialpartner kommt hier, wo die Normsetzung für die Vielzahl von konkreten Einzelarbeitsverträgen nur verfahrensmäßig mit Einschluß der

[192] Art. 356 Abs. 2 OR spricht in Anlehnung an die früheren Fassungen von «andern Bestimmungen, soweit sie das Verhältnis zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern betreffen».

[193] Vgl. den Bericht eines privaten Arbeitsausschusses an die Schweiz. Vereinigung für Sozialpolitik, S. 1ff.; HUG, Gesamtarbeitsvertrag, S. 117ff.; NAEGELI, S. 53ff.; LUSSER, Konstruktion, S. 169ff.; GYSIN, Revision, S. 373ff.; DERSELBE, Gesamtarbeitsvertrag, S. 420ff.; ZUMBÜHL, S. 163ff.; FLEMMING, S. 99ff., wobei besonders die Ausführungen auf Seite 100ff. bezeichnend sind für die hier in Frage stehende Problematik des Kollektivismus. Siehe auch SCHMALISCH, S. 46ff. mit Hinweisen auf SCHWEINGRUBER, KLEINER und WITTZACK, sowie S. 69ff.

[194] Tatsächlich ist aber das Bedürfnis nach der gesetzlichen Regelung dieser nur anscheinend neuen rechtlichen Möglichkeit der kollektiven Rechtsdurchsetzung bei der Revision des Jahres 1956 vom Gesetzgeber und von den ihn treibenden Kräften überschätzt worden; siehe FLEMMING, S. 26.

[195] Art. 322 Abs. 2, jetzt 356 Abs. 2 OR.

Schlichtung des Konfliktfalles durch ein Schiedsgericht abgesichert wird, besonders deutlich zum Ausdruck[196].

Es bleibt also auch bei der nun gesetzlich verankerten Auffassung vom unabdingbar rechtsverbindlichen Normenvertrag bei einer Mehrstufigkeit der rechtlichen Durchsetzung des Inhalts von Einzelarbeitsverträgen. Dies im Sinne des Gegengewichtsprinzips. Daran ändert sich nichts, wenn der Gesetzgeber beim Gesamtarbeitsvertrag im Vergleich zu andern Kollektivverträgen mit der Unabdingbarkeit in der Frage der Rechtsdurchsetzung ein juristisches Element hinzugefügt hat. Tatsächlich kann nämlich die Unabdingbarkeit allen Bemühungen der Dogmatiker zum Trotz nicht aus dem Kollektivvertrag als solchem abgeleitet werden[197]. Das anerkennen weitgehend auch jene, welche den Gesamtarbeitsvertrag generell vom Kollektivvertrag und Verbandsrecht her zu erklären versuchen[198]. Die Unabdingbarkeit schafft in Verbindung mit dem Günstigkeitsprinzip für die Betroffenen relativ zwingendes Recht[199] und beschränkt damit die Vertragsfreiheit der direkt oder indirekt beteiligten Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Der Arbeitnehmer erhält einen vom Gesetzgeber garantierten Schutz von Arbeitsbedingungen im Sinne von Minimalbedingungen. Und diese Minimalbedingungen sind nun individualrechtlich bzw. direkt durchsetzbar. Aber damit geht die kollektivrechtliche Durchsetzung nicht verloren. Über den wirklichen Nutzen der gesetzlich noch eigens vorgesehenen aber auch schon durch entsprechende Ausgestaltung des Kollektivvertrages unabhängig von einer besonderen gesetzlichen Vorschrift weitgehend zu erreichenden individuellen Durchsetzung, kann man sich – wie schon erwähnt – tatsächlich Gedanken machen. Das berühmt gewordene Friedensabkommen für die Maschinen- und Metallindustrie vom 19. Juli 1937[200] zeigt

[196] Siehe dazu SCHMALISCH, S. 45ff.; HEITHER, S. 98; ARREGGER, S. 21 mit weiteren Hinweisen.

[197] So zum Beispiel LOTMAR, Arbeitsvertrag, S. 781; DERSELBE, Dienstvertrag, S. 550; JACOBI, S. 272f.

[198] So beispielsweise LUSSER, Konstruktion, S. 144ff. und 169ff. oder WACKERNAGEL, S. 189ff.

[199] Mit Rücksicht auf Art. 358 OR allerdings minderer Ordnung.

[200] Zuerst auf zwei Jahre und dann immer wieder um fünf Jahre verlängert.

eindrücklich, daß der GAV auch ohne normativen Teil mit seiner Unabdingbarkeit und damit gesetzlich verstärkten Individualdurchsetzung auszukommen vermag, wenn ein wirksames (im konkreten Fall vierstufiges) Verfahren zur Einigung und Durchsetzung bezüglich des Einzelvertragsinhaltes vorgesehen wird. Zudem ist die Tatsache nicht zu übersehen, daß trotz der Möglichkeit des förmlichen Anschlusses des Außenseiters an den GAV durch Vertrag gemäß Art. 322bis, jetzt 356b OR, der allein die Unabdingbarkeitswirkung vermittelt, auch nach dem 1. Januar 1957[201] die vielgestaltigen formlosen, einseitigen Unterwerfungserklärungen ohne Unabdingbarkeit bei den Außenseitern weit überwiegen[202].

Soweit die gesetzlich vorgesehene individualrechtliche Durchsetzungsmöglichkeit neben der kollektiven wirklich Zusätzliches an Rechtsverwirklichung bringt, ist der Preis für die gesetzliche Unabdingbarkeit eine umfassendere Beschränkung der eigenen Vertragsfreiheit[203]. Daraus aber gleichzeitig den Schluß zu ziehen, daß dies ein Ding der (logischen) Unmöglichkeit sei, weil es nur dem Gesetzgeber zustehe, im Gesetz Einschränkungen der Vertragsfreiheit festzulegen, geht indessen zu weit[204]. Es kann nicht einfach darüber hinweggesehen werden, daß die Kollektivierung zum Zwecke des Gegengewichts unabhängig von der Unabdingbarkeit gewollt und das Mehrheitsprinzip des Kollektivs in Kauf genommen wird. Durch jede rechtsgeschäftliche Bindung des Einzelnen wird übrigens die eigene Vertragsfreiheit eingeschränkt. Der Gesetzgeber hat nur darauf bedacht zu sein, daß dabei nicht bestimmte, den Kern der Freiheit als solchen betreffende Grenzen überschritten werden. Dies wird in Art. 27 ZGB zum Ausdruck gebracht. Hinsichtlich der freiwillig eingegangenen Bindung durch einen GAV hat der Gesetzgeber selber entschieden, daß mit dem Schritt von der Selbstbindung durch einen nicht mit Unabdingbarkeitswirkung ausgestatteten Kollektivvertrag mit Schadenersatzfolgen im Verletzungsfall und verbandsinterner Disziplinierung zur Selbstbindung durch einen GAV mit teilweise relativ zwingender Wirkung jene Grenze der Aufgabe von Selbstbestimmungsmöglichkeiten nicht überschritten sei. Er konnte diesen Entscheid umso eher fällen, als er über die Vorschriften hinsichtlich der Fähigkeit zum Abschluß eines Gesamtarbeitsvertrages[205] und dann auch durch die gesetzliche Begrenzung der Unabdingbarkeitswirkung, d.h. durch die Umschreibung des

[201] Inkrafttreten des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen, vom 28. September 1956, AS 1956, S. 1543ff.

[202] Siehe KREIS, S. 83f. mit weiteren Hinweisen.

[203] BURCKHARDT, S. 126ff.; HUBER, Allgemeinverbindlicherklärung, S. 339.

[204] BURCKHARDT, S. 127ff.; HUBER, Allgemeinverbindlicherklärung, S. 339 Anm. 13.

[205] Zur sog. Tariffähigkeit beispielsweise FLEMMING, S. 58ff.

normativen Teils des GAV[206] gewisse Beschränkungen vorsehen kann und tatsächlich auch vorsieht.

3. Die gesetzliche Unabdingbarkeit und die Festlegung des Einzelvertragsinhaltes durch den Kollektivvertrag

Bezüglich der Inhaltsgestaltung des Einzelvertrags bewirkt die Unabdingbarkeit nur gerade, daß zuungunsten des Arbeitnehmers abweichender Einzelvertragsinhalt durch die normativen Bestimmungen des GAV ersetzt wird. Die Unabdingbarkeit bleibt im übrigen außer acht. Die Tatsache der Solidarität auf mindestens einer Marktseite vermag allein, wenn überhaupt, ein Gleichgewicht für die Tauschpartner des Einzelvertrages herbeizuführen. Damit wird die Bestimmung von angemessenen Haupt- und Nebenleistungen nicht über eine von außen hinzutretende, meist schwerfällige Inhaltskontrolle herbeigeführt; vielmehr wird sie wieder dem Mechanismus rechtsgeschäftlicher Einigung überlassen[207]. Der Kollektivismus hat dafür besorgt zu sein, daß auf dem Wege der Mehrstufigkeit der Festlegung des Einzelvertragsinhaltes die «strukturelle» Schwäche der nicht solidarisierten Marktseite überwunden wird. Wie das gewöhnliche zweiseitige Rechtsgeschäft bleibt allerdings auch der mehrstufige Kollektivvertrag nicht gänzlich ohne inhaltbewertende Kontrolle seitens der Rechtsordnung[208].

4. Der Kollektivvertrag zwischen Einzelvertrag und Gesetz

In dieser Betrachtungsweise vermag der Kollektivvertrag tatsächlich die Schwächen des Einzelvertrages im Zusammenhang mit wirtschaftlicher Ungleichgewichtslage leichter zu überwinden als die von der Rechtsordnung zur Verfügung gehaltene Inhaltskontrolle des Einzelvertrages. Was den Maßstab der Angemessenheit be-

[206] Siehe dazu beispielsweise FLEMMING, S. 162ff., 175ff.; ferner die deutschen Dissertationen von STIENEN, KLETT und SCHICHTEL.

[207] Wird in diesem Zusammenhang von einem Normsetzungsvertrag gesprochen, ist die Betonung auf *Vertrag* zu legen.

[208] Vgl. hinten Seite 320ff.

trifft, bestehen bei der letzteren – wie dargelegt[209] – Schwierigkeiten, einen solchen überhaupt zu finden, weil er sich eben nicht mehr systemimmanent aus den normalen wirtschaftlichen Verhältnissen ergibt. Und was die Rechtsdurchsetzung betrifft, sind die Hindernisse, die ihrerseits auch wieder im Versagen des wirtschaftlichen Lenkungsmechanismus begründet sind, nicht zu übersehen. Demgegenüber verbleibt der Kollektivvertrag im System des rechtsgeschäftlichen Einpendelns der gegensätzlichen Interessen, von dem man ohne weitere von außen hinzugefügte Kontrollmaßnahme einen angemessenen Interessenausgleich erhoffen darf. Die Schwächen des Einzelvertrages werden mit andern Worten nicht durch einen von der Rechtsordnung generell festzulegenden materiellen Bewertungsmaßstab zu überwinden versucht, sondern durch die formelle Maßnahme der Stärkung der schwächeren Vertragspartei. Schwächen des wirtschaftlichen Lenkungsmechanismus werden somit systemkonform überwunden, so daß die Selbstbestimmung zwar zur koordinierten Selbstbestimmung[210] wird, aber nicht der völligen Fremdbestimmung weichen muß.

Gegenüber dem Gesetz greift der Kollektivvertrag also auf eine der Privatrechtsidee entsprechende Inhaltsfestlegung für den Einzelvertrag zurück. Dem Gesetzgeber, der umfassend legiferieren und autoritativ entscheiden müßte, stehen insbesondere hinsichtlich der inhaltlichen Festlegung von Hauptleistung und Gegenleistung nicht die gleichen Möglichkeiten offen wie den Kollektivvertragsparteien. Aber auch eine wesentliche Verstärkung der Rechtsdurchsetzung, die nur in der Form von zwingendem öffentlichem Recht denkbar ist, müßte einen grundsätzlichen Wandel des geltenden Wirtschaftssystems mit sich ziehen. Ein solcher muß mit dem nun von Gesetzes wegen teilweise unabdingbaren GAV

[209] Vorn Seite 293.

[210] Zu der es allerdings keine Alternative individueller Selbstbestimmung gibt und geben kann. Auch darf auf Selbstbestimmung bisweilen nicht allzu viel Gewicht gelegt werden angesichts der häufig autokratischen Züge der Kollektivorganisationen. Bezüglich Gewerkschaften siehe beispielsweise LIPSET, S. 141 ff. mit weiteren Hinweisen.

Zur Problematik der Eingrenzung koordinierter Selbstbestimmung gegenüber individueller Selbstbestimmung im Bereiche des Arbeitsvertrages vgl. Referat von HILGER, S. F 5 ff.

noch nicht verbunden sein. Sein relativ zwingendes Recht ist inhaltlich und durchsetzungsmässig der Privatinitiative überlassen und hat die Grenzen, die ihm durch zwingendes allgemeines Privatrecht wie auch durch öffentliches Recht gesetzt sind, zu beachten. Die entscheidenden Grenzen der Vertragsfreiheit werden somit nach wie vor vom Gesetzgeber generell festgelegt. Inhaltlich und mit Rücksicht auf die Rechtsdurchsetzung greift der Kollektivvertrag dort ein, wo eine wirtschaftliche Ungleichgewichtslage tatsächlich nach ihm ruft. Für generelles öffentliches Recht würde die Aufgabe überaus schwierig, sich nur gerade auf wirtschaftliche Ungleichgewichtslagen zu beziehen, d.h. auf die unübersehbare Tatsache nicht Rücksicht zu nehmen, daß die gleiche Regelung von Rechtsbeziehungen bzw. der eine bestimmte Vertragstypus in Fällen von wirtschaftlichem Gleichgewicht und Ungleichgewicht zur Anwendung gelangen muß. Es ist nicht sinnvoll, den Kaufvertrag wegen gewisser Ungleichgewichtslagen unbeschränkt mit zwingendem öffentlichem Recht anzureichern, wenn in der weitaus größten Zahl seiner Anwendungsfälle, so bei den Alltagskaufverträgen, von einer Ungleichgewichtslage nicht die Rede sein kann. Der Kollektivvertrag zeigt demgegenüber nach Inhalt und Anwendungsbereich eine «natürliche», eben rechtsgeschäftliche Anpassungsfähigkeit. Im Bereiche der menschlichen Arbeit bleibt er auf diese Weise ein Instrument gleichgewichtiger Partnerschaft, die mehr oder weniger behutsam die sozialpolitische Entwicklung beeinflußt und dabei den Arbeitsfrieden garantiert.

Von seiner Mittelstellung zwischen Einzelvertrag und Gesetz her gilt es, seine Eigenarten dennoch etwas näher zu betrachten. Dazu bedarf es eines kurzen Blickes auf seinen wirtschaftlichen Hintergrund. Erst von da her lassen sich auch bei ihm seine Wirksamkeitsvoraussetzungen deutlicher erfassen, aber auch seine Auswirkungen in positiver und negativer Hinsicht klarer erkennen. Als Beispiel diene wiederum der GAV.

5. Zur wirtschaftlichen Ausgangslage für den Gesamtarbeitsvertrag

Der Arbeitsmarkt ist einer der Produktionsmittelmärkte. Sein Gegenstand ist der «Produktionsfaktor» menschliche Arbeit. «Auf

dem Arbeitsmarkt ist also der Mensch als eigentliches Subjekt der Wirtschaft zugleich ihr Objekt.»[211] Aus dieser Besonderheit erklärt sich, daß der Arbeitsmarkt besonders häufig Gegenstand wirtschaftstheoretischer Untersuchungen war[212]. Dabei richtete sich das Interesse in erster Linie auf die Frage, warum der Arbeitsmarkt nicht als vollkommen bezeichnet werden könne. Betrachtet man die Voraussetzungen für eine positive Antwort, unter anderem nämlich eine vollständige Konkurrenz, freie Lohnbildung und freie Beweglichkeit der Arbeitskräfte[213], so ergeben sich verschiedene Gründe, weshalb der Arbeitsmarkt als unvollkommen angesehen werden muß. Er wird durch Umstände beeinflußt, die verhindern, daß der Lohn allein ein Gleichgewicht zwischen Angebot und Nachfrage herstellt. Zum einen beruht die durch Lohn erzielte Einkommensbildung auf gesellschaftlichen Vorbewertungen[214]. Zum andern fehlt es an einer vollständigen Konkurrenz gleichstarker Marktpartner. Gründe dafür sind zum Teil schon angedeutet worden: Auf Arbeitgeberseite besteht weitgehend ein Nachfragemonopol, während der Arbeitnehmer unter Angebotszwang steht[215]. Das wirkt sich vor allem in Zeiten des Konjunkturabschwunges aus, da in einer solchen Wirtschaftsphase zugunsten des Arbeitnehmers keine Angebotselastizität besteht. In der Konjunkturaufschwungphase allerdings vermag der Arbeitgeber nur innerhalb gewisser Grenzen die Nachfrage nach Arbeitskräften durch technische Rationalisierung zu steuern[216]. Ohne Kollektivierung bleibt aber in jedem Fall das Vereinzelungsphänomen auf Seiten des Arbeitneh-

[211] WILLEKE, S. 321 Spalte 2.

[212] WILLEKE, S. 321 ff.

[213] Diese Voraussetzungen werden modifiziert durch die sog. Grenznutzen- und Grenzproduktivitätstheorien, ohne aber die Leitgedanken klassischer Marktgesetzmäßigkeit aufzugeben: WILLEKE, S. 324 ff.

[214] Man denke nur an die heute noch nicht völlig überwundene unterschiedliche Bewertung von Frauen- und Männerarbeit.

[215] Zwar steht auch der Arbeitgeber unter dem Druck, für sein Kapital einen Beitrag zu erwirtschaften, doch läßt sich dieser «Sachzwang» nicht mit der Notwendigkeit eines Arbeitseinkommens auf seiten des Arbeitnehmers vergleichen.

[216] Zum teilweisen Arbeitnehmermarkt in Zeiten des Konjunkturaufschwungs vgl. KAUFMANN, S. 229.

mers, das mit wachsender Größe des Arbeitgebers stärker in Erscheinung tritt[217]. Das Angebotsverhalten seitens des Arbeitnehmers ist zudem von außerwirtschaftlichen Faktoren wie Tradition, Verflechtung in der bestimmten Umgebung usw. abhängig. Schließlich sind auch fachliche Teilmärkte zu unterscheiden, da das Arbeitsangebot mit Rücksicht auf berufliche Fähigkeiten und den beruflichen Ausbildungsstand starke Unterschiede aufweist[218]. Die Kollektivierung der Arbeitnehmer weist in Richtung eines bilateralen Nachfrage- und Angebotsmonopols. Zu einer vollständigen Ausgleichssituation kommt es dabei nicht. Der Organisationsgrad ist auf Arbeitgeber- wie Arbeitnehmerseite und je nach Branche sehr verschieden[219].

Der Gesamtarbeitsvertrag erweist sich in dieser Situation als anpassungsfähig. Das gilt insbesondere in bezug auf die Hauptleistungen im Einzelarbeitsverhältnis, d.h. den Lohn für die eine bestimmte Arbeitsleistung in einer Arbeitszeiteinheit. Auch dort, wo einheitliche Arbeitsbedingungen auf Landesebene durchgesetzt werden können, was zahlenmässig nicht allzu häufig, aber mit um so größerer Wirksamkeit hinsichtlich der beteiligten Arbeitnehmer verwirklicht werden kann[220], zeichnet sich der GAV durch eine große

[217] Dazu KAUFMANN, passim; KRELLE, S. 10.

[218] Dazu beispielsweise KAUFMANN, S. 18f., 37ff. und 224ff.

[219] Beispielsweise erreichte 1960 der Organisationsgrad der gelernten Arbeitnehmer im Buchdruckgewerbe 96%. Der Außenseiteranteil machte ganze 0,4% aus, denn die restlichen Arbeitnehmer waren Nebenvertragskontrahenten. Auf Arbeitgeberseite waren im gleichen Zeitpunkt zwei Drittel der Arbeitgeber organisiert und weitere 28,5% traten als Nebenvertragskontrahenten bei. Häufiger als das bilaterale Monopol ist aber das bilaterale Teilmonopol anzutreffen. Dazu KAUFMANN, S. 66ff. Der Arbeitsmarkt ist geteilt in einen solchen für GAV-Beteiligte und Nebenkontrahenten sowie einen solchen für Außenseiter.

[220] Im Jahre 1973 verzeichnete das Statistische Jahrbuch für 1971 111 Landesgesamtarbeitsverträge, die vermutlich einiges mehr als die Hälfte aller an Gesamtarbeitsverträgen Beteiligten (vgl. dazu SCHMALISCH, S. 31ff.) umfaßten, die ohne Berücksichtigung der sog. Hausverträge, d.h. im Rahmen einer gewerkschaftlichen Organisation rund 950000 Arbeitnehmer ausmachten. Das entspricht etwa einem Drittel der im zweiten und dritten Sektor, also nicht in der Land- und Forstwirtschaft beschäftigten Erwerbstätigen. Leider fehlen im Statistischen Jahrbuch der Schweiz nach 1970

Elastizität aus. Die großen Gewerkschaften gliedern sich in Zentralverbände mit regionalen und lokalen Gewerkschaftssektionen, die über die lokalen und kantonalen Gewerkschaftskartelle mit dem gewerkschaftlichen Dachverband[221] verbunden sind. Diese Gliederung ermöglicht eine Überlagerung von Gesamtarbeitsverträgen. Landesverträge werden dabei zu Rahmen- oder Mantelverträgen, die in bezug auf den Lohn, wenn überhaupt, nur Minimalansätze festlegen. Diese Ansätze gilt es dann auf unterer Stufe entsprechend den lokalen Bedürfnissen bzw. wirtschaftlichen Verhältnissen anzupassen[222]. Eine Auffächerung kann auch dadurch erreicht werden, daß im Landesvertrag verschiedene Ortsklassen vorgesehen werden[223]. Zu einer flexiblen Lohnbestimmung der Gesamtarbeitsverträge führt auch der GAV, der ganz von normativen Bestimmungen absieht und sich auf einen gut ausgebauten schuldrechtlichen Teil beschränkt. So sorgt beispielsweise das Friedensabkommen der schweizerischen Maschinen- und Metallindustrie dafür, daß die Lohnfrage in den einzelnen Betrieben zwischen der Arbeiterkommission und der Betriebsleitung festgelegt wird. Erst für den Fall, daß keine Einigung zustandekommt, schalten sich die Verbände und nötigenfalls die gemeinsamen Schlichtungs- und Schiedseinrichtungen ein[224]. Ähnliche Anpassungsmöglichkeiten sind für die überbetrieblichen GAV vorhanden und für die zahlreichen (wenn auch in bezug auf die Beteiligtenzahl nicht in gleicher Weise bedeutenden) Betriebsverträge[225] festzustellen.

die Gesamtzahlen der Erwerbstätigen. Neuere Zahlen waren vom BIGA nicht erhältlich.

[221] Dieser befaßt sich mit allgemeinen gewerkschaftlichen Fragen der Wirtschafts- und Sozialpolitik, während die Zentralverbände mit der besonderen Interessenwahrung der Branchenmitglieder befaßt sind. Vgl. dazu HEITHER, S. 37.

[222] Vgl. dazu SCHMALISCH, S. 26ff., 59ff.

[223] SCHMALISCH, S. 28.

[224] SCHMALISCH, S. 27f.

[225] Für 1971 werden im Statistischen Jahrbuch 775 Betriebsverträge verzeichnet, die etwas mehr als die Hälfte aller GAV ausmachen, aber nur einen kleinen Anteil an allen GAV-Beteiligten auf sich vereinigen können. – Betriebsverträge sind unter anderem auch auf den schweizerischen Organisationspluralismus zurückzuführen.

Bei all dieser Anpassungsfähigkeit der GAV an branchenmäßige und lokale bzw. betriebliche Wirtschaftsbedingungen läßt sich nicht übersehen, daß der GAV eine wirksame Wettbewerbsbeschränkung zur Voraussetzung hat, wie sie jeder kollektiven Absprache über einen Produktionsmittelmarkt eigen ist[226]. Wirtschaftskollektivismus bedeutet Koordination wirtschaftlichen Verhaltens und damit eine gewollte Beschränkung des Wettbewerbs. Das ist der wirtschaftliche Gesichtspunkt der Einschränkung der Vertragsfreiheit des Mitgliedes im Kollektiv[227]. Das übereinstimmende Verhalten seitens der organisierten Arbeitnehmer wirkt sich wie jedes andere abgestimmte Wirtschaftsverhalten einer größeren Zahl von Wirtschaftssubjekten einmal auf die Konkurrenten, die das gleiche Wirtschaftsgut anzubieten haben, und auf die Marktgegenseite, die Tauschpartner[228], aus. Je nach dem Stärkegrad der Organisation der Arbeitnehmer verringert sich für die Arbeitgeber die Möglichkeit, Arbeitsleistungen zu geringerer Gegenleistung als im GAV vorgesehen zu vereinbaren. Der Lohnwettbewerb mit Einschluß der Nebenleistungen wird somit ausgeschaltet. Mit Rücksicht auf den unvollkommenen Markt im Bereiche menschlicher Arbeit[229] und insbesondere zufolge der weitgehenden Unelastizität des Arbeitsangebotes wirkt sich dieser Umstand vor allem in Zeiten von Nichtvollbeschäftigung und vor allem für die Hauptleistung aus. Bei Arbeitskräftemangel dagegen besteht für eine Lohndrückerei, wie eine langandauernde, vielfältige Erfahrung gezeigt hat, kaum eine Aussicht[230]. Für Nebenleistungen allerdings kann die Kollektivabsprache auch in dieser Wirtschaftssituation von Bedeutung bleiben.

[226] Die Bedeutung des GAV als Kartellvereinbarung wird nicht unter allen Umständen bejaht. Um eine Kartellvereinbarung annehmen zu können, verlangt HILFERDING den Nachweis der Absicht, den Lohnwettbewerb ausschließen zu wollen. Danach liegt eine Kartellabsprache dann vor, wenn der GAV neben der Regelung der Arbeitsverhältnisse den Arbeitsmarkt nachteilig zu beeinflußen vermag. Andere Autoren betrachten den GAV in jedem Fall als eine Kartellvereinbarung. Siehe dazu KAUFMANN, S. 156ff.

[227] Vorn Seite 302f., 310.

[228] Vgl. beispielsweise BGE 85 II 525ff. i.S. Fauquex u.a. gegen Schweiz. Musikerverband u.a.; siehe auch BGE 75 II 305ff. und 314ff.

[229] Vorn Seite 313ff.

[230] Vgl. aber BGE 85 II 525ff.

In jedem Fall aber setzt die wirksame Beeinflussung des Tauschpartners eine hinreichende wirtschaftliche Stärke der Marktgegenseite voraus. Je stärker aber die beidseitigen (organisierten oder nicht organisierten) Tauschpartner für den Bereich der Arbeit und den Zusammenschluß im GAV sind, um so mehr wird die Stellung der Außenseiter auf Angebots- und Nachfrageseite beeinträchtigt. Dem Außenseiter gilt – wie immer, wo wirksame Wettbewerbsbeschränkung angestrebt wird – denn auch das ganz besondere Interesse der Tauschpartner. Dies trifft sowohl für die Arbeitnehmer- wie auch die Arbeitgeberseite zu. Die Arbeitnehmersolidarität ist – wie erwähnt – vor allem auf den Zeitpunkt der nachlassenden Nachfrage nach Arbeitskräften hin von großer Bedeutung. Vorteilhafte Arbeitsbedingungen und Sozialleistungen, die der einzelne Arbeitnehmer mit Hilfe eines Einzelvertrages nicht zu erzielen vermöchte, erfordern aber auch bei guter Konjunkturlage Solidarität auf Arbeitnehmerseite und zwar in einem Ausmaß, das den GAV auf der Arbeitgeberseite unumgänglich macht und ihr keine Möglichkeit gibt, auf Außenseiterangebote auszuweichen, die mindestens die fast ausschließlich über den Kollektivismus zu erzielenden zusätzlichen Sozialleistungen zu den Leistungen aus dem Einzelarbeitsvertrag nicht enthalten. Der Arbeitgeber dagegen versucht Außenseiterkonkurrenz auszuschalten, weil sich geringere Lohnkosten beim Konkurrenten auf dem Gütermarkt, dem Primärziel des Arbeitgebers bzw. Unternehmers, zu seinen Ungunsten auswirken können.

Diese Zusammenhänge sind an sich hinreichend bekannt[231]. Und doch scheinen sich bisweilen juristische Betrachter von diesen wirtschaftlichen Zielsetzungen und Auswirkungen des Kollektivismus auf dem Arbeitsmarkt nicht hinreichend Rechenschaft zu geben, d.h. also von der Tatsache, daß hier wie beim entsprechenden Verhalten im Bereiche des Gütermarktes übereinstimmende Kartellprobleme, d.h. Wettbewerbsbeschränkungen mit Beeinflussung der Tauschpartner und der Außenseiter bei beiden Marktpartnern vorliegen. Das hat den Nachteil, daß man Arbeits- und Gütermarkt zu sehr voneinander trennt und dabei in einem Ausmaß unter-

[231] Vgl. zum Beispiel: LUSSER, Gesamtarbeitsvertragsrecht, S. 73ff.; vor allem MATHYS, passim.

schiedliche Maßstäbe der rechtlichen Bewertung ansetzt, die sich von der gleich oder mindestens parallel verlaufenden wirtschaftlichen Problematik her nicht immer zu rechtfertigen vermögen.

Damit soll keineswegs behauptet werden, Arbeits- und Gütermarkt hätten nicht ihre Besonderheiten aufzuweisen. Davon war ja schon die Rede[232]. Insbesondere ist der Angebotszwang auf Seiten der Arbeitnehmer in Erinnerung zu rufen, die Tatsache, daß der wirtschaftliche Gesichtspunkt des Produktionsmittels Arbeit mit der Existenz und Verwirklichung der Persönlichkeit des Arbeitnehmers als ganzes aufs engste verknüpft ist. «Die Arbeitsleistung nimmt unter allen Marktgütern eine Sonderstellung ein. Sie ist das wichtigste und zugleich einzige persönliche Gut innerhalb der Wirtschaft. Ihr Träger hat keine Möglichkeit, sie zu ersetzen, wie dies bei Sachgütern allenfalls durch Austausch, Auswechseln denkbar wäre. Von der erfolgreichen marktmäßigen Verwertung der Arbeitsleistung hängen Leben, Schicksal wie auch das eigene Wertbewußtsein ihres Trägers unmittelbar ab.»[233] Das sind Worte, deren Bedeutung in der gegenwärtigen Konjunkturlage dem Verständnis des einzelnen direkter zugänglich sind als noch vor wenigen Jahren, da sie geschrieben worden sind. Es kommt hinzu, daß Arbeitsleistung im Unternehmen von bestimmter Größe immer im Zusammenhang der gesamten Belegschaft gesehen werden muß. Eine gewisse Gleichschaltung vermag allein die erforderliche betriebliche Ordnung zu garantieren und Unzufriedenheit zu verhindern. Angleichung der Bedingungen auf der Ebene des Wirtschaftszweiges verhindert für den Arbeitgeber zudem allzu großen Arbeitsplatzwechsel, beruhigt damit den Arbeitsmarkt, sichert den Arbeitsfrieden, schaltet Preiskonkurrenz aus und vereinfacht die Kalkulation[234]. Diese Besonderheiten, allen voran aber der sozialpolitische Gesichtspunkt, rufen nach besonderer Beurteilung der Wettbewerbsbehinderung durch den Kollektivismus im Bereiche des Angebots und der Nachfrage von Arbeit. Das darf aber nicht darüber hinwegsehen lassen, daß Kollektivismus im Arbeitssektor

[232] Vorn Seite 313ff.; vgl. auch HUBER, Koalitionsfreiheit, S.4ff. sowie GYGI, S.363f.

[233] MATHYS, S.8 mit weiteren Literaturhinweisen.

[234] Siehe beispielsweise SCHRÖDER, S.1ff.; STIENEN, S.15ff.

in gleicher Weise wie im Gütersektor zum rechtlichen Problem der Wettbewerbsbehinderung führt. Dies noch einmal zu betonen erscheint deshalb notwendig, weil sonst der Kollektivismus – wie erwähnt – in den beiden Bereichen derart isoliert betrachtet wird, daß er eine ungesunde Eigengesetzlichkeit entwickelt. Ungesund deshalb, weil diese Eigengesetzlichkeit zu einer Polarisierung der Betrachtungsweise führen kann und damit zu Einseitigkeit, die entweder mit Lob oder Tadel übertreibt. Ohne Bezugnahme auf die allgemeine rechtliche Wettbewerbsbehinderungsproblematik besteht einerseits die Gefahr, den sozialpolitischen Aspekt der menschlichen Arbeit dazu zu mißbrauchen, unangemessene wirtschaftliche Machtausübung zu rechtfertigen. Anderseits wird ohne diese Bezugnahme leicht übersehen, daß Wettbewerbsbehinderungen auch anderswo vorkommen und beispielsweise im Gütersektor seitens verschiedener Autoren nicht dem gleichen Mißtrauen ausgesetzt sind wie im Zusammenhang mit der menschlichen Arbeit[235].

6. Die rechtliche Bedeutung der wirtschaftlichen Wettbewerbsbehinderung durch den Kollektivismus

Die rechtliche Problematik der Kartellabsprache ist vor allem vom Gütermarkt her hinreichend bekannt. Die wettbewerbsbeschränkende Absprache wird unter Berufung auf die rechtsgeschäftliche Freiheit der Beteiligten, auf ihr Recht, vertragliche Bindung mit frei gewählten Partnern einzugehen und mit andern zu unterlassen, vorgenommen. Die gleiche Freiheit wird grundsätzlich auch den Außenseitern der an der Kartellabsprache Beteiligten zugestanden. Tatsächlich kann aber die Kartellabsprache dazu führen, daß die Freiheit der Kartellmitglieder, von der Kartellbindung zur Außen-

[235] Während die Kartellbildung im Gütersektor beispielsweise noch lange Zeit als selbstverständliche Konsequenz der Vertragsfreiheit betrachtet und die gesetzliche Disziplinierung als *Ausnahme von der*, nicht aber als *Schutz für die* Handels- und Gewerbefreiheit und die privatrechtliche wirtschaftliche Entfaltungsfreiheit angesehen wurde (siehe z.B. noch HOMBURGER, S. 1 ff.), wurde die Förderung der Kartellbildung im Arbeitsbereich seitens der Verfassung als Fremdkörper der Rechtsordnung angesehen.

seiterstellung zu wechseln, und die Entscheidungsfreiheit des Außenseiters weitgehend oder völlig illusorisch werden.

Es ist die Aufgabe der Rechtsordnung, den internen[236] und externen Kartellzwang so einzugrenzen, daß die Leitbilder von der rechtsgeschäftlichen Selbstbestimmung und des wirtschaftlichen Wettbewerbs nicht in selbstzerstörerischer Weise mißbraucht werden. Gleichzeitig soll und kann aber auch die Privatautonomie nicht derart eingeschränkt werden, daß keine kollektive Wettbewerbsabsprache zu ordnungs- und sozialpolitischen Zwecken mehr möglich wäre.

Im Bereiche des Gütermarktes stellt das Kartellgesetz vom 20. Dezember 1962 einen bedeutsamen Markstein im Ringen um dieses Problem, das bis dahin der Rechtsprechung gestützt auf das gemeine Privatrecht überlassen blieb[237], dar. Der Arbeitsmarkt ist in dieser Spezialgesetzgebung bewußt ausgeklammert geblieben. Nach Art. 1 KG findet das Kartellgesetz keine Anwendung auf «Verträge, Beschlüsse und Vorkehren, soweit sie ausschließlich das Arbeitsverhältnis betreffen». Diese Ausklammerung des Arbeitsmarktes, die nicht immer so leicht umfangmäßig zu bestimmen ist, wie es den Anschein machen könnte, da der Arbeitgeber immer zugleich in den Gütersektor mit einbezogen bleibt, und da Wettbewerbsbeschränkungen hinsichtlich des Produktionsmittels Arbeit immer auch den Gütermarkt betreffen[238], ist gewollt. Die heute vorherrschende Vorstellung von der im Bereich der Wettbewerbsabsprache vorzunehmenden Abgrenzung von Persönlichkeitsrechten[239] hätte zwar eine umfassende Spezialgesetzgebung durchaus

[236] Vgl. vorn Seite 302f., 310.

[237] Vgl. BGE 86 II 365ff., 374f. E. 4 i.S. Giesbrecht gegen Vertglas.

[238] Vgl. zur Abgrenzung des Kartellgesetzes von den Normen des kollektiven Arbeitsrechtes MATHYS, S. 71ff.

[239] Vgl. BGE 86 II 365ff., 375ff., 379 sowie die umfangreiche jüngere kartellrechtliche Literatur und hinsichtlich der öffentlichen und privatrechtlichen positiven und negativen Koalitionsfreiheit u.a. MATHYS, S. 128ff. mit weiteren Hinweisen; anders dagegen noch BGE 81 II 125, wo Art. 20 bzw. 41 Abs. 2 OR, d.h. ein Verstoß gegen die guten Sitten zur Diskussion gestellt wurde. Die Frage der Persönlichkeitsverletzung oder des Verstoßes gegen die guten Sitten wurde in BGE 75 II 305ff. zwar grundsätzlich offen gelassen,

zugelassen. Möglicherweise haben aber gewisse gesetzgebungstaktische Überlegungen davon absehen lassen[240]. Auf jeden Fall hätten die erwähnten arbeitsrechtlichen Besonderheiten des Kollektivismus im Zusammenhang mit dem Arbeitsmarkt berücksichtigt bleiben müssen. Unter diesem Gesichtswinkel vermögen die anpassungsfähigen normativen Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages als Minimalgarantie hinsichtlich der Arbeitsbedingungen, die zufolge des Günstigkeitsprinzips an individuelle Mehrleistungen angepaßt werden können, wie auch die indirekt schuldrechtlichen Bestimmungen mit dem Zwecke zusätzlicher Sozialleistungen, die durch den Einzelarbeitsvertrag nicht oder nur mit allergrößter Mühe zu erzielen wären, dem arbeitsrechtlichen Kollektivismus tatsächlich von vornherein eine gewisse Rechtfertigung zu verleihen[241], die bei der Wettbewerbsbehinderung auf dem Güter- und Dienstleistungsmarkt nicht ohne weiteres anzunehmen ist, selbst wenn der gütermarktliche Grundtatbestand erst an die erhebliche Wettbewerbsbehinderung anknüpft[242].

Das soll aber – wie schon angedeutet – nicht davon abhalten, insbesondere die Außenseiterfrage auch im Bereiche der Arbeitnehmer einer genauen Überprüfung im Einzelfall zu unterziehen.

Dann wird auch – und das ist hier das Entscheidende – die Bedeutung der Allgemeinverbindlichkeitserklärung von Gesamtarbeitsverträgen bzw. gewisser Teile davon im richtigen Lichte gesehen. Die AVE kann nur von ihrem eindeutigen Bezug zum Außenseiterproblem einer Kollektivabsprache auf dem Arbeitsmarkt her verstanden werden.

doch zeigte das Gericht in seinen Erwägungen (S. 314ff.) schon eine deutliche Tendenz zur persönlichkeitsrechtlichen Betrachtungsweise.

[240] Siehe beispielsweise MERZ, Kartellgesetz, S. 25.

[241] Siehe zum Beispiel BGE 75 II 305ff.

[242] Art. 4 KG in Verbindung mit den Rechtfertigungsgründen in Art. 5 KG.

V. Die Allgemeinverbindlicherklärung von Kollektivverträgen

1. Die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen

Der Kollektivvertrag hat eine Wettbewerbsabsprache nicht nur zum Inhalt, vielmehr setzt er – wie erwähnt[243] – eine hinreichende Kartellmacht voraus. Andernfalls kommt er gar nicht zustande. Es genügt nicht, daß die Rechtsordnung im Rahmen der marktorientierten und sozialverpflichteten Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung, die nach Verwirklichung einer minimalen Gleichheit und Freiheit mit Einschluß einer gewissen Existenzsicherung in materieller und geistig-kultureller Hinsicht trachtet[244], kartellistisches Ordnungsstreben in einem bestimmten Umfang zuläßt[245]. Entscheidend ist im Einzelfall, daß dem Tauschpartner ein hinreichendes (kartellistisches) Gegengewicht entgegengestellt werden kann. Andernfalls wird das Risiko gering, das für den Fall der Nichteinhaltung der Kollektivvertragsvereinbarung in Kauf genommen werden muß, wenn eine solche überhaupt zustandegekommen ist. Entscheidend wird mit andern Worten die Frage, ob die Kollektivierung ein derartiges Gegengewicht zu schaffen vermag, daß im Falle der Vertragslosigkeit und der Vertragsverletzung mit ernsthaften wirtschaftlichen Folgen zu rechnen ist, denen nicht mit Rücksicht auf andere Angebote ausgewichen werden kann. Bei durchgängiger Organisation von Arbeitnehmern und Arbeitgebern einer bestimmten Branche droht beispielsweise von beiden Seiten der, mit je nach den konkreten Umständen mehr oder weniger gleichen Wirksamkeit, d.h. Schädigungswirkung für die Gegenseite, auszulösende Arbeitskampf[246]. Für die Marktseite, welche

[243] Vgl. vorn Seite 317f.

[244] Dazu GYGI, S. 342ff.

[245] Im Bereiche des Arbeitsmarktes ist die Wettbewerbsabsprache in der Form von GAV – wie dargelegt – gesetzlich und auf Verfassungsstufe in Art. 34ter BV mit institutioneller Bedeutung ausdrücklich zugelassen. Daß vom einzelnen GAV Auswirkungen auf Mitkonkurrenten und auf die Marktgegenseite ausgehen, ist ebenso unzweifelhaft wie gewollt.

[246] Dazu beispielsweise SCHLUEP, passim.

ein wirksames Gegengewicht über die Solidarisierung erst schaffen muß, ist daher die Domestizierung des Außenseiter-Mitkonkurrenten lebenswichtig. Sie kann auf in rechtlicher Hinsicht unterschiedlich zu bewertende Art und Weise vor sich gehen[247].

a) Der GAV und die Außenseiter

Unter letzterem Gesichtspunkt ist das Bestreben völlig unproblematisch, den Außenseiter durch Darlegung der Argumente für die Solidarität zu einem freiwilligen Beitritt zum Kollektiv bzw. zu einem förmlichen Anschluß an den GAV, wie er als Vertrag in Art. 356b OR vorgesehen ist, zu bewegen. Die Kartellabsprache, der Gesamtarbeitsvertrag mit seiner Auswirkung auch auf den Konsumenten hat seine gesetzliche Rechtfertigung gefunden und alles weitere steht im Belieben des Außenseiters. Gleiches läßt sich auch sagen zu den vielfältigen Formen einseitiger Unterwerfung des Außenseiters unter den GAV, die dem Außenseiter keine Rechte aus dem GAV, insbesondere nicht die Unabdingbarkeitswirkung vermittelt, sondern nur die einseitige Erklärung zur Einhaltung der GAV-Bestimmungen auf der Ebene des Einzelarbeitsvertrages zum Gegenstand hat und in der Praxis nach wie vor den förmlichen Anschlußvertrag an Häufigkeit bei weitem übertrifft[248]. Vorausgesetzt ist allerdings auch in diesem Falle Freiwilligkeit, die in der Rechtswirklichkeit so selten angetroffen wird wie beim an sich schon seltenen förmlichen Anschlußvertrag mit Ausdehnungswirkung für den GAV[249].

Eine an sich problemlose weitere Möglichkeit, den Außenseiter mit einzubeziehen, besteht in der gesamtarbeitsvertraglichen Vereinbarung, daß unbesehen der Organisation alle Arbeitnehmer durch die Arbeitgeber gleich behandelt werden. Eine umfassende Wirkung setzt allerdings voraus, daß alle Arbeitgeber durch diese GAV-Klausel verpflichtet werden. Andernfalls bleibt denkbar, daß die Außenseiter auf Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite zueinander finden. Die Gleichbehandlungsklausel im GAV hat zudem vom

[247] Dazu ausführlich KREIS, passim.
[248] Dazu ausführlich KREIS, passim.
[249] Siehe zum Beispiel KREIS, S. 154f. mit weiteren Hinweisen.

Gesichtspunkt der Organisation aus den Nachteil, daß die Außenseiterarbeitnehmer von der Wirksamkeit des Kollektivs profitieren, ohne entsprechende Verpflichtungen, insbesondere auch finanzieller Natur, auf sich nehmen zu müssen.

Bei genügender Stärke der Organisation läßt sich weiter an die allgemeine oder beschränkte Organisationsklausel denken. Die Arbeitgeber werden dadurch verpflichtet, nur organisierte, wenn nicht gar nur Arbeitnehmer einer bestimmten Organisation zu beschäftigen. Der schweizerische Gesetzgeber hat diese Kartellabsprache, die den Grundsatz der negativen und allenfalls auch der positiven Koalitionsfreiheit mißachtet, in Art. 322bis Abs. 4, jetzt 356a Abs. 1 OR, ausdrücklich als unzulässig bezeichnet[250].

Bezüglich der Absprachen im GAV zum Zwecke, den Außenseiter zum förmlichen Anschluß bzw. zur einseitigen Unterwerfung, und zwar unter annehmbaren Bedingungen[251], zu zwingen – vor allem also für die sogenannte gemilderte Absperrklausel –, ist in Art. 356b OR nur ein besonderer Vorbehalt hinsichtlich anderer Verbände und deren Mitglieder gemacht worden. Tatsächlich ließ die Rechtsprechung vor 1957[252] den Anschlußzwang[253] bzw. die Zwangsunterwerfung gegenüber Nichtorganisierten aufgrund von Art. 28 ZGB bzw. Art. 41 OR zu[254]. Und die neue Gesetzgebung im

[250] Vgl. auch BGE 75 II 305ff., 315.

[251] Vor allem unter Beitragsleistungen = sog. Solidaritätsbeiträge: dazu KREIS, S. 177ff.

[252] Das heißt vor dem Inkrafttreten der Revision des Gesamtarbeitsvertrages im OR. Vgl. zum Beispiel BGE 75 II 305ff. Das Bundesgericht hat mit dieser Rechtsprechung in Übereinstimmung mit der herrschenden Literatur von der Besonderheit des Arbeitsmarktes vom Arbeitnehmer aus betrachtet auf ein Überwiegen der Interessen zur Kollektivierung geschlossen, während in einer Minderheitsliteratur teilweise gerade der umgekehrte Schluß gezogen wird. Siehe hierzu MATHYS, S. 132ff., mit Hinweisen bezüglich herrschender Meinung und abweichender Literatur. Vgl. insbesondere auch HUG in der Expertenkommission für die Gesetzgebung von 1956, zitiert bei KREIS, S. 163f. und DERSELBE, Die Gewerkschaftsfreiheit, Chr. e. Gew. Hefte 1958, S. 97ff., 112f., sowie VISCHER, S. 1ff.; weitere Hinweise bei KREIS, S. 163ff.

[253] Zur Begriffsumschreibung und Terminologie, KREIS, S. 151ff. mit weiteren Hinweisen.

[254] Ein Beispiel einer entsprechenden GAV-Klausel findet sich in BGE 75 II 305ff., 307; weitere Beispiele sind bei KREIS, S. 152 erwähnt.

Zusammenhang mit der Allgemeinverbindlicherklärung des GAV vom 28. September 1956 läßt von ihrer Entstehungsgeschichte her kaum mehr einen Zweifel daran bestehen, daß sie am bisherigen Ergebnis der Rechtsprechung, abgesehen vom besonderen Schutz der Minderheitsorganisationen, nichts ändern wollte[255]. Damit ist erreicht, daß die normativen und gewisse indirekt schuldrechtliche Bestimmungen des GAV auch gegenüber den betroffenen Außenseitern zur Anwendung gelangen. Dabei setzt die Unabdingbarkeitswirkung, wie erwähnt[256], einen formellen Anschlußvertrag gemäß Art. 356b OR voraus. Im Hinblick auf die damit verbundenen Auswirkungen auf die Selbstbestimmung bzw. Vertragsfreiheit des Außenseiters gilt es allerdings zu berücksichtigen, daß das Günstigkeitsprinzip den Kartellzwang wenigstens insoweit begrenzt, als es für den Arbeitnehmer günstigere Arbeitsbedingungen als jene des GAV zuläßt. Soweit aber die GAV-Bestimmungen mit oder ohne Unabdingbarkeitswirkungen auch bei den Außenseitern zum Tragen kommen, beruht dies – entgegen dem, was etwa mißverständlich als «Gesetzeswirkung» des Gesamtarbeitsvertrages bezeichnet wird – allein auf der Tatsache der wirksamen Kartellabsprache, d.h. der Möglichkeit, bei Widerstand die kartellistischen Sanktionsmöglichkeiten ins Spiel zu bringen[257]. Die gesetzlich vorgesehene Unabdingbarkeit im (praktisch) seltenen Fall des formellen Anschlußvertrages verbessert allenfalls die Durchsetzungs-

[255] Ausführliche Darlegungen zur Entstehungsgeschichte finden sich bei KREIS, S. 154ff., wo besonders darauf hingewiesen wird, daß die Meinungen in bezug auf den Anschlußzwang nicht einhellig waren, die Gegner, insbesondere auch in der nationalrätlichen Kommission und im Ständerat, sich aber in entsprechenden Abstimmungen nicht durchzusetzen vermochten. Beachtlich bleibt aber, daß der Bundesrat in seiner Botschaft vom 29. Januar 1954 (BBl 1954 I, S. 125ff., 139f.) zwar den Anschlußzwang nicht generell verboten wissen, jedoch im konkreten Einzelfall eine richterliche Überprüfung im Lichte von Art. 27/28 ZGB zulassen will. Die Boykottrechtsprechung des Bundesgerichts hat sich im übrigen in der den Gütermarkt betreffenden berühmten Entscheidung Giesbrecht gegen Vertglas, 86 II 365ff., in verschiedener und bedeutender Hinsicht nachträglich, d.h. 1960, geändert.

[256] Vgl. vorn Seite 310.

[257] Zum Anschlußzwang bzw. zum Unterwerfungszwang als kartellistischem Unterwerfungsboykott vgl. KREIS, S. 153f. mit weiteren Literaturhinweisen; BGE 86 II 365ff., 375 E. 4b.

möglichkeit[258] des Kartellabspracheinhalts sowohl gegenüber organisierten Verbandsmitgliedern wie auch gegenüber den Außenseitern[259], doch bedarf es der Kartellwirksamkeit, damit es seitens der Außenseiter überhaupt zum Anschluß an oder zur Unterwerfung unter den GAV mit seinen normativen und (zum Teil) indirekt schuldrechtlichen Bestimmungen kommt. Wenn in der Literatur zum kollektiven Arbeitsrecht immer wieder betont wird, der GAV zeige eine «naturgemäße» Neigung zur Expansion bzw. durchgängigen Regelung einer Wirtschaftsbranche[260], so ist das also keine Besonderheit im Spiel von Angebot und Nachfrage nach menschlicher Arbeit. Vielmehr handelt es sich um eine allgemeine Erscheinung im Bereiche der Wettbewerbsbehinderung durch entsprechende Absprache. Und die Tatsache, daß das Kartellverhalten zum «Gesetz» für den betroffenen Außenseiter wird, ist gleicherweise eine generelle Folgeerscheinung der Wirksamkeit des Kartells, zu der – abgesehen von Besonderheiten der Wirkungsweise im einzelnen – die Unabdingbarkeit des GAV nichts beiträgt.

b) Die AVE und die Außenseiterfrage

Nun gibt es insbesondere im Arbeitssektor Situationen, wo aus irgendwelchen Gründen[261] keine hinreichende Solidarisierung auf seiten der Arbeitnehmer zustande kommt. Zudem bleibt die generell erschwerte Kartellsituation auf dem Arbeitsmarkte in Erinnerung zu rufen. In Zeiten der Vollbeschäftigung besteht normalerweise keine besondere Schwierigkeit, daß jedermann, organisiert oder nicht organisiert, annehmbare Arbeitsbedingungen auszuhandeln vermag. Die Außenseiter profitieren allenfalls von der Tatsache der Arbeitnehmerorganisationen dadurch, daß diese allein besondere Sozialleistungen zu erzielen vermögen, insofern nämlich als sich diese beispielsweise nur im Zusammenhang mit einer

[258] Zu den Durchsetzungsmöglichkeiten für den förmlich angeschlossenen Außenseiter insbesondere KREIS, S. 145ff.

[259] Siehe aber die Ausführungen auf Seite 310.

[260] Vgl. beispielsweise KREIS, S. 46; Botschaft vom 29. Januar 1954, BBl 1954 I, S. 125ff., 127.

[261] Siehe dazu z. B. KREIS, S. 39ff.

Mindestzahl von Beteiligten verwirklichen lassen. Im übrigen aber vermag jeder selber zu einem angemessenen Arbeitseinkommen unter annehmbaren Arbeitsbedingungen zu gelangen. Er bedarf dazu des Arbeitnehmerkollektivs nicht. In Zeiten der Arbeitslosigkeit vermag aber die Gewerkschaft keine zusätzliche Attraktivität zu entfalten. Im Gegenteil, es besteht dann die Gefahr, daß sich ihre Mitglieder von ihr lossagen, weil sie sich davon erhoffen, wenigstens durch ein Unterbieten der bisherigen Minimalarbeitsbedingungen den Arbeitsplatz sichern zu können. Der Arbeitgeber ist aber in dieser Situation daran interessiert, nicht durch einen GAV gebunden zu werden oder zu bleiben, da er eine Konkurrenzmöglichkeit wahrnehmen kann. Das Zustandekommen oder Bestehenbleiben des GAV hängt bei dieser Sachlage von der für den Arbeitgeber nicht mehr gegebenen Gewißheit ab, daß die Branchen- oder Berufsordnung durchgehend eingehalten wird[262]. Wo die eigene Organisationsstärke und die damit verbundene Kartellmacht zur Bestandessicherung der rechtlich als zulässig erachteten Branchenordnung nicht ausreicht, da bedarf es eines zusätzlichen Mittels, um den normativen Gehalt des Gesamtarbeitsvertrages auch bei den Außenseitern zur Geltung zu bringen, bzw. um ihn auch für die organisierten Arbeitnehmer in seinem Bestand zu sichern. Diese Aufgabe der Bestandessicherung ist der Allgemeinverbindlicherklärung eines GAV zugedacht, indem der normative und zum Teil auch der indirekt schuldrechtliche Gehalt eines GAV «auf Arbeitgeber und Arbeitnehmer des betreffenden Wirtschaftszweiges oder Berufes ausgedehnt werden, die am Vertrag nicht beteiligt sind»[263].

Hier tritt gegenüber der gewöhnlichen Kartellsituation von staatlicher Seite tatsächlich ein neues Element hinzu. Während sich die Rechtsordnung im allgemeinen gegenüber wettbewerbsbehindernden Wirtschaftsabsprachen nur Gedanken darüber macht, ob diese als zulässig beurteilt werden können oder nicht und sich bejahendenfalls damit abfindet, daß Selbstbestimmung und Vertragsfreiheit der Außenseiter beeinträchtigt werden, geht der Staat hier bei der Allgemeinverbindlicherklärung eines GAV einen Schritt weiter

[262] Vgl. beispielsweise BIGLER, S. 30f.
[263] Art. 1 AVEG vom 28. September 1956, AS 1956, S. 1543.

und läßt Fremdbestimmung durch Kartellmacht nicht nur zu, sondern schützt sie gegen den eigenen Zerfall, wenn die Gefahr des Wechsels vom Organisierten zum Außenseiter zu groß wird, oder ergänzt die fehlende Kartellmacht gegenüber den schon vorhandenen Außenseitern[264]. Die Zeit und die Art und Weise, in der die Allgemeinverbindlicherklärung von GAV ihre verfassungsrechtliche Grundlage und gesetzliche Regelung fand, ist für diese Sachlage bezeichnend. In den schwierigen Kriegsjahren wollte man nach Möglichkeit den Arbeitsfrieden sicherstellen, der nicht mehr gewährleistet ist, wenn keine Mindestarbeitsbedingungen in sozialpolitisch verantwortbarem Ausmaß garantiert werden[265].

[264] Vgl. die Botschaft vom 10. September 1937, BBl 1937 II, S. 852:
«Der heutige Rechtszustand erlaubt den Organisationen ziemlich alles, wenn sie aus eigener Kraft ihre Ziele durchsetzen können, während auf der andern Seite ein Verband die bestgemeinten Absichten, die im wohlverstandenen Interesse aller Branchenangehörigen liegen würden, nicht verwirklichen kann, wenn ihm die Geschlossenheit oder die Machtmittel fehlen. Die Bemühungen der Verbände, zu einer Regelung auf freiwilliger Grundlage zu gelangen, scheitern oft am Verhalten einzelner Mitglieder oder am Widerstand der Außenseiter, denen ohne bindende Vorschriften nicht beizukommen ist. Wenn es sich darum handelt, den Verbandsmitgliedern Opfer und Pflichten im Interesse des ganzen Wirtschaftszweiges aufzuerlegen, gehen häufig auch bestehende Abmachungen in Brüche, weil die Außenseiter nicht daran gebunden sind. Verschiedene Verbände haben sich deshalb an die Bundesbehörden gewandt mit dem Begehren, Verbandsbeschlüsse und Verträge zwischen Verbänden allgemeinverbindlich zu erklären, um auf diesem Wege die von einer qualifizierten Mehrheit gewünschte Ordnung herbeizuführen. Mangels gesetzlicher Grundlagen waren die Behörden – von wenigen Ausnahmen abgesehen – nicht in der Lage, diesen Begehren zu entsprechen.» – Vgl. auch Seite 856 sowie die Botschaft vom 21. Mai 1941, BBl 1941 I, S. 321 ff., 323.

[265] Als Mindestarbeitsbedingungen gestützt auf den GAV sind im weiteren Sinne im Hinblick auf das Günstigkeitsprinzip alle normativen und indirekt schuldrechtlichen Bestimmungen zu bezeichnen, im engeren Sinne dagegen die GAV-Bestimmungen nur insoweit, als sie das wirtschaftlich existenzsichernde Minimum einer verantwortlichen Sozialpolitik sicherstellen müssen. Die Mindestarbeitsbedingungen im weiteren Sinne können die letzteren heute bei weitem übersteigen und können als Erhöhung der Arbeitskosten in den Preisen dann unerwünschte wirtschaftliche Auswirkungen zeitigen, wenn bei mangelnder Substitutionsmöglichkeit und damit Preiselastizität kein Aus-

Bei dieser Betrachtungsweise bedeutet die AVE eines GAV, als Ausdehnung des GAV auf die Außenseiter auf staatliche Anordnung hin, eine subsidiäre Maßnahme gegenüber den eigenen Möglichkeiten der Gesamtarbeitsvertragsparteien, eine Berufs- oder Branchenordnung durchzusetzen. Entsprechend ist dann die Voraussetzung für die staatliche AVE zu interpretieren, die in Ziffer 1 von Art. 2 AVEG festgehalten ist: «Die Allgemeinverbindlichkeit muß sich wegen der für die beteiligten Arbeitgeber und Arbeitnehmer andernfalls zu erwartenden erheblichen Nachteile als notwendig erweisen.» Wenn auch diese Formulierung weniger eindeutig den Gedanken der Subsidiarität zum Ausdruck bringt als andere Gesetzgebungen, so hat man schon zur Zeit der Bundesbeschlüsse über die Allgemeinverbindlicherklärung von GAV die in Art. 2 Abs. 1[266] erwähnte Voraussetzung des wirtschaftlichen Bedürfnisses dahin verstanden, «daß eine AVE selbst dann, wenn alle übrigen Voraussetzungen erfüllt wären, nicht gewährt werden kann, wenn die betroffene Wirtschaftsgruppe die von ihr angestrebte Ordnung ohne behördliche Hilfe durchzusetzen in der Lage ist»[267]. In ähnlicher Weise äußerte sich auch der Bundesrat in seiner Botschaft anlässlich der Überführung der Allgemeinverbindlicherklärungsmöglichkeit in die ordentliche Gesetzgebung[268].

Demgegenüber brachte das Bundesgericht in seinem schon mehrfach zitierten Entscheid i. S. Müller gegen Zürcher Autogewerbeverband[269] seine Auffassung zum Ausdruck, die AVE sei «lediglich eine von verschiedenen Möglichkeiten, ein bestimmtes arbeitsrechtliches Ziel, nämlich die möglichst lückenlose Erfassung der Gesamtheit der Arbeitgeber und Arbeitnehmer eines bestimmten örtlichen und sachlichen Wirtschaftsbereiches, zu erreichen. Es (bestünden) aber keine Anhaltspunkte dafür, daß der Gesetzgeber mit der Schaffung des Instituts der AVE andere zu Gebote stehende Möglichkeiten grundsätzlich hätte ausschalten wollen.» Einerseits

gleich durch erhöhte Produktivitätssteigerung geschaffen werden kann. Siehe dazu u.a. KÜNG, S. 118.

[266] AS 1941, S. 1106.

[267] WALZ, S. 145; ebenso BIGLER, S. 58f.; SCHWEINGRUBER/BIGLER, Komm., S. 91.

[268] Botschaft vom 29. Januar 1954, BBl 1954 I, S. 125ff. 143.

[269] BGE 75 II 305ff., 310.

wurde die von der Klägerseite vertretene Ansicht verworfen, mit Rücksicht auf die gesetzlich vorgesehene Möglichkeit der AVE, als ein mit allen erforderlichen Sicherungen versehenes Unterstellungsverfahren unter den Wirkungsbereich eines GAV, sei der weniger kontrollierbare kartellistische Unterwerfungsboykott als unzulässige Gesetzesumgehung zu betrachten, anderseits wurde auch nicht der Standpunkt vertreten, die AVE komme gegenüber der ohne staatliche Hilfe wirksamen Kartellmacht nur subsidiär in Frage.

Die vom Bundesgericht vertretene Ansicht über das Verhältnis von Kartellzwang zur AVE, vermag sich zwar von der Tatsache her zu rechtfertigen, daß im Hinblick auf die Besonderheiten des Arbeitsmarktes[270] immer eine latente Gefahr schwindender Kartellmacht vorhanden ist, und dürfte auch der tatsächlich geübten Praxis der AVE durch die zuständigen Behörden eher entsprechen[271] als eine klare Subsidiarität. Aber die Trennungslinien zwischen zugelassener Selbstordnung der Branche oder des Berufes und staatlichem Eingreifen bei fehlender Kartellmacht werden verwischt. Letzteres stellt doch insofern eine besondere Situation dar, als es hier entscheidend wenigstens auf staatliche Mithilfe bei der Verwirklichung verbandlichen Ordnungsstrebens ankommt. Und diese Unterstützung kollektiver Privatinitiative, die sich selber nicht durchzusetzen vermag, betrifft auch Hauptleistungen von Einzelverträgen, die nicht ohne weiteres im Verfügungsbereich des Privatrechtgesetzgebers liegen.

c) Zur Rechtsnatur der AVE von GAV

Auch in der Diskussion um die Rechtsnatur der AVE wird bisweilen leichthin über die unterschiedlichen Anwendungsbereiche der AVE hinweggesehen, wenn durchwegs von besonderer Gesetzgebung die Rede ist. Im Gegensatz zur Bundesrepublik Deutschland hat die Frage nach der Rechtsnatur der AVE in der Schweiz aller-

[270] Vorn Seite 314f., 319f.

[271] Zu beachten ist aber die Tatsache, daß die Verbände aufs ganze besehen selber eher auf Subsidiarität halten. Vgl. hinten Seite 340.

dings in der letzten Zeit kaum mehr weitere Beachtung gefunden[272]. In der Botschaft vom 29. Januar 1954[273] wird von einem besonderen Rechtsetzungsverfahren gesprochen[274], das sich auf die besondere Rechtsquelle im Sinne einer autonomen Satzung[275], nämlich auf den GAV, bezieht, die ihrerseits nur gestützt auf besondere gesetzliche Ermächtigung zugelassen wird[276].

Und diese Auffassung wird in einem jüngeren Bundesgerichtsentscheid[277] ohne jeden weiteren Hinweis auf Literatur übernommen, wenn ausgeführt wird:

«Allgemeinverbindlich erklärte Gesamtarbeitsverträge als Privatrecht zu behandeln, ist auch sachlich gerechtfertigt. Das Rechtsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, das durch solche Verträge geregelt wird, ist zivilrechtlicher Natur. Freilich schaffen Gesamtarbeitsverträge nicht nur Rechtsbeziehungen zwischen den vertragsschließenden Parteien, sondern stellen vor allem Vorschriften auf, die wie gesetzliche Bestimmungen unmittelbar für die beteiligten Arbeitgeber und Arbeitnehmer gelten. Die Befugnis der Beteiligten, durch den Abschluß von Gesamtarbeitsverträgen Rechtsnormen zu schaffen, beruht jedoch auf den Art. 322 und 323 OR, also auf Privatrecht, (.....).

Richtig ist ferner, daß die Allgemeinverbindlicherklärung ein Verwaltungsakt ist und daher dem öffentlichen Recht angehört. Die Bestimmungen eines Gesamtarbeitsvertrages werden dadurch jedoch nicht in öffentlichrechtliche Vorschriften umgewandelt, noch werden die Verwaltungsbehörden ermächtigt, die Einhaltung der Bestimmungen von Amtes wegen zu kontrollieren und gegen deren Verletzung mit den Mitteln des Verwaltungszwanges vorzugehen. Es handelt sich vielmehr um eine besondere Art der Rechtsetzung, durch die von den Beteiligten selbst geschaffenes Berufsrecht bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen auf alle Angehörigen einer Berufsgruppe oder eines Gewerbes ausgedehnt wird, (.....). Allgemeinverbindlich erklärte Gesamtarbeitsverträge enthalten daher auch für Außenseiter nicht öffentliches, sondern objektives Zivilrecht.»

[272] Siehe die älteren Autoren: HEIL, S. 101 ff.; HOLER, Gesamtarbeitsvertrag und Allgemeinverbindlichkeit, S. 30 ff.; MEYER, S. 56 ff.; THALMANN-ANTENEN, S. 46 ff.

[273] BBl 1954 I, S. 125 ff.

[274] BBl 1954 I, S. 128, 131; gleicherweise schon die Botschaft vom 21. Mai 1941, BBl 1941 I, S. 331.

[275] Eine zweifelhafte Auffassung, vgl. vorn Seite 300 ff., sowie HUBER, Staat und Verbände, S. 8 und 18.

[276] Nämlich Art. 322 und 323 OR Fassung 1912; vgl. Botschaft vom 29. Januar 1954, BBl 1954 I, S. 131.

[277] BGE 98 II 208 f., i.S. Honold gegen Zangger.

In diesen Darlegungen der Rechtsauffassung seitens des Bundesgerichts, die von der herrschenden Auffassung in der Doktrin im großen und ganzen (zum Teil stillschweigend) geteilt zu werden scheint[278], läßt sich das große Bemühen der Doktrin um die genauere rechtliche Erfassung der behördlichen Ausdehnung des persönlichen Geltungsbereiches des GAV, wie es vor allem in der Bundesrepublik Deutschland heute noch in Erscheinung tritt, tatsächlich nicht erkennen[279]. Das ist einerseits trotz der bekannten und begrüßenswerten Rechtsvergleichsfreudigkeit des Bundesgerichts verständlich. Nachdem der deutsche wie der schweizerische Gesetzgeber verschiedene, in den Anfängen von GAV und AVE offen gebliebene Fragen selber entschieden haben, sind zahlreiche dogmatische Streitpunkte hinfällig geworden. Und auch bei der noch lange Zeit im Vordergrund gebliebenen Frage der Einordnung der AVE beim Verwaltungsakt oder bei der Rechtsverordnung läßt sich füglich überlegen, ob das Ergebnis den Aufwand lohne[280]. Anderseits bleibt aber eben nicht zu übersehen, daß die Charakterisierung der AVE als *besonderes Rechtsetzungsverfahren* mit Verwaltungsverfügung gestützt auf gesetzliche Ermächtigung zur Schaffung von objektivem Zivilrecht Gedankenassoziationen ruft, die für die Beurteilung der AVE der Differenzierung bedürfen. In gleicher Weise vermag der Ausgangspunkt bei einer *erweiterten Verbandsautonomie*[281] auch nicht durchwegs zu befriedigen[282]. Es kommt hinzu, daß damit zu einer nicht ohne weiteres zulässigen Verbindung zur autonomen Satzung verleitet werden kann[283].

[278] Vgl. beispielsweise SCHWEINGRUBER/BIGLER, Komm., S. 25 Ziff. 4a, S. 30, 85 ff.

[279] Vgl. dazu in der deutschen Literatur zum Beispiel die Dissertationen von LIEB, LANGELS, DELLMANN und STRÄTER mit je weiteren Hinweisen.

[280] Für die schweizerischen Verhältnisse steht jedenfalls fest, daß die Allgemeinverbindlicherklärung nicht der Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans Bundesgericht unterliegt, auch wenn in Art. 99 ff. OG kein entsprechender ausdrücklicher Vorbehalt gemacht worden ist. Im Zusammenhang mit dem Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit des Bundes wurde die Frage nicht einmal als erwähnenswert empfunden: Botschaft vom 24. September 1965, BBl 1965 II, S. 1265.

[281] BOGS, S. 39 ff.; HERSCHEL, S. 125 ff.; NIPPERDEY/HEUSSNER I, S. 221 ff.

[282] DELLMANN, S. 73 ff.; STRÄTER, S. 79 ff.; LANGELS, S. 76 ff.

[283] Vgl. vorn Seite 332.

Umgekehrt wird klar zum Ausdruck gebracht, daß es sich bei der AVE um Besonderheiten in der Außenseiterfrage mit Rücksicht auf die Auswirkungen des GAV handelt. Mag aber die eine oder die andere schlagwortartige Bezeichnung der Rechtsnatur der AVE als besonderes Gesetzgebungsverfahren oder als erweiterte Verbandsautonomie zu eng sein, so vermag die Diskussion um diese Rechtsnatur wenigstens darauf hinzuweisen, daß die rechtliche Bedeutung der AVE nur im Zusammenhang mit deren unterschiedlichen Anwendungsbereichen richtig eingeschätzt werden kann.

Bedeutet die AVE nur die Wahl einer Möglichkeit unter anderen, hinreichende Kartellmacht auch gegenüber Außenseitern wirksam werden zu lassen, so ist die Rede von einem besonderen Gesetzgebungsverfahren irreführend. Hier geht es nicht um Ergänzung unzulänglicher Kartellmacht seitens des Staates, vielmehr um ein *besonderes Verfahren zur Überprüfung* der Frage der rechtlichen Zulässigkeit der eigenständigen *Kartellmacht*, die im Rahmen des rechtlich Zulässigen sich selber durchzusetzen vermag. Das Bedürfnis nach Überprüfung der Rechtmässigkeit der Kartellmacht wird dabei von keiner Seite bestritten. Es wurde beispielsweise anläßlich der Regelung der AVE von GAV im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren vom Bundesrat in seiner Botschaft vom 29. Januar 1954[284] mit folgenden Worten umschrieben:

«Besonderer Beachtung bedürfen gerade die wirtschaftlichen Auswirkungen der Allgemeinverbindlicherklärung, die vor allem das Gebiet der Lohnregelung betreffen. . . . . Mittels der Allgemeinverbindlicherklärung von Löhnen kann eine Minderheit von Arbeitgebern gezwungen werden, Löhne auszurichten, zu denen sie sich in freier Vereinbarung nicht bereit erklärt hätte. . . . Dieser Zwang wirkt nicht nur gegenüber Außenseitern, sondern indirekt auch gegenüber den Verbandsmitgliedern selbst, da sich diese einem allgemein verbindlichen Gesamtarbeitsvertrag selbst durch Austritt aus dem Verband nicht mehr entziehen können. Da die mit der Allgemeinverbindlicherklärung angestrebte Vereinheitlichung der Arbeitsbedingungen, insbesondere der Löhne, gleichzeitig eine Vereinheitlichung der Konkurrenzbedingungen bewirkt, hat die Allgemeinverbindlicherklärung nicht nur eine soziale, sondern eine sehr bedeutsame, wenn auch bisher nur ungenügend beachtete wirtschaftliche Seite. Es kommt nicht selten vor, daß der Anstoß zur Allgemeinverbindlicherklärung von den Arbeitgebern ausgeht, die darin ein willkommenes Mittel erblicken, um eine unbe-

[284] BBl 1954 I, S. 144f.

queme Außenseiter-Konkurrenz zu beseitigen. Sofern es sich um ein eigentliches Lohndumping handelt, d.h. um illoyale Konkurrenz durch Lohnunterbietung, ist dieses Bestreben durchaus legitim. In der Praxis sind allerdings die Grenzen zwischen illoyaler und unbequemer Konkurrenz fließend. Die Behörden sehen sich deshalb oft vor schwierige Entscheidungen gestellt und müssen sich jedenfalls hüten, eine wirtschaftlich gerechtfertigte, wenn auch unbequeme Konkurrenz durch die Allgemeinverbindlicherklärung auszuschalten.»[285]

Im Zusammenhang mit der Allgemeinverbindlicherklärung eines GAV erfolgt nun die Kontrolle der Kartellmacht nicht durch den Richter gestützt auf die Vorschriften des Obligationenrechts über den GAV bzw. die Bestimmungen von Art. 28 ZGB und Art. 41 ff. OR, sondern durch die zuständige Verwaltungsbehörde gestützt auf Art. 2 AVEG. Daß für diese unterschiedlichen Kontrollarten der Kartellmacht Vor- und Nachteile aufzuzählen wären, die im Zusammenhang mit der obligatorischen, generell-präventiven Kontrolle bei der AVE und der fakultativen konkret-repressiven richterlichen Beurteilung von nicht allgemeinverbindlich erklärten Kartellabsprachen über das Verfahrensmäßige hinausgehen, sei hier nur vermerkt, nicht aber im einzelnen dargelegt. Dagegen sei noch einmal daran erinnert, daß grundsätzlich nur im Falle hinreichender Kartellmacht, die nach staatlicher Kontrolle allgemeinverbindlich erklärt wird, von der Kartellmacht her auch für die erforderliche Durchschlagskraft bei der Rechtsdurchsetzung gesorgt ist. Und dies – wie erwähnt[286] – unabhängig von der Tatsache der mit der AVE nun auch gegenüber Außenseitern Geltung erlangenden Unabdingbarkeit des GAV.

Das ist nicht der Fall beim andern Anwendungsbereich der AVE, wo nur eine beschränkte Kartellmacht vorhanden ist, die nicht ausreicht, das rechtlich zulässige kartellistische Ordnungsstreben einer Branche oder eines Berufes aus eigener Kraft zu verwirklichen. Hier wird zwar durch die AVE die Unabdingbarkeit der normativen und zum Teil indirekt schuldrechtlichen Gesamtarbeitsver-

[285] Vgl. auch die Diskussion gleicher Art im Zusammenhang mit der Revision der Wirtschaftsverfassungsartikel unmittelbar vor dem Zweiten Weltkrieg bis ins Jahr 1947; zum Beispiel anhand der Ergänzungsbotschaft vom 3. August 1945, BBl 1945 I, S. 905 ff., 922 f. und schon anhand der Botschaft vom 10. September 1937, BBl 1937 II, S. 833 ff., 850 ff. insbesondere 854 f.

[286] Vorn Seite 304 ff.

tragsbestimmungen auch den Außenseitern gegenüber zur Wirksamkeit gebracht. Weil es aber für die kollektive Durchsetzung an der hinreichenden Verbandsmacht fehlt, beruht auch die Durchsetzungserwartung allein auf der staatlichen Mithilfe bzw. der *Ergänzung unzureichender Kartellmacht*. Bei dieser Sachlage ist es tatsächlich nicht abwegig, von *Gesetzeswirkung der AVE* zu sprechen. Nur mit staatlicher Hilfe wird erreicht, daß für den Außenseiter relativ zwingendes Recht entsteht, das allerdings nicht von Amtes wegen durchgesetzt wird.

Es geht bei diesem Fall von AVE daher nicht nur um eine Rechtsdurchsetzungsfrage bzw. um die Nichterfüllung der mit dem Kollektivvertrag verbundenen Hoffnung auf kollektive Rechtsdurchsetzung, sondern zugleich um eine solche der Zuständigkeit zur Rechtsetzung. Zulassung von Kartellmacht gestützt auf die konkrete Wirtschaftsverfassung, die nicht einseitig auf die Handels- und Gewerbefreiheit ausgerichtet werden darf[287], ist eines; Herbeiführung von relativ zwingendem Recht seitens des Staates, das auch Hauptleistungen einer Vielzahl von Einzelverträgen mitumfaßt, ein anderes. Letzteres bedarf der besonderen Ermächtigungsnorm. Und selbst wenn diese vorhanden ist, wie das sowohl für den Bereich der Arbeitsbedingungen als auch neuestens für den Mietsektor der Fall ist, muß eine ausdrückliche Ermächtigungsnorm zugunsten der Allgemeinverbindlicherklärung von Kollektivverträgen nachgewiesen werden können, soll eine solche staatlicherseits zulässig sein. Denn in diesem Zusammenhang ist es durchaus am Platze, von einem *besonderen Gesetzgebungsverfahren* zu sprechen, auch wenn bzw. gerade weil es sich hier materiell um eine *unselbständige staatliche Rechtsetzung durch Verwaltungsakt* gegenüber dem Aussenseiter handelt. Die Initiative muß nämlich in jedem Fall von den am Kollektivvertrag beteiligten Parteien ausgehen. Der Staat kann über Quorumsvorschriften als Voraussetzung für die AVE nur darauf Einfluß nehmen, daß der Initiative zur Gesetzgebung gegenüber den Außenseitern einiges, wenn auch nicht hinreichendes Gewicht zukommt. Und wenn die AVE eines Kollektivvertrages beantragt wird, bleibt die Einwirkungsmöglichkeit des Staates auf den

[287] GYGI, passim.

Inhalt des relativ zwingenden Rechtes für die Außenseiter auf eine negative Kontrolle hinsichtlich der Einordnung in die gesamte Rechtsordnung beschränkt. Eine positive Mitgestaltung bleibt ausgeschlossen. Der Bundesrat hat in der erwähnten Botschaft vom 10. September 1937[288] darauf aufmerksam gemacht, deutlicher allerdings noch in den Ausführungen der Botschaft betreffend AVE von GAV vom 29. Januar 1954[289]: «Es besteht ein wesentlicher Unterschied darin, ob der Bürger auf dem Wege der ordentlichen staatlichen Gesetzgebung durch die zuständigen staatlichen Organe einer bestimmten Regelung unterworfen oder ob er auf dem Wege der Allgemeinverbindlicherklärung einer von privaten Verbänden erlassenen Ordnung unterstellt wird. Die Unterstellung auf Grund der Allgemeinverbindlicherklärung erfolgt zwar auch durch eine behördliche Anordnung. Doch läßt sich die Angemessenheit der Regelung nicht in gleicher Weise überprüfen wie im Falle der staatlichen Gesetzgebung, ...» Und gleichzeitig hat der Bundesrat noch auf eine weitere Besonderheit dieser mit einem formellen Verwaltungsakt verbundenen materiellen Rechtsetzung für Außenseiter hingewiesen, die in der Diskussion um die AVE immer wieder angeführt worden ist, sich aber unter dem Gesichtspunkt der unselbständigen staatlichen Mitwirkung bei der Durchsetzung unzulänglicher Kartellmacht, wenn und solange[290] dies gewünscht wird, von selbst versteht: «Nicht zu übersehen ist schließlich, daß die kollektivvertragliche Regelung, namentlich wenn sie durch die Allgemeinverbindlicherklärung sanktioniert wird, zu einer Aufsplitterung der Rechtsordnung führt. An die Stelle allgemeiner Rechtssätze, die für alle Bürger in gleicher Weise gelten, tritt Sonderrecht für bestimmte Berufe und Wirtschaftszweige, das unter Ausschaltung des normalen demokratischen Gesetzgebungsverfahrens[291] und unter fast ausschließlicher Mitwirkung der direkt Beteiligten zustande kommt, obwohl es auch andere Bevölkerungskreise und die Wirtschaft im ganzen beeinflußt.»[292]

[288] Oben Anmerkung 285.
[289] Oben Anmerkung 284.
[290] Siehe Art. 17 und 18 AVEG.
[291] Beratung und Beschluß durch die Räte, mit Referendumsvorbehalt.
[292] Botschaft vom 29. Januar 1954, BBl 1954 I, S. 144.

d) Die verfassungsmässige und gesetzliche Grundlage der AVE

Trotz dieser Besonderheiten der AVE bei der Schaffung relativ zwingenden Rechts für die Außenseiter einer Branche oder eines Berufes[293], hat der Bundesrat (in allerdings keineswegs widerspruchloser Argumentationsweise) anläßlich der Revision der Wirtschaftsverfassungsartikel der Bundesverfassung zur Zeit des Zweiten Weltkrieges noch die Meinung vertreten, daß es ihm auch ohne besondere verfassungsmäßige und gesetzliche Grundlage freistehe, den Weg der AVE von Kollektivverträgen zu wählen, wenn ihm im entsprechenden Sachbereich die Gesetzgebungs- bzw. Verordnungskompetenz zustehe[294]. Ein Teil der Doktrin ist dieser Ansicht vollumfänglich oder teilweise gefolgt[295]. Heute ist der Bundesrat selber von dieser Rechtsauffassung abgekommen[296], und auch von der herrschenden Meinung wird dieser geänderte Standpunkt zu Recht geteilt[297, 298].

e) Der tatsächliche Anwendungsbereich der AVE von GAV

Besteht somit heute wohl Einigkeit hinsichtlich der Tatsache des Erfordernisses einer besonderen verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Grundlage für die AVE von Kollektivverträgen, so verbleibt die weitere Frage, unter welchen Voraussetzungen es sinnvoll ist, diesen besonderen Weg zur Schaffung relativ zwingen-

[293] Vor allem beim eigentlichen und zuletzt genannten aber auch beim übrigen Anwendungsbereich der GAV.

[294] Vgl. zum Beispiel Sten.Bull.NR 1945, S.552ff., Sten.Bull.StR 1945, S.217, sowie die Ergänzungsbotschaft vom 3.August 1945, BBl 1945 I, S.905ff., 914f.

[295] So beispielsweise SCHÜRMANN, Wirtschaftsartikel, S.92f.; NEF, SJK Ersatzkarte, S.620; DE CAPITANI, S.171ff.

[296] Siehe die Botschaft vom 16.Dezember 1960, BBl 1960 II, S.1542.

[297] GIGER, S.184ff.; MARTI, S.203; PETERMANN, S.35ff.; AUBERT, Nr.1925 und 1536; unveröffentlichtes Gutachten der Eidg. Justizabteilung vom 7.Dezember 1965.

[298] Zur neuen Optik hinsichtlich der dem Privatrecht von der Verfassung her zugestandenen Gestaltungsmöglichkeiten vgl. HUBER, Vertragsfreiheit, passim; ROSCHER, passim.

den Rechts für die Außenseiter eines bestimmten Marktes einzuschlagen.

Diesbezüglich muß nämlich schon die Zurückhaltung zu denken geben, welche die Verbände im Bereiche der menschlichen Arbeit gegenüber der AVE von GAV, allem gesetzgeberischen Aufwand zur Regelung dieses besonderen Gesetzgebungsverfahrens zum Trotz, bisher geübt haben und heute noch üben. Der neueste Stand der allgemeinverbindlicherklärten Gesamtarbeitsverträge ergibt folgendes Bild[299]:

I. Vom Bundesrat allgemeinverbindlich erklärt

Datum des Beschlusses	Gegenstand des Beschlusses	Veröffentlicht im Bundesblatt
17.5.74	Vereinbarung über die Schlechtwetterentschädigung im schweizerischen Baugewerbe (gültig bis 31.12.77)[300]	1974 I 1426
19.3.73	GAV für das schweizerische Coiffeurgewerbe (gültig bis 30.6.75; geändert am 1.5.74, BBl 1974 I 1304; Wiederinkraftsetzung bevorstehend)	1973 I 1067
17.5.74	Landes-GAV des Gastgewerbes (gültig bis 31.12.76; geändert am 3.3.75, BBl 1975 I 1189)	1974 I 1582
6.6.74	GAV für die Klavierbranche (gültig bis 31.12.79)	1974 I 1923
4.1.73	GAV für das Schreinergewerbe (gültig bis 31.12.75)	1973 I 319

[299] Vom BIGA veröffentlichte Zahlen (Stand 1. Juli 1975) pupliziert in: Die Volkswirtschaft 48, 1975, S. 386.

Zusammen mit den noch geltenden, in früheren Jahren ausgesprochenen Allgemeinverbindlicherklärungen waren damit am 1. Juli 1975 5 vom Bundesrat und 9 von den Kantonen beschlossene Allgemeinverbindlicherklärungen von Gesamtarbeitsverträgen in Kraft. Am Stichtag wurden von diesen 14 allgemeinverbindlichen Verträgen im ganzen rund 46500 Arbeitgeber – wovon 12000 oder 26 Prozent Außenseiter – und 283600 Arbeitnehmer – wovon 138900 oder 49 Prozent Außenseiter – erfaßt.

Über die Entwicklung der Allgemeinverbindlicherklärung und die Schwankungen in der Zahl der Betroffenen für frühere Jahre, siehe SCHWEINGRUBER, Arbeitsrechtliche Chronik, in: Wirtschaft und Recht (allerdings nur bis 1967).

[300] Die Hinweise in Klammern beziehen sich auf die Allgemeinverbindlicherklärung.

II. Vom Bundesrat genehmigte kantonale Allgemeinverbindlicherklärungen

Datum des Beschlusses	Gegenstand des Beschlusses	Veröffentlicht im kant. Amtsblatt
	BERN	
13.6.69	Convention collective instituant l'assurance-vieillesse complémentaire paritaire de la menuiserie, ébénisterie et charpenterie dans le Jura bernois (gültig bis 31.12.80)	FOJ[301] 1969 743
4.2.75	CCT[302] de l'industrie de la plâtrerie-peinture du Jura bernois (gültig bis 31.12.76)	FOJ 1975 377
	WAADT	
31.7.74	Convention collective cantonale instituant la caisse de retraite professionnelle de l'industrie de la construction (gültig bis 31.3.84)	1974 2433
22.11.74	CCT cantonale portant règlement de la Caisse paritaire des vacances payées de l'industrie de la construction (gültig bis 31.3.79)	1975 221
27.2.70	Convention collective cantonale instituant l'assurance-retraite complémentaire paritaire de l'horticulture (gültig bis 30.6.79; geändert am 3.7.74, ABl[303] 1974 3065)	1970 1003
24.12.74	CCT cantonale de la branche des machines à écrire et de bureau (gültig bis 31.12.75)	1975 369
7.5.71	Convention collective cantonale instituant l'assurance-retraite complémentaire de la marbrerie (gültig bis 31.12.88)	1971 1357
30.5.75	CCT cantonale de l'industrie des transports routiers (gültig bis 31.12.80)	1975 1573
	NEUENBURG	
9.1.70	Convention collective cantonale instituant la caisse de retraite paritaire de métiers de la construction (gültig bis 31.12.78; geändert am 6.3.73, ABl 1973 521)	1970 305

Diese doch relativ geringe Zahl von AVE läßt darauf schließen, daß die in Frage kommenden Wirtschaftsverbände ihrerseits eine Politik der Subsidiarität verfolgen, selbst wenn der geltende Rechtszustand in der Interpretation der Rechtsprechung und der zustän-

[301] FOJ = Feuille officielle du Jura bernois.
[302] CCT = Convention collective de travail.
[303] ABl = Kantonales Amtsblatt.

digen Verwaltungs- bzw. Exekutivbehörden eine darüber hinausgehende AVE-Praxis zulassen[304]. Im allgemeinen versucht man mit der eigenen Kartellmacht zu Rande zu kommen. Hier mag die nicht ganz unbegründete Scheu mitspielen, staatliche Organe vermöchten im Rahmen der AVE trotz allem eine wirksamere Kontrolle der Verbandsinitiative auszuüben als im Bereiche des Anschlußzwanges, wo nur eine fakultative, repressive, richterliche Nachkontrolle der Anschlußbedingungen in Kauf genommen werden muß. Des weitern dürfte insbesondere auch der Umstand von Bedeutung sein, daß im Fall des Anschlußzwanges die Solidaritätsbeiträge etwas elastischer bleiben können als die allein allgemeinverbindlich zu erklärenden Kostenbeiträge, die aber umgekehrt leichter vollstreckbar sind als die ersteren. Es kommt hinzu, daß mit der AVE im Hinblick auf die Außenseiter der Anreiz zum Verbandseintritt noch geringer werden kann, als er in Zeiten der andauernden Hochkonjunktur und im Anfang des Konjunkturabschwunges schon generell festzustellen ist. Die verbandsinterne Mitbestimmung, die den Organisierten vom Außenseiter auch im Falle der AVE unterscheidet, darf auf alle Fälle nicht zu hoch eingeschätzt werden[305].

So ist es denn nicht erstaunlich, daß die AVE weniger und zur Zeit überhaupt nicht in der relativ stark organisierten Industrie, sondern vielmehr im Gewerbe mit Einschluß des Dienstleistungssektors der Binnenwirtschaft vorkommt, wo zufolge der großen Aufsplitterung der Betriebe, der großen Mobilität der Arbeitnehmer und aus anderen Gründen[306] eine ausreichende Solidarisierung nicht zu erreichen ist. Und wenn man einmal absieht von den besonderen ordnungspolitischen Zielsetzungen im Gastgewerbe, die vor allem von der Konsumentenseite her begrüßt worden sind[307], ging es bis heute auch angesichts der guten Konjunkturlage bezeich-

[304] Vorn Seite 332f.

[305] Zu den Gründen verbandlicher Zurückhaltung gegenüber der Allgemeinverbindlicherklärung, im übrigen KREIS, S. 155 mit weiteren Hinweisen.

[306] Zum Beispiel auch die Schwierigkeit, weibliche Arbeitnehmer zu solidarisieren.

[307] Eine Erscheinung, die nur selten anzutreffen ist, da, wie zu zeigen sein wird, die Vereinbarungen der Arbeitnehmer- und Arbeitgeberseite über die Preiskalkulation auf den Rücken der Konsumenten abgewälzt werden.

nenderweise vor allem um sozialpolitische Zusatzleistungen, die einerseits nur bei allgemeiner Geltung verwirklicht werden können, da sonst Wettbewerbsverzerrungen auftreten würden, anderseits aber für den einzelnen Arbeitnehmer von nicht zu unterschätzender sozialpolitischer Bedeutung bleiben, auch wenn oder gerade weil sie zum Teil erst auf den Zeitpunkt des Abschlusses der Erwerbstätigkeit wirksam werden, wie etwa die Zusatzleistungen zur staatlichen Alters- und Hinterbliebenenversicherung. Das Institut der AVE hat somit allen wirtschaftlichen Veränderungen zum Trotz auch in Zeiten der Hochkonjunktur seine doch stark sozialpolitisch ausgerichtete Funktion beibehalten, für die in wirtschaftlich schwierigen Zeiten das Institut geschaffen worden ist. Eine an die konkreten Verhältnisse anpassungsfähige Sozialpolitik liegt im Interesse des Staates[308], des betroffenen Arbeitnehmers und über das Resultat des Arbeitsfriedens auch in jenem des Arbeitgebers. Arbeitnehmer- und Arbeitgeberseite können sich mit dem Ergebnis der AVE gewöhnlich auch deshalb ohne größere Schwierigkeiten zufrieden geben, weil die finanziellen Aufwendungen für die allgemeinverbindlich erklärte und in vernünftigem Rahmen bleibende Sozialpolitik als fester Kostenbestandteil der Produkte und Dienstleistungen, mindestens bei guter Konjunkturlage[309], ohne allzu große Mühe auf den Konsumenten überwälzt werden können.

Von der Tatsache her, daß die Arbeitnehmer natürlich auch wieder als Konsumenten in Erscheinung treten, ist von volkswirtschaftlicher Seite Zweifel daran geäußert worden, daß der Kollektivismus im Bereiche des Arbeitsmarktes tatsächlich zu besseren Arbeitsbedingungen geführt habe im Vergleich zur hypothetischen Situation, wie sie sich ohne Kollektivismus zeigen würde. So hat sich der Amerikaner CALDER dahin geäußert, «..., daß die Einkommensverteilung in der Nachkriegszeit vor allem von der Einkommensverwendung abhänge..., daß in dem Maße, in dem die Investitionsbereitschaft die freiwillige Ersparnis übersteigt, die Unternehmer die Möglichkeit besitzen, auf dem Gütermarkt die Preise über die Kosten anzuheben, dadurch ihre Gewinnein-

[308] Daher auch der institutionelle Gehalt von Art. 34ter BV mit Rücksicht auf die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen. So zu Recht GYGI, S. 367ff.

[309] Die wirtschaftliche Beurteilung des Kollektivismus im Bereiche des Arbeitssektors ist je nach Konjunkturverhältnissen unterschiedlich zu beurteilen: NYDEGGER, Allgemeinverbindlicherklärung, passim.

kommen zu vergrößern und mit Hilfe dieser Mittel dann die Finanzierung ihrer Investitionen vorzunehmen, für die die Haushalte zunächst freiwillig nicht die normalen Kapitalmarktmittel bereitgestellt haben. Zwar wird zugegeben, daß die Erhöhung der Preise und damit verbunden die Zunahme der Gewinne die Gewerkschaften auf den Plan rufen, und daß die Gewerkschaften sicherlich aufgrund ihres Machteinsatzes schließlich ein Ansteigen der Nominallöhne erreichen können; man meint jedoch, daß diese Nominallohnerhöhungen das effektive und reale Lohneinkommen nicht wesentlich verbessern können, einfach deshalb, weil diese Lohnerhöhungen wiederum hundertprozentig zur Konsumsteigerung dienen, also zu Konsumerlösen führen, so daß also auf der einen Seite zwar die Rentabilität der Unternehmen belastet wird, weil die Kosten ansteigen, aber auf der anderen Seite eben diese Kostensteigerung den Unternehmen wieder in der Form höherer Konsumerlöse zufließt, so daß also die Differenz zwischen Erlösen und Kosten die Rentabilität der Betriebe langfristig eben doch nicht berührt.»[310] Aber auch aus anderen Überlegungen werden Zweifel an der Wirksamkeit des Kollektivismus im Arbeitssektor laut[311]. Ja, VON HAYEK[312] wagt gar zu behaupten: «Die Macht einer einzelnen Gewerkschaft, die Löhne ihrer Mitglieder hinaufzudrücken, das heißt, sie höher zu gestalten, als sie ohne diese Tätigkeit der Gewerkschaften wären, beruht ausschließlich auf ihrer Fähigkeit, den Zuzug von Arbeitern fernzuhalten, die bereit wären, zu geringeren Löhnen zu arbeiten. Das muß zur Folge haben, daß letztere entweder anderswo zu geringeren Löhnen arbeiten müssen oder ganz beschäftigungslos bleiben. Tatsächlich ist es im allgemeinen so, daß die Gewerkschaften in den prosperierenden und sich schnell entwickelnden Industrien stark und in den weniger produktiven oder absteigenden Industrien schwach sind. Das heißt also, daß ihre Macht, die Löhne ihrer Mitglieder zu steigern, darauf beruht, daß sie die Bewegung der Arbeiter von den Beschäftigungszweigen, in denen die Grenzproduktivität der Arbeit gering ist, zu denen, wo sie hoch ist, unterbinden. Das muß aber die Grenzproduktivität der Arbeit und damit das Reallohnniveau im ganzen *tiefer*[312a] halten als es sonst wäre.» Demgegenüber kommt OZANNE[313] in einer sorgfältigen Untersuchung zweier Vergleichsperioden zum Ergebnis, daß die verbreitete Meinung vom nicht zu übersehenden Einfluß der Gewerkschaften auf die Arbeitsbedingungen mit Einschluß der Lohnhöhe und der Einkommensverteilung zu Recht besteht. Das bleibt für die allfälligen Besonderheiten der schweizerischen Wirtschaft noch zu überprüfen. Auf jeden Fall dürfte dabei kaum in Zweifel gezogen werden, daß der staatlich unterstützte Kollektivismus hinsichtlich sozialpolitischer

[310] Zitiert nach KÜLP, S. 225.

[311] Siehe beispielsweise die Hinweise auf CLARK KERR, JOHN E. MAHER, C. L. CHRISTIANSON und MILTON FRIEDMANN bei OZANNE, S. 324ff.; LEVINSON, S. 206ff.

[312] VON HAYEK, S. 9.

[312a] Hervorhebung durch den Verfasser.

[313] OZANNE, S. 324ff.

Zusatzleistungen in schwer organisierbaren Wirtschaftsbereichen seine wirtschaftlich meßbare Bedeutung auszuweisen vermag.

Soweit diese Überwälzbarkeit zusätzlicher Kosten durch die AVE von GAV-Bestimmungen gesichert ist und die AVE im Grunde genommen nur gerade «technisch» bedingte besondere Schwierigkeiten in der Organisation einer Branche oder eines Berufes überbrücken und Wettbewerbsverzerrungen verhindern muß, letztlich aber nicht den Interessen aller unmittelbar Betroffenen widerspricht, vielmehr der Arbeitnehmer- und Arbeitgeberseite etwas Positives zu garantieren vermag, ergeben sich auch keine spürbaren Hindernisse der Rechtsdurchsetzung von der Tatsache her, daß hinter den allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertragsbestimmungen nur eine unzureichende Kartellmacht steht. Die an sich bestehende wirtschaftliche Ungleichgewichtslage braucht nicht zum Vorteil einer Seite allein ausgenutzt zu werden. Der Verzicht der stärkeren Seite kostet nichts und sichert überdies den trotz allem auch hier nicht ganz selbstverständlichen Arbeitsfrieden.

Bei aller Schwierigkeit, die Entwicklung der Zukunft vorwegzunehmen, ist somit weiterhin mit dem Institut der AVE von GAV zu rechnen; allerdings mit all den Schwankungen wirtschaftlicher Art, die auf seine Bedeutung zu einer bestimmten Zeit Einfluß nehmen können. Es vermag ein von einer wirtschaftlichen Ungleichgewichtslage hervorgerufenes Bedürfnis zu befriedigen, das sich für alle unmittelbar davon Betroffenen als echt erweist und mit unterschiedlicher Intensität weiterhin nach einer Befriedigung suchen wird, die weder vom Einzelvertrag, noch vom generellen Gesetz her garantiert werden kann. Dabei vermag sich der Staat trotz seiner Abhängigkeit von der Privatinitiative hinreichend einzuschalten, so daß auch der Gesichtspunkt des Gesamtinteresses gewahrt werden kann. Die Zukunft mag sich im übrigen entwickeln wie sie will, mit der AVE von GAV hat die Rechtsordnung sich an die Entwicklung der Lebenssachverhalte im Bereiche des Arbeitsmarktes angepaßt und tatsächlichen Bedürfnissen den erforderlichen Lebensraum gewährt. Es bestehen dagegen Zweifel, daß sich das gleiche im Mietsektor wiederholen wird. Hier scheint viel eher das juristische Instrumentarium zur Verfügung gestellt zu werden, ohne daß sich die entsprechenden wirtschaftlichen Bedürfnisse

schon mit genügender Klarheit und Eindringlichkeit eingestellt hätten, und ohne Aussicht darauf, daß dies in naher Zukunft der Fall sein wird.

2. *Die AVE von kollektiven Mietverträgen*

a) Der Wohnungsmarkt

Im Gegensatz zur menschlichen Arbeit geht es bei der Wohnung nicht um ein Produktionsmittel sondern um ein Konsumgut. Der Wohnungsmarkt ist somit Endverbrauchermarkt. Über diesen Markt gilt es ein menschliches Elementarbedürfnis zu befriedigen, das sehr eng mit der Frage der Persönlichkeitsentfaltung des Einzelnen und der zur Wohngemeinschaft zusammengefaßten Gruppe von Personen zusammenhängt. Die Wohnung ist damit ein entscheidender Teilgesichtspunkt der vielgenannten Lebensqualität. Soweit Wohnen Befriedigung eines lebensnotwendigen Elementarbedürfnisses bedeutet, stellt die Wohnung ein nicht substituierbares wirtschaftliches Gut dar. Und von da her müßte man eigentlich annehmen, daß sich das Angebot leicht vorausberechnen lasse, so daß Nachfrage und Angebot ohne Schwierigkeit zur Deckung gebracht werden könnten. Tatsächlich sind in den vergangenen Jahren immer wieder Bedarfsberechnungen angestellt und entsprechend ist auch der Wohnungsbau gefördert worden[314]. In den Jahren 1968 bis 1973 soll bei einem Bevölkerungszuwachs von rund 225000 Personen ein Wohnungszuwachs von etwa einer Drittelmillion Wohnungen zu verzeichnen gewesen sein und für das Jahr 1973 allein wird das Verhältnis mit 30000 Personen zu 80000 neuen Wohnungen angegeben[315]. Und doch wird von Notstand auf dem Sektor Wohnen gesprochen.

Wie so oft, läßt sich auch hier mit absoluten Zahlen nur wenig aussagen. Die Feststellung bezüglich des Elementarbedürfnisses der Wohnung für den Einzelnen und die Gruppe ist zwar von großer

[314] Siehe beispielsweise ANGELINI, S. 177ff., mit Darlegung der Schwierigkeiten bei der Prospektivbedarfsberechnung.

[315] Vgl. NYDEGGER, Notstand Wohnen, S. 1ff., sowie GUGGENHEIM, S. 26ff.

Bedeutung, doch bedarf sie im Hinblick auf die Bedürfnisbefriedigung – wie schon früher angedeutet[316] – einer vielfältigen Differenzierung. Diese beginnt beim einzelnen Nachfrager, der normalerweise als lediger Berufstätiger, Verheirateter zuerst ohne, dann mit und schließlich wieder ohne Kinder und als alleinstehender alternder Mensch wechselnde Bedürfnisse aufweist. Es kommen Arbeitsplatzwechsel und berufliche Veränderungen hinzu, welche andere Wohnbedürfnisse entstehen lassen. Und über all diese Veränderungen hinweg, die noch unter verschiedenen Gesichtspunkten zu ergänzen wären, besteht gleichwohl ein großes Sicherheitsbedürfnis, die Wohnung als wichtiges Lebenszentrum, das beispielsweise auch den Freundeskreis mitbestimmt, nicht dauernd aufgeben zu müssen.

Neben diesen individuellen Bedürfnisveränderungen gilt es allgemeine wirtschaftliche Entwicklungen zu erwähnen, die sich auf Nachfrage und Angebot in quantitativer und qualitativer Hinsicht auswirken. Von besonderer Bedeutung ist dabei auf der Nachfrageseite die in den vergangenen Jahrzehnten immer stärker in Erscheinung getretene Verstädterung. Die wirtschaftliche Entwicklung erfolgt nicht über das ganze Land gleichmässig verteilt, vielmehr konzentriert sie sich immer stärker auf sogenannte Ballungszentren. Mit dem Anziehen von Arbeitskräften steigt hier die Wohnungsnachfrage, während in Abwanderungsgebieten ein Überangebot entstehen kann. Die Verstädterung vergrößert im Zusammenhang mit der wirtschaftlichen Expansion das Bedürfnis nach wirtschaftlichem Nutzungsraum in den Zentren, was gewöhnlich Wohnungsverlust zur Folge hat. Sie läßt aber auch die technischen, ausstattungsmäßigen Wohnansprüche sowie das Bedürfnis nach einer Zweitwohnung in anderer Umgebung anwachsen. Von der Angebotsseite her ergeben sich in dieser Situation Anpassungsschwierigkeiten. Zum ersten ist zu berücksichtigen, daß die Wohnbaute ein «langlebiges» Konsumgut ist, das zum Teil nur unter ganz erheblichem Kostenaufwand mit den gesteigerten Konsumansprüchen mitgehen kann. Die Erstellung von Neuwohnungen bedarf eines ziemlichen Zeitaufwandes und läßt sich auf lange Zeit

[316] Vgl. vorn Seite 245.

nicht mehr rückgängig machen. Dem Steigen und Fallen der Nachfrage im Gefolge der allgemeinen Wirtschaftsentwicklung entspricht somit kein ebenso anpassungsfähiges Angebot. Und diese zeitliche Unelastizität wirkt sich sowohl in quantitativer Hinsicht, wie auch in bezug auf die Qualität der Wohnungen aus, wobei sich letztere allerdings nicht mit rein objektiv meßbaren Kriterien bewerten läßt. Es entstehen daher im Bereiche der Wohnung Teilmärkte mit Rücksicht auf die geographische Lage des Angebots, die Größe und funktionale Aufteilung des Wohnraumes sowie die Ausstattung der zur Verfügung stehenden Wohnungen. Eine gewisse relative Substituierbarkeit läßt sich dabei nur gerade hinsichtlich der zuletzt genannten Gesichtspunkte auf der Nachfrageseite feststellen. Bezüglich Arbeitsplatz dagegen spielen Sachzwänge mit, die vom Einzelnen nur schwerlich zu beeinflußen sind.

Bedeutender noch ist aber die Bildung von Teilmärkten von der Kostenseite her. Altwohnungen konnten – wie auch schon angetönt[317] – zu bedeutend günstigeren Kosten erstellt werden, als dies für die Neuwohnungen der Fall ist. Dafür sind wiederum sehr unterschiedliche Gründe verantwortlich. Zum einen die Baukosten. Diese sind beispielsweise in den Jahren 1968 bis 1973 ungefähr doppelt so rasch gestiegen wie die allgemeinen Lebenskosten[318]. Hinzu kommt eine Verteuerung des investierten Kapitals zufolge Zinsanstiegs. Weiter bleibt der Anstieg der Bodenpreise in den Ballungszentren zu erwähnen, auf die sich die Nachfrage nach Neuwohnungen besonders konzentriert hat. Das ist bei der Verknappung des Bodens an diesen Orten leicht verständlich, und weitere Umstände, wie beispielsweise Flucht in die Sachwerte zum Ausgleich der immer stärker grassierenden Inflation, Bodenerschließungsprobleme sowie Steuervorteile in Verbindung mit der Baulandhortung tragen das ihre dazu bei[319]. Kostenerhöhend wirken sich selbstverständlich auch die Ausstattungsverbesserungen aus, wobei es in der Schweiz zur Zeit anscheinend nicht auszumachen ist, welcher Anteil an der

[317] Vorn Seite 242f.

[318] NYDEGGER, Notstand Wohnen, S. 3.

[319] Ein anschaulicher knapper Hinweis auf diese Probleme findet sich bei NYDEGGER, Bodenpolitik, S. 20ff. Allgemein zu den Mietpreisfaktoren vgl. auch LUPFER, S. 165ff.

Kostensteigerung auf diesen Umstand zurückzuführen ist[320]. Bei Altwohnungen können Sanierungsprobleme und Handänderungen die Kostengrundlagen einer Wohnliegenschaft stark in die Höhe treiben.

Die übermäßigen Steigerungen der Investitionen für Neubauten führen zum einen dazu, daß der Einzelne immer weniger in der Lage ist, sich als Eigentümer den nötigen Wohnraum zu sichern. In den Ballungszentren hat denn die Zahl der Eigentümer, die den eigenen Wohnraum selber in Anspruch nehmen, ganz erheblich abgenommen. Wohnraum wird immer mehr von Großinvestoren mit entsprechenden Anlagebedürfnissen, wie Anlagefonds, Versicherungen, Altersfürsorgeinstitutionen oder großen Arbeitgebern und anderen angeboten. Zum andern werden aber durch diese Entwicklung nicht nur die Erstehungskosten für Wohnraum beeinflußt, sondern auch die Gestaltung der Mietzinse. Das führt zu einer Sonderentwicklung gewisser Mietzinse im Rahmen der allgemeinen Steigerung von Lebenskosten und Einkommen. Die Mietzinse für neue Wohnungen nehmen mit andern Worten immer weniger Rücksicht auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Nachfrager, die auf dieses Angebot an Neuwohnungen angewiesen sind. Dieser Umstand verstärkt seinerseits das Sicherheitsbedürfnis jener Mieter, die ihre Wohnbedürfnisse zu günstigen Bedingungen befriedigen können, und erschwert somit eine Anpassung der Wohnraumausnutzung an veränderte Verhältnisse.

Hinter den wider Erwarten niedrig ausgefallenen Durchschnittswerten der finanziellen Aufwendungen für das Wohnen des Schweizerhaushaltes im Jahre 1971 im Vergleich zum Einkommen[321] und der vielleicht nicht weniger erstaunlichen Tatsache, daß in den Jahren 1969 bis 1973 der Mietpreisindexanstieg geringer war als der Lohnindex[322], verbirgt sich daher eine tatsächlich bestehende Marktverzerrung im Bereiche der Wohnung[323].

[320] Für ausländische Verhältnisse ist in den letzten Jahren ein Anteil von rund 50% errechnet worden; GUGGENHEIM, S. 27.

[321] In einer Stichprobenumfrage ergab sich damals, daß durchschnittlich 16% des Einkommens für das Wohnen ausgegeben werden mußte; Nachweis bei NYDEGGER, Notstand Wohnen, S. 4.

[322] Nachweis bei NYDEGGER, Notstand Wohnen, S. 4.

[323] Siehe auch GURTNER, Eigentumsförderungsgesetz, S. 28ff.

b) Der Mieter

Bei dieser Sachlage ist zur Zeit vor allem zwischen drei Arten von Mietern zu unterscheiden. Die eine Mieterkategorie mag sich in der relativ beneidenswerten Lage glücklich fühlen, daß in ihrem Wohngebiet die Nachfrage durch ein quantitativ und qualitativ einigermaßen befriedigendes Angebot gedeckt werden kann. Der Vorteil, daß die Investitionskosten für das Zurverfügungstellen von neuen Wohnungen hier in weit geringerem Ausmaß als in den Ballungszentren durch den Bodenpreis belastet werden, wird allerdings wieder dadurch mindestens teilweise zunichte gemacht, daß die allgemein ruhigere Wirtschaftsentwicklung die Einkommensseite nicht besonders begünstigt.

Eine zweite Mieterkategorie mietet Wohnraum, dessen Kostengrundlagen wenigstens im Vergleich zu neuesten Wohnungen im gleichen Bereiche noch als günstig anzusehen sind. Diese Mieter werden von der Unsicherheit geplagt, wie lange sie in dieser relativ bevorzugten Lage verbleiben können; es sei, daß früher oder später eigene Bedürfnisveränderungen bevorstehen, sei es, daß die Absichten des Vermieters ungewiß bleiben. Diesen Mietern gegenüber ist auch die Gefahr nicht von der Hand zu weisen, daß Mietzinse verlangt werden, die zwar noch nicht mit Neustwohnungsmieten zu vergleichen sind, aber doch unter dem Gesichtspunkt des Nachfrageüberhangs festgesetzt worden sind, sofern sie nicht umgekehrt auch dann noch von öffentlichen Subventionen profitieren, obwohl sich ihre Einkommensverhältnisse zum Besseren gewandelt haben.

Die dritte Mieterkategorie schließlich sieht sich auf das kostenungünstige Angebot von Neustwohnungen angewiesen. Sie kann mit andern Worten einerseits auf keinen Substitutionswohnraum ausweichen und anderseits auch nicht ohne weiteres den Vermieter für die kaum zu verkraftende Mietpreishöhe verantwortlich machen.

Im übrigen gilt für alle Mieter wie für den Arbeitnehmer das Vereinzelungsproblem gegenüber der Vermieterseite, bei der sich ein tendenziell verstärkender Konzentrationsprozeß feststellen läßt. Und wie beim Arbeitnehmer besteht beim Mieter insofern eine Marktunelastizität, als – wie erwähnt – der Wohnraum bis zu einer, allerdings nur schwer definierbaren, Grenze der Quantität und Qua-

lität Zwangsbedarf darstellt. Die Tatsache des Endverbrauchermarktes wirkt sich aber im Gegensatz zum Produktionsgütermarkt des Arbeitnehmers insofern zuungunsten des Mieters aus, als den Tauschpartnern auf dem Sektor der Wohnungsmiete keine Möglichkeit offen steht, hohe Kosten weiter zu überwälzen. In dieser Beziehung ist kein Entgegenkommen des Vermieters zu erwarten, die Kosten bleiben, solange das Angebot angenommen werden muß, beim Mieter hängen. Soweit nicht ein Nachfrageüberhang zu unangemessener Mietzinsfestlegung mißbraucht wird, besteht auch kein Grund, die Marktgegenseite zu besserer Einsicht zu zwingen. Gesamtwirtschaftliche Sachzwänge müßten geändert werden[324]. Aber abgesehen von der Frage der allfälligen Rechtfertigung eines Zwangs gegenüber der Marktgegenseite bleibt zu beachten, daß dem Mieter gar keine Zwangsmittel zur Verfügung stehen. Bei Nachfrageüberhang ängstigt die Vertragsauflösung nur den Nachfrager, nicht aber den Anbieter. Im Gegensatz zu den Arbeitnehmern können die Mieter nur theoretisch in einen Streik treten. Praktisch verbleibt bloß die Plattform der Politik, die aber nicht gegen die Vermieterseite mißbraucht werden sollte, soweit diese für die Mietzinsentwicklung nicht verantwortlich gemacht werden kann. Andernfalls könnte sich nur allzurasch der politische Druck als Bumerang erweisen[325]. Richtet sich der politische Druck gegen die Behörden, so haben sie gegen die Störungen auf dem Wohnungsmarkt geeignete Maßnahmen zur Abhilfe zu beschließen[326]. Und hier sind die Schlußfolgerungen aus den geschilderten wirtschaftlichen Verhältnissen hinsichtlich der Möglichkeit des Kollektivvertrags und seiner allfälligen AVE zu ziehen. Vorerst aber noch ein kurzes Wort zur Vermieterseite.

[324] Siehe hierzu KLEPS, passim; LUPFER, passim; CAGIANUT, S. 227ff.; NYDEGGER, Wohnbautätigkeit, S. 13ff.

[325] Die Folgen entsprechender schweizerischer Wohnungsmarktpolitik seit dem Ersten Weltkrieg werden bei KLEPS, passim, ausführlich beschrieben. Vgl. auch SCHÖNENBERGER/SCHMID, Komm., N. 94ff. vor Art. 253ff. OR sowie zur Neukonzeption der staatlichen Wohnbauförderung GURTNER, Mieterschutz, S. 195ff.; DERSELBE, Eigentumsförderungsgesetz, passim.

[326] Vgl. hierzu u.a. KLEPS, passim; LUPFER, passim; CAGIANUT, S. 227ff.; NYDEGGER, Wohnbautätigkeit, S. 13ff.; AMONN, passim; GEHRIG, passim; SIEBER, Bodenpolitik, passim; DERSELBE, Zerstörung, passim, ENDERLE, passim.

c) Der Vermieter

Auf der Vermieterseite ist zu unterscheiden zwischen dem Einzelvermieter und dem Großvermieter.

Beim Einzelvermieter spielt, wie schon bei der Mieterseite dargelegt, die Kostengrundlage eine entscheidende Rolle. Vor allem für Neuinvestitionen ist der Gesichtspunkt der Nachfrageentwicklung nicht außer acht zu lassen, da sich die notwendigerweise mehr oder weniger langfristigen Investitionen nicht mehr rückgängig machen lassen und bei Nachfrageabnahme sehr rasch als Fehlinvestitionen herausstellen können. Trotz Zwangsbedarf des Wohnens ist nämlich bei allgemeinem Wirtschaftsabschwung auch mit einem gewissen Nachfragerückgang auf dem Wohnungssektor zu rechnen, der sich bei den teuersten Neuwohnungen zuerst bemerkbar macht. Teure Neuinvestitionen sind daher zum Teil von der Hoffnung auf Konjunktur und Inflation getragen. Häufig hilft erst ein Zusammenwirken beider Elemente zu einem angemessenen Investitionsertrag, über den die Meinungen allerdings sehr weit auseinandergehen können[327]. Er kann auf alle Fälle nur über die Leistungen des Mieters erzielt werden. Die Möglichkeiten der Investitionskostensenkung sind dagegen für den Einzelvermieter begrenzt. Er hat im allgemeinen keinen Einfluß auf den Bodenpreis, abgesehen vom Fall der Manipulationen im Rahmen des eigenen Vermögens[328]. Und in Zeiten des Nachfrageüberhangs auf dem Bausektor stehen ihm im allgemeinen auch keine Druckmittel zur Verfügung, um die Bauwirtschaft zu allen möglichen Rationalisierungen zu zwingen und die Werkvertrags- oder Auftragsgewinne der Architekten klein zu halten.

Der Großvermieter unterscheidet sich vom Einzelvermieter dadurch, daß er einmal die Möglichkeit hat, allfällig unterschiedliche Kostengrundlagen für den anzubietenden Wohnraum zu einer Mischberechnung zu verwenden, um die nicht auf Qualitätsunterschiede zurückzuführenden und von den Mietern aus durch nichts zu rechtfertigenden Ungleichbehandlungen etwas abzubauen. Zum andern aber machen sich hier besondere Rationalisierungsbedürf-

[327] Siehe beispielsweise WALTI, passim.

[328] Zum Beispiel über beherrschte juristische Personen.

nisse für die Vertragsabwicklung mit der Großzahl der Mieter bemerkbar.

Soweit aber die Möglichkeit der Mischrechnung nicht ausgenützt wird, verdient der unangemessene Mietzinsertrag bei relativ günstigen Kostengrundlagen zufolge Nachfrageüberhangs weder beim Großvermieter noch beim Einzelvermieter Rechtsschutz. Er ist allerdings dann besonders schwer nachzuweisen, wenn auf die Orts- oder Quartierüblichkeit abgestellt wird, weil Großvermieter oder Vermieterkartelle hier bestimmend wirken können[329].

d) Der Wohnungsmarkt und der Kollektivvertrag

Gestützt auf die vorausgegangenen Überlegungen stellt sich die Frage, ob überhaupt Aussicht auf das Zustandekommen eines Kollektivvertrages im Mietbereich besteht. Im Zusammenhang mit dem Vernehmlassungsverfahren zum Entwurf eines Bundesgesetzes zur Allgemeinverbindlicherklärung von Rahmenmietverträgen ist immer wieder darauf hingewiesen worden, daß vor allem auf Mieterseite, aber auch auf Vermieterseite keine repräsentativen Organisationen vorhanden seien[330]. Tatsächlich lassen die in dieser Beziehung allerdings nicht sehr aufschlußreichen Indikatoren[331] die Vermutung zu, daß der Organisationsgrad auf Mieter- und Vermieterseite nicht besonders groß ist. Entsprechend sind denn bisher auf der Mieterseite vorwiegend gewerkschaftliche Verbände aufgetreten. So steht auf der einen Seite der genannten[332] Convention romande du logement vom 4. Dezember 1970 die Union syndicale suisse. Beim Rahmenmietvertrag für die Region Basel vom 2. Mai 1973 stehen dem Basler Volkswirtschaftsbund mehrere Gewerkschaften gegenüber. Im Vernehmlassungsverfahren zum Entwurf für ein BG über die AVE von RMV, der in einem Art. 1 Abs. 1

[329] Vgl. vorn Seite 295.

[330] Vgl. den Begleitbericht des Bundesrates S. 9 und 16 und die synoptische Darstellung der Antworten aus dem Vernehmlassungsverfahren durch den Delegierten für Wohnungsbau insbesondere S. 17ff.

[331] Siehe zum Beispiel die Auflagezahlen der entsprechenden Verbandspublikationen.

[332] Vorn Seite 247.

«Vermieter- und Mieterverbände oder Organisationen, die ähnliche Interessen wahrnehmen», als kollektivvertragsfähig bezeichnet, hat sich gezeigt, daß von den «eigentlichen» Mieterverbänden aus gegen die gewerkschaftliche Konkurrenz Widerstand geleistet wird. Wie weit es hier um rein politischen Machtkampf geht, insofern als vermutungsweise auch hinter den Vermieterverbänden teilweise mindestens umfassendere politische Bewegungen stehen mögen, bleibe dahingestellt. Tatsächlich dürfte es von der unterschiedlichen Situation der Mieter her noch größere Schwierigkeiten der Solidarisierung geben als bei den Arbeitnehmern[333]. Von den gewerkschaftlich Organisierten dagegen kann man umgekehrt annehmen, daß sie in großem Ausmaß auch zu den Mietern zu zählen sind[334]. Nun kann man sich mit der Frage der direkten oder indirekten Organisation der Mieter lange auseinandersetzen, im Grunde genommen wird sich dabei immer wieder zeigen, daß die Mietersituation nicht in der Weise generalisiert werden darf, wie dies bei den Angehörigen einer Branche oder eines Berufes der Fall ist.

Das zeigt sich denn auch, wenn man darauf schaut, was tatsächlich zum Inhalt der Kollektivvereinbarung gemacht wird. Die Westschweizer Vereinbarung vom 4. Dezember 1970 umfaßt im wesentlichen folgende Elemente des Mietvertrages: Der Mietvertrag wird grundsätzlich auf drei Jahre abgeschlossen, ermöglicht aber dem Mieter allein, schon nach einem Jahr vorzeitig zu kündigen. Der Mietzins soll während der Mietdauer unverändert bleiben oder einer zum voraus vereinbarten Staffelung unterliegen. In jedem Fall soll eine Mietzinsindexierung ausgeschlossen sein. Streitigkeiten aus der Anwendung oder Erneuerung des Mietver-

[333] Wo sie allerdings in gewissen Wirtschaftszweigen auch kaum zu erreichen ist und zum Normalarbeitsvertrag geführt hat: in der Landwirtschaft und bei Hausangestellten vor allem.

[334] Wenn man bei einem geschätzten Mietwohnungsbestand von rund 1,5 Millionen anfangs 1974 und vorsichtigerweise davon ausgeht, daß jeder zweite gewerkschaftlich organisierte Arbeitnehmer auch als Mieter anzusehen ist, weil die Eigentümer und die im gleichen Haushalt lebenden weiteren Gewerkschaftsmitglieder nicht mitzuzählen sind, ergibt sich interessanterweise ein Organisationsgrad von Mietern von rund einem Drittel, was ungefähr dem durchschnittlichen Organisationsgrad auf dem Arbeitssektor entspricht.

trages sind einer paritätischen Schlichtungskommission zu unterbreiten, die je nach kantonalem Recht und dem Willen der Parteien auch als Schiedsgericht entscheiden kann.

Bei dieser Inhaltsbestimmung fällt auf, daß die Mietzinsberechnung außer acht gelassen worden ist. Es wird nur gerade die Indexierung verboten und das Prinzip festgehalten, daß der Mietzins für die ganze Vertragsdauer mindestens vorausberechenbar festgelegt sein muß. Und schon diese Minimalbestimmungen hinsichtlich des Mietzinses scheinen die Verbreitung des Muster-Mietvertrages der einzelnen Westschweizerkantone gestützt auf die Kollektivvereinbarung zu hindern. Während der Pressedienst der Vertragsparteien seit Beginn immer wieder auf die steigenden Zahlen der Verwendung des Muster-Mietvertrages in den einzelnen Westschweizerkantonen hingewiesen und noch am 26. Oktober 1973, im Zeitpunkt der Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens zum Entwurf eines BG über die AVE von RMV, recht unterschiedliche Zahlen für die einzelnen Kantone veröffentlicht hat[335], wird in einer Pressemeldung vom 24. Februar 1975 vermerkt, daß die Festlegung des Mietzinses zum voraus für eine Periode von drei Jahren auf Schwierigkeiten gestoßen sei. Tatsächlich ist nicht zu verkennen, daß bei einer solchen Formel der Vermieter versucht, sich gegen Risiken abzusichern und sich diese Risikoabdeckung im Nachhinein als allzu großzügig erweisen kann. Es wird daher die Möglichkeit in Aussicht genommen, daß man sich in Zukunft an den inzwischen in Kraft getretenen Rahmenmietvertrag für die Region Basel[336] vom 2. Mai 1973 halten könnte, wonach der Mietzins, wenn er nicht auf drei Jahre unveränderbar festgelegt werden kann, nur für ein Jahr unverändert bleiben soll, im übrigen sich aber im Rahmen der Mißbrauchsgesetzgebung weiterentwickeln darf[337]. Umgekehrt bestehen noch gar keine Anzeichen dafür, daß

[335] Kanton Freiburg 1193, Kanton Waadt 23473, Kanton Wallis 2209, Kanton Neuenburg 3964, Kanton Genf 25739.

[336] Mit Einschluß der Kantone Basel-Stadt, Basel-Land, einer Gemeinde des Kantons Aargau und drei solothurnischen Gemeinden.

[337] Im übrigen geht der Basler Rahmenmietvertrag auch von einer grundsätzlich für beide Parteien verbindlichen Vertragsdauer aus, läßt aber eine vorzeitige Kündigung aus ganz bestimmten Gründen für den Vermieter und generell

man sich kollektiv auf die Berechnungsmethode des Mietzinses einigen könnte, abgesehen vielleicht von einer klareren Trennung zwischen dem eigentlichen Mietzins und den im Zusammenhang mit größerem Konsum und allgemeiner Verteuerung ebenfalls stark angestiegenen Nebenkosten. Aber auch wenn sich hier wider Erwarten eine Änderung abzeichnen sollte, bleibt zu berücksichtigen, daß den Kollektivparteien keine Durchsetzungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen. Kartellzwang fehlt schon der Mieterseite, und die Vereinbarung mit einem Teil der Marktgegenseite vermag die Durchsetzungschancen nicht entscheidend zu verbessern. Entsprechend ist denn im genannten Vernehmlassungsverfahren da und dort erneut die Forderung nach einem sogenannten normativen Teil des Kollektivvertrages geäußert worden, der vom Gesetzgeber analog zum Arbeitsvertrag mit Unabdingbarkeit zu versehen wäre. Der verwaltungsinterne Gesetzesentwurf hatte noch in Übereinstimmung mit der Botschaft des Bundesrates vom 30. Juni 1971 über die neuen Art. 34sexies und 34septies BV[338] eine dem Gesamtarbeitsvertrag vergleichbare Regelung vorgesehen[339]. Die Unabdingbarkeit vermag aber tatsächlich gegenüber fehlender Kartellmacht nichts. Darauf ist schon mit aller Deutlichkeit hingewiesen worden[340]. Im übrigen besteht auch im Unterschied zum Arbeitsvertrag keine Möglichkeit der Kostenüberwälzung, gestützt auf welche sich die Vermieterseite trotz fehlender Kartellmacht bei den Mietern gleichwohl der Marktgegenseite entgegenkommend zeigen könnte. Bei dieser Sachlage geht der Inhalt der Kollektivvereinbarung nicht entscheidend über die Wirkung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen hinaus, die von der Unternehmerseite her aufgestellt werden. Auch wenn die Marktgegenseite als Kollektivvertragspartei bei der Formulierung dieser Allgemeinen Geschäftsbedingungen mitbeteiligt war, kann eine Durchsetzung nur dann

aus wichtigen Gründen zu. Zudem ist bei Streitigkeiten mit Ausnahme der Fälle von Art. 265 OR und Art. 267 ff. OR zuerst die Schlichtungsstelle gemäß Mißbrauchsgesetzgebung anzugehen.

[338] BBl 1971 I, S. 1657 ff.

[339] Der Bundesrat hat in der Folge, gestützt auf die Erörterung der Frage in einer Expertenkommission, auf die Unabdingbarkeit verzichtet.

[340] Vorn Seite 304 ff.

erzielt werden, wenn der Vermieter in jedem einzelnen Anwendungsfall aus freiem Entschluß von neuem zustimmt. So sieht denn beispielsweise der Luzerner Mietvertrag des Haus- und Grundeigentümer-Verbandes Luzern und des Mietervereins für Stadt und Kanton Luzern von einer Anwendungspflicht im konkreten Einzelvertrag der Verbandsmitglieder ab. Würde aber versucht, die kollektivvertragliche Bindung der beiden Parteien dadurch zu verstärken, daß die in einseitigen Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltenen Bestimmungen über die Vertragsabwicklung des Einzelmietvertrages zu relativ zwingendem Recht für die Einzelvertragsparteien werden, dann bestimmt die Vermieterseite nach wie vor den Umfang und den Inhalt dieser Bestimmungen. Der Mieterseite verbleibt dann nur die Entscheidung, ob man diesen Inhalt, gestützt auf die Zugehörigkeit zum Mieterverband oder einer die Mieterinteressen verfechtenden andern Organisation, in der Form von relativ zwingendem Recht oder aber ohne Kollektivzugehörigkeit in der Form von einseitig aufgestellten Allgemeinen Geschäftsbedingungen akzeptieren will bzw. muß. Es fehlt ganz einfach am genügenden Gegengewicht bei der Festlegung des vorformulierten Einzelvertragsinhaltes, so daß mindestens für die Hauptleistungen des Mietvertrages, aber auch für wichtige Bestimmungen der Vertragsabwicklung kaum etwas zu erwarten ist. Die entscheidenden Faktoren der Bestimmung des Einzelvertragsinhaltes stehen nun aber auch nicht im unbeschränkten Belieben der Vermieter, sie sind vielmehr an die aufgezeigten wirtschaftlichen Sachzwänge eines größeren Rahmens gebunden[341]. Nur wenn über diese Sachzwänge, die von volkswirtschaftlichen Maßnahmen nach Möglichkeit auszukorrigieren sind[342], hinaus noch ein Spielraum verbleibt, muß verhindert werden, daß die wirtschaftliche Ungleichgewichtslage zum Erzielen unangemessener Einkünfte mißbraucht wird. Diese Zielsetzung übersteigt die praktisch gegebenen Möglichkeiten der Kollektivvereinbarung. Das einzige, was sich diesbezüglich für die Vermieterseite unter Einbezug der Hauptleistungen und wichtiger Nebenleistungen über eine kollektivvertragliche Vereinbarung er-

[341] Siehe vorn Seite 345ff.

[342] Siehe vorn Seite 350 mit weiteren Hinweisen.

zielen ließe, ist die Bestätigung durch die Marktgegenseite, daß diese den konkreten Einzelvertragsinhalt als nicht mißbräuchlich festgesetzt betrachtet.

e) Die Allgemeinverbindlicherklärung von Kollektivverträgen im Bereich der Wohnungsmiete

Wenn die wirtschaftlichen Voraussetzungen für kollektivvertragliche Mietvereinbarungen nicht allzu günstig einzuschätzen sind und sich Sozialpolitik in diesem Bereich nicht wie im Zusammenhang mit der unselbständigen menschlichen Arbeit zum Gegenstand rechtsgeschäftlicher Vereinbarung machen läßt, wenn es vielmehr wirtschaftliche Zusammenhänge in größerem Rahmen zu lösen gilt und wenn für die Mißbrauchsbekämpfung in einem Teilbereich des Mieter/Vermieter-Verhältnisses kein wirksames Gegengewicht über die Solidarisierung der Mieterseite herbeigeführt werden kann, dann muß versucht werden, die wirtschaftliche Störung außerhalb des Rechtsgeschäfts zu beheben, wie auch die Mißbrauchsbekämpfung unabhängig vom Rechtsgeschäftsmechanismus geführt werden muß. In dieser Situation ist also von der staatlichen Allgemeinverbindlicherklärung kaum etwas zu erwarten, auch wenn ihr hier nicht mehr und nicht weniger Hindernisse juristischer Art als anderswo entgegenstehen.

Eine Allgemeinverbindlicherklärung von kollektiven Mietbestimmungen, die auch die Hauptleistungen mitumfassen, müßte mindestens zur Zeit fast von jeder Quorumsvorschrift absehen. Damit wäre der Rahmen, innerhalb dessen sinnvollerweise unzureichende Kartellmacht auch mit Bezug auf die Außenseiter ergänzt werden kann, verlassen, und die Tatsache der unselbständigen Gesetzgebung zufolge der Abhängigkeit von den ganz und gar nicht repräsentativen Kollektivvertragsparteien müßte die Inhaltsbestimmung als willkürlich erscheinen lassen. Und diese Inhaltsbestimmung könnte im übrigen nur durchgesetzt werden, wenn die Allgemeinverbindlicherklärung sich gleichzeitig auf einen kollektivvertraglichen umfassenden Kündigungsschutz erstrecken würde, was die Willkür noch erheblich verstärken könnte.

Wird aber über gewisse Quorumsvorschriften – die, wie die Er-

fahrung mit Art. 5 lit. b des bundesrätlichen Entwurfes für ein BG über die AVE von RMV in der Vernehmlassung zeigt nicht ohne weiteres in Analogie zum Arbeitsrecht auf die Mehrheit der Mieterverhältnisse im örtlichen und sachlichen Geltungsbereich abstellen dürfen[343] – erreicht, daß nur Vertragsabwicklungsbestimmungen eines Kollektivvertrages allgemeinverbindlich erklärt werden, so gilt es im Unterschied zur AVE von Gesamtarbeitsverträgen keine Wettbewerbsverzerrungen unter Konkurrenten auszuschalten, sondern Alternativen zu relativ zwingendem Recht der ordentlichen Gesetzgebung aufzustellen. Und da – wie erörtert – rechtsdurchsetzungsmäßig über die AVE von RMV im Vergleich zum normalen Gesetzesrecht nichts verbessert werden kann, besteht der Vorteil des AVE nur in einer gewissen Flexibilität, die um den Preis der schwächeren Inhaltskontrolle seitens des Staates erkauft wird. Es wäre in dieser Sicht daher eher an einen auf staatlichem (unselbständigem) Verordnungsrecht beruhenden Normalmietvertrag mit bestimmten örtlichem und sachlichem Geltungsbereich zu denken[344]. Aber auf jeden Fall sind, abgesehen von den rechtsstaatlichen Bedenken, damit weder die wirtschaftlichen Hauptprobleme im Bereiche des Mietsektors gelöst, noch ist auf diese Weise ein Beitrag zur Mißbrauchsbekämpfung geleistet.

Sowohl der Kollektivvertrag wie auch dessen Allgemeinverbindlicherklärung sind somit als Gestaltungsmittel der Rechtswirklichkeit im Bereiche der Wohnraummiete denkbar, aber es ist in Tat und Wahrheit seitens des Gesetzgebers, mindestens zur Zeit, nicht allzu viel davon zu erhoffen, da es beim Kollektivvertrag wie beim einfachen Rechtsgeschäft immer auf die besondern wirtschaftlichen Verhältnisse ankommt. Der Gesetzgeber ist bei der heutigen Wirtschaftslage im Mietsektor nicht nur gut beraten, eine realistische Lageeinschätzung vorzunehmen, vielmehr besteht eine entsprechende Verpflichtung dazu. Er könnte sich sonst des Vorwurfs kaum erwehren, er wolle mit der Regelung der Allgemeinver-

[343] Was schon von der tatsächlichen Ermittlung her schwer festzustellen sein dürfte.

[344] Zum Normalarbeitsvertrag, allerdings wohl etwas zu optimistisch; KOBI, passim; GYSIN, Privatrecht und öffentliches Recht im Arbeitsrecht S. 49ff.; HUG, Revision, S. 187ff.; DERSELBE, Arbeitsgesetzgebung, S. 42ff.

bindlicherklärung von Rahmenmietverträgen nicht nur zum voraus ein juristisches Instrumentarium konkret bereitstellen, das bei veränderten Verhältnissen allenfalls einmal Verwendung finden könnte, sondern darüber hinaus noch von gegenwärtig weiterbestehenden Problemen im Bereiche der Wohnraummiete ablenken, die in allererster Linie von der wirtschaftlichen Seite her zu lösen und bis dahin allen Schwierigkeiten zum Trotz mit andern rechtlichen Maßnahmen als der AVE von RMV gegen Mißbräuche unter Kontrolle zu bringen sind. Der Kollektivvertrag ist ein «gesetzgeberisches» Gestaltungsmittel, das die Schwächen rechtsgeschäftlicher Gestaltungs- und Handlungsfreiheit bei wirtschaftlicher Ungleichgewichtslage der Vertragsparteien zu überwinden sucht. Es verläßt aber den Grundgedanken rechtsgeschäftlichen Handelns grundsätzlich nicht zugunsten der Beschränkung der Rechtsgeschäftsfreiheit, vielmehr versucht es den Weg des Gegengewichtes durch Stärkung der schwächeren Vertragsseite, so daß ein Ausgleich bei einem Rechtsgeschäft höherer Ordnung zustande kommt. Dieses Ziel kann nur erreicht werden, wenn die wirtschaftlichen Gegebenheiten tatsächlich ein wirksames Gegengewicht entstehen lassen. Wenn sich der Gesetzgeber zur Frage, wie die aufgezeigte wirtschaftliche Problematik gelöst werden kann, etwas einfallen lassen muß, kann er immerhin auf die negativen Erfahrungen einer bloßen Mietpreisbeschränkung in der Form von Höchstmieten zurückgreifen[345]. Eine Höchstmiete würde gesetzgeberisch auch vorgeschrieben, wenn wider alles Erwarten ein kollektiver Mietvertrag sich tatsächlich auf die Hauptleistungen aus dem Mietverhältnis beziehen und in der Folge allgemeinverbindlich erklärt würde.

Schlußbemerkung

Der Gesetzgeber trägt die Verantwortung sowohl für das, was er tut wie für das, was er unterläßt. Er kann sich deshalb einer rechts-

[345] Vgl. hierzu passim: KLEPS; LUPFER; CAGIANUT; NYDEGGER, Wohnbautätigkeit; GURTNER, Mieterschutz; DERSELBE, Eigentumsförderungsgesetz; ENDERLE; AMONN; GEHRIG; SIEBER, Bodenpolitik; DERSELBE, Zerstörung.

politischen Lagebeurteilung nicht entziehen und muß dabei, wie dargetan, namentlich die *große Bedeutung wirtschaftlicher Sachverhalte* für die rechtspolitischen Ziele in Betracht ziehen.

Das Urteil darüber, wie weit der moderne Privatrechtsgesetzgeber dabei seit dem 19. Jahrhundert das jeweils Richtige getroffen hat, mag im einzelnen der Rechts- und Wirtschaftsgeschichte im Rahmen einer umfassenderen Geschichtsbetrachtung überlassen bleiben. Eindeutig zu weit ginge wohl der Vorwurf, der moderne Privatrechtgesetzgeber habe die bedeutsame Verknüpfung von Wirtschaft und Recht überhaupt nicht gesehen. Es darf gerechterweise doch wohl nur darnach gefragt werden, inwieweit sich dieser Gesetzgeber allzu optimistisch auf die tatsächliche Verwirklichungsmöglichkeit des marktwirtschaftlichen Wirtschaftsmodells verlassen hat, indem er davon ausging, über das *Rechtsgeschäft* könnten die individual- und sozialethischen Gesichtspunkte der *freiheitlichen Selbstbestimmung und des angemessenen Interessenausgleichs aller Betroffenen durchwegs zugleich verwirklicht* werden. Mit den Darlegungen über die Grundlagen und rechtspolitischen Zielsetzungen des geltenden Vertragsrechts ist immerhin in Erinnerung gerufen worden, daß – trotz aller zum Teil einseitigen Betonung des ideellen Wertes freiheitlicher Selbstbestimmung – über den *Vertragsmechanismus als Sozialakt* auch ein angemessener wirtschaftlicher Interessenausgleich zwischen den Vertragsparteien erwartet werden darf, wenn die Voraussetzungen für das marktwirtschaftliche Spiel von Angebot und Nachfrage gegeben sind. Und zudem hat sich gezeigt, daß der moderne Privatrechtsgesetzgeber, insbesondere der schweizerische, durchaus einsah, die *Erwartungen in die Marktwirtschaft könnten teilweise ungerechtfertigt* sein. So hat sich denn EUGEN HUBER nicht gescheut, den Wuchertatbestand im Sinne einer *objektiven Vertragsinhaltskontrolle* ins schweizerische Zivilrecht aufzunehmen. Daß er dabei behutsam vorgegangen ist und diese Inhaltskontrolle auf ein offensichtliches wirtschaftliches Mißverhältnis beschränkt wissen wollte, ist nur zu begreiflich, wenn man die Schwierigkeit beim Auffinden eines «objektiven» Maßstabes zur Bemessung von Leistung und Gegenleistung bedenkt. Dieser Maßstab soll ja im marktorientierten Wirtschaftsablauf gerade nicht ein für alle Mal festgelegt sein; sich viel-

mehr über die wechselseitige Bedürfnisbefriedigung erst aus dem einzelnen Rechtsgeschäft im Rahmen des gesamten rechtsgeschäftlichen Verkehrs ergeben. Grobe Mißverhältnisse von Leistung und Gegenleistung lassen sich vergleichsweise immerhin dort noch feststellen, wo grundsätzlich das Spiel von Angebot und Nachfrage der Modellvorstellung entsprechend zum Tragen kommt, und die Ausbeutung wirtschaftlichen Ungleichgewichts nur gerade auf einen bestimmten Vertragspartner zurückzuführen ist. Die eigentlichen Schwierigkeiten treten erst dann auf, wenn ein bestimmter Wirtschaftssektor als Ganzes nicht mehr von einem freien Spiel von Angebot und Nachfrage angemessen geregelt werden kann, wie das für die Wohnungsmiete wenigstens teilweise aufgezeigt werden mußte. Die *Schwierigkeiten* werden dabei umso größer, je mehr die *materiale, von außen herkommende Inhaltskontrolle* der einzelnen Rechtsgeschäfte vom Grobraster des groben, offensichtlichen Mißverhältnisses auf den Feinraster der Angemessenheit umgeschaltet wird, wie das tendenziell in der neuesten Maßnahmengesetzgebung zur Bekämpfung der Mißbräuche im Mietwesen der Fall ist. Gleichzeitig wird auch ganz besonders deutlich, daß das *Einzelrechtsgeschäft nicht* einfach *isoliert gesehen werden darf,* vielmehr immer als Teil eines größeren wirtschaftlichen Ganzen verstanden werden muß.

Diese Schwierigkeiten äußern sich dann auch bei der *Rechtsdurchsetzung,* einem Problem, dessen sich der Gesetzgeber bisher zu wenig angenommen hat, selbst wenn er sich bewußt war, daß die wirtschaftlichen Marktkräfte seine Idealerwartungen nicht erfüllen werden, und er sich daher zur Intervention im Sinne einer Vertragsinhaltskontrolle veranlaßt sah, sei es im Zusammenhang mit der Vertragsabwicklung gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder mit Bezug auf die Hauptleistungen, wie im Falle der Mißbrauchsgesetzgebung im Bereiche der Wohnungsmiete.

Verfehlte realpolitische Lagebeurteilung – die hier allerdings nicht weiter zur Diskussion stand – wäre es nun aber, bei dieser Sachlage an den Gesetzgeber einseitig die Forderung zu stellen, daß er schlicht und einfach die erforderlichen Bedingungen für einen freien Markt zu schaffen habe. Wenn man sich in der Litera-

tur der Nationalökonomen auch nur oberflächlich umsieht, wird sofort offenkundig, daß hier wenigstens noch für eine lange Zeitspanne Utopien nachgejagt würde. Ebenso einseitig wäre aber auch die Forderung an den Gesetzgeber nach totaler staatlicher Wohnungsbewirtschaftung. Darüber vermögen die bisherigen Erfahrungen, insbesondere auch im Ausland, genügend auszusagen. Dem Gesetzgeber verbleibt wohl nichts anderes als eine, allerdings ausgewogene, und nicht mit jedem neuen Konjunkturlüftchen wechselnde Kompromißpolitik. Sie wird sich wohl vor allem um eine wirtschaftspolitisch nach beiden Seiten der Betroffenen hin vertretbare und damit auch für die Rechtsdurchsetzung justiziable Mietzinsbestimmung zu bemühen haben, welche als Maßstab in der Mißbrauchsbekämpfung herangezogen werden kann, und – sofern durch angemessenen (allenfalls auch im ordentlichen Recht zu verstärkenden) Kündigungsschutz abgesichert – auch herangezogen wird. Das bleibt mindestens genauer zu überlegen.

Sicher verfehlt wäre es dagegen, angesichts der nicht zu bestreitenden Schwierigkeiten materialer Inhaltskontrolle bei nicht funktionierendem Lenkungsmechanismus des Marktes allein auf den Kollektivvertrag und dessen Allgemeinverbindlichkeitserklärung zu vertrauen. Dem *Kollektivvertrag* sind zwar, bei allen Bedenken vom Idealmodell ideeller und wirtschaftlicher Freiheit her betrachtet, *Korrekturmöglichkeiten bei Marktstörungen* nicht von vornherein abzusprechen. Und es ist grundsätzlich nicht einzusehen, weshalb *Kartellmacht* nur gerade auf dem Güter- und Arbeitssektor, nicht aber im Bereiche der Gebrauchsüberlassung zur Geltung kommen könnte und innerhalb gewisser Grenzen zur Geltung kommen sollte. Diesen Korrekturmöglichkeiten ist immerhin *rechtsgeschäftliche Inhaltsbestimmung* für den Einzelvertrag bzw. eine Vielzahl von solchen eigen. Es hat sich aber gezeigt, daß der Kollektivvertrag insbesondere hinsichtlich der von ihm erwarteten Rechtsdurchsetzungsgarantie hinreichende Kartellmacht voraussetzt, welche je nach Wirtschaftssituation auf einem bestimmten Teilmarkt, wie zur Zeit aller Erwartung gemäß im Bereiche der Wohnungsmiete, nicht herbeizuführen ist. Und nur *unter besonderen Umständen vermag die Allgemeinverbindlicherklärung fehlende Kartellmacht zu ergänzen* oder gegen Zerfall zu schützen.

Wo eine solche praktisch gar nicht besteht, müßte sie sich als *bloßes besonderes, hinsichtlich Legitimation fragwürdiges, Gesetzgebungsverfahren* herausstellen. Damit würde bei der Wohnungsmiete *nicht mehr rein formal,* d.h. durch Rechtsgeschäft höherer Ordnung, ein *angemessener Interessenausgleich* herbeizuführen versucht; *vielmehr* würde man wieder in eine vom Markt unabhängige, *materiale, gesetzliche Inhaltsbestimmung* des Einzelrechtsgeschäftes bzw. einer Vielzahl von solchen *zurückverfallen,* wie sie mit all ihren Nachteilen von der Mietzinskontrolle her bestens bekannt ist.

Verzeichnis der im Referat verwendeten Botschaften, Bundes- und Bundesratsbeschlüsse (aufgeführt in zeitlich chronologischer Reihenfolge)

Bundesratsbeschluß vom 27. September 1936	über außerordentliche Maßnahmen betreffend die Kosten der Lebenshaltung, AS 1936, S. 742.
Botschaft des Bundesrates vom 10. September 1937	über eine Partialrevision der Wirtschaftsartikel der Bundesverfassung, BBl 1937, S. 833ff.
Bundesratsbeschluß vom 1. September 1939	betreffend die Kosten der Lebenshaltung und den Schutz der regulären Marktversorgung, AS 1939, S. 817ff. Verfügung Nr. 1 und Nr. 7 des eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartementes betreffend die Kosten der Lebenshaltung und den Schutz der regulären Marktversorgung (Genehmigungspflicht der Preise neuer Waren, Tarife und Mietzinse), vom 2. September 1939 bzw. 1. Mai 1941, AS 1939, S. 817ff. AS 1941, S. 511f.
Botschaft des Bundesrates vom 21. Mai 1941	zum Entwurf eines Bundesbeschlusses über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen, BBl 1941 I, S. 321.
Ergänzungsbotschaft des Bundesrates vom 3. August 1945	über die Revision der Wirtschaftsartikel der Bundesverfassung, BBl 1945 I, S. 905ff.
Bundesbeschluß vom 10. Juni 1953	über die Durchführung einer beschränkten Preiskontrolle, AS 1953, S. 891ff.
Botschaft des Bundesrates vom 29. Januar 1954	zum Entwurf eines Bundesgesetzes über den Gesamtarbeitsvertrag und dessen Allgemeinverbindlichkeit, BBl 1954 I, S. 125ff.

Botschaft des Bundesrates vom 16. Dezember 1960	zum Entwurf eines Bundesbeschlusses über die schweizerische Uhrenindustrie (Uhrenstatut), BBl 1960 II, S. 1489ff.
Botschaft des Bundesrates vom 24. September 1965	über den Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Bunde, BBl 1965 II, S. 1265.
Botschaft des Bundesrates vom 30. Juni 1971	betreffend die Ergänzung der Bundesverfassung durch einen Art. 34sexies über die Wohnbauförderung und einen Art. 34septies über die Allgemeinverbindlicherklärung von Verbandsvereinbarungen auf dem Gebiete des Wohnungswesens sowie Bericht über das eidgenössische Volksbegehren zur Bildung eines Wohnbaufonds zwecks Förderung des Wohnungsbaues, des Wohnungseigentums und für die Sicherstellung angemessener Wohnungsmietzinse (Denner-Initiative), BBl 1971 I, S. 1657ff., 1712ff.
Botschaft des Bundesrates vom 24. April 1972	über dringliche Maßnahmen gegen Mißbräuche im Mietwesen, BBl 1972 I, S. 1225ff.
Entwurf eines Bundesratsbeschlusses vom 24. April 1972	über Maßnahmen gegen Mißbräuche im Mietwesen, BBl 1972 I, S. 1248ff.
Bundesbeschluß vom 30. Juni 1972	über Maßnahmen gegen Mißbräuche im Mietwesen, AS 1972 II, S. 1502ff. Inkraftsetzung durch Bekanntmachung im Bundesblatt 7. Juli 1972, BBl 1972 I, S. 1840.
Bundesratsbeschluß vom 10. Juli 1972	über die Unterstellung von Gemeinden unter den Bundesbeschluß über Maßnahmen gegen Mißbräuche im Mietwesen, AS 1972 II, S. 1554.
Botschaft des Bundesrates vom 4. Dezember 1972	über zusätzliche Maßnahmen zur Dämpfung der Überkonjunktur, BBl 1972 II, S. 1541ff.
Bundesbeschluß vom 20. Dezember 1972	betreffend Überwachung der Preise, Löhne und Gewinne, AS 1972 II, S. 3059ff.
Bundesratsbeschluß Aufhebung vom 10. Dezember 1973; in Kraft 20. Dezember 1972	über die Unterstellung von Gemeinden unter den Bundesbeschluß über Maßnahmen gegen Mißbräuche im Mietwesen, AS 1973 I, S. 84.