

Schweizerisches Zivilgesetzbuch

Das Obligationenrecht

Band VI, 1. Abteilung

Allgemeine Bestimmungen

2. Teilband, Unterteilband Ia

Inhalt des Vertrages

Kommentar zu Art. 19-22 OR

Erläutert von

Dr. Ernst A. Kramer

Professor an der Hochschule St. Gallen

für Wirtschafts-, Rechts- und Sozialwissenschaften



Verlag Stämpfli & Cie AG, Bern 1991

Art. 19

E. Inhalt des Vertrages
I. Bestimmung des Inhaltes

¹ Der Inhalt des Vertrages kann innerhalb der Schranken des Gesetzes beliebig festgestellt werden.

² Von den gesetzlichen Vorschriften abweichende Vereinbarungen sind nur zulässig, wo das Gesetz nicht eine unabänderliche Vorschrift aufstellt oder die Abweichung nicht einen Verstoß gegen die öffentliche Ordnung, gegen die guten Sitten oder gegen das Recht der Persönlichkeit in sich schliesst.

E. Objet du contrat
I. Elements

¹ L'objet d'un contrat peut être librement déterminé, dans les limites de la loi.

² La loi n'exclut les Conventions des parties que lorsqu'elle édicte une règle de droit strict, ou lorsqu'une dérogation à son texte serait contraire aux mœurs, à l'ordre public ou aux droits attachés à la personnalité.

E. Oggetto del contratto
I. Suoi limiti

¹ L'oggetto del contratto può essere liberamente stabilito entro i limiti della legge.

² Le stipulazioni che derogano alle disposizioni legali sono permesse solo quando la legge non stabilisca una norma coattiva, o quando la deroga non sia contraria all'ordine pubblico o ai buoni costumi od ai diritti inerenti alla personalità.

Art. 20

II. Nichtigkeit

¹ Ein Vertrag, der einen unmöglichen oder widerrechtlichen Inhalt hat oder gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig.

² Betrifft aber der Mangel bloss einzelne Teile des Vertrages, so sind nur diese nichtig, sobald nicht anzunehmen ist, dass er ohne den nichtigen Teil überhaupt nicht geschlossen worden wäre.

II. Nullite

¹ Le contrat est nul s'il a pour objet une chose impossible, illicite ou contraire aux mœurs.

² Si le contrat n'est vicie que dans certaines de ses clauses, ces clauses sont seules frappées de nullite, à moins qu'il n'y ait lieu d'admettre que le contrat n'aurait pas été conclu sans elles.

II. Nullità

¹ Il contratto che ha per oggetto una cosa impossibile o contraria alle leggi od ai buoni costumi è nullo.

² Se il contratto è viziato solo in alcune parti, queste soltanto sono nulle, ove non si debba ammettere che senza la parte nulla esso non sarebbe stato concluso.

Übersicht		Note	Seite
	Materialien	1	5
	<i>I. Allgemeine Einführung in die Zwecksetzung von Art. 19 und 20</i>	2-3	6
	<i>II. Der systematische Aufbau von Art. 19, 20 (sowie 21); Erläuterung der Systematik der Kommentierung</i>	4-8	6
	<i>III. Der sachliche Anwendungsbereich von Art. 19 und 20</i>	9-12	8
	<i>IV. Das Prinzip der Vertragsfreiheit</i>		
	Literatur:		
	a) Schweizerische	13	10
	*b) Deutsche und österreichische	14	11
	c) Übriges Ausland/Rechtsvergleichung	15	12
	d) Rechtsgeschichtliche Literatur	16	13
	1. Der Rechtsbegriff der Vertragsfreiheit	17-20	13
	2. Ideengeschichtliche Entwicklung des Prinzips der Vertragsfreiheit (mit rechtsvergleichenden Hinweisen)		
	a) Vom Typenzwang zur Typenfreiheit	21-22	15
	b) Stat pro razione voluntas	23-24	16
	c) Richtigkeitsgewähr, Materialisierung, «Krise» des Vertragsrechts	25-28	17
	3. Funktionswandel des Rechtsinstituts Vertrag	29-34	19
	4. Die rechtliche Legitimation der Vertragsfreiheit	35-41	23
	5. Die einzelnen Aspekte der Vertragsfreiheit		
	Einleitung	42	25
	a) Abschlussfreiheit	43-45	25
	b) Negative Partnerwahlfreiheit	46-47	27
	c) Inhaltsfreiheit	48	27
	d) Typenfreiheit		
	Einleitung	49-50	27
	aa) Geschichtliche Entwicklung	51	28
	bb) Begriffliche Klarstellung	52-53	28
	cc) Der Anwendungsbereich der Typenfreiheit	54-55	28
	dd) Typologie der Innominatverträge	56-66	30
	ee) Die Rechtsanwendung bei Innominatverträgen		
	(1) Zwei Problemkreise	67	34
	(2) Massgeblichkeit des Allgemeinen Teils	68	34
	(3) Andere Massstäbe	69-73	35
	(4) (Analoge) Anwendung des Besonderen Vertragsrechts	74-79	36
	(5) Richterrechtliches Vertragstypenrecht?	80-81	39
	(6) Kontrolle des Inhalts dieser Verträge	82	40
	ff) Rechtspolitische Schlussfolgerung	83-84	40
	e) Formfreiheit	85	41
	f) Endigungs- und Änderungsfreiheit	86-89	41

Schranken und Kontrollen der Vertragsfreiheit

Literatur:

a) Schweizerische	90	43
b) Ausland/Rechtsvergleichung	91	44
Vorbemerkung	92	46
Kontrolle der Abschluss-, der positiven Partnerwahlfreiheit und der Entscheidungsfreiheit		
a) Einleitung	93	46
b) Kontrahierungspflicht		
aa) Begriffsklärung, Abgrenzungen	94-99	46
bb) Rechtsgrundlagen der Kontrahierungspflicht		
Einleitung	100	49
(1) Vertraglich begründete Kontrahierungspflicht	101	49
(2) Gesetzliche Rechtsgrundlagen	102	49
a) Punktuelle Regelungen	103-107	50
β) Allgemeine Kontrahierungspflicht	108-115	52
cc) Vertragsschluss bei Kontrahierungspflicht	116	56
dd) Prozessuale Behandlung der Kontrahierungspflicht	117	56
c) Schranken der positiven Partnerwahlfreiheit	118-120	56
d) Kontrolle der Entscheidungsfreiheit	121-122	57
Inhaltskontrolle von Verträgen		
a) Einleitung (Begriff, Funktion, Abgrenzungen, Differenzierungen)	123-127	58
b) Überblick über die Kontrollkriterien	128-131	60
c) Die Grenze des zwingenden Gesetzes		
aa) Allgemeine Richtlinien	132-145	61
bb) Verstoss gegen zwingendes Privatrecht	146-147	67
cc) Verstoss gegen öffentliches Recht	148-150	68
d) Die Grenze der öffentlichen Ordnung		
aa) Grundsätzliche Funktionsbestimmung	151-156	70
bb) Ansatzpunkte für das Eingreifen der Generalklausel der öffentlichen Ordnung	157-167	73
e) Die Grenzen der guten Sitten		
aa) Sedes materiae	168	78
bb) Grundsätzliche Begriffs- und Funktionsbestimmung der guten Sitten	169-174	79
cc) Allgemeine Anwendungsprobleme	175-183	82
dd) Fallgruppen	184-207	86
f) Verstoss gegen das Persönlichkeitsrecht		
aa) Allgemeine Vorbemerkungen	208-211	96
bb) Fallgruppen persönlichkeitsverletzender Verträge	212-230	97
g) Inhaltskontrolle aufgrund des Rechtsmissbrauchsverbots (Art. 2 II ZGB)?	231-234	110
h) Die Grenze der anfänglichen Unmöglichkeit der Leistung		
Literatur	235	112

aa) Rechtspolitische und rechtsvergleichende Einordnung	236-239	112
bb) Die einzelnen Tatbestandselemente der anfänglichen, objektiven Unmöglichkeit der Leistung		
(1) Unmöglichkeit des Vertragsinhalts	240-245	115
(2) Die Anfänglichkeit (Ursprünglichkeit) der Leistungsunmöglichkeit	246-249	116
(3) Objektive Unmöglichkeit der Leistung	250-256	118
(4) Vorrangige Normenkomplexe	257-259	121
(5) Rechtliche Konsequenzen	260	122
(6) Erbrecht	261	122
i) Spezielle Problemkreise		
aa) Gesetzesumgehung («fraus legis»)	262-267	122
bb) Bewilligungsbedürftige Verträge	268-269	126
cc) AGB-Inhaltskontrolle		
Literatur	270-273	127
(1) Der innere Grund für eine spezifische richterliche AGB-Inhaltskontrolle	274-276	128
(2) Die Ordnungsfunktion des dispositiven Rechts	277-278	130
(3) Die Reaktion der schweizerischen Rechtsprechung	279-280	131
(4) Art. 8 UWG und seine Bedeutung für die AGB-Inhaltskontrolle	281-289	132
(5) Die Inhaltskontrolle einseitiger AGB gemäss Art. 19 ff.	290-301	136
dd) Rechts- bzw. Sittenwidrigkeit letztwilliger Verfügungen	302	141
4. Kontrolle der Endigungsfreiheit		
a) Aufhebungsvertrag	303	141
b) Arbeitsvertragsrecht	304	141
c) Mietrecht	305	141
 <i>VI. Sanktionen bei Verstössen gegen die Grenzen der Inhaltsfreiheit</i>		
Literatur		
a) Schweizerische	306	142
b) Deutsche und österreichische Literatur	307	142
1. Nichtigkeit		
a) Grundsätzlicher Begriffsinhalt; ex tunc-Wirkung; amtswegige Beachtung; Unheilbarkeit	308-320	143
b) Verstoss gegen eine Verbotsnorm impliziert nicht automatisch Nichtigkeit	321-325	147
c) Totalnichtigkeit oder Restgültigkeit?		
aa) Grundsätzliches; rechtsvergleichende Hinweise	326-327	149
bb) Das Regel-Ausnahmeverhältnis des Art. 20 II; Beweislast	328-329	150

cc) Dispositivität von Art. 20 II	330-333	151
dd) Mangelhaftigkeit eines Vertragsteils	334-336	152
ee) Teilnichtigkeit auch dann, wenn der Mangel (subjektive oder objektive) Hauptpunkte des Vertrags betrifft?	337-344	152
ff) Abstellen auf den Normzweck	345-347	155
gg) Das Kriterium des hypothetischen Parteiwillens in Art. 20 II		
(1) Grundsätzliches	348-350	157
(2) Prozessuale Einordnung	351	157
(3) Das Bezugsobjekt des hypothetischen Parteiwillens	352	157
a) Schlichte Teilnichtigkeit	353	158
ß) Einfließen einer (gesetzlichen oder richterlichen) «Ersatzregel»	354-362	158
(4) Möglichst individuelle Prüfung des hypothetischen Parteiwillens	363-366	163
(5) Massgeblicher zeitlicher Bezugspunkt für die Beurteilung des hypothetischen Parteiwillens	367-368	164
(6) non liquet	369	165
d) Einzelfragen zu Art. 20		
aa) Anwendbarkeit von Art. 20 auf persönlichkeitsverletzende Verträge?	370-375	165
bb) Die Problematik geltungserhaltender Reduktion von AGB und in anderen Sonderkonstellationen	376-379	167
cc) Judikatur zur geltungserhaltenden Reduktion auf das erlaubte Mass	380-383	169
dd) Konversion (Umdeutung)	384-389	171
ee) Analoge (sinngemässe) Anwendung von Art. 20 II	390-395	173
2. Weitere Sanktionen bei gegen die Grenzen der Inhaltsfreiheit verstossenden Verträgen; aus der Nichtigkeit abgeleitete Sekundäransprüche	396-405	174

Material ien Art. 17 aOR: BBl 18801 179 f.; III 162; Entwurf 1905: Art. 1034 (entspricht in etwa Art.20 OR); Art. 1035 (entspricht in etwa Art. 19 OR); BBl 1905II 13; Entwurf 1909: Art. 1035 (entspricht in etwa Art. 19 OR); BBl 1909UI 732; StenBull NR 7909 474; StenBull StR 1910 162f.; Art.1035^{bis} (entspricht in etwa Art.20 OR); StenBull NR 1910 3277.