

Herausgegeben im Auftrag der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich von S.K. Alexander, R. Arnet, S.P. Baumgartner, W. Boente,
P. Breitschmid, A. Büchler, H.C. von der Crone, T. Domej, U. Haas, A. Heinemann,
H. Heiss, R.M. Hilty, D. Jakob, L.D. Loacker, P. Picht, W. Portmann, R. Sethe,
F. Thouvenin, H.U. Vogt, R.H. Weber

Anna Elisa Stauffer

Methode des Innominatvertrags

**Zur Methodologie bei gesetzlich
nicht geregelten Verträgen, unter
Berücksichtigung der rechtshistorischen
und rechtsvergleichenden Entwicklung**

Inhaltsverzeichnis

Vorwort und Danksagung.....	VII
Inhaltsübersicht	IX
Literaturverzeichnis	XIX
Materialienverzeichnis.....	LIII
Abkürzungsverzeichnis	LVII

Einleitung 1

A. Innominatvertrag als Untersuchungsgegenstand.....	1
1. Der Innominatvertrag	1
a. Eine atypische Erscheinung?	1
b. Zum Innominatvertrag per se	3
c. Begriffserfassungen	6
2. Systematisierung des Innominatvertrags	7
a. Die Unterteilung in gemischte Verträge und Verträge sui generis	7
b. Gemischte Verträge	8
c. Verträge sui generis	10
d. Problem der zusammengesetzten Verträge	11
B. Probleme bei der Rechtsanwendung und bestehende Theorien	15
1. Ausgangslage	15
2. Frage des anwendbaren Rechts als methodische Grundfrage	16
3. Konkrete Fallstricke beim Innominatvertrag	20
a. Wann und wie ist auf den Innominatvertrag zwingendes Recht anwendbar?	21
aa. Jederzeitiges Kündigungsrecht bei auftragsähnlichen Vertragsverhältnissen	21
bb. Mietrechtliche Schutzbestimmungen	22
cc. Zusprechung einer Kundschaftsentschädigung mittels analoger Anwendung	22
b. Inwiefern ist das dispositive Recht zur Lückenfüllung des Innominatvertrags anwendbar?	23
aa. Gewährleistungsansprüche beim gemischten Architektenvertrag ..	24
bb. Regeln der Gefahrtragung	24
cc. Ersatzregelung bei Ungültigkeit	24
c. Prozessuale Probleme bei Mischkonstellationen	25
4. Stand der Lehre	26
5. Forschungsziel	29
C. Gang der Untersuchung	31

I.	Historische Entstehungslinien des Innominatvertrags	33
A.	Die Entwicklung des Innominatvertrags und die Vertragstypenfreiheit	33
1.	Die Entwicklung vom Grundsatz des Vertragstypenzwangs zum	
	Grundsatz der Vertragstypenfreiheit	34
a.	Begriffsursprung des <i>contractus innominatus</i>	34
b.	Römischrechtliches Nominatprinzip und rechtliche Durchsetzung von Innominatverträgen	35
c.	Mittelalterliche Vertragstypenordnung und allgemeine..... Vertragstheorie	40
d.	Schrittweise Öffnung im gemeinen Recht	42
e.	Anerkennung der Vertragstypenfreiheit im Naturrecht	44
f.	Vertragsordnung versus Vertragspraxis in den schweizerischen Rechtsordnungen	46
g.	Ausgangspunkt im Kodifikationszeitalter	48
2.	Konzeption des Innominatvertrags in den Privatrechtskodifikationen Frankreichs, Deutschlands und der Schweiz	49
a.	Französischer Code civil (1804).....	51
aa.	Offene Kodifikationstechnik.....	52
bb.	Methodik des <i>contrat innommé</i> primär durch Analogie	54
cc.	Umstrittene Grundlagenfragen zur <i>cause</i> und zum <i>contrat</i> <i>innommé</i>	55
dd.	Fehlende dogmatische Durchdringung des <i>contrat innommé</i>	58
b.	Deutsches Bürgerliches Gesetzbuch (1900)	58
aa.	Status des gesetzlichen Vertragstypus und Vertragstypenfreiheit..	59
bb.	Problematik der gesetzlich nicht geregelten Verträge im Verhältnis zur gesetzlichen Vertragstypenordnung	62
cc.	Fokus auf gemischte Verträge in der Lehre	64
c.	Schweizerisches Obligationenrecht 1881 und 1911	65
aa.	Vertragstypenordnung und Vertragstypenfreiheit im alten schweizerischen Obligationenrecht (1881)	65
bb.	Minimale Ergänzungen der Vertragstypenordnung im neuen schweizerischen Obligationenrecht (1911)	68
cc.	Ausdrückliche Vertragstypenfreiheit in Art. 19 OR	69
dd.	Antrag für Bestimmungen über die Behandlung von gemischten Verträgen	70
ee.	Offene Kodifikationstechnik mit zentraler Rolle der Rechtsprechung	71
B.	Die zentrale Rolle der Rechtsprechung im offenen System des Vertragsrechts.....	72
1.	Das Konzept des Innominatvertrags in der schweizerischen..... Rechtsprechung	72
a.	«Lücken» im offenen System und Analogie.....	73
aa.	Konzessionen und Öffnung	73

bb.	Innominatvertrag als Gesetzeslücke im System.....	77
cc.	Analogie als Lückenfüllung im Rahmen der Auslegung oder der Gesetzesergänzung	80
b.	Bedürfnis nach Nominalisierung.....	83
aa.	Gründe vergangener Nominalisierungen	83
bb.	Zurückhaltung bei der Nominalisierung	86
c.	Zwischen Vertragsfreiheit und Ordnungs- und Schutzzweck der gesetzlichen Vertragstypenordnung.....	89
aa.	Normsetzung kraft vertraglicher Vereinbarungen.....	89
bb.	Orientierungshilfen und Grenzen der gesetzlichen Ordnung	92
2.	Zur Frage der Methodennormen.....	95
a.	In nationalen Kontexten	96
aa.	Ablehnung der Ausdehnung von Methodennormen im Besonderen Teil.....	96
bb.	Besondere Methodennormen im Allgemeinen Teil	98
b.	Im transnationalen Kontext: CISG und DCFR	101
aa.	Frage des Anwendungsbereichs des CISG bei gemischten Verträgen mit kaufrechtlicher Komponente.....	102
bb.	Besondere Methodennorm zum gemischten Vertrag im DCFR... ..	106
c.	Stellungnahme zur Schaffung einer Methodennorm für den Innominatvertrag	111

II. Die Methodendiskussion zum Innominatvertrag..... 115

A.	Der dogmatische Ausgangspunkt	117
1.	Parallelen zwischen der Rechtsfindungs- respektive Rechtsgewinnungsmethode bei Gesetz und Vertrag	117
2.	Theorie als problemorientierter Lösungsansatz der Methodenlehre.....	119
a.	Begriff der Theorie.....	119
b.	Funktion und Reichweite einer juristischen Theorie	121
c.	Theorien in der Innominatvertragslehre	123
3.	Theorien zum Innominatvertrag in der methodischen Abfolge.....	126
B.	Der historische Entstehungskontext.....	128
1.	Die Absorptionstheorie und die Kombinationstheorie im Rahmen der «Begriffsjurisprudenz».....	129
a.	Recht als widerspruchsfreies System von Begriffen: Zur «Begriffsjurisprudenz»	129
b.	Absorption der «schwächeren» Vertragselemente: Die Absorptionstheorie.....	132
aa.	Entstehung und Arbeitsweise der Theorie	132
bb.	Kritische Würdigung	135
c.	Der Vertrag als Synthese von «Tatbestandselementen»: Die Kombinationstheorie.....	138

aa.	Entstehung und Arbeitsweise der Theorie	138
bb.	Kritische Würdigung	140
2.	Die Theorie der analogen Rechtsanwendung und die Kreationstheorie vor dem Hintergrund der «Interessenjurisprudenz»	143
a.	Lückenergänzung mit Blick auf legislative Interessen: Zur «Interessenjurisprudenz»	143
b.	Der Analogieschluss als Mittel zur Lückenfüllung: Die Theorie der analogen Rechtsanwendung	146
aa.	Entstehung und Arbeitsweise der Theorie	146
bb.	Kritische Würdigung	148
c.	Lückenfüllung modo legislatoris: Die Kreationstheorie	150
aa.	Entstehung und Arbeitsweise der Theorie	150
bb.	Würdigung und Kritik	155
3.	Die Theorie der Übernahme gesetzlicher Einzelanordnungen und die Diskurstheorie im Zusammenhang mit der «Wertungsjurisprudenz»	158
a.	Vom Objekt zu Subjekt zum Prozess: Die «kritische Jurisprudenz» und die «Wertungsjurisprudenz»	158
b.	Sach- und Problembezogenheit: Die Theorie der Übernahme gesetzlicher Einzelanordnungen	163
aa.	Entstehung und Arbeitsweise der Theorie	163
bb.	Würdigung und Kritik	164
c.	Bildung moderner Vertragstypen im «diskursiven Kommunikationsprozess»: Die Diskurstheorie	166
aa.	Entstehung und Arbeitsweise der Theorie	166
bb.	Würdigung und Kritik	168
C.	Die aktuelle Beurteilung der Theorienlandschaft zum Innominatkontrakt	169
1.	Die Methode der Vertragsergänzung als vermeintliche Negation der Theorien	170
a.	Lückenfüllung gemäss subjektiven oder objektiven Kriterien	171
aa.	Das Kriterium der «Typizität»	172
bb.	Vertragsergänzung nach subjektiven Kriterien	174
cc.	Vertragsergänzung nach objektiven Kriterien	176
b.	Richterliche Setzung von Ergänzungsnormen	178
aa.	Individuell-konkrete Vertragsergänzung <i>modo legislatoris</i>	178
bb.	Generell-abstrakte Regelsetzung <i>modo legislatoris</i>	180
c.	Würdigung und Kritik	182
aa.	Unklare Homogenität der herrschenden Lehre und fehlende Orientierungshilfe	183
bb.	Scheindifferenzierungen	185
cc.	Elementare Einbettung des Innominatvertrags in die Gesamtproblematik der Vertragsergänzung	187

2.	Grundeinsichten für die Methodenlandschaft in der schweizerischen Lehre	189
a.	Stellenwert der Methodenlehre im nationalen und europäischen Kontext.....	189
b.	Merkmale der Theorien zum Innominatvertrag in der schweizerischen Lehre.....	194
III.	Die richterliche Methode beim Innominatvertrag	199
A.	Praktische Anwendungsvorstellungen.....	199
1.	Vorfragen zur praktischen Anwendung.....	200
a.	Abwesenheit eines Vorrangverhältnisses	200
b.	Kombinierender Pluralismus: Feststellung des Theorienetzes.....	202
2.	Flexibler Methodenpluralismus mit bedingter Aussagekraft.....	203
a.	Einschätzung der Rechtsprechung als pragmatisch unter besonderer Berücksichtigung des Methodenpluralismus	204
aa.	Gehalt des Methodenpluralismus.....	204
bb.	Kritik am bundesgerichtlichen Methodenpluralismus	206
cc.	Pragmatismus anstelle von höchstrichterlichen Methodenformeln	209
b.	Herauskristallisieren der massgeblichen Kriterien	211
aa.	Vermeintlich unterschiedliche Vorgehensweise beim gemischten Vertrag und beim Vertrag sui generis	212
bb.	Bewertung des Innominatkontrakts nach seinem Regelungsschwerpunkt	214
cc.	Grundlegende Gesichtspunkte der bundesgerichtlichen Methode.....	218
3.	Ausdifferenzierungsprozess mit massgeblichen Differenzierungskriterien...	221
a.	Ausdifferenzierung und Differenzierung.....	221
b.	Grundsätzlicher Bedarf an Ausdifferenzierung im Vertragsrecht und grundsätzliches Problem.....	221
c.	Ergänzung des Ausdifferenzierungsprozesses zu einem zweistufigen Modell für den Innominatvertrag.....	222
B.	Beschreibung der höchstrichterlichen Rechtsprechung zum Innominatvertrag	225
1.	Auslegung und Ergänzung des Innominatvertrags: Grundsätze	226
a.	Auslegung als Ausgangspunkt.....	226
aa.	Grundsätze der Vertragsauslegung	227
bb.	Auslegung des Innominatvertrags in der Rechtsprechungspraxis	228
b.	Vertragsqualifikation zur Eruierung des anwendbaren Rechts und Stellenwert der gesetzlichen Vertragstypenordnung.....	229
aa.	BGE 131 III 528: Gewichtung und Zuordnung	231

bb.	Bundesgerichtsurteil 4A_113/2012: Anwendbarkeit zwingender Normen nach der wesentlichen Vertragskomponente.....	234
2.	Beschreibung der Rechtsprechung nach dem «Methodenpluralismus».....	237
a.	Gemischte Verträge: Unterteilung zwischen Haupt- und Nebensächlichem.....	237
aa.	Einheitliche oder heterogene Beurteilung je nach Streitgegenstand.....	238
bb.	Grundsatz der Absorption mit «aushilfsweisem» Beizug	241
cc.	Grundsatz der kombinierenden und/oder analogen Rechtsanwendung.....	245
dd.	Kombinationstheorie gemäss Regelungsschwerpunkt.....	248
ee.	Übernahme gemäss Parteiinteresse.....	251
b.	Verträge sui generis: Analoge Rechtsanwendung nach Treu und Glauben	254
aa.	Suche nach dem anwendbaren Recht bei Vertragsergänzung	255
bb.	Absorption mit aushilfsweisem Beizug	257
cc.	Aushilfsweiser Beizug als Grundsatz	258
dd.	Subjektive Vertragsergänzung nach Treu und Glauben.....	259
ee.	Zur Anerkennung der Verträge auf Arbeitsleistung sui generis ...	262
ff.	Ergänzung einer Gesetzeslücke	264
3.	Beschreibung der Rechtsprechung nach dem «Ausdifferenzierungsprozess»	268
a.	Vertrauen.....	269
aa.	Vertrauen als Abgrenzungskriterium	269
bb.	Vertrauen als Normzweckkriterium.....	274
b.	Vertragsdauer	278
aa.	Vertragsdauer als Abgrenzungskriterium	279
bb.	Vertragsdauer als Normzweckkriterium	283
c.	Machtgefälle.....	286
aa.	Machtgefälle als Abgrenzungskriterium.....	287
bb.	Machtgefälle als Normzweckkriterium.....	293
IV.	Schärfung des bundesgerichtlichen Ausdifferenzierungsprozesses.....	297
A.	Alternative Beschreibungen der Methode und Funktion der Differenzierungskriterien.....	299
1.	Zur Navigation durch das Vertragstypensystem.....	299
a.	Klassenlogische Konzeption «versus» typologische Konzeption: Verflechtung in der praktischen Anwendung	299
aa.	Herkunft und Bedeutung für die Lehre des Innominatvertrags....	299
bb.	Konzeptionen der Vertragstypenordnung hinsichtlich der Vertragstypenfreiheit	303
b.	Darstellung alternativer Typuskonzeptionen unter Einbeziehung rechtsvergleichender Perspektiven	306

aa.	Gattungstheorie versus <i>causa</i> oder <i>consideration</i>	306
bb.	Der <i>contract sui generis</i> im englischen Recht als Manifestierung des Unikatscharakters	311
c.	Überwindung des Konzeptionsstreits und Notwendigkeit eines vermittelnden Ansatzes im Vertragsrecht.....	314
2.	Die Vertragsqualifikation.....	316
a.	Zum Prozess der Vertragsqualifikation	317
aa.	Vertragsqualifikation als methodischer Ausgangspunkt.....	317
bb.	Ermittlung der Vertragsnatur mittels Wertungsentscheiden	321
b.	Kompetenz der Vertragsqualifikation.....	325
aa.	Kein Qualifikationszwang	325
bb.	Selbstqualifikation als Ausübung der Vertragstypenfreiheit?.....	327
B.	Herleitung der Differenzierungskriterien.....	332
1.	Unmittelbarer Rückgriff auf gesetzliche Typisierungen	333
2.	Rekurs auf weitere Rechts- oder Erkenntnisquellen.....	338
a.	Gewohnheitsrecht und Verkehrssitte	338
aa.	Abwesenheit von Gewohnheitsrecht beim Innominatvertrag	338
bb.	Bedeutende Rolle der Verkehrssitte für den Innominatvertrag....	340
b.	Richterliches Vertragstypenrecht und seine Inspirationsquellen	345
aa.	Bindungswirkung von richterlichem Vertragstypenrecht	345
bb.	Einbezug von Lehre und rechtsvergleichende Perspektiven	347
C.	Anwendung der Differenzierungskriterien	350
1.	Differenzierungskriterien zur Charakterisierung und Abgrenzung eines Innominatkontrakts	350
a.	Kriterien mit Bezug auf den Leistungsinhalt.....	350
b.	Kriterien mit Bezug auf den Vertragszweck.....	352
c.	Kriterien mit Bezug auf rechtlich-dogmatische Kategorien	354
2.	Differenzierungskriterien zur Erörterung der Anwendbarkeit einer..... besonderen Bestimmung	355
a.	Problematische Massgeblichkeit typenrechtlicher Gesichtspunkte	357
b.	Prüfung übereinstimmender Interessenslage bei	
	typenübergreifendem zwingendem Recht	360
V.	Ausblick: Praktischer Erkenntnisgewinn aus einer geschärften Methode	363
	Ergebnisse der Untersuchung.....	367
	Sachregister	375