135

Zürcher Studien
zum Privatrecht

Herausgegeben im Auftrag der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich von H. C. von der Crone, P. Forstmoser, A. Heini, H. Honsell, W. Ott, M. Rehbinder, H. Rey, H. M. Riemer, K. Siehr, R. H. Weber, R. Zäch und D. Zobl

Hans Beat Mathys

Bestätigungsschreiben und Erklärungsfiktionen

Schulthess Polygraphischer Verlag
Zürich

Zürcher Studien zum Privatrecht

Diese Reihe setzt zusammen mit den

Zürcher Studien zum öffentlichen Recht
Zürcher Studien zum Strafrecht
Zürcher Studien zum Verfahrensrecht
Zürcher Studien zur Rechtsgeschichte
Zürcher Studien zur Rechts- und Staatsphilosophie

die Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft fort.

Abdruck der
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich vorgelegten Dissertation

© Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich 1997
ISBN 3 7255 3635 X
Druck: Huber Druck AG, Entlebuch

Meinen Lieben

Vorwort

Mein Dank gilt allen voran Herrn Prof. Dr. Dieter Zobl. Er hat mich bei der Ausarbeitung dieser Dissertation mit wichtigen Hinweisen unterstützt und sehr speditiv sowie entgegenkommend betreut.

Zu Dank verpflichtet bin ich aber auch allen anderen Personen, die mir beim Verfassen dieser Arbeit zur Seite standen.

Die Arbeit wurde per 31. Januar 1997 abgeschlossen.

Zürich, im Juli 1997

Hans Beat Mathys

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis IX
Abkürzungsverzeichnis XIX
Literaturverzeichnis XXV

1. Teil **Begriff und Zweck des Bestätigungsschreibens** 1

§ 1 Begriff, Erscheinungsformen und Problematik des Bestätigungsschreibens 2

§ 2 Der Zweck des Bestätigungsschreibens und seine Bedeutung als Beweismittel 13

2. Teil **Schweigen auf ein Bestätigungsschreiben** 25

§ 3 Das Schweigen im Vertragsrecht im allgemeinen 26

§ 4 Bestätigungsschreiben in ausländischen Rechtsordnungen 33

§ 5 Die konstitutive Wirkung des Bestätigungsschreibens und ihre dogmatische Begründung 51

§ 6 Internationales Privatrecht und Wiener Kaufrecht 78

§ 7 Einzelprobleme des Bestätigungsschreibens 86

3. Teil **Erklärungsfiktionen** 105

§ 8 Ausgangslage 106

§ 9 Erklärungs- und Zugangsfiktionen im allgemeinen 109

§ 10 Genehmigungsfiktionen in den AGB der Banken 139

4. Teil **Zusammenfassung** 179

§ 11 Zusammenfassung 180

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsübersicht VII
Inhaltsverzeichnis IX
Abkürzungsverzeichnis XIX
Literaturverzeichnis XXV

1. Teil: Begriff und Zweck des Bestätigungsschreibens 1

§ 1 Begriff, Erscheinungsformen und Problematik des Bestätigungsschreibens 2

1. Der Begriff des Bestätigungsschreibens 2
2. Erscheinungsformen 4
3. Problematik 5
4. Abgrenzungen 6
   a) Konstitutive Bestätigungsschreiben und der Vorbehalt der Schriftform 6
      aa) Grundsatz 6
      bb) Auslegungsproblematik 6
   b) Auftragsbestätigungen 7
      aa) Auftragsbestätigungen i.e.S. 7
      bb) Modifizierte Auftragsbestätigungen 8
      cc) Als Auftragsbestätigung bezeichnetes Bestätigungsschreiben 9
   c) Ausführungsanzeigen 9
   d) Rechnungen 10
   e) Bestätigungsverträge 11
   f) Bitte um Bestätigung und Bestätigungspflicht 11

§ 2 **Zweck des Bestätigungsschreibens und Bedeutung als Beweismittel** 13

1. Zweck des Bestätigungsschreibens im allgemeinen 13
2. Das Bestätigungsschreiben als Beweismittel 15
   a) Das Bestätigungsschreiben als Beweismittel für die Abgabe der Erklärung 15
   b) Das Bestätigungsschreiben als Indiz für den Vertragsschluss 16
   c) Beweisrechtliche Folgen des Widerspruchs durch den Empfänger 17
      aa) Rechtzeitiger Widerspruch 17
      bb) Verspäteter Widerspruch 18
   d) Schweigen des Empfängers des Bestätigungsschreibens 18
      aa) Im allgemeinen 18
      bb) Wirkungsbereich der Vermutung in persönlicher Hinsicht 19
         aaa) Begriff des kaufmännischen Verkehrs 20
         bbb) Fallkonstellationen 21
   e) Vermutung und Nebenabreden 22
   f) Besonderheiten beim Bestätigungsschreiben mit konstitutiver Wirkung 22
3. Fazit 24

2. Teil: Schweigen auf ein Bestätigungsschreiben 25

§ 3 **Das Schweigen im Vertragsrecht im allgemeinen** 26

1. Überblick 27
2. Die Behandlung des stillschweigenden Vertragsschlusses im OR 29
   a) Art. 1 Abs. 2 OR 29

b) Art. 6 OR 29
aa) Anwendungsbereich 29
bb) Keine Fiktion des Abschlusswillens des Schweigenden 30
3. Weitere Tatbestände des Schweigens im Vertragsrecht und ihre Behandlung 32

§ 4 Bestätigungsschreiben in ausländischen Rechtsordnungen 33

1. England 33
a) Vertragsschluss und Bedeutung des Schweigens 33
b) Bestätigungsschreiben im allgemeinen 33
c) Bestätigungsschreiben mit konstitutiven Wirkungen 35
d) Fazit 36
2. Österreich 37
3. Deutschland 39
4. Italien 42
a) Vertragsschluss und Bestätigungsschreiben 42
b) Gründe für das weitgehende Fehlen des Bestätigungsschreibens mit konstitutiven Wirkungen 42
5. Frankreich 45
a) Bedeutung des Schweigens beim Vertragsschluss 45
b) Bestätigungsschreiben und "lettre interprétative" 45
c) Zusammenfassung 47
6. Belgien 48
7. Fazit 50

§ 5 Die konstitutive Wirkung des Bestätigungsschreibens und ihre dogmatische Begründung 51

1. Einführung 51

2. Entwicklung der bundesgerichtlichen und kantonalen Rechtsprechung 53
a) Bundesgerichtliche Rechtsprechung 53
aa) BGE 30 II 298 ff. 53
bb) BGE 38 II 623 ff. 54
cc) BGE 40 II 133 ff. 55
dd) BGE 71 II 223 ff. 56
aaa) Sachverhalt und Entscheidungsgründe 56
bbb) Beweislastverteilung 57
ccc) Abweisung der Klage bei Anwendung des Vertrauensprinzips 58
ee) BGE vom 26. Mai 1959 59
ff) BGE 100 II 18 ff. 60
gg) BGE 114 II 250 ff. 61
b) Kantonale Rechtsprechung 64
3. Einzelne Ansätze in der schweizerischen Lehre 66
a) Schläpfer 66
b) Jäggi 67
c) Bucher 68
d) Merz 68
e) Schmidlin 69
f) Kramer 69
g) Gauch 69
4. Dogmatische Einordnung des Bestätigungsschreibens mit konstitutiven Wirkungen 71
a) Bestätigungsschreiben als Offerte? 71
b) Schweigen als Akzept 73
aa) Offener Widerspruch zwischen Vereinbarung und Bestätigung 74
bb) Verborgener Widerspruch zwischen Vereinbarung und Bestätigung 75
cc) Konkretisierungen und Präzisierungen 76
c) Fazit 77

§ 6 **Internationales Privatrecht und Wiener Kaufrecht** 78

1. Internationales Privatrecht 78
   a) Sonderanknüpfung und Bestätigungsschreiben im allgemeinen 78
   b) Einbezug bestimmter Klauseln durch Bestätigungsschreiben 80
2. Wiener Kaufrecht 82
   a) Vertragsschluss 82
   b) Art. 9 Abs. 1 WKR als Geltungsgrundlage für konstitutive Wirkungen von Bestätigungsschreiben 83
   c) Art. 9 Abs. 2 WKR als Geltungsgrundlage für konstitutive Wirkungen von Bestätigungsschreiben 83
   d) Das Bestätigungsschreiben als Beweismittel 85

§ 7 **Einzelprobleme des Bestätigungsschreibens** 86

1. Zugang des Bestätigungsschreibens 86
   a) Eintreffen des Bestätigungsschreibens 86
   b) Frist für den Zugang des Bestätigungsschreibens 87
   c) Beweis 88
2. Form der Verhandlungen und des Vertragsschlusses 89
3. Widerspruchsfrist 90
4. Art und Form des Widerspruchs 92
5. Geltungsbereich in persönlicher Hinsicht 94
6. Anfechtung des Schweigens 95
   a) Erklärungsirrtum beim Schweigen im allgemeinen 95
   b) Anfechtung des Schweigens beim Bestätigungsschreiben 96
      aa) Teilweiser Ausschluss der Anfechtung 96
      bb) Fälle der Anfechtung 97

7. Sich kreuzende Bestätigungsschreiben 99
a) Übereinstimmende Bestätigungsschreiben 99
b) Unterschiedliche Bestätigungsschreiben 99
8. Einbezug von AGB durch Bestätigungsschreiben 101
a) Lösungsansätze der Lehre 101
b) Kein erleichterter Einbezug von AGB durch Bestätigungsschreiben 102
c) Internationaler Verkehr 103
d) Fazit 104

3. Teil: Erklärungsfiktionen 105

§ 8 Ausgangslage 106

§ 9 Erklärungs- und Zugangsfiktionen im allgemeinen 109
1. Fiktionen und Beweislast 109
2. Erklärungsfiktionen in AGB 112
a) Erscheinungsformen und Zweck 112
b) Abgrenzungen 113
c) Zulässigkeit von Erklärungsfiktionen in AGB 114
aa) Geltungskontrolle 114
bb) Inhaltskontrolle 115
aaa) Im allgemeinen 115
bbb) Inhaltskontrolle von Erklärungsfiktionen 117
aaaa) Berechtigtes Interesse des Verwenders 117
bbbb) Klare Ausgestaltung der Klausel in den AGB 117
cccc) Hinweispflicht 118
dddd) Angemessene Frist zur Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung 120

eeee) Sachlicher Zusammenhang zwischen Handlung und fingierter Erklärung 121
d) Erklärungsfiktion und tatsächliche Abgabe einer Erklärung ... 122
aa) Tatsächliche Abgabe einer Erklärung 122
bb) Keine Erklärung trotz Hinweis 124
e) Anfechtung der fingierten Erklärung? 124
f) AGB-Richtlinie der EU und Erklärungsfiktionen 125
aa) Inhalt der Richtlinie und ihre generelle Bedeutung für die Schweiz 125
bb) Verbot von Erklärungsfiktionen? 127
aaa) Ziff. 1 lit. i Anh RiLi 127
bbb) Ziff. 1 lit. h Anh RiLi 128
3. Abgrenzung der Erklärungsfiktion von der Zugangs-, Abgabe- und Kenntnisfiktion in AGB 131
a) Zugangs- und Kenntnisfiktionen 131
b) Abgabefiktionen 134
4. Rechtsfolgen von Erklärungsfiktionen 135
a) Umkehr der Beweislast 135
b) Verzicht des Kunden auf ein Recht 137
c) Postulat: klare Formulierung der Rechtsfolgen von Erklärungsfiktionen 137

§ 10 Genehmigungsfiktionen in den AGB der Banken 139

1. Vertragsbeziehungen im Bankverkehr 140
a) Grundlagen 140
aa) Verbreitung und Bedeutung von Banken-AGB 140
bb) AGB als Bestandteil der Einzelverträge oder einer Rahmenvereinbarung? 141
cc) Stillschweigende Genehmigung und Rechenschaftspflicht im Auftragsrecht 142
aaa) Abgrenzung 143

bbb) Rechenschaftsablegung, Rechnungslegung und Rechnung 143
ccc) Folgen des Schweigens des Auftraggebers 144
ddd) Fazit 146
b) Musterbedingungen 146
c) Genehmigungsfiktionen in den Muster-AGB und wichtigen AGB 147
aa) Reklamationen des Kunden 147
aaa) Reklamationen des Kunden im allgemeinen 147
bbb) Beanstandungen von Rechnungsauszügen 150
bb) Änderungen der AGB 151
cc) Fazit 152
d) Bestätigungsschreiben im Bankverkehr 152
2. Voraussetzungen von Genehmigungsfiktionen in Banken-AGB 154
a) Reklamationen des Kunden 154
aa) Berechtigtes Interesse des Verwenders 154
bb) Hinweis in der Mitteilung 155
cc) Angemessene Frist zur Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung 155
dd) Ausgestaltung der Klausel in den AGB 156
ee) Angemessener sachlicher Zusammenhang zwischen Handlung und fingierter Erklärung 157
b) Änderung von AGB 157
aa) Berechtigtes Interesse des Verwenders 157
bb) Hinweis in der Änderungsanzeige 157
cc) Angemessene Frist zur Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung 158
dd) Ausgestaltung der Klausel in den AGB 159
ee) Angemessener sachlicher Zusammenhang zwischen Handlung und fingierter Erklärung 159
c) Folgerung 159

3. Generelle Rechtsfolgen von Genehmigungsfiktionen in Banken-AGB ... 160
a) Beweislaständerung und Verzicht ... 160
b) Reklamationspflicht und Schadenersatz ... 161
c) Fazit ... 162
4. Rechtsfolgen des Schweigens bei ausgewählten Mitteilungen der Banken ... 163
a) Kontoauszüge ... 163
b) Gutschrifts- und Belastungsanzeigen ... 164
c) Depotauszüge ... 165
d) Abrechnungen und Ausführungsanzeigen von Wertpapiergeschäften ... 167
e) Richtigbefundsanzeigen ... 168
f) Erhöhung von Hypothekarzinssätzen und Änderung von Kontozinssätzen ... 169
aa) Änderung nach Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist ... 170
bb) Änderung während der ordentlichen Kündigungsfrist ... 171
g) Erhöhung von Depotgebühren ... 173
h) Banklagernde Korrespondenz ... 175
i) Anfrage der Bank bei der Diskontierung eines Wechsels ... 177
j) Schweigen des Deponenten bei der Stimmrechtsausübung ... 177

Vierter Teil: Zusammenfassung ... 179

§ 11 Zusammenfassung ... 180

Abkürzungsverzeichnis

a (alt)	frühere Fassung des betreffenden Gesetzes (z.B. aOR)
a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angeführten Ort
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für Österreich, vom 1. Juni 1811
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften (Brüssel)
Abs.	Absatz
Abt.	Abteilung
AC	Appeal Cases (London 1891 ff.)
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Heidelberg 1820 ff.; Tübingen 1878 ff.; NF 1923 ff.)
ADSp	Allgemeine Deutsche Spediteur-Bedingungen, vom 31. Oktober 1978
a.E.	am Ende
AG	Aktiengesellschaft
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGB-Banken	AGB des Bundesverbandes der deutschen Banken, vom 1. Januar 1993
AGBG	(Deutsches) Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, vom 9. Dezember 1976
AISUF	Arbeiten aus dem juristischen Seminar der Universität Freiburg (Freiburg)
AJP	Aktuelle juristische Praxis (Lachen 1992 ff.)
ALB	Allgemeine Lieferbedingungen
All E.R.	All England Law Reports (London 1936 ff.)
a.M.	anderer Meinung
AmtlBull NR/StR	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Nationalrat/Ständerat
Anh	Anhang
aOR	altes schweizerisches Obligationenrecht
Art.	Artikel
art.	article, articolo
ASR	Abhandlungen zum schweizerischen Recht (Bern)
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
AVB	Allgemeine Versicherungsbedingungen
AWD	Aussenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters (Heidelberg 1954 ff.); seit 1975 = RIW

Basler Kommentar	Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht (Basel 1993 ff.)
BB	Der Betriebs-Berater (Heidelberg 1946 ff.)
BBl	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft (Bern 1848/49 ff.)
Bd.	Band
bearb.	bearbeitet
Begr.	Begründer
begr.	begründet
Berner Kommentar	Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Bern 1910 ff.); seit 1964: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht
bes.	besonders
betr.	betreffend
BG	Bundesgesetz (mit Datum der Annahme durch die Bundesversammlung)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich, vom 18. August 1896
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, Amtliche Sammlung (Lausanne 1875 ff.)
Bger	Bundesgericht
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des deutschen Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (Detmold/Köln 1951 ff.)
BJM	Basler Juristische Mitteilungen (Basel 1954 ff.)
BR	Baurecht (Freiburg 1979 ff.)
bspw.	beispielsweise
BStR	Basler Studien zur Rechtswissenschaft (Basel)
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, vom 29. Mai 1874
bzw.	beziehungsweise
Cass.Civ.	Cour de Cassation, Chambre Civile
C.B.	Common Bench (London 1845-1856)
CCfr	Code civil français, vom 21. März 1804
CCit	Codice civile italiano, vom 16. März 1942
CComb	Code de commerce belge, vom 1. Januar 1808
CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods = WKR
D.	Recueil Dalloz
DB	Der Betrieb (Düsseldorf 1948 ff.)
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation (thèse)

E.	Erwägung
EAG	(Deutsches) Einheitliches Gesetz über den Abschluss von internationalen Kaufverträgen über bewegliche Sachen, vom 17. Juli 1973
etc.	et cetera
Extraits	Extraits des principaux arrêts rendus par les diverses sections du Tribunal cantonal de l'Etat de Fribourg (1926-1980); von 1981-1991 = Extraits des principaux arrêts du Tribunal cantonal et de décisions du Conseil d'Etat du Canton de Fribourg; ab 1992 = RFJ/FZR
f. (ff.)	und nächstfolgende Seite(n) bzw. und nächstfolgende(r) Artikel
FG	Festgabe
FN	Fussnote
FS	Festschrift
gl.M.	gleicher Meinung
GlUNF	Sammlung von zivilrechtlichen Entscheidungen des kk Obersten Gerichtshofes, NF (Wien 1898-1915)
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GVP/GR	Gerichts- und Verwaltungspraxis des Kantons Graubünden (Chur 1935-1941; später = PKG)
GVP/SG	Sankt Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis (St. Gallen 1951 ff.)
Habil.	Habilitationsschrift
HGB	Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich, vom 10. Mai 1897
Hger	Handelsgericht
Hrsg.	Herausgeber
hrsg.	herausgegeben
HRV	Verordnung über das Handelsregister, vom 7. Juni 1937
HS	Handelsrechtliche Entscheidungen (Wien 1961 ff.)
i.e.S.	im engeren Sinne
insbes.	insbesondere
IPR	Internationales Privatrecht
IPRG	BG über das internationale Privatrecht, vom 18. Dezember 1987
i.S.	in Sachen
i.V.	in Verbindung
JBl	Juristische Blätter (Wien 1872-1938 und 1946 ff.)
Jura	Juristische Ausbildung (Berlin/New York 1979 ff.)
JuS	Juristische Schulung (München 1961 ff.)

JW	Juristische Wochenschrift (Berlin 1885 ff., Leipzig 1899-1939)
JZ	Juristenzeitung (Tübingen 1951 ff.)
Kap.	Kapitel
KKG	BG über den Konsumkredit, vom 8. Oktober 1993
LGVE	Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide (Luzern 1974 ff.; früher = LuzMax)
lit.	litera
LuzMax	Grundsätzliche Entscheidungen des luzernischen Obergerichtes und seiner Abteilungen (Luzern 1872 ff.; später = LGVE)
MaschSchr.	Maschinenschrift
m.E.	meines Erachtens
Mod L Rev	The Modern Law Review (London 1948 ff.)
MünchKomm	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, hrsg. von Kurt Rebmann und Franz Jürgen Säcker, 3. Aufl., München 1992 ff.
Muster-AGB	Muster-AGB der Schweizerischen Bankiervereinigung, vom 19. Januar 1966
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
N	Randnote
NF	Neue Folge
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (München/Berlin 1948 ff.)
NR	Nationalrat
Nr. (Nrn.)	Nummer (Nummern)
o.ä.	oder ähnlich(e)
ö HGB	(österreichisches) Handelsgesetzbuch, vom 10. Mai 1897
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung (Wien 1946 ff.)
OGH	(Österreichischer) Oberster Gerichtshof
OR	BG über das Obligationenrecht, vom 18. Dezember 1936
o.T.	ohne Titel
PKG	Die Praxis des Kantonsgerichtes Graubünden (Chur 1942 ff.; früher = GVP/GR)
Pra	Die Praxis des schweizerischen Bundesgerichtes (Basel 1912 ff.)
PRG	BG über Pauschalreisen, vom 18. Juni 1993
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (Tübingen 1927 ff.; bis 1961 = Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht)
recht	Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis (Bern 1983 ff.)

Rep	Repertorio di giurisprudenza patria (Bellinzona 1869 ff.)
RFJ/FZR	Revue fribourgeoise de jurisprudence, Freiburger Zeitschrift für Rechtsprechung (seit 1992); vorher von 1926-1980 = Extraits des principaux arrêts rendus par les diverses sections du Tribunal cantonal de l'Etat de Fribourg; von 1981-1991 = Extraits des principaux arrêts du Tribunal cantonal et de décisions du Conseil d'Etat du Canton de Fribourg
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Deutschen Reichsgerichts in Zivilsachen (Leipzig 1880-1943)
RiLi	Richtlinie 93/13 über missbräuchliche Klausen in Verbraucherverträgen, vom 5. April 1993
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft (Heidelberg 1975 ff.; früher = AWD)
S.	Satz
s.	siehe
s.a.	siehe auch
SAG	Die Schweizerische Aktiengesellschaft (Zürich 1928 ff.; später = SZW)
SchKG	BG betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, vom 11. April 1889/28. September 1949/16. Dezember 1994 (Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz)
Semjud	La Semaine Judiciaire (Genf 1879 ff.)
SGIR	St. Galler Studien zum internationalen Recht (St. Gallen)
SIR	Schriftenreihe des Instituts für internationales Recht und internationale Beziehungen (Basel)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich 1904 ff.)
sog.	sogenannt (e)
SPR	Schweizerisches Privatrecht (hrsg. von Max Gutzwiller, Hans Hinderling, Arthur Meier-Hayoz, Hans Merz, Paul Piotet, Roger Secrétan, Werner von Steiger und Frank Vischer, Basel/Stuttgart 1967 ff.)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (Bern 1970 ff.)
SRIW	Schriftenreihe Recht der Internationalen Wirtschaft (Heidelberg)
SSBR	Schweizer Schriften zum Bankrecht (Zürich)
SSHW	Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht (Zürich)
ST	Der Schweizer Treuhänder (Zürich 1927 ff.)

StenBull	Amtliches Stenographisches Bulletin der Bundesversammlung (Bern 1891 ff.; seit 1967 = AmtlBull)
StR	Ständerat
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Zürich 1990 ff.; früher = SAG)
u.a.	unter anderem
u.ä.	und ähnliche
umstr.	umstritten
usw.	und so weiter
v.	versus
vgl.	vergleiche
VSM	Verein Schweizerischer Maschinen-Industrieller
VVG	BG über den Versicherungsvertrag, vom 2. April 1908 (Versicherungsvertragsgesetz)
WG	(Deutsches) Wechselgesetz, vom 21. Juni 1933
WKR	Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf vom 11. April 1980 (Wiener Kaufrecht; United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods)
W.L.R.	The Weekly Law Reports (London 1953 ff.)
WM	Wertpapier-Mitteilungen (Frankfurt a.M. 1947 ff.)
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern 1865 ff.)
ZBR	Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft (Zürich)
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung (Wien 1960 ff.)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch, vom 10. Dezember 1907
ZH	Kanton Zürich
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozessordnung
ZPO-ZH	Gesetz über den Zivilprozess des Kantons Zürich (Zürcher Zivilprozessordnung), vom 13. Juni 1976
ZR	Blätter für zürcherische Rechtsprechung (Zürich 1902 ff.)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Basel 1852 ff.; NF 1882 ff.)
Zürcher Kommentar	Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürich 1909 ff.)
ZVglRWiss	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft (Heidelberg 1878 ff.)
ZWR	Zeitschrift für Walliser Rechtsprechung (Sitten 1967 ff.)

Literaturverzeichnis

Wo nichts anderes vermerkt ist, werden die nachfolgenden Werke im Text lediglich mit dem Namen des Verfassers und der entsprechenden Seitenzahl zitiert. Weitere Literaturhinweise finden sich vereinzelt im Text.

Albisetti Emilio/**Boemle** Max/**Ehrsam** Paul/**Gsell** Max/**Nyffeler** Paul/**Rutschi** Ernst, Handbuch des Geld-, Bank- und Börsenwesens der Schweiz, 4. Aufl., Thun 1987

Amonn Kurt/**Gasser** Dominik, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 6. Aufl., Bern 1997

Baerlocher René Jacques, Der Hinterlegungsvertrag, in: SPR, Bd. VII/1, Basel/Stuttgart 1977, 647 ff.

Basedow Jürgen, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, Allgemeiner Teil (§§ 1-240), AGB-Gesetz, hrsg. von Kurt Rebmann und Franz Jürgen Säcker; §§ 10-12, 23-30 AGBG bearb. von Jürgen Basedow, 3. Aufl., München 1993 (zit.: MünchKomm-Basedow)

Basse Alexander, Das Schweigen als rechtserhebliches Verhalten im Vertragsrecht, Diss. Giessen, Frankfurt a. M./Bern/New York 1986 = Europäische Hochschulschriften, Reihe II, Bd. 568

Baudenbacher Carl, Braucht die Schweiz ein AGB-Gesetz?, in: ZBJV 1987 505 ff. (zit.: Baudenbacher, AGB-Gesetz)

Baudenbacher Carl, Die Rechtslage in der Schweiz, in: Bernd Stauder (Hrsg.), Die Bedeutung der AGB-Richtlinie der Europäischen Union für Schweizer Unternehmen, Zürich 1996 = Studien zum Verbraucherrecht Bd. 3, 1 ff.(zit.: Baudenbacher, Rechtslage)

Baudenbacher Carl, AGB-Kontrolle: Aus dem Westen nichts Neues, in: SZW 1996 83 f. (zit.: Baudenbacher, AGB-Kontrolle)

Bauer Walo, Der Schutz vor unbilligen Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) im schweizerischen Recht, Diss. Zürich 1977, 3. Aufl., Zürich 1981 = SSHW Bd. 23

Baumann Daniel, Der Baukredit, Diss. Zürich 1994 = SSBR Bd. 20

Baumbach Adolf/**Hefermehl** Wolfgang, Wechselgesetz und Scheckgesetz mit Nebengesetzen und einer Einführung in das Wertpapierrecht, 19. Aufl., München 1995

Becker Hermann, Berner Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Bd. VI/1, Art. 1-183 OR, 2. Aufl., Bern 1941

Beckmann Klaus F./**Sandrock** Otto, Das Zustandekommen des Vertrages sowie das Sprachenstatut: Vorvertragliche Beziehungen, Schweigen beim Vertragsabschluss, Einbeziehung von AGB und Sprachenstatut, in: Otto Sandrock (Hrsg.), Handbuch der Internationalen Vertragsgestaltung, Bd. 1, Heidelberg 1980, 259 ff.

Bennemann Jürgen, Fiktionen und Beweislastregelungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Diss. Giessen, Frankfurt a. M./Bern/New York/Paris 1987 = Europäische Hochschulschriften, Reihe II, Bd. 652

Betz Helmut, Vertragsschluss durch Schweigen, Diss. Marburg 1984

Böckli Peter, Schweizer Aktienrecht, 2. Aufl., Zürich 1996

Bonell Michael Joachim, Die allgemeinen Geschäftsbedingungen nach italienischem Recht, in: ZVglRWiss 1979 1 ff. (zit.: Bonell, AGB)

Bonell Michael Joachim, Die Bedeutung der Handelsbräuche im Wiener Kaufrechtsübereinkommen von 1980, in: JBl 1985 388 ff. (zit.: Bonell, Handelsbräuche)

Brinkmann Jürg, Vertragsfiktion, Diss. St. Gallen 1992

Broggini Gerardo, Ordine pubblico e norme imperative quali limiti alla libertà contrattuale in diritto svizzero, in: FG für Wilhelm Schönenberger zum 70. Geburtstag, Freiburg 1968, 93 ff.

Brunner Alexander, Allgemeine Geschäftsbedingungen im internationalen Privatrecht, Diss. Zürich 1985

Bucher Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988

Bucher Eugen, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Einleitung vor Art. 1 ff., Art. 1-10, 22 OR, 2. Aufl., Basel/Frankfurt a. M. 1996

Bührer Marc Peter, AGB-Kollisionen, "the battle of the forms" und weitere Probleme beim Verweis auf Allgemeine Geschäftsbedingungen, Diss. Zürich 1987 = SSHW Bd. 96

Bydlinski Franz, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes, Wien/New York 1967 (zit.: Bydlinski, Privatautonomie)

Bydlinski Franz, Die Entmythologisierung des "kaufmännischen Bestätigungsschreibens" im österreichischen Recht, in: Kurt Ballerstedt/F.A. Mann/Horst Heinrich Jakobs/Brigitte Knobbe-Keuk/Eduard Picker/Jan Wilhelm (Hrsg.), FS für Werner Flume zum 70. Geburtstag, Bd. I, Köln 1978, 335 ff. (zit.: Bydlinski, FS Flume)

Bydlinski Franz, Das allgemeine Vertragsrecht, in: Peter Doralt (Hrsg.), Das UNCITRAL-Kaufrecht im Vergleich zum österreichischen Recht, Wien 1985 (zit.: Bydlinski, Vertragsrecht)

Von Caemmerer Ernst, Die Haager Konferenz über die internationale Vereinheitlichung des Kaufrechts vom 2. bis 25. April 1964, in: RabelsZ 1965 101 ff.

Canaris Claus-Wilhelm, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, München 1971 = Münchener Universitätsschriften Bd. 16 (zit.: Canaris, Vertrauenshaftung)

Canaris Claus-Wilhelm, Schweigen im Rechtsverkehr, in: FS für Walter Wilburg zum 70. Geburtstag, Graz 1975 = Grazer rechts- und staatswissenschaftliche Studien Bd. 31, 77 ff. (zit.: Canaris, Schweigen)

Canaris Claus-Wilhelm, Bankvertragsrecht, 1. Teil, 4. Aufl., Berlin/New York 1988 (für N 1-1162); HGB-Grosskommentar, Bd. 3, 3. Teil, 3. Aufl., Berlin/New York 1981 (für N 1163 ff.) (zit.: Canaris, Bankvertragsrecht)

Canaris Claus-Wilhelm, Handelsrecht, 22. Aufl., München 1995 (zit.: Canaris, Handelsrecht)

Chaudet François, L'obligation de diligence du banquier en droit privé, in: ZSR 1994 II 1 ff.

Chitty Joseph, Chitty on Contracts, hrsg. von Anthony G. Guest, Bd. 1, 27. Aufl., London 1994

Von der Crone Hans Caspar, Rahmenverträge, Habil. Zürich 1993

Deschenaux Henri, Der Einleitungstitel, in: SPR, Bd. II, Basel/Stuttgart 1967, 1 ff.

Diederichsen Uwe, Der "Vertragsschluss" durch kaufmännische Bestätigungsschreiben, JuS 1966 129 ff.

Drobnig Ulrich, Allgemeine Geschäftsbedingungen im internationalen Handelsverkehr, in: Werner Flume/Hugo J. Hahn/Gerhard Kegel/Kenneth R. Simmonds (Hrsg.), Internationales Recht und Wirtschaftsordnung, FS für Frederick Alexander Mann, München 1977, 591 ff.

Ebenroth Carsten Thomas, Das kaufmännische Bestätigungsschreiben im internationalen Handelsverkehr, ZVglRWiss 1978 161 ff.

Ebenroth Carsten Thomas, Internationale Vertragsgestaltung im Spannungsverhältnis zwischen ABGB, IPR-Gesetz und UN-Kaufrecht, in: JBl 1986 681 ff. (zit.: Ebenroth, Vertragsgestaltung)

Egeler Simone, Konsensprobleme im internationalen Schuldvertragsrecht, Diss. St. Gallen 1994 = SGIR Bd. 16

Emch Urs/**Renz** Hugo/**Bösch** Franz, Das Schweizerische Bankgeschäft, 4. Aufl., Thun 1993

Esser Michael J., Die letzte Glocke zum Geleit?, in: ZfRV 1988 167 ff.

Favre-Bulle Xavier, Le rôle du principe de la bonne foi et l'abus de droit dans le domaine des clauses abusives, in: Pierre Widmer/Bertil Cottier (Hrsg.), Abus de droit et bonne foi, Freiburg 1994, 139 ff.

Fellmann Walter, Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Der einfache Auftrag, Bd. VI/2/4, Art. 394-406 OR, Bern 1992

Ferid Murad/**Sonnenberger** Hans Jürgen, Das Französische Zivilrecht, Bd. 1/1, 2. Aufl., Heidelberg 1994

Flume Werner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl., Berlin 1992

Forstmoser Peter, Allgemeine Geschäftsbedingungen und ihre Bedeutung im Bankverkehr, in: Peter Forstmoser (Hrsg.), Rechtsprobleme der Bankpraxis, Bern/Stuttgart 1976 = Bankwirtschaftliche Forschungen Bd. 36, 11 ff. (zit.: Forstmoser, Bankverkehr)

Forstmoser Peter, Die rechtliche Behandlung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im schweizerischen und im deutschen Recht, in: Recht und Wirtschaft heute, FG zum 65. Geburtstag von Max Kummer, Bern 1980, 99 ff. (zit.: Forstmoser, Behandlung)

Forstmoser Peter, Gesetzgebung und Gerichtspraxis zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen in der Schweiz - Eine Standortbestimmung, in: Allgemeine Geschäftsbedingungen in Doktrin und Praxis, Zürich 1982 = Schriftenreihe zum Konsumentenschutzrecht Bd. 5, 23 ff. (zit.: Forstmoser, Gesetzgebung und Gerichtspraxis)

Forstmoser Peter/**Meier-Hayoz** Arthur/**Nobel** Peter, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996

Forstmoser Peter/**Schluep** Walter R., Einführung in die Rechtswissenschaft, Bd. I, Einführung in das Recht, Bern 1992

Frey Hans R., Kontokorrentkredit, in: Albisetti/Boemle/Ehrsam/Gsell/Nyffeler/Rutschi, 428 f.

Fritzsche Hans/**Walder-Bohner** Hans-Ulrich, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht Bd. I, 3. Aufl., Zürich 1984

Gauch Peter, Stillschweigende Erneuerung des Mietvertrages, in: Mélanges en l'honneur de Henri Deschenaux, Freiburg 1977, 363 ff. (zit.: Gauch, Mietvertrag)

Gauch Peter, Die Verwendung "missbräuchlicher Geschäftsbedingungen" - Unlauterer Wettbewerb nach Art. 8 des revidierten UWG, in: BR 1987 51 ff. (zit.: Gauch, Geschäftsbedingungen)

Gauch Peter, Von der konstitutiven Wirkung des kaufmännischen Bestätigungsschreibens, in: SZW 1991 177 ff. (zit.: Gauch, Bestätigungsschreiben)

Gauch Peter, Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996 (zit.: Gauch, Werkvertrag)

Gauch Peter/**Schluep**, Walter R., Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Zürich 1995

Gautschi Georg, Berner Kommentar, Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Der einfache Auftrag, Bd. VI/2/4, Art. 394-406 OR, 3. Aufl., Bern 1971

Gazzoni Francesco, Manuale di diritto privato, 5. Aufl., Neapel 1994

Ghestin Jacques, Traité de droit civil, Les obligations, La formation du contrat, 3. Aufl., Paris 1993

Giger Hans, Grundsätzliches zum Einbezug Allgemeiner Geschäftsbedingungen in den Einzelvertrag, in: Allgemeine Geschäftsbedingungen in Doktrin und Praxis, Zürich 1982 = Schriftenreihe zum Konsumentenschutzrecht Bd. 5, 59 ff. (zit.: Giger, Einbezug)

Giger Hans, Geltungs- und Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen, Zürich 1983 = Schriftenreihe zum Konsumentenschutzrecht Bd. 12 (zit.: Giger, Geltungs- und Inhaltskontrolle)

Godat Zimmermann Géraldine, Association sportive - responsabilité fondée sur la confiance ("Vertrauenshaftung"), in: ZBJV 1996 100 ff.

Götz Donald/**Huhn** Diether, Das kaufmännische Bestätigungsschreiben, Bad Homburg/Berlin/Zürich 1969

Guggenheim Daniel, Die Verträge der schweizerischen Bankpraxis, 3. Aufl., Zürich 1986

Guhl Theo, Das Schweizerische Obligationenrecht, aufgrund der Ausgabe von Hans Merz und Max Kummer bearb. von Alfred Koller und Jean Nicolas Druey, 8. Aufl., Zürich 1991 (zit.: Guhl/Bearbeiter)

Guldener Max, Beweiswürdigung und Beweislast nach schweizerischem Zivilprozessrecht, Zürich 1955

Gysi Stephan, Der schweizerische Hypothekarkredit als Finanzierungsmittel unter dem Aspekt der Inflation, Diss. Freiburg, Zürich 1978

Hanau Peter, Objektive Elemente im Tatbestand der Willenserklärung, in: AcP 1965 220 ff.

Hardegger Ida, Über die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken und deren rechtliche Behandlung, unter besonderer Berücksichtigung ausgewählter Klauseln, Diss. St. Gallen, Bern/Stuttgart 1991 = St. Galler Studien zum Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht Bd. 27

Haupt Günter, Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der deutschen Banken, Habil. Königsberg, Leipzig 1937 = Leipziger Rechtswissenschaftliche Studien Bd. 105

Heini Anton, Die Rechtswahl im Vertragsrecht und das neue IPR-Gesetz, in: Ivo Schwander (Hrsg.), Beiträge zum neuen IPR des Sachen-, Schuld- und Gesellschaftsrechts, FS für Rudolf Moser, Zürich 1987, 67 ff.

Hepting Reinhard, Die ADSp im internationalen Speditionsverkehr, in: RIW 1975 457 ff.

Higi Peter, Obligationenrecht, Die Miete, Bd. V/2b, Art. 266 - 268b OR, 4. Aufl., Zürich 1995

Von Hoffmann Bernd, Vertragsannahme durch Schweigen im internationalen Schuldrecht, in: RabelsZ 1972 510 ff.

Hofstetter Josef, Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, in: SPR, Bd. VII/2, Basel/Stuttgart 1979, 1 ff.

Hoggett A.J.C., Changing a Bargain by Confirming It, 33 Mod L Rev (1970) 5 ff., 518 ff.

Hopt Klaus, Rechtsprobleme der Anlageberatung und Vermögensverwaltung der Schweizer Banken, in: Rudolf von Graffenried (Hrsg.), Beiträge zum schweizerischen Bankenrecht, Bern 1987, 135 ff.

Horn Norbert, Die Rechtsbeziehung Bank-Kunde, insbesondere die neuen AGB der deutschen Banken, in: Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Aktuelle Probleme im Bankrecht, Bern 1994, 87 ff.

Huber Ulrich, Der UNCITRAL-Entwurf eines Übereinkommens über internationale Warenkaufverträge, in: RabelsZ 1979 413 ff.

Huguenin Jacobs Claire, Allgemeine Geschäftsbedingungen in der Schweiz im Lichte der neuen EU-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, in: recht 1995 85 ff.

Jäggi Peter/**Gauch** Peter, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. V/1b, Art. 18 OR, 3. Aufl., Zürich 1980

Jametti Greiner Monique, Der Vertragsabschluss, in: Hans Hoyer/Willibald Posch (Hrsg.), Das Einheitliche Wiener Kaufrecht, Wien 1992, 43 ff.

Jetzer Rolf P./**Zindel** Gaudenz G., EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, in: SJZ 1994 432 ff.

Kartellkommission, Die gesamtschweizerisch wirkenden Vereinbarungen im Bankgewerbe, Bern 1989 = Heft 3/89 der Veröffentlichungen der Schweizerischen Kartellkommission und des Preisüberwachers

Kaufmann-Kohler Gabrielle, La clause d'élection de for dans les contrats internationaux, Diss. Basel, Basel/Frankfurt a. M. 1980 = SIR Bd. 29

Keller Max, Die Auslegung obligationenrechtlicher Verträge, in: SJZ 1961 313 ff.

Keller Max/**Girsberger** Daniel, IPRG Kommentar, hrsg. von Anton Heini/Max Keller/Kurt Siehr/Frank Vischer/Paul Volken, Art. 15-16, 123-126, 143-146, 148 IPRG kommentiert von Max Keller und Daniel Girsberger, Zürich 1993

Keller Max/**Schöbi** Christian, Das schweizerische Schuldrecht, Bd. 1, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, 3. Aufl., Basel/Frankfurt a.M. 1988

Keller Max/**Siehr** Kurt, Allgemeine Lehren des internationalen Privatrechts, Zürich 1986

Kindler Peter, Einführung in das italienische Recht, München 1993

Kleiner Beat, Bankkonto - Giro- und Kontokorrentvertrag, in: Peter Forstmoser/Pierre Tercier/Roger Zäch (Hrsg.), Innominatverträge, FG zum 60. Geburtstag von Walter R. Schluep, Zürich 1988, 273 ff.

Kneller Michael W., Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, Art. 119, 123-125 und 127-128, Basel/Frankfurt a. M. 1996

Knoepfler François, Le contrat dans le nouveau droit international privé suisse, in: François Dessemontet (Hrsg.), Le nouveau droit international privé suisse, Lausanne 1988, 79 ff.

Koch Eckart/**Stübing** Jürgen, Allgemeine Geschäftsbedingungen, Neuwied/Darmstadt 1977

Kötz Hein, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, Allgemeiner Teil (§§ 1-240), AGB-Gesetz, hrsg. von Kurt Rebmann und Franz Jürgen Säcker, §§ 1-9 AGBG bearb. von Hein Kötz, 3. Aufl., München 1993 (zit.: MünchKomm-Kötz)

Kofmel Sabine, Die Rechtsöffnung gemäss revidiertem SchKG, in: AJP 1996 1349 ff.

Koller Alfred, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, Bern 1996 (zit.: Koller, OR AT)

Koller Alfred, Vertragsabschluss durch Schweigen auf einen Antrag?, in: recht 1996 70 ff. (zit.: Koller, Vertragsabschluss)

Koller-Tumler Marlies, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-20 KKG, 2. Aufl., Basel/Frankfurt a. M. 1996

Kost Manfred, Konsensprobleme im internationalen Schuldvertragsrecht, Diss. Trier, Frankfurt a. M. 1995 = Studien zum vergleichenden und internationalen Recht Bd. 26

Kramer Ernst A., Grundfragen der vertraglichen Einigung, Habil. Salzburg, München/Salzburg 1972 (zit.: Kramer, Grundfragen) = Schriftenreihe zum geltenden Recht Bd. 6

Kramer Ernst A., Die normative Kraft des dispositiven Rechts: Am Beispiel der AGB der österr Kreditunternehmungen, in: ÖJZ 1973 505 ff. (zit.: Kramer, Kreditunternehmungen)

Kramer Ernst A., Schweigen als Annahme eines Antrags, in : Jura 1984 235 ff. (zit.: Kramer, Schweigen)

Kramer Ernst A., o.T., in: Peter Doralt (Hrsg.), Das UNCITRAL-Kaufrecht im Vergleich zum österreichischen Recht, Wien 1985 94 f. (zit.: Kramer, Diskussionsbeitrag)

Kramer Ernst A., Allgemeine Geschäftsbedingungen: Status quo, Zukunftsperspektiven, in: SJZ 1985 17 ff., 33 ff. (zit.: Kramer, AGB)

Kramer Ernst A., Schweigen auf kaufmännische Bestätigungsschreiben und rechtsgeschäftlicher Vertrauensgrundsatz, in: recht 1990 99 ff. (zit.: Kramer, Bestätigungsschreiben)

Kramer Ernst A., Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, Allgemeiner Teil (§§ 1-240), AGB-Gesetz, hrsg. von Kurt Rebmann und Franz Jürgen Säcker, §§ 116-124, 145-156 BGB bearb. von Ernst A. Kramer, 3. Aufl., München 1993 (zit.: MünchKomm-Kramer)

Kramer Ernst A., Neues aus Gesetzgebung, Praxis und Lehre zum Vertragsschluss, in: BJM 1995 1 ff. (zit.: Kramer, Vertragsschluss)

Kramer Ernst A./**Schmidlin** Bruno, Berner Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Bd. VI/1/1, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR, Bern 1986 (zit.: Bearbeiter)

Kuchinke Kurt, Zur Dogmatik des Bestätigungsschreibens, in: JZ 1965 121 ff.

Kummer Max, Berner Kommentar, Zivilgesetzbuch, Einleitung, Bd. I/1, Kommentar zu Art. 8-10 ZGB, 3. Aufl., Bern 1962, Nachdruck 1966

Lindacher Walter F., Zur Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen durch kaufmännisches Bestätigungsschreiben, in: WM 1981 705 ff.

Linke Hartmut, Sonderanknüpfung der Willenserklärung, in: ZVglRW 1980 1 ff.

Litterer Michael, Vertragsfolgen ohne Vertrag, Diss. Bochum, Berlin 1979 = Schriften zum Bürgerlichen Recht Bd. 56

Lörtscher Thomas, Vertragliche Haftungsbeschränkungen im schweizerischen Kaufrecht, Diss. Zürich 1977 = SSHW Bd. 22

Loretan Michael, Der Swapvertrag, Diss. Zürich 1996 = SSBR Bd. 38

Ludwig Katharina S., Der Vertragsschluss nach UN-Kaufrecht im Spannungsverhältnis von Common Law und Civil Law, Diss. Heidelberg, Frankfurt a.M. 1994 = Studien zum vergleichenden und internationalen Recht Bd. 24

Maurenbrecher Benedikt, Die Vereinbarung der allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken, in: ZSR 1990 I 173 ff. (zit.: Maurenbrecher, AGB)

Maurenbrecher Benedikt, Das verzinsliche Darlehen im schweizerischen Recht, Diss. Bern 1995 = ASR 565 (zit.: Maurenbrecher, Darlehen)

Maurer Alfred, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3. Aufl., Bern 1995

Meier-Hayoz Arthur, Das Vertrauensprinzip beim Vertragsabschluss, Diss. Zürich, Aarau 1948 = ZBR Bd. 107

Meier-Hayoz Arthur/**Von der Crone** Hans Caspar, Wertpapierrecht, Zürich 1985

Merz Hans, Vertrag und Vertragsschluss, 2. Aufl., Freiburg 1992

Müller Holger/**Otto** Hans-Hermann, Allgemeine Geschäftsbedingungen im internationalen Wirtschaftsverkehr, Neuwied/Kriftel/Berlin 1994

Nägeli Walter, Allgemeine Geschäftsbedingungen, Diss. Zürich 1951

Nobel Peter, Praxis zum öffentlichen und privaten Bankenrecht der Schweiz, Bern 1979 (zit.: Nobel, Praxis)

Nobel Peter, Praxis zum öffentlichen und privaten Bankenrecht der Schweiz, Ergänzungsband, Bern 1984 (zit.: Nobel, Ergänzungsband)

Nobel Peter, Temi scelti di diritto privato bancario, in: Rep 1993 3 ff.

Ösch Thomas, Die Freizeichnung im schweizerischen vertraglichen Schadenersatzrecht und ihre Schranken, Diss. Basel 1978 (MaschSchr.)

Oftinger Karl, Einige grundsätzliche Betrachtungen über die Auslegung und Ergänzung der Verkehrsgeschäfte, in: ZSR 1939 178 ff. (zit.: Oftinger, Verkehrsgeschäfte)

Oftinger Karl, Bundesgerichtspraxis zum Allgemeinen Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 2. Aufl., Zürich 1973 (zit.: Oftinger, Bundesgerichtspraxis)

Oser Hugo/**Schönenberger** Wilhelm, Zürcher Kommentar, Das Obligationenrecht, Bd. V/1, Art. 1-183 OR, 2. Aufl., Zürich 1929

Osswald Albrecht, Der sogenannte Vertragsschluss durch kaufmännisches Bestätigungsschreiben, Diss. Bonn 1972 (MaschSchr.)

Otto Hans-Herrmann, Allgemeine Geschäftsbedingungen und Internationales Privatrecht, Diss. Göttingen 1984 = Abhandlungen zum Handels-, Gesellschafts-, Wirtschafts- und Arbeitsrecht Bd. 12

Panchaud André/**Caprez** Marcel, Die Rechtsöffnung, Zürich 1980

Patry Robert, Le principe de la confiance et la formation du contrat en droit suisse, Diss. Genf 1953

Piotet Paul, La formation du contrat en doctrine générale et en droit privé suisse, Bern 1956

Rehbinder Eckard, Vertragsschluss nach UN-Kaufrecht im Vergleich zum EAG und BGB, in: Peter Schlechtriem (Hrsg.), Einheitliches Kaufrecht und nationales Obligationenrecht, Baden-Baden 1987, 149 ff. (zit.: Rehbinder)

Rehbinder Manfred, Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, Bd. VI/2/2/2, Kommentar zu Art. 331-355 OR, Bern 1992 (zit.: Rehbinder, N ... zu Art. ... OR)

Reinmüller Bernd, Das Schweigen als Vertragsannahme im deutsch-französischen Rechtsverkehr unter besonderer Berücksichtigung der allgemeinen Geschäftsbedingungen, Diss. Mainz 1976

Rummel Peter, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Bd., §§ 1 bis 1174 ABGB, hrsg. von Peter Rummel; §§ 28-32, 859-878, 880-887, 897-901, 914-916, 1035-1044, 1122-1150, 1174 ABGB kommentiert von Peter Rummel, 2. Aufl., Wien 1990 (zit.: Rummel)

Schaad Hans-Peter, Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 689-689e OR, Basel/Frankfurt a.M. 1994

Schärer Heinz, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 305-318 OR, 2. Aufl., Basel/Frankfurt a. M. 1996

Schenk-Engeler Suzanne, Klauselkataloge in einigen neueren europäischen AGB- und Verbraucherschutzgesetzgebungen, Diss. St. Gallen, Bamberg 1993

Scherrer Eric R., Die Stimmrechtsausübung durch Depotvertreter, Diss. Zürich 1996 = SSHW Bd. 177

Schläpfer Max J., Die Bedeutung des Schweigens beim Vertragsabschluss nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1937

Schlechtriem Peter, Die Kollision von Standardbedingungen beim Vertragsschluss, in: Klaus Müller/Hermann Soell (Hrsg.), Rechtswissenschaft und Gesetzgebung, FS für Eduard Wahl zum 70. Geburtstag, Heidelberg 1973, 67 ff.

Schlechtriem Peter, Anwendungsvoraussetzungen und Anwendungsbereich des UN-Übereinkommens über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG), in: AJP 1992 339 ff. (zit.: Schlechtriem, Anwendungsvorausetzungen)

Schlechtriem Peter, Kommentar zum einheitlichen UN-Kaufrecht, 2. Aufl., München 1995 (zit.: Schlechtriem/Bearbeiter)

Schlegelberger Franz/**Hefermehl** Wolfgang, Handelsgesetzbuch, begr. von Franz Schlegelberger, bearb. von Ernst Gessler, Wolfgang Hefermehl, Wolfgang Hildebrandt und Georg Schröder, 5. Aufl., München 1973 ff.; Bd. IV, §§ 343-372 HGB bearb. von Wolfgang Hefermehl, 5. Aufl., München 1976 (zit.: Schlegelberger/Hefermehl)

Schmid Emil, Zürcher Kommentar, Das Obligationenrecht, Miete, Pacht, Leihe, Bd. V/2b/2, Art. 261-274 OR, 3. Aufl., Zürich 1977

Schmid Jörg, Der EG-Richtlinienvorschlag über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen - und mögliche Auswirkungen auf die Schweiz, in: Pierre Tercier/Paul Volken/Nicolas Michel (Hrsg.), Beiträge zum europäischen Recht, FG gewidmet dem Schweizerischen Juristenverein anlässlich des Juristentages 1993 durch die rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Freiburg, Freiburg i. Ue. 1993 = AISUF Bd. 127, 243 ff. (zit.: J. Schmid, Richtlinienvorschlag)

Schmid Jörg, Klauselkatalog der AGB-Richtlinie und schweizerisches Obligationenrecht, in: Bernd Stauder (Hrsg.), Die Bedeutung der AGB-Richtlinie der Europäischen Union für Schweizer Unternehmen, Zürich 1996 = Studien zum Verbraucherrecht Bd. 3, 49 ff. (zit.: J. Schmid, Klauselkatalog)

Schmid Stefan Jacques, Die Geschäftsbeziehung im schweizerischen Bankvertragsrecht, Diss. Bern, Bern/Stuttgart/Wien 1993 (zit.: St. Schmid)

Schmidlin Bruno, Berner Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Bd. VI/1/2/1b, Mängel des Vertragsschlusses, Kommentar zu Art. 23-31 OR, Bern 1995

Schneider Heinrich, Das Depotstimmrecht aus Sicht der Banken, in: ST 1994 969 ff.

Schönenberger Wilhelm/**Jäggi** Peter, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Bd. V/1a, Allgemeine Einleitung, Vorbemerkungen zu Art. 1 OR, Kommentar zu Art. 1-17 OR, 3. Aufl., Zürich 1973

Schubarth Martin, o.T., in: Protokoll der 117. Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins, in: ZSR 1983 II 533 ff., 571 ff.

Schuler Alois G., Über Grund und Grenzen der Geltung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Diss. Zürich, Bern 1978 = ASR 456

Schwarz Jörg, Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen - Auswirkungen auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Reglemente und Formularverträge der Schweizer Banken, in: Bernd Stauder (Hrsg.), Die Bedeutung der AGB-Richtlinie der Europäischen Union für Schweizer Unternehmen, Zürich 1996 = Studien zum Verbraucherrecht Bd. 3, 127 ff.

Secrétan Roger, Note sur la portée juridique du silence opposé à une lettre de "confirmation" d'un contrat (ou prétendu contrat), in: JT 1946 I 237 ff.

Siehr Kurt, Gemeinsame Kollisionsnormen für das Recht der vertraglichen und ausservertraglichen Schuldverhältnisse, in: Ivo Schwander (Hrsg.), Beiträge zum neuen IPR des Sachen-, Schuld- und Gesellschaftsrechts, FS für Rudolf Moser, Zürich 1987, 101 ff.

Soergel Hans Theodor/**Stein** Ursula, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetzen und Nebengesetzen, begr. von Hans Thomas Soergel, 12. Aufl., Stuttgart/Berlin/Köln, 1987 ff.; 13. Aufl., Stuttgart/Berlin/Köln 1993 ff.; Bd. 3, Schuldrecht II, AGBG bearb. von Ursula Stein, 12. Aufl., Stuttgart/Berlin/Köln 1991 (zit.: Soergel/Stein)

Staehelin Adrian/**Vischer** Frank, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Bd. V/2c, Der Arbeitsvertrag, Art. 319 - 362 OR, 3. Aufl., Zürich 1996 (zit.: Bearbeiter)

Staehelin Matthias, Gerichtsstandsvereinbarungen im internationalen Handelsverkehr Europas: Form und Willenseinigung nach Art. 17 EuGVÜ/LugÜ, Diss. Basel, Basel /Frankfurt a. M. 1994 = SIR Bd. 62

Stauder Bernd, Schwerpunkte der Richtlinie vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, in: Bernd Stauder (Hrsg.), Die Bedeutung der AGB-Richtlinie der Europäischen Union für Schweizer Unternehmen, Zürich 1996 = Studien zum Verbraucherrecht Bd. 3, 11 ff.

Staudinger Julius/**Schlosser** Peter, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, begr. von Julius Staudinger, 12. Aufl., Berlin 1978 ff.; 13. Aufl., Berlin 1993 ff.; 2. Buch, Recht der Schuldverhältnisse, AGBG; AGBG bearb. von Peter Schlosser, 12. Aufl., Berlin 1983 (zit.: Staudinger/Schlosser)

Steinmann Markus, Kundenidentifikation durch Code und ihre rechtliche Bedeutung im Bankwesen, Diss. Zürich 1994 = SSBR Bd. 19

Stettler Charles, Hypothekargeschäft, in: Albisetti/Boemle/Ehrsam/Gsell/Nyffeler/Rutschi, 359 ff.

Stockar Conrad H., Zur Frage der richterlichen Korrektur von Standardverträgen nach schweizerischem Recht, Diss. Basel, Basel/Stuttgart 1971 = BStR Heft 98

Stoffel Walter A., Formation du contrat, in: Schweizerisches Institut für Rechtsvergleichung (Hrsg.), Wiener Übereinkommen von 1980 über den internationalen Warenkauf, Zürich 1985 = Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung Bd. 3, 55 ff. (zit.: Stoffel, Formation)

Stoffel Walter A., Ein neues Recht des internationalen Warenkaufs in der Schweiz, in: SJZ 1990 169 ff. (zit.: Stoffel, Warenkauf)

Straube Manfred/**Kramer** Ernst A., Kommentar zum Handelsgesetzbuch, hrsg. von Manfred Straube, 1. Buch; §§ 343-351a, 373-382 bearb. von Ernst A. Kramer, 2. Aufl., Wien 1995 (zit.: Straube/Kramer)

Stübing Jürgen, Tatsachenbestätigungen und Fiktionen in AGB, in: NJW 1978 1606 ff.

Thalmann Christian, Die Bedeutung Allgemeiner Geschäftsbedingungen im schweizerischen Bankverkehr, in: Allgemeine Geschäftsbedingungen in Doktrin und Praxis, Zürich 1982 = Schriftenreihe zum Konsumentenschutzrecht Bd. 5, 125 ff.

Thamm Manfred, Wirkung des Schweigens auf kaufmännische Auftragsbestätigungen hinsichtlich Geschäftsbedingungen, in: BB 1964 910 ff.

Tillmann Erich, Das Depotstimmrecht der Banken, Diss. Zürich 1985 = SSHW Bd. 80

Triebel Volker/**Hodgson** Stephen/**Kellenter** Walter/**Müller** Georg, Englisches Handels- und Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Heidelberg 1995 = SRIW Bd. 15

Von Tuhr Andreas, Über die Mängel des Vertragsabschlusses nach schweizerischem Obligationenrecht, in: ZSR 1896 278 ff.

Von Tuhr Andreas/**Peter** Hans, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I, 3. Aufl., Zürich 1979

Ulmer Peter/**Brandner** Hans Erich/**Hensen** Horst-Dieter/**Schmidt** Harry, AGB-Gesetz, Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 7. Aufl., Köln 1993 (zit.: Ulmer/Bearbeiter)

Vogel Oscar, Grundriss des Zivilprozessrechts, 4. Aufl., Bern 1995

Walchshöfer Alfred, Das abweichende kaufmännische Bestätigungsschreiben, in: BB 1975 719 ff.

Walder-Richli Hans-Ulrich, Zivilprozessrecht, 4. Aufl., Zürich 1996

Walter Hans Peter, Vertrauenshaftung im Umfeld des Vertrages, in: ZBJV 1996 273 ff.

Wanner Otto, Rechtsnatur und Verbindlichkeit der allgemeinen Geschäftsbedingungen der schweizerischen Grossbanken, Diss. Zürich 1938

Weber Rolf H., Allgemeine Geschäftsbedingungen der Banken - zum Problem einer Grenzziehung, in: SAG 1984 150 ff. (zit.: Weber, AGB)

Weber Rolf H., Rahmenverträge als Mittel zur rechtlichen Ordnung langfristiger Geschäftsbeziehungen, in: ZSR 1987 I 403 ff. (zit.: Weber, Rahmenverträge)

Wey Marc, Der Vertragsschluss beim internationalen Warenkauf nach UNCITRAL- und schweizerischem Recht, Diss. Basel 1984 (MaschSchr.)

Wiegand Wolfgang, Zur Konvention XVI der Schweizerischen Bankiervereinigung, in: Beiträge zum schweizerischen Bankenrecht, Rudolf von Graffenried (Hrsg.), Bern 1987, 277 ff. (zit.: Wiegand, Konvention)

Wiegand Wolfgang, Die Rechtsbeziehung Bank-Kunde in der Schweiz unter besonderer Berücksichtigung der AGB-Problematik, in: Aktuelle Probleme im Bankrecht, Bern 1994, 129 ff. (zit.: Wiegand, Rechtsbeziehung)

Wolf Manfred/**Horn** Norbert/**Lindacher** Walter F., AGB-Gesetz, Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Kommentar, 3. Aufl., München 1994 (zit.: Wolf/Bearbeiter)

Yung Walter, L'acceptation par le silence d'une offre de contracter, in: Mélanges Roger Secrétan, Montreux 1964, 339 ff.

Zäch Roger, Berner Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Stellvertretung, Bd. VI/1/2/2, Kommentar zu Art. 32-40 OR, Bern 1990

Zihlmann Peter, Das Mietrecht, 2. Aufl., Zürich 1995

Zimmermann Harry, Über die "Allgemeinen Kontokorrentbedingungen" der Banken, in: SJZ 1920/21 129 ff., 149 ff., 164 ff.

Zobl Dieter, Berner Kommentar, Das Sachenrecht, Die beschränkten dinglichen Rechte, Das Fahrnispfand, Bd. IV/2/5/1, Systematischer Teil und Art. 884-887 ZGB, 2. Aufl., Bern 1982

Zobl Dieter, Der Baukreditvertrag, in: BR 1987 3 ff. (zit.: Zobl, Baukreditvertrag)

Zobl Dieter, Der Vermögensverwaltungsauftrag der Banken unter besonderer Berücksichtigung von Interessenkonflikten, in: Peter Forstmoser/Pierre Tercier/Roger Zäch (Hrsg.), Innominatverträge, FG zum 60. Geburtstag von Walter R. Schluep, Zürich 1988, 319 ff. (zit.: Zobl, Vermögensverwaltungsauftrag)

1. Teil: Begriff und Zweck des Bestätigungsschreibens

§ 1 Begriff, Erscheinungsformen und Problematik des Bestätigungsschreibens

1. Der Begriff des Bestätigungsschreibens

Der Begriff des *Bestätigungsschreibens* wird in der schweizerischen Literatur zwar seit Jahrzehnten verwendet; eine einheitliche Definition liegt aber nicht vor[1]. So wird das Bestätigungsschreiben einmal bezeichnet als schriftliche Erklärung, worin der Erklärende dem Empfänger des Schreibens mitteilt, er habe mit ihm einen in der Erklärung umschriebenen *mündlichen* Vertrag abgeschlossen[2]. Manchmal soll auch ein *schriftlicher* Vertragsschluss in Betracht kommen[3], und das Schreiben soll bloss im kaufmännischen Verkehr anzutreffen sein. Eine schriftliche Bestätigung - nicht aber ein Bestätigungsschreiben - liege sodann vor, wenn zwar das Wort "Bestätigung" nicht verwendet werde, der Bestätigungswille aber anderswie zum Ausdruck komme[4]. Gelegentlich wird hervorgehoben, dass nicht bloss ein mündlicher Vertragsschluss bestätigt werden kann, sondern auch eine einzelne mündliche Erklärung (z.B. eine Kündigung)[5].

All diese unterschiedlichen Tatbestände lassen es sinnvoll erscheinen, hier von einer allgemeinen Bedeutung des Begriffes auszugehen. Unter einer *Bestätigung* hat man eine (mündliche oder schriftliche) Erklärung zu verstehen, deren Gegenstand eine einzelne Erklärung, die Übereinstimmung von zwei oder mehreren Willenserklärungen oder ein anderes Faktum ist[6]. Ein *Bestätigungswille* muss jedenfalls aus der Erklärung oder aus den Umständen hervorgehen. Es soll bereits an dieser Stelle darauf hingewiesen werden, dass sich eine Bestätigung auch auf eine *einseitige* Handlung oder Erklärung, sei es des Empfängers, sei es des Absenders, beziehen kann. Als Beispiel sei die Erklärung eines Mieters angeführt, welche den Zustand eines Gebäudes be-

---

1 Bereits Schläpfer, 73, weist darauf hin, dass unter dem Begriff "Bestätigungsschreiben" anerkanntermassen eine Reihe verschiedenartiger Tatbestände zusammengefasst werden.

2 Gauch/Schluep, N 1159; Oftinger, Bundesgerichtspraxis, 14, erwähnt bloss den mündlichen Vertragsschluss.

3 Schmidlin, N 83 zu Art. 6 OR.

4 Schönenberger/Jäggi, N 70 zu Art. 6 OR. Die Bestätigung kann irgendwelche Formen annehmen, wird aber in aller Regel schriftlich erklärt (vgl. Schönenberger/Jäggi, N 69 zu Art. 6 OR).

5 Bucher, 141. Vgl. auch Schönenberger/Jäggi, N 67 zu Art. 6 OR.

6 Neben der häufigen Situation des zweiseitigen Vertrages ist auch ein Mehrparteiengeschäft denkbar, beispielsweise die Gründung einer einfachen Gesellschaft gemäss Art. 530 ff. OR durch einen in einem Brief bestätigten mündlichen Gesellschaftsvertrag.

schreibt: der Mieter bestätigt dem Vermieter schriftlich oder mündlich, eine Wohnung in einwandfreiem Zustand übernommen zu haben.

Ein Bestätigungs*schreiben* ist eine schriftliche Erklärung, worin dem Empfänger kundgetan wird, dass sich ein in der schriftlichen Erklärung näher umschriebener Lebenssachverhalt ereignet hat. Meist wird es sich bei diesem Lebenssachverhalt um den Abschluss eines *mündlichen* Vertrages handeln; solche Bestätigungsschreiben sind in der Praxis sehr verbreitet[7]. Sie finden sich oft im kaufmännischen Bereich, sind aber auch im Verkehr von Privaten üblich. Ein Bestätigungsschreiben kann sich aber gemäss der hier vertretenen Auffassung auch auf eine andere Tatsache als den Vertragsschluss beziehen.

Die vorliegende Arbeit beschränkt sich auf den praktisch weitaus bedeutsameren Fall der schriftlichen Bestätigung und konzentriert sich auf den in der Bestätigung näher umschriebenen Vertrag. Dabei sollen auch die Folgen eines unbeantworteten Bestätigungsschreibens für diejenigen Personen erörtert werden, welche gemeinhin nicht als Kaufleute bezeichnet werden. Auf Einzelprobleme zum Begriff des Bestätigungsschreibens wird hinten näher eingegangen[8].

---

7 Statt aller Gauch/Schluep, N 1159.

8 Zu den Abgrenzungen vgl. hinten, 6 ff.

2. Erscheinungsformen

Das Bestätigungsschreiben kann in der Form eines Briefes, einer Fernkopie, eines Telegramms oder eines Fernschreibens an den Empfänger gesandt bzw. ihm überbracht werden. Auch die Zustellung eines Protokolls der geführten Verhandlungen ist möglich. Da sich aus dem zugestellten Schreiben der Bestätigungswille des Absenders ergeben muss, reicht es beispielsweise nicht, dass eine Versicherungspolice übersandt wird[9]. Die eben erwähnte blosse Zustellung eines Protokolls *allein* vermag auch nicht zu genügen; ein Bestätigungswille kann darin - ohne weitere Umstände - nicht erkannt werden[10].

Bestätigt ein Vertragspartner etwas, was nicht vereinbart wurde, so zerstört dieser Umstand nicht die Tatsache, dass ein Bestätigungsschreiben vorliegt. Strittig ist, ob ausschliesslich das Ergebnis mündlicher Verhandlungen bestätigt werden kann[11]. Es ist im übrigen auch nicht nötig, dass im Bestätigungsschreiben das Verhandlungsergebnis *zusammengefasst* wird. Eine solche Zusammenfassung findet sich zwar meist in einem Bestätigungsschreiben, es besteht aber kein Grund, einem die Verhandlungen nicht zusammenfassenden Schriftstück den Charakter des Bestätigungsschreibens abzusprechen[12]. Demgegenüber nimmt aber ein Teil der Lehre an, dass das Bundesgericht anders entschieden habe[13]. BGE 71 II 223 ff. wird dahingehend verstanden, dass das Bundesgericht eine Zusammenfassung der Vertragsverhandlungen im Bestätigungsschreiben verlangt[14]. Diese Lesart des genannten Urteils überzeugt m.E. nicht: ob das Schreiben eine Zusammenfassung enthält oder nicht, ist im genannten Entscheid bedeutungslos, die Richter stellen nicht auf diesen Umstand ab. Die entsprechende Deutung des Urteils und die daraus gezogene Folgerung sind somit nicht gerechtfertigt.

---

9 Schönenberger/Jäggi, N 70 zu Art. 6 OR.

10 Schmidlin, N 92 zu Art. 6 OR. Zu den Protokollen s. auch hinten, 13.

11 Vgl. hinten, 89.

12 Schönenberger/Jäggi, N 70 zu Art. 6 OR.

13 Schönenberger/Jäggi, N 69 zu Art. 6 OR.

14 Es handelt sich um folgende Stelle des Entscheides (BGE 71 II 224): "Diese Grundsätze über die Folgen des Schweigens auf ein Bestätigungsschreiben gelten nun aber nur unter der Voraussetzung, dass Treu und Glauben, Verkehrssicherheit, Handelsübung sie rechtfertigen. Dies trifft nur zu, wenn der Absender der ehrlichen Überzeugung ist, in seinem Bestätigungsschreiben lediglich das *zusammengefasst* zu haben, was tatsächlich bereits mündlich vereinbart war" (Hervorhebung durch den Verfasser).

3. Problematik

Stimmt der im Bestätigungsschreiben erwähnte und gegebenenfalls näher umschriebene Vertrag mit dem zwischen den Parteien bereits mündlich zustande gekommenen Vertrag in allen Punkten überein, so ergeben sich keine besonderen Probleme. Dem Bestätigungsschreiben kommt allein *beweisrechtliche* Bedeutung zu[15].

Werden jedoch im Bestätigungsschreiben Ergänzungen des mündlich abgeschlossenen Vertrages gemacht, werden andere Änderungen vorgenommen oder wird ein Vertrag bestätigt, der gar nie geschlossen wurde, so stellt sich die Frage nach den *Rechtsfolgen*. Soll der schweigende Empfänger, der nicht rechtzeitig antwortet, an den im Bestätigungsschreiben genannten Vertrag gebunden sein? Bejaht man diese Frage, so hat man die Ursachen und Umstände darzustellen, welche zu einer vertraglichen Bindung des Empfängers führen; ferner ist das Problem zu lösen, wie diese Bindung mit dem Fundamentalprinzip von Art. 1 OR zu vereinbaren ist. Ein Teil der Lehre erachtet im Falle des Bestätigungsschreibens eine "*Sonderdogmatik*" als nötig und sieht etwa ausdrücklich davon ab, sich auf Art. 6 OR abzustützen. Zu dieser Thematik wird hinten[16] ausführlich Stellung genommen.

---

15 Hierzu hinten, 15.

16 Vgl. hinten, 71 ff.

4. Abgrenzungen

Eine Definition des Bestätigungsschreibens fällt der Literatur wohl nicht zuletzt deshalb etwas schwer, weil manches Schriftstück Teilelemente einer Bestätigung enthält, seinem *Hauptcharakter* nach aber kein Bestätigungsschreiben darstellt. Im Geschäftsverkehr häufig verwendete Schriftstücke sollen im folgenden vom eben beschriebenen Bestätigungsschreiben abgegrenzt werden.

a) Konstitutive Bestätigungsschreiben und der Vorbehalt der Schriftform

aa) Grundsatz

Die Parteien können anlässlich der mündlichen Verhandlungen den Austausch übereinstimmender schriftlicher Bestätigungen vereinbaren. Man kann nun nach der Auslegung der Bestätigungsklausel zum Ergebnis kommen, dass die Parteien erst mit dem Austausch gegenseitig übereinstimmender Bestätigungsschreiben gebunden sein wollen[17]. Die Parteien haben dann das Inkrafttreten des Vertrages oder jedenfalls die endgültige Festlegung des gesamten Vertragsinhalts bis auf den Zugang der Bestätigungsschreiben hinausgeschoben[18]. Der Austausch stellt hier ein Erfordernis für das Zustandekommen des Vertrages dar.

Die auf die eben geschilderte Art auszutauschenden Bestätigungsschreiben werden als *konstitutive Bestätigungsschreiben* bezeichnet[19]. Sie sind von der konstitutiven Wirkung des einzelnen Bestätigungsschreibens zu unterscheiden[20].

bb) Auslegungsproblematik

Die Abmachung über den Austausch der Bestätigungsschreiben ist nach den allgemeinen Regeln auszulegen[21]; eine Bemerkung drängt sich aber auf. Die

---

17 Vgl. auch NJW 1964 1269 f.

18 Götz/Huhn, 18.

19 Vgl. Diederichsen 130; Götz/Huhn, 18; MünchKomm-Kramer, N 29 zu § 151 BGB. Zum deklaratorischen Bestätigungsschreiben vgl. hinten, 11.

20 Zur konstitutiven Wirkung s. hinten, 51 ff.

21 Zu den Auslegungsregeln vgl. etwa statt vieler Jäggi/Gauch, N 416 ff. zu Art. 18 OR. Ob man die Unterscheidung zwischen Auslegungs- und Konsensstreit vornimmt (wie

vorliegende Situation erinnert nämlich stark an Art. 16 OR, welcher den vertraglichen Vorbehalt der Schriftform behandelt: die Parteien haben "für einen Vertrag, der vom Gesetze an keine Form gebunden ist, die Anwendung einer solchen vorbehalten"[22]. Das Gesetz stellt die Vermutung auf, dass die Parteien vor Erfüllung der Form nicht verpflichtet werden wollen. Aus diesem Grund scheint es sinnvoll, auch bei Vereinbarung des gegenseitigen Austausches von Bestätigungsschreiben die *Vermutung* eintreten zu lassen, dass das mündlich Verabredete nur bei tatsächlichem Austausch der Bestätigungsschreiben gelten soll[23].

Der Austausch der Bestätigungsschreiben kann nun aber gestört werden. Erhält nämlich eine Partei ein konstitutives Bestätigungsschreiben und schweigt sie (statt ihrerseits ein Bestätigungsschreiben zu versenden), so kann dies regelmässig vom Absender nicht als Änderung der ursprünglichen Austauschvereinbarung und Einverständnis zum Inhalt des Bestätigungsschreibens ausgelegt werden[24]. Vielmehr besteht der Bestätigungsvertrag weiterhin, und ohne schriftliche Bestätigung des Schweigenden ist die getroffene Vereinbarung nicht gültig. Daran ändert sich auch nichts, wenn der Absender erklärt, er werde ohne Mitteilung des Adressaten dessen Schweigen als Einverständnis zur Aufhebung des Bestätigungsvorbehaltes verstehen[25].

b) Auftragsbestätigungen

Es lassen sich drei verschiedene Fälle unterscheiden, bei denen von "Auftragsbestätigungen" gesprochen werden kann.

aa) Auftragsbestätigungen i.e.S.

Während in einem Bestätigungsschreiben meist das Zustandekommen eines mündlichen Vertrages bestätigt wird, so beurkundet eine Auftragsbestätigung den Eingang einer Offerte[26]. Diese Offerte wird dabei oft untechnisch als "Auftrag" bezeichnet[27]. Die sich mit der Offerte deckende Auftragsbestätigung bedeutet jedoch auch implizit die Annahme der Offerte durch den Ab-

---

bspw. Schönenberger/Jäggi, N 172 zu Art. 1 OR; a.M. Keller/Schöbi, 120 f.), ist hier nicht von Bedeutung.

22 Art. 16 Abs. 1 OR.

23 Osswald, 47.

24 MünchKomm-Kramer, N 29 zu § 151 BGB. S. auch Diederichsen, 130 FN 12.

25 Ähnlich: MünchKomm-Kramer, N 29 zu § 151 BGB FN 82, unter Hinweis auf NJW 1970 2104.

26 Vgl. etwa Gauch, Bestätigungsschreiben, 177 FN 1. Gauch äussert sich in diesem Aufsatz nicht zur Frage, welche Folgen das Schweigen auf eine Auftragsbestätigung haben soll.

27 Schönenberger/Jäggi, N 71 zu Art. 6 OR.

sender[28]. Die eben beschriebene Auftragsbestätigung, welche als Annahme der Offerte zu gelten hat, bietet keine besonderen Schwierigkeiten. Die üblichen Auslegungsregeln finden Anwendung.

bb) Modifizierte Auftragsbestätigungen

Gelegentlich erfolgt unter dem Titel "Auftragsbestätigung" nicht die Annahme der Offerte, sondern eine Modifikation der Offerte. Nach der wohl herrschenden Lehrmeinung ist diesfalls die "Auftragsbestätigung" ihrerseits als Antrag[29] zu verstehen.

Welche Bedeutung kommt nun dem Schweigen auf diesen modifizierten Antrag zu? Es würde naheliegen, die modifizierte Auftragsbestätigung wie ein Bestätigungsschreiben zu behandeln. Die schweizerische Lehre aber geht überwiegend davon aus, dass die Grundsätze über den Vertragsschluss durch Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben nicht anwendbar sind, wenn eine Auftragsbestätigung von der Bestellung abweicht[30]. So wird die Ansicht vertreten, die als Antrag zu verstehende modifizierte Auftragsbestätigung bedürfe der ausdrücklichen Zustimmung der Gegenpartei[31]. Zur Begründung wird eine Entscheidung des BGH angeführt[32]. Gemäss diesem Urteil soll es von Bedeutung sein, dass der bestätigende Vertragsteil wisse, dass der Vertrag noch nicht zustande gekommen sei und die Auftragsbestätigung vielmehr erst dem Vertragsschlusse dienen soll. Er könne bei einer Abweichung vom Antrag des Gegners nicht damit rechnen, dass die nicht widersprechende Vertragspartei mit der Änderung einverstanden sei[33].

Der Meinung Schmidlins und dem Urteil kann zwar im Ergebnis zugestimmt werden. Aber: es ist nicht einleuchtend, weshalb der Versender eines Bestätigungsschreibens bei Modifizierungen des mündlichen Vertrages eher mit einer Reaktion des Empfängers rechnen darf als der Versender einer modifizierten Auftragsbestätigung. Das Schweigen nach dem Erhalt von beiden Schriftstücken soll gleich behandelt werden[34]. Abweichungen in der Auftragsbestätigung kommen für den Empfänger nämlich weniger überraschend

---

28 Vgl. Schlegelberger/Hefermehl, N 137 zu § 346 HGB; Schmidlin, N 120 zu Art. 6 OR; Schönenberger/Jäggi, N 71 zu Art. 6 OR.

29 Vgl. etwa Bucher, 127; Bührer, 38 ff.; Kramer, AGB, 19. S. auch die gesetzliche Regelung in § 150 Abs. 2 BGB; § 869 S. 2 ABGB.

30 Deutlich Schmidlin, N 120 zu Art. 6 OR; Schönenberger/Jäggi, N 71 zu Art. 6 OR.

31 Schmidlin, N 120 zu Art. 6 OR.

32 BGHZ 61, 285. Zur abweichenden Rechtsprechung des Reichsgerichtes, welches nicht auf den Unterschied zwischen Auftragsbestätigung und Bestätigungsschreiben abstellte, vgl. Betz, 35.

33 Zustimmend etwa Schlegelberger/Hefermehl, N 137 zu § 346 HGB.

34 MünchKomm-Kramer, N 21 und 30 zu § 151 BGB; vgl. auch Götz/Huhn, 20 f., 25; Thamm, 910 f. Anders aber die überwiegende deutsche Lehre (statt vieler Canaris, Vertrauenshaftung, 223) und Rechtsprechung.

als Abweichungen im Bestätigungsschreiben. In den Fällen des Bestätigungsschreibens ist ja eine Vereinbarung zumindest über den wesentlichen Teil des Geschäftes schon getroffen: der Empfänger konnte auf die Gültigkeit dieser Vereinbarung bauen[35].

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass sowohl das Schweigen auf ein Bestätigungsschreiben als auch dasjenige auf eine abweichende Annahme (also auf die modifizierte Auftragsbestätigung) die gleichen Fragen aufwerfen; eine unterschiedliche Behandlung der identischen Interessenlagen erscheint nicht gerechtfertigt[36].

cc) Als Auftragsbestätigung bezeichnetes Bestätigungsschreiben

Gelegentlich wird auch die Bestätigung eines mündlich abgeschlossenen Vertrages als "Auftragsbestätigung" bezeichnet[37]. Ob ein Schreiben nun als Bestätigungsschreiben oder als Auftragsbestätigung qualifiziert wird, hängt nicht von der jeweiligen Bezeichnung ab[38]. Das als "Auftragsbestätigung" bezeichnete Schreiben kann also durchaus - was öfters vorkommen wird - alle Eigenschaften eines Bestätigungsschreibens aufweisen[39].

c) Ausführungsanzeigen

In verschiedenen Schuldverhältnissen besteht die Pflicht, die Erfüllung einer vertraglichen Pflicht anzuzeigen. Art. 400 Abs. 1 OR statuiert beispielsweise für das Auftragsrecht, dass der Beauftragte verpflichtet ist, auf Verlangen jederzeit über seine Geschäftsführung Rechenschaft abzulegen und alles zu erstatten, was ihm infolge derselben aus irgendeinem Grund zugekommen ist. Daraus leitet die Lehre die Pflicht des Beauftragten ab, den Auftraggeber vollständig, wahrheitsgemäss und rechtzeitig zu informieren[40]. Dies kann mittels einer Ausführungsanzeige[41] geschehen, welche im Bankverkehr für

---

35 Götz/Huhn, 27. Zur modifizierten Auftragsbestätigung vgl. nun das Urteil des Handelsgerichtes des Kantons Zürich vom 10. Juli 1996 i.S. H. GmbH gegen U. (bei Anwendung des WKR bedeutet Schweigen in casu keine Zustimmung zur geänderten Auftragsbestätigung).

36 Ähnlich Kramer, Bestätigungsschreiben, 101.

37 Gauch, Bestätigungsschreiben, 177 FN 2.

38 Der Terminus "Auftragsbestätigung" wird verwendet, weil so in der Regel die fraglichen Geschäftsschreiben überschrieben sind (vgl. Götz/Huhn, 20).

39 MünchKomm-Kramer, N 27 zu § 151 BGB. Vgl. auch Art. 18 Abs. 1 OR ("falsa demonstratio non nocet").

40 Vgl. statt vieler Gautschi, N 23 a zu Art. 400 OR.

41 Beispielsweise in Form einer Belastungs- oder Gutschriftsanzeige.

einen erteilten Auftrag nicht nur üblich, sondern i.d.R. auch erforderlich ist[42].

Diese Schriftstücke können - neben dem Hauptzweck der Anzeige der Vertragserfüllung - auch eine Bestätigung eines mündlichen Vertragsschlusses enthalten. Hinsichtlich der Folgen einer Bestätigung muss danach unterschieden werden, ob der *Hauptzweck* des Schreibens in der Bestätigung liegt oder nicht. Steht die Bestätigung im Mittelpunkt, so ergeben sich im Vergleich zum "reinen" Bestätigungsschreiben keine Besonderheiten. Findet sich in der Ausführungsanzeige eine eher *nebensächliche* Bestätigung des mündlichen Vertrages, so stellt sich u.a. die Frage, wie das Schweigen des Empfängers auf die Zustellung der Anzeige zu behandeln sei. Eine Darstellung der Rechtsfolgen dieser Anzeigen findet sich hinten[43].

d) Rechnungen

Rechnungen dienen dem Zweck der Berechnung und Einforderung der vertraglich geschuldeten Vergütung[44]. Der Beauftragte erfüllt damit beispielsweise auch seine Abrechnungspflicht. In einer Rechnung wird denn üblicherweise auch kein mündlicher Vertragsschluss ausdrücklich bestätigt; eine Rechnung ist kein Bestätigungsschreiben[45].

Die Frage, ob Stillschweigen auf die Zusendung einer unrichtigen Abrechnung bedeutet, sie sei verbindlich anerkannt, wurde vom Bundesgericht beantwortet[46]. Es stelle eine zu weitgehende Auslegung von Art. 6 OR dar, eine Rechnung mit einem Bestätigungsschreiben unter Kaufleuten zu vergleichen, das im Falle von Unstimmigkeiten eine Reaktion verlangt[47]. Dieser einschränkenden Interpretation ist zuzustimmen.

Wird - was öfters geschieht - auf der Faktura der mündliche Vertragsschluss bestätigt oder eine vereinbarte Klausel geändert, so rechtfertigt sich die Befolgung der hinten[48] dargestellten Regeln über das Schweigen beim Bestätigungsschreiben. Es ist nicht zweckmässig, allein wegen der äusseren Einheit der Faktura mit dem Bestätigungsschreiben die zwei Sachverhalte unterschiedlich zu behandeln. Als Beispiel für eine den Vertrag ändernde Klausel sei ein Rechnungsformular erwähnt, das - im Vordruck - die AGB des Rech-

---

42 Gautschi, N 23 c zu Art. 400 OR. Vgl. hinten, 143.

43 Vgl. hinten, 106 ff.

44 Schmidlin, N 121 zu Art. 6 OR.

45 Schlegelberger/Hefermehl, N 141 zu § 346 HGB.

46 Vgl. zur Abgrenzung der Rechnung im Auftragsrecht hinten, 143 f.; s. auch BGE 88 II 89 E. 3c; Semjud 1981 40 f.

47 BGE 112 II 500 ff.; zustimmend Gauch, Werkvertrag, N 1266. Zur weitgehend identischen Rechtslage in Österreich vgl. Straube/Kramer, N 50 zu § 346 HGB.

48 Vgl. hinten, 71 ff.

nungsstellers zum Vertragsinhalt erklärt. Ein solche nachträgliche Änderung des mündlich Vereinbarten kann nicht durch erstmalige Erwähnung der Klausel vorgenommen werden[49]. Dies gilt auch, wenn in der Rechnung ein anderer Erfüllungsort oder Gerichtsstand vermerkt ist oder sonstige für den Empfänger ungünstige[50] Klauseln eingefügt werden[51].

e) Bestätigungsverträge

Nach Abschluss des mündlichen Vertrages vereinbaren Parteien gelegentlich, dass der Vertragsinhalt zusätzlich in einem Schriftstück deklarativ (zu Beweiszwecken) festgehalten werden soll[52]. Diese Zusatzvereinbarung wird als Bestätigungsvertrag[53], das einzelne Dokument als *deklaratorisches* oder *deklaratives Bestätigungsschreiben* bezeichnet.

Für die Wirkungen des Schweigens auf ein Bestätigungsschreiben kann es nicht darauf ankommen, ob ein Bestätigungsvertrag geschlossen wurde; es macht also keinen Unterschied, ob die Parteien eine entsprechende Vereinbarung getroffen haben oder nicht. Die aus dem Bestätigungsvertrag berechtigte Partei hat bloss das Recht, eine schriftliche Bestätigung zu verlangen; weicht die Bestätigung vom mündlich Vereinbarten ab, so ergeben sich keinerlei Unterschiede zum Normalfall des unaufgefordert zugestellten Bestätigungsschreibens.

f) Bitte um Bestätigung und Bestätigungspflicht

Haben die Parteien mündlich verhandelt und verlangt zu einem späteren Zeitpunkt eine Partei eine Bestätigung des geschlossenen Vertrages, so ändert dies nichts an der Verbindlichkeit des mündlichen Vertrages. Das Begehren um Bestätigung stellt nichts anderes dar als eine Offerte zur Änderung bzw. Ergänzung des Vertrages in dem Sinne, dass dem Offerenten ein Recht auf Ausfertigung einer Bestätigung zustehen soll. Das Schweigen des Empfängers bedeutet nicht, dass er mit diesem Anliegen einverstanden ist, besteht doch kein Anlass für den Bittsteller, das Schweigen anders denn als Ablehnung der

---

49 Schmidlin, N 121 zu Art. 6 OR. Dieser Autor will jedoch bei Verkehrsüblichkeit der Klauseln aufgrund eines Handels*brauches* eine Ausnahme machen. Ähnlich Schlegelberger/Hefermehl, N 141 zu § 346 HGB mit dem Hinweis, dass Handels*üblichkeit* nicht genüge.

50 Für den Empfänger günstige Klauseln werden Bestandteil des Vertrages; der Absender muss davon ausgehen, dass das Schweigen des Empfängers als Einverständnis zu betrachten ist.

51 Schlegelberger/Hefermehl, N 141 zu § 346 HGB.

52 MünchKomm-Kramer, N 27 zu § 151 BGB.

53 Kuchinke, 167 ff.; Osswald, 52 ff.

Offerte zu interpretieren. Eine Pflicht zur Bestätigung - und damit zur Erstellung einer Beweisurkunde - setzt jedenfalls eine Übereinkunft voraus.

§ 2 Zweck des Bestätigungsschreibens und Bedeutung als Beweismittel

1. Zweck des Bestätigungsschreibens im allgemeinen

Durch die Versendung eines Bestätigungsschreibens sollen Differenzen zwischen dem Absender und dem Empfänger aufgedeckt und, sofern dies möglich ist, innert kurzer Frist beseitigt werden. Beide Parteien haben nämlich ein meist finanzielles Interesse daran, eine bestehende Unsicherheit bzw. Unklarheit über den Vertragsinhalt auszuräumen. Sie wollen mit der Verwendung von Bestätigungsschreiben sicherstellen, dass die Rahmenbedingungen ihres wirtschaftlichen Handelns definiert sind und Streitigkeiten über die vertraglichen Rechte und Pflichten der Vertragspartner vermieden werden. Die Vermeidung solcher Differenzen vermag etwa die Fortführung der Geschäftsbeziehungen zu gewährleisten. Im weiteren beabsichtigen die Parteien, mit Hilfe des Bestätigungsschreibens ein allfälliges gerichtliches Verfahren *schnell* durchzuführen. Zusammenfassend kann somit gesagt werden, dass das Bestätigungsschreiben der *Klarstellung der Rechtslage* zwischen den Parteien dient[1].

Eine *mündliche* Bestätigung erfüllt die Bedürfnisse der Parteien nur unzureichend, selbst wenn sie vor unbeteiligten, vertrauenswürdigen Dritten - welche als Zeugen im Prozess vorzuladen wären - abgegeben wird. Denn der Aufwand, ein Dokument einem (vielleicht ausländischen) Richter vorzulegen, ist viel geringer als die doch etwas schwerfällige Vorladung und Einvernahme von Zeugen. Hinzu kommt, dass es schwierig und kostspielig ist, neutrale Dritte beizuziehen. Das Bedürfnis, den abgeschlossenen Vertrag schriftlich zu bestätigen, ist deshalb nicht nur bei telefonisch geschlossenen, umfangreichen und komplizierten Vertragsschlüssen evident[2].

Eine der schriftlichen Bestätigung ähnliche Lösung besteht in der *Unterzeichnung der Verhandlungsprotokolle* zum Zeichen ihrer Richtigkeit und Vollständigkeit. Damit kommen diese Protokolle, was ihre Wirkungen betrifft, eigentlich den Bestätigungsschreiben gleich. Oftmals sind aber die anlässlich der Verhandlungen geführten Protokolle (absichtlich oder nicht) lücken- und damit mangelhaft, etwa weil sie von einer Partei allein erstellt worden sind. Angesichts dieser potentiellen Abweichungen vom tatsächlich Vereinbarten verzichten die Parteien deshalb in aller Regel darauf, die Protokolle an Ort und Stelle der Verhandlungen bzw. später zu unterzeichnen. Die eben aufge-

---

1 Schläpfer, 73.

2 MünchKomm-Kramer, N 10 zu § 151 BGB.

führten Ziele, welche mit dem Bestätigungsschreiben verfolgt werden, können somit durch eine sofortige Protokollunterzeichnung nur teilweise erreicht werden.

Schliesslich kommt dem Bestätigungsschreiben ein weiterer Zweck zu, den etwa das unterzeichnete Protokoll nicht besitzt. Ein Bestätigungsschreiben kann nämlich nicht nur dazu verwendet werden, bereits Vereinbartes wiederzugeben: in einem Bestätigungsschreiben können beispielsweise auch *Erfüllungsmodalitäten*, über die anlässlich der Vertragsverhandlungen gar nicht gesprochen wurde, entweder abweichend vom dispositiven Gesetzesrecht oder präzisierend geregelt werden. Solche Ergänzungen des mündlichen Vertrages sind zulässig, wenn auch nur in engen Grenzen[3].

Es erstaunt deshalb nicht, dass sich das Bestätigungsschreiben angesichts all dieser Vorteile zu einer *alltäglichen Erscheinung des Geschäftslebens* entwikkelt hat. Dabei kann aber kaum mehr übersehen werden, dass sich in der Praxis gelegentlich hinter dem Deckmantel der Sicherheit des kaufmännischen Rechtsverkehrs und von Treu und Glauben *der Wettlauf um das letzte Wort* verbirgt, der die Frage der inhaltlichen Ausgestaltung des Vertrages in Haupt- und Nebenpunkten nicht in der Form gegenseitiger Absprachen entscheidet, sondern durch einseitige Bestimmung desjenigen, der das letzte Wort hat[4]. Einer solchen Entwicklung muss Einhalt geboten werden und dem Grundprinzip der gegenseitigen Übereinstimmung der Willensäusserungen beim Vertragsschluss mehr Gewicht beigemessen werden, als es heute bei der Beurteilung des Schweigens auf ein Bestätigungsschreiben zuweilen geschieht.

Diese Arbeit versucht unter anderem, die sicherlich berechtigten Interessen der Parteien an der einfachen Durchsetzung ihrer Rechtsansprüche mit Hilfe des Bestätigungsschreibens zu beachten und gleichzeitig übertriebene Anforderungen an die Antwort"pflicht" des schweigenden Empfängers eines Bestätigungsschreibens zu vermeiden.

---

3 Vgl. hinten, 74.

4 Osswald, 3.

2. Das Bestätigungsschreiben als Beweismittel

Im Zivilprozess haben die Parteien den Sachverhalt gemäss der Verhandlungsmaxime darzulegen[5]. Dabei wird der Absender des Bestätigungsschreibens in aller Regel behaupten, es sei ein Vertrag mit dem bestätigten Inhalt zustande gekommen. Bestreitet dies der Empfänger, so muss grundsätzlich ein Beweisverfahren durchgeführt werden. Art. 8 ZGB als zentrale Regelung der Beweislast im Bundesprivatrecht weist nun dem Absender die Last (nicht die Pflicht) zu, den Bestand bzw. den Abschluss des Vertrages - also das Übereinstimmen der Willenserklärungen über die wesentlichen Punkte - zu beweisen[6].

Dem Bestätigungsschreiben - sei ihm widersprochen worden oder nicht - und den vorne[7] davon unterschiedenen Schriftstücken kommt eine grosse beweisrechtliche Bedeutung zu. Im folgenden soll das deklarative Bestätigungsschreiben, aber auch das Bestätigungsschreiben mit konstitutiver Wirkung näher behandelt werden. Es wird sich zeigen, dass bereits die geltende Beweislastverteilung den rechtzeitigen Widerspruch des Empfängers geradezu herausfordert.

a) Das Bestätigungsschreiben als Beweismittel für die Abgabe der Erklärung

Zunächst erbringt das sich im Besitz des Empfängers befindende Schreiben den vollen Beweis, dass eine Erklärung des verurkundeten Inhalts abgegeben wurde. Diese Beweiskraft wird aufgehoben durch den Beweis, dass das Schreiben nicht echt ist oder nicht in der Absicht übergeben wurde, eine Bestätigung zu erklären[8]. Es handelt sich dabei um die sogenannte *urkundliche Beweiskraft*, die von der deklaratorischen Funktion des Bestätigungsschreibens zu unterscheiden ist[9].

Der Absender trägt die Beweislast, dass das Schreiben dem Empfänger zugestellt wurde[10]. Demgegenüber hat der Empfänger zu beweisen, dass er widersprochen hat und dass der Widerspruch rechtzeitig erfolgte[11].

---

5 Vgl. z.B. § 54 Abs. 1 ZPO-ZH.
6 Art. 1 OR; BGE 84 II 272.
7 Vgl. vorne, 6 ff.
8 Schönenberger/Jäggi, N 83 zu Art. 6 OR.
9 Vgl. Schmidlin, N 86 zu Art. 6 OR.
10 Kramer, N 96 zu Art. 1 OR; Schönenberger/Jäggi, N 226 zu Art. 1 OR.
11 Vgl. für Art. 6 OR Guldener, 52; Yung, 349.

Der Empfänger hat aber nicht zu beweisen, dass eine Erklärung des vom Absender behaupteten Inhalts *nicht* abgegeben wurde: der Gegenbeweis besteht nicht im Beweis des Gegenteils[12], und negative Tatsachen sind grundsätzlich sowieso nicht zu beweisen[13]. Der Empfänger hat bloss beweismässige Anhaltspunkte zu erstellen, die verhindern, dass der Hauptbeweis den Richter überzeuge. Um erfolgreich zu sein, braucht daher der Gegenbeweis beim Richter nur Zweifel an der Richtigkeit der Gegenstand des Hauptbeweises bildenden Sachdarstellung wachzuhalten, weil es damit beim Zustand der Beweislosigkeit bleibt, deren Folgen zum Nachteil des Absenders ausfallen[14]. Der Empfänger eines Bestätigungsschreibens kann somit beispielsweise geltend machen, das Schreiben sei ihm nicht zugestellt oder nachträglich verfälscht worden. Ein Widerspruch - mag er rechtzeitig oder verspätet sein - schliesst in aller Regel den Gegenbeweis aus, eine Bestätigung sei nicht erfolgt.

b) Das Bestätigungsschreiben als Indiz für den Vertragsschluss

Das Bestätigungsschreiben bildet - wird ihm widersprochen oder nicht[15] - auch ein Indiz für den Abschluss des bestätigten mündlichen Vertrages, aber nicht den vollen Beweis. So erkannte das Bundesgericht, dass auf das Zustandekommen des Vertrages nicht allein deshalb zu schliessen ist, weil "die Kläger noch am gleichen Tage ... ein Bestätigungsschreiben an die Beklagte sandten"[16]. Dies muss schon deshalb gelten, weil der Verfasser ansonsten die Beweislage auf verführerisch einfache und damit wohl öfters wahrheitswidrige Weise zu seinem eigenen Nutzen beeinflussen könnte. Trotzdem ist es sicherlich zulässig, dass der Verfasser und Absender eines Bestätigungsschreibens einen beweisrechtlichen Zweck verfolgt und die Ausgangslage in einem zukünftigen Prozess zu seinen Gunsten zu bestimmen versucht. Er wird deshalb zu seinem Vorteil einige der nachfolgenden Empfehlungen beachten, um seinem Schreiben zu möglichst grosser Beweiskraft zu verhelfen.

---

12 Kummer, N 108 zu Art. 8 ZGB. Ähnlich BGE 120 II 397: "Für das Gelingen des Gegenbeweises ist mithin bloss erforderlich, dass der Hauptbeweis erschüttert wird, nicht aber auch, dass der Richter von der Schlüssigkeit der Gegendarstellung überzeugt wird (BGE 76 II 194 E. 3). Insoweit unterscheidet sich der Gegenbeweis vom Beweis des Gegenteils, der sich gegen eine gesetzliche Vermutung richtet und seinerseits ein Hauptbeweis ist, für welchen das entsprechende Beweismass gilt."

13 Der Satz "negativa non sunt probanda" gilt aber eben nur als Grundsatz; zu den Ausnahmen s. Vogel, Kap. 10 N 39 ff.

14 Kummer, N 107 zu Art. 8 ZGB.

15 Zu den Auswirkungen des Widerspruchs in beweisrechtlicher Hinsicht vgl. insbesondere hinten, 17.

16 BGE 30 II 301.

Hierzu gehört wohl in erster Linie, dass ein Schreiben *möglichst bald* nach dem mündlichen Vertragsschluss verfasst und alsbald versandt wird. Der Absender wird auch gut daran tun, das Verhandlungsergebnis der anderen Vertragspartei sehr präzise mitzuteilen. Das Bestätigungsschreiben braucht jedoch nicht das ganze Vertragsergebnis in allen Einzelheiten zusammenzufassen. Es kann sich darauf beschränken, was die bestätigende Partei zur leichteren Beweisbarkeit festhalten will[17]. Die gewünschte beweisrechtliche Wirkung tritt aber dann nicht ein, wenn statt des mündlichen Vertragsschlusses bloss Besprechungen der Parteien bestätigt werden[18]. Des weiteren ist die Beweiskraft um so grösser, je glaubwürdiger der Bestätigende und namentlich je ungünstiger der Inhalt des Vertrages für den Bestätigenden ist[19]. *Berichtigt* der Absender sein Bestätigungsschreiben, so führt dies zu einer Abschwächung, jedoch nicht zu einer Beseitigung der Beweiskraft[20]. Hinsichtlich der Reaktion des Empfängers ist eine Zustimmung denkbar; sie verstärkt die Beweiskraft des Bestätigungsschreibens.

Als *Fazit* kann festgehalten werden, dass der Verfasser eines Bestätigungsschreibens somit bei der Formulierung bereits einiges zur Verbesserung seiner prozessrechtlichen Situation vorkehren kann. Dies alles soll jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass das Bestätigungsschreiben - ob ihm nun widersprochen wurde oder nicht - jedenfalls der freien Beweiswürdigung durch das erkennende Gericht unterliegt[21].

c) Beweisrechtliche Folgen des Widerspruchs durch den Empfänger

aa) Rechtzeitiger Widerspruch

Widerspricht der Empfänger, so beseitigt dies die Beweiskraft des Bestätigungsschreibens nicht vollständig; zweifellos verliert ein Bestätigungsschreiben aber bei unverzüglichem Widerspruch seine eminente beweisrechtliche Bedeutung für den Absender. Widerspricht ein Empfänger rechtzeitig, so *vermindert* sich also die Beweiskraft des Bestätigungsschreibens - es bleibt ein Indiz für den Abschluss und den Inhalt des bestätigten Vertrages[22]. Eine Gegenbestätigung des Empfängers hat ähnliche Folgen wie ein Widerspruch, sofern sie sich vom ersten Schreiben unterscheidet.

---

17 Vgl. Schmidlin, N 82 zu Art. 6 OR.

18 ZWR 1968 295.

19 Schönenberger/Jäggi, N 84 zu Art. 6 OR.

20 Schönenberger/Jäggi, N 84 und 109 zu Art. 6 OR. Vgl. auch die ähnliche Situation beim Widerspruch des Empfängers eines Bestätigungsschreibens hinten, 17.

21 Schmidlin, N 85 zu Art. 6 OR.

22 Schönenberger/Jäggi, N 84 zu Art. 6 OR.

bb) Verspäteter Widerspruch

Der verspätete Widerspruch auf ein Bestätigungsschreiben vermag die Vermutung, der Empfänger habe der Bestätigung bereits zugestimmt, nicht mehr aufzuheben. Der verspätet Widersprechende sieht sich somit in der gleichen beweisrechtlichen Situation wie der stillschweigende Empfänger[23].

d) Schweigen des Empfängers des Bestätigungsschreibens

aa) Im allgemeinen

Während der rechtzeitige Widerspruch wenig Probleme aufwirft, muss der Fall des stillschweigenden Empfängers näherer Betrachtung unterzogen werden. Der Absender wird nämlich den Empfänger in aller Regel bei seinem Stillschweigen behaften wollen und deshalb behaupten, der Empfänger habe durch sein Schweigen die Richtigkeit der Bestätigung und damit auch den Abschluss und Inhalt des bestätigten Vertrages anerkannt.

In der Tat bildet das Stillschweigen ein starkes Indiz, ja unter Umständen den vollen Beweis für die Anerkennung, die Bestätigung sei richtig. Der Verfasser eines Bestätigungsschreibens erfährt somit eine oft entscheidende Verbesserung seiner beweisrechtlichen Lage, da die Beweiskraft des Bestätigungsschreibens durch die Passivität des Empfängers erhöht wird. Diese Veränderung der beweisrechtlichen Situation besteht in der *Vermutung*, das Bestätigungsschreiben als Beweisurkunde sei grundsätzlich *vollständig und richtig*, wenn ihm nicht unverzüglich widersprochen wird[24]. Es ist heute von Lehre und Rechtsprechung fast einhellig anerkannt, dass diese Vermutung die angemessene Folge des versäumten bzw. verspäteten Widerspruchs ist; umstritten ist hingegen, auf welchen Personenkreis sie anzuwenden ist[25]. Dem Empfänger gegenüber spricht somit eine natürliche Vermutung für die Richtigkeit des Bestätigungsschreibens, wenn er geschwiegen hat, obwohl es ihm zumutbar gewesen wäre, eine nachträglich behauptete Unrichtigkeit durch

---

23 Schmidlin, N 118 zu Art. 6 OR. Dieser Autor gesteht (zu Recht) dem verspätet Widersprechenden den Nachweis zu, das Bestätigungsschreiben stimme mit dem im Vertragsschluss Vereinbarten nicht überein, objektive Gründe hätten am rechtzeitigen Widerspruch gehindert oder dem Bestätigenden würden aus der Verspätung, die allerdings entschuldbar sein muss, keine Nachteile erwachsen.

24 BGE 71 II 224; BJM 1982 32; Extraits 1979 15; LGVE 1978 I 470 Nr. 413; ZWR 1968 293; Bucher 142; MünchKomm-Kramer, N 43 zu § 151 BGB; Merz, N 238; Schmidlin, N 117 zu Art. 6 OR.

25 Hierzu vgl. hinten, 19.

Widerspruch zu korrigieren[26]. Es handelt sich hier um eine *Erfahrungsvermutung*, also um eine Schlussfolgerung aus bewiesenen Tatsachen auf weitere, nicht bewiesene Tatsachen. Der Richter zieht diesen Schluss auf Grund der Lebenserfahrung. Eine Umkehr der Beweislast findet nicht statt, auch wenn die Auswirkungen ähnlich sind: nicht der Beweis des Gegenteils, sondern der Gegenbeweis muss erbracht werden, was durch den Nachweis von Zweifeln an der Richtigkeit der Indizien und der daraus gezogenen Schlussfolgerung geschehen kann[27].

Der schweigende Empfänger gerät also in eine schwierige beweisrechtliche Situation. Zuerst wird er versuchen, den Richter davon zu überzeugen, dass ihm ein Widerspruch nicht zugemutet werden konnte. Gelingt ihm dies nicht, so hat der stillschweigende Empfänger - wegen der eben genannten Vermutung - beim Richter Zweifel daran zu erwecken, dass das Bestätigungsschreiben vollständig und richtig ist. In aller Regel wird ihm dies nur selten gelingen[28].

Im Ergebnis unterscheiden sich rein deklaratorische und konstitutive Bedeutung des Schweigens kaum, wenn dem Empfänger für die Widerlegung der Vermutung keine wirksamen Beweismittel zur Verfügung stehen. Als Beweismittel in Frage kommen beispielsweise Zeugen, die der Empfänger über seine Absichten oder über den erfolgten mündlichen Vertragsschluss orientiert hat, Vorbereitungshandlungen, die sich nur aus dem behaupteten Vertragsinhalt erklären lassen, sowie die Unwahrscheinlichkeit des Eingehens von Verpflichtungen, die seine finanziellen Möglichkeiten weit übersteigen[29].

bb) Wirkungsbereich der Vermutung in persönlicher Hinsicht

Es stellt sich die Frage, *wen* die eben genannte Beweislastfolge der Richtigkeits- bzw. Vollständigkeitsvermutung treffen soll. Hierzu hat man sich den Zweck dieser Vermutung vor Augen zu führen: das Ziel der Beweislastfolge ist es bloss, im Sinne von BGE 71 II 224 den *Verkehrsschutzbedürfnissen der kaufmännischen Geschäftspraxis* Rechnung zu tragen. Für den übrigen ("privaten") Rechtsverkehr besteht keine Praxis, wonach der Absender eines Bestätigungsschreibens bei Unstimmigkeiten einen Widerspruch erwarten darf. Hinzu kommt, dass unter Personen, welche nicht Kaufleute sind, auch keine weit verbreitete Übung existiert, mündlich geschlossene Verträge überhaupt schriftlich zu bestätigen. Daraus ergibt sich, dass im privaten Bereich ein Verkehrsschutzbedürfnis des Absenders fehlt.

---

[26] Bucher, 142; Gauch/Schluep, N 1161.

[27] Vgl. Vogel, Kap. 10 N 50 f.; s. auch Kramer, Vertragsschluss, 10 FN 37, sowie vorne, 16.

[28] Kramer, Bestätigungsschreiben, 106, schätzt das dem Empfänger gewöhnlich obliegende Beweisrisiko ähnlich gross ein.

[29] Merz, N 233, unter Hinweis auf Schönenberger/Jäggi, N 85 zu Art. 6 OR.

Die Vermutung der Richtigkeit und Vollständigkeit tritt somit nicht in allen Fällen von unwidersprochenen Bestätigungsschreiben ein. Einer geschäftlich unerfahrenen Partei darf diese wohl prozessentscheidende Beweislastfolge nicht zugemutet werden; unter zwei Nichtkaufleuten erfolgt keine Veränderung der beweisrechtlichen Situation. Der Absender des Bestätigungsschreibens hat im nichtkaufmännischen Verkehr den vollen Beweis zu erbringen, dass der von ihm im Bestätigungsschreiben behauptete Vertrag mündlich zustande gekommen ist[30]. Nur wenn Kaufleute handeln, soll der stillschweigende, den rechtzeitigen Widerspruch versäumende Empfänger eines Bestätigungsschreibens in beweisrechtlicher Hinsicht einen gewichtigen Nachteil erleiden[31].

Wie kann nun aber der Personenkreis der "Kaufleute" definiert werden? Im folgenden sollen - nach einer näheren Umschreibung des Begriffes des Kaufmanns - drei Fallkonstellationen analysiert werden. Während bei der ersten sowohl der Absender als auch der Empfänger Kaufleute sind, haben bei der zweiten bloss der Absender und bei der dritten nur der Empfänger diese Eigenschaft. Als Ausgangspunkt dient die Frage, ob dem Empfänger der Widerspruch hätte zugemutet werden dürfen. Es sei bereits an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass m.E. beim Bestätigungsschreiben mit konstitutiven Wirkungen für die Bestimmung des zum Widerspruch verpflichteten Personenkreises *andere Kriterien* als die sogleich aufgeführten gelten[32].

aaa) Begriff des kaufmännischen Verkehrs

Unter dem Begriff des kaufmännischen Verkehrs müssen grundsätzlich die Geschäfte der im Rahmen ihres Gewerbebetriebes kontrahierenden Kaufleute verstanden werden[33]. Dabei ist es m.E. unerheblich, ob ein Kaufmann bzw. ein kaufmännisches Unternehmen im Handelsregister eingetragen ist, werden doch mit dem Eintrag hauptsächlich Publizitätsbedürfnisse befriedigt. Auch ist es nicht erforderlich, dass die Parteien miteinander bereits in einer Geschäftsbeziehung standen[34].

Die Wirkungen des Bestätigungsschreibens sollen aber auch für jene Personen gelten, die in erheblichem Masse Geschäfte tätigen und bei denen zu vermu-

---

30 Kramer, Bestätigungsschreiben, 106 FN 49.

31 Kramer, Bestätigungsschreiben, 106.

32 Vgl. hinten, 94.

33 Kramer, Bestätigungsschreiben, 106; BJM 1982 31. Zum Begriff des kaufmännischen Gewerbes vgl. Art. 934 Abs. 1 OR und Art. 53 lit. a HRV.

34 BGE 30 II 302 erwähnt in diesem Zusammenhang allerdings den Eintrag ins Handelsregister und den Bestand von Geschäftsbeziehungen. Allein für sich genommen scheinen diese Eigenschaften aber die Kaufmannseigenschaft nicht zu begründen; das Bundesgericht weist denn auch darauf hin, dass die Empfängerin einen grösseren Handel mit Metallen betrieb.

ten ist, dass sie mit den Bräuchen des kaufmännischen Verkehrs vertraut sind[35]. So kann ein Bestätigungsschreiben auch unter Nichtkaufleuten Wirkungen entfalten, insbesondere falls die Vertragspartner geschäftsgewandt sind. Man kann beispielsweise einen Rechtsanwalt oder den Leiter eines grösseren Landwirtschaftsbetriebs durchaus als geschäftsgewandt bezeichnen, wobei im Einzelfall anders entschieden werden kann[36].

Auch wenn eine Partei noch niemals ein spezifisches Geschäft getätigt hat, kann sie aufgrund der in ihrem üblichen beruflichen Tätigkeitsgebiet erworbenen Geschäftsgewandtheit durch ihr Schweigen in beweisrechtlicher Hinsicht gebunden sein[37]. Ausschlaggebend ist, ob sie mit den kaufmännischen Gebräuchen vertraut ist. Demgegenüber ist jedoch der mit diesen Usanzen vertraute Geschäftsmann in seinem privaten Handeln nicht an sein Schweigen gebunden. Tritt er als "gewöhnlicher" Verbraucher auf, so hat er nicht damit zu rechnen, dass sein Vertragspartner das Schweigen als Einverständnis verstehen darf und muss.

bbb) Fallkonstellationen

Die Wirkungen des Schweigens auf ein Bestätigungsschreiben treten natürlich insbesondere dann ein, wenn *beide* Kontrahenten Kaufleute sind bzw. zum eben beschriebenen erweiterten Personenkreis gehören. Wird dem privaten Partner - es handelt sich hier um die zweite Fallgruppe - ein Bestätigungsschreiben geschickt, so kann bei ihm die Kenntnis der Handelsgebräuche nicht vorausgesetzt werden, und die besonderen Wirkungen des Schweigens auf ein Bestätigungsschreiben treten deshalb nicht ein[38].

Verfasst ein Privater ein Bestätigungsschreiben und schickt er es an einen Kaufmann, so darf kein Unterschied gemacht werden zu derjenigen Fallkonstellation, bei der sich zwei Kaufleute gegenüberstehen. Der Private kennt anscheinend die kaufmännische Übung, nach einem mündlichen Vertragsschluss Bestätigungsschreiben zugehen zu lassen, und kann deshalb den Empfänger bei seinem Schweigen behaften[39]. Es ist demnach nicht immer erforderlich, dass es sich sowohl beim Empfänger als auch beim Absender um Kaufleute bzw. geschäftsgewandte Personen handelt.

---

35 Schmidlin, N 113 zu Art. 6 OR; Secrétan, 242.

36 Bydlinski, FS Flume, 354. Vertreter dieser Berufgattungen müssen sich nicht im Handelsregister eintragen lassen (vgl. BGE 100 Ib 345 ff.; 97 I 417 ff.), was aber nichts daran ändert, dass sie als geschäftsgewandt gelten können.

37 Dies hebt SJZ 1954 229 Nr. 123 hervor; es scheint, dass in diesem Fall die Parteien eines Fahrzeugkaufes nicht mit Automobilen zu handeln pflegten. Trotzdem wurde angenommen, dass zumindest eine Partei in ihrer beruflichen Stellung genügend geschäftliche Gewandtheit erworben hatte.

38 Vgl. Bydlinski, FS Flume, 354.

39 Ähnlich Bydlinski, FS Flume, 354.

Ob das Stillschweigen reicht, um den Beweis über das Zustandekommen und den Inhalt des Vertrages zu führen, hängt somit zusammenfassend davon ab, ob der *Empfänger geschäftsgewandt* ist und ob der Widerspruch verkehrsüblich ist[40]. Die Beweislast für die Zugehörigkeit des Empfängers zum Personenkreis trifft dabei den Absender des Bestätigungsschreibens[41].

e) Vermutung und Nebenabreden

Die Vermutung der Richtigkeit und Vollständigkeit beim unwidersprochen gebliebenen Bestätigungsschreiben schliesst den Beweis von ergänzenden Nebenabreden nicht aus. Sowohl der Empfänger als auch der Absender können beweisen, dass man mündlich weitere, vom Absender nicht im Schreiben festgehaltene Vereinbarungen getroffen hat[42].

Der Absender kann also beweisen, wie das *vollständige* Ergebnis der mündlichen Vereinbarung lautet, auch wenn er den Verzicht auf die Bestätigung einzelner Klauseln zu erklären haben wird. Je bedeutender die nicht bestätigte Nebenabrede aber für den Absender war, desto grösser wird sein Beweisrisiko einzuschätzen sein. Gelingt dem Absender der Beweis nicht, so gilt ausschliesslich die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit des Bestätigungsschreibens. Allein der Umstand, dass das Bestätigungsschreiben als vollständig und richtig vermutet wird, steht also der Berücksichtigung mündlicher Nebenabreden nicht entgegen[43].

Behauptet der Absender, dass er etwas bestätigt hat, was nicht stimmt, so trägt er hierfür die Beweislast. Auch der Empfänger kann den Absender somit beim Bestätigungsschreiben behaften[44].

f) Besonderheiten beim Bestätigungsschreiben mit konstitutiver Wirkung

Der Empfänger kann den Beweis führen, dass das Schreiben nicht richtig ist, und somit die Vermutung zerstören. Spätestens dann wird der Absender aber behaupten, das vom mündlichen Vertrag abweichende Bestätigungsschreiben habe auch konstitutive Wirkung[45].

---

40 Schönenberger/Jäggi, N 92 zu Art. 6 OR.

41 Ebenso MünchKomm-Kramer, N 44 zu § 151 BGB.

42 Ähnlich NJW 1964 589 Nr. 2.

43 Schlegelberger/Hefermehl, N 134 zu § 346 HGB.

44 LGVE 1978 I 470 Nr. 413.

45 Zum Bestätigungsschreiben mit konstitutiver Wirkung s. hinten, 71 ff.

Die früher geltende Beweislastverteilung wurde in einem neueren BGE[46] wesentlich verändert: der Doppelbeweis gemäss BGE 71 II 223 ff. muss nicht mehr erbracht werden. Vielmehr beurteilt sich nach einem objektiven Massstab, ob das Bestätigungsschreiben derart vom Verhandlungsergebnis abweicht, dass nach Treu und Glauben nicht mehr mit dem Einverständnis des Empfängers gerechnet werden darf[47]. Dies hat zur Folge, dass es in jedem Fall Aufgabe des Absenders des Bestätigungsschreibens ist, den Beweis hinsichtlich wirksamer Annahme des (als Offerte zu einer Vertragsmodifizierung zu wertenden) Bestätigungsschreibens durch konkludentes Schweigen des Empfängers zu führen[48]. Der Absender muss beweisen, dass er - nach objektivem Massstab - mit dem Einverständnis des Empfängers rechnen durfte. Unrichtig ist es demnach, den Empfänger den Beweis führen zu lassen, dass eine Bindungswirkung für ihn ausnahmsweise nicht eingetreten war, da die Abweichung zu gross sei[49].

---

46 BGE 114 II 250 ff. Zu den weiteren Aspekten dieses Entscheides vgl. hinten, 61 ff.

47 BGE 114 II 252 unter Hinweis auf Schmidlin, N 100 ff. zu Art. 6 OR.

48 Vgl. für das deutsche Recht MünchKomm-Kramer, N 44 zu § 151 BGB.

49 So aber die wohl herrschende Ansicht in Deutschland; a.A. mit überzeugenden Argumenten insbesondere MünchKomm-Kramer, N 25 und 44 zu § 151 BGB.

3. Fazit

Im Resultat wird der Empfänger eines Bestätigungsschreibens, welches dem mündlich Vereinbarten widerspricht, schon aus beweisrechtlichen Überlegungen nicht umhin können, innert Frist zu remonstrieren. Andernfalls wird die Richtigkeits- und Vollständigkeitsvermutung greifen; eine nachträgliche Widerlegung wird regelmässig schwierig sein, da nur mündliche Verhandlungen vorausgegangen sind. Aus diesem Grunde verbleibt dem Bestätigungsschreiben trotz der hinten postulierten eingeschränkten materiellen Bedeutung eine grosse praktische Wirkung[50]. Es ist deshalb der Feststellung von Bydlinski zuzustimmen, dass das Bestätigungsschreiben "im weiten Bereich zweifelhafter Beweis- und Auslegungsfragen bezüglich des wirklich Vereinbarten den Ausschlag geben wird"[51].

---

50 Vgl. zu dieser Einschränkung hinten, 74 ff.; Götz/Huhn, 315.

51 Bydlinski, Privatautonomie, 201.

2. Teil: Schweigen auf ein Bestätigungsschreiben

§ 3 Das Schweigen im Vertragsrecht im allgemeinen

Ein Überblick über die Problematik des Schweigens im Vertrags- und insbesondere im Vertragsschlussrecht sowie über die vom Gesetzgeber vorgesehenen Lösungen erscheint an dieser Stelle sinnvoll. Es wird nämlich hinten dargelegt werden, dass das Bestätigungsschreiben und das darauffolgende Schweigen auf vertrauenstheoretischer Grundlage behandelt werden sollten und in die allgemeine Dogmatik des Vertragsschlusses integriert werden müssen.

1. Überblick

Man kann das Schweigen als Fehlen einer menschlichen Äusserung und enger als Fehlen einer mündlichen Äusserung verstehen. Diese Definition des Begriffes Schweigen bietet wenig Probleme, werden doch der Wille und die Absicht des Schweigenden nicht berücksichtigt. Demgegenüber bereiten das Erkennen und die Deutung des ("wahren") Willens des Schweigenden einige Schwierigkeiten. Dies ergibt sich schon bei einem Blick in ein Wörterbuch: es wird dem Schlagwort Schweigen nämlich neben dem Sinn "Stille" - welcher die subjektive Komponente unbeachtet lässt - auch die Bedeutung "Ablehnung, etwas zu sagen" beigegeben[1]. Wird damit impliziert, dass der Schweigende nichts sagen und nichts *ausdrücken* will; also weder ein Ja noch ein Nein, weder eine Zusage noch eine Ablehnung? Im Vertragsrecht jedenfalls erhält das Schweigen auch öfters eine andere Bedeutung - das Schweigen drückt positiv etwas aus und bedeutet gelegentlich Zustimmung zum von der Gegenpartei Gesagten, gelegentlich aber auch dessen Ablehnung. Die von der Umgebung vorgenommene Interpretation kann zu Missverständnissen führen, wenn sie sich nicht mit dem Willen des Schweigenden deckt.

Man darf aber wohl davon ausgehen, dass Schweigen in aller Regel vom Gegenüber nach Berücksichtigung der relevanten Umstände *richtig* interpretiert werden wird, d.h. in Übereinstimmung mit dem Willen des Schweigenden. Statistische Untersuchungen über die Häufigkeit von Fehlinterpretationen fehlen wegen der offensichtlichen Problematik: die Erfassung aller Situationen, in denen Schweigen zu Schwierigkeiten im Rechtsverkehr führt, wäre annäherungsweise vielleicht noch möglich durch die Untersuchung von Gerichtsverfahren[2]. Undurchführbar muss aber die Feststellung der Anzahl der unproblematischen Fälle sein, bei denen das Schweigen im genannten Sinne richtig interpretiert wird. Dass Fehlinterpretationen aber vorkommen und zu Störungen der Kommunikation führen, ergibt sich allein schon aus der Tatsache, dass sich die Parteien und der Gesetzgeber bemühen, dem Schweigen eine oder mehrere *bestimmte* Bedeutungen bzw. Rechtsfolgen zukommen zu lassen.

Die Bemühungen der Parteien finden ihren Ausdruck u.a. in privatrechtlichen Vereinbarungen, welche dem Schweigen einer Vertragspartei in gewissen, meist näher umschriebenen Umständen einen bestimmten Sinngehalt geben. Die Parteien kommen etwa ausdrücklich überein, dass Stillschweigen eine bestimmte *Erklärung durch Schweigen* ist. Aus dem Schweigen wird nicht auf eine Erklärung geschlossen, sondern das Schweigen drückt selbst die Erklä-

---

1 Der Sprach-Brockhaus, 9. Aufl., Wiesbaden 1984, 721.

2 Aber auch hier sind schwierige Fragen zu lösen, so u.a. solche hinsichtlich der relevanten Gerichte oder der Einbeziehung der privaten Gerichtsbarkeit.

rung aus und gilt zwischen den Parteien aufgrund der Sondervereinbarung als *ausdrückliche Willenserklärung*[3].

[3] Vgl. für das Schweigen als Annahme aufgrund vorausgehender Abrede Flume, 64; Schmidlin, N 44 zu Art. 6 OR; Schönenberger/Jäggi, N 18 zu Art. 6 OR.

2. Die Behandlung des stillschweigenden Vertragsschlusses im OR

Der Gesetzgeber hat bei der Regelung des Vertragsschlusses verschieden auf die eben dargestellten Probleme und Störungen des Rechtsverkehrs reagiert.

a) Art. 1 Abs. 2 OR

In Art. 1 Abs. 2 OR hat der Gesetzgeber für die Willenserklärungen festgehalten, dass sie *ausdrücklich* oder *stillschweigend* erfolgen können. Eine ausdrückliche Willenserklärung liegt dann vor, wenn der Erklärende seinen Geschäftswillen unmittelbar, durch ein gesellschaftlich anerkanntes oder durch die Parteien im Einzelfall vereinbartes Kommunikationsmittel äussert, vor allem expressis verbis[4]. Art. 1 Abs. 2 OR spricht nun aber nicht von den *konkludenten* Willenserklärungen als Pendant zu den ausdrücklichen, sondern von den stillschweigenden. Die Lehre ist sich indes einig, dass die Erklärung durch passives Stillschweigen nur einen (praktisch allerdings sehr bedeutsamen) Unterfall der konkludenten Willenserklärung darstellt, die durchaus auch in einem aktiven Verhalten bestehen kann[5].

Das Gesetz lässt es also zu, dass Stillschweigen eine konkludente Willenserklärung darstellen kann. Die Beurteilung, ob das Stillschweigen als konkludent gelten kann, ist nach den gleichen Gesichtspunkten festzustellen, nach denen auch ein konkludentes *Handeln* ausgelegt wird[6].

b) Art. 6 OR

aa) Anwendungsbereich

Eine weitere zentrale Bestimmung, welche sich mit dem Problem des Schweigens beim Vertragsschluss beschäftigt, findet sich in Art. 6 OR. Es

---

4 Kramer, N 7 zu Art. 1 OR. Weiter zur Begriffsbestimmung etwa Guhl/Merz/Koller, 94 ff.; Schläpfer, 10; Schönenberger/Jäggi, N 142 zu Art. 1 OR.

5 Kramer, N 9 zu Art. 1 OR, unter Hinweis auf von Tuhr/Peter, 163; ähnlich Yung, 346. Anders aber Gauch/Schluep, N 188 ff. Unter dem Begriff der stillschweigenden Willenserklärung (in Abgrenzung zur ausdrücklichen Erklärung) werden zusammengefasst a) die Erklärung durch Schweigen, b) die Erklärung durch konkludentes Verhalten sowie c) die Erklärung, soweit der erklärte Wille aus den Worten oder Zeichen einer reinen Erklärung nur unmittelbar hervorgeht.

6 So schon Schläpfer, 17.

wird die "stillschweigende Annahme" geregelt. Gemäss zutreffender Auffassung bezieht sich Art. 6 OR nur auf das passive Stillschweigen[7] und lässt den Vertrag nach Ablauf einer angemessenen Frist, innerhalb deren der Schweigende den Antrag ablehnen kann, verbindlich werden. Das Verhalten des stillschweigend Annehmenden ist nach den Regeln des Vertrauensprinzips[8] eine *passiv konkludente Willensäusserung*[9]. Auch ohne rechtsgeschäftliche Absicht des Schweigenden kann ihm sein Verhalten als normative Willenserklärung zugerechnet werden[10]. Die "stillschweigende Annahme eines Angebotes" in der Marginalie von Art. 6 OR erweist sich als konkludente (im Gesetzestext "stillschweigende") Willenserklärung gemäss Art. 1 Abs. 2 OR[11]. Art. 6 OR regelt also den Grenzfall stillschweigender konkludenter Annahme, bei der der Annehmende überhaupt nicht tätig wird und der Passivität des Empfängers lediglich aufgrund der Natur des Geschäftes oder der Umstände der Sinn eines konkludenten Verhaltens zukommt[12].

bb) Keine Fiktion des Abschlusswillens des Schweigenden

Der Wortlaut von Art. 6 OR ("so gilt der Vertrag als abgeschlossen") hat wohl dazu geführt, dass einzelne Autoren von einer gesetzlichen Fiktion[13] des Abschlusswillens des Schweigenden ausgegangen sind. So hat Kummer Art. 6 OR als Fiktion bezeichnet; Schläpfer nennt diese Bestimmung eine unwiderlegbare Vermutung[14]. Eine Fiktion liege dann vor, wenn das Gesetz - und

---

7 Das passive Stillschweigen lässt sich vom aktiv konkludenten Verhalten abgrenzen, vgl. Kramer, N 9 ff. zu Art. 1 OR.

8 Zum Vertrauensprinzip etwa: Deschenaux, 168 f.; Keller, 313 ff.; Oftinger, Verkehrsgeschäfte, 185 ff.; s. auch die rechtspolitische *Kritik* bei Piotet, 61 ff.

9 Vgl. Schmidlin, N 14 zu Art. 6 OR; Gauch/Schluep, N 455.

10 Kramer, Jura 1984 236 ff.; Kramer, N 13 zu Art. 1 OR; Schläpfer, 17; Schmidlin, N 14 zu Art. 6 OR; Secrétan, 237 ff. Hierzu bereits von Tuhr im Jahre 1896 (von Tuhr, 280, lehnt die Willenstheorie ab: "Fragt man sich nun, welche der beiden Theorien dem O.R. zu Grunde liegt, oder richtiger gesagt, zur Auslegung des Gesetzes dienlicher ist, so glaube ich der Erklärungstheorie den Vorzug geben zu müssen.") und das Bundesgericht rund zehn Jahre später (BGE 34 II 528:"Der entscheidende Standpunkt ist eben, gemäss der vom Bundesgericht stets vertretenen Erklärungs- oder Vertrauenstheorie, der des Empfängers der Erklärung. Massgebend ist für diese Frage, was er als vom Erklärenden ausgehenden Erklärungsinhalt annehmen durfte, und was er als Erklärungsmittel des Erklärenden halten konnte; wenn nur, was hier zutrifft, eine Kundgebung mit dem Zwecke der Erklärung gegenüber dem Gegner vorliegt und keine scheinbare Äusserung. Es ist deshalb auch zu sagen, dass es zum Vorliegen einer Willenserklärung eines Bewusstseins über den Inhalt überhaupt nicht bedarf.").

11 A.M. aber Schönenberger/Jäggi, N 6 zu Art. 6 OR.

12 Schmidlin, N 11 zu Art. 6 OR.

13 Zur Fiktion im allgemeinen vgl. hinten, 109; zur Unterscheidung von Fiktion und unwiderlegbarer Vermutung vgl. hinten, 110.

14 Kummer, N 347 zu Art. 8 ZGB (differenziert); Schläpfer, 35, unter Hinweis auf Oser, N 4 zu Art. 6 OR: "Seiner Formulierung nach handelt es sich bei Art. 6 OR um eine unwiderlegbare Vermutung (praesumptio iuris et de iure), bei der somit der Gegenbeweis einer abweichenden Willensmeinung ausgeschlossen ist, sofern die Voraussetzungen für diese Bestimmung vorliegen." Vgl. auch Piotet, 89; von Tuhr/Peter, 189.

gemäss BGE 62 II 40 nur es - eine Widerlegung ausschliesst[15]. Die Theorie von der Fiktion einer Erklärung und des Vertrages wird nun auch in der neueren Literatur wieder vertreten[16].

Im Zusammenhang mit Art. 6 OR ist diese Konstruktion jedoch überflüssig; das Schweigen kann nach dem Vertrauensprinzip ausgelegt werden, unter Berücksichtigung der Umstände oder der besonderen Natur des Geschäftes. Auch wenn der Abschlusswille fehlt, kann der Vertrag durch die gemäss dem *Vertrauensprinzip* zugerechnete ("finale") Willenserklärung zustande kommen. Art. 6 OR ist denn nichts anderes als ein gesetzlich geregelter Anwendungsfall des Vertrauensprinzips[17]. Die Annahme des fehlenden Abschlusswillens durch die Figur der Fiktion erscheint als unnötig. In Art. 6 OR findet sich somit *keine Fiktion* einer Willenserklärung.

Bei den früheren Bestimmungen über die stillschweigende Vertragsverlängerung im Mietrecht (Art. 268 aOR) und Pachtrecht (Art. 292 aOR) hatte der Wortlaut nahegelegt, der Gesetzgeber verwende Fiktionen. Leider wurden diese Bestimmungen in der Revision von 1989 nicht dahingehend verdeutlicht, dass es sich hierbei - nunmehr in Art. 266 Abs. 2 OR (Miete) und 295 Abs. 2 OR (Pacht) - "bloss" um widerlegbare gesetzliche Vermutungen handelt[18]. Ähnlich erging es bei der Neufassung von Art. 335 Abs. 2 und 3 aOR; Art. 334 Abs. 2 OR weist durch seine Formulierung auf eine Fiktion hin, obwohl hier eine Vermutung vorliegt[19].

Bei Erklärungsfiktionen besteht die rechtliche Tragweite darin, dass der Erklärungswert des angesprochenen Verhaltens gesetzlich unwiderleglich festgelegt wird (vgl. Kramer, N 63 zu Art. 1 OR).

15 Kummer, N 344 zu Art. 8 ZGB.

16 Vgl. insbesondere Koller, Vertragsabschluss, 70, 73 ff.; Brinkmann, passim. Nach diesen Autoren *fingiert* Art. 6 OR bei Vorliegen gewisser Voraussetzungen eine Annahmeerklärung. Art. 6 OR sei ein eigenständiger, fiktionstheoretischer Tatbestand (Brinkmann, 69).

17 Gauch/Schluep, N 455; Urs Ch. Nef, Obligationenrecht für Ingenieure und Architekten, 2. Aufl., Zürich 1993, 37. Ablehnend etwa Koller, Vertragsabschluss, 73.

18 Zum alten Recht: Becker, N 1 zu Art. 268 OR; Gauch, Mietvertrag, 373; Kummer, N 349 zu Art. 8 ZGB; Schmid, N 4 zu Art. 268 OR. Zum neuen Recht statt vieler Higi, N 41 ff. zu Art. 266 OR.

19 Rehbinder, N 11 ff. zu Art. 334 OR; Staehelin, N 20 ff. zu Art. 334 OR.

3. Weitere Tatbestände des Schweigens im Vertragsrecht und ihre Behandlung

Es wurde eben festgehalten, dass es sich bei Art. 6 OR nicht um eine gesetzliche Fiktion handelt. In anderen Fällen, in denen durch das passive Verhalten einer Partei die Rechtslage unsicher scheint, erfolgt die Klärung jedoch durch die *Fiktion einer Willenserklärung*[20]. Beispiele im OR sind etwa Art. 31 Abs. 1, Art. 201 Abs. 2 und 3, Art. 225 Abs. 1 und 2. Auch Art. 395 wird zu den Fiktionen gezählt[21]. Die Rechtslage, welche durch das passive Verhalten der schweigenden Partei bestimmt wird, wird in genereller Weise durch die in der Fiktion genannte Folge geklärt. Das Ziel liegt auch hier in der Schaffung eindeutiger Rechtsverhältnisse. Erreicht wird dies durch die Änderung des Beweisthemas. Nicht geändert wird die Beweislast, weil dem Fiktionsgegner der Beweis des Gegenteils verwehrt wird[22].

In anderen Fällen besteht die gesetzliche Folge des Schweigens in einer *widerlegbaren Vermutung*, einer praesumptio iuris. Die Vermutung ist der Schluss von Bekanntem auf Unbekanntes; die gesetzlichen Vermutungen kennzeichnen sich dadurch, dass diese Schlüsse, den Richter bindend, durch Gesetzesvorschrift gezogen werden[23]. Beispiele von Tatsachenvermutungen finden sich in Art. 176 Abs. 3 OR und Art. 481 Abs. 2 OR; die Vermutung bewirkt, meistens im Sinne einer Erleichterung, eine Änderung des Beweisthemas. Zu beweisen ist die Vermutungsbasis. In den gerade genannten Beispielen der Vermutung von Willenserklärungen muss die vorbehaltlose Annahme einer Zahlung vom Schuldübernehmer (Art. 176 Abs. 3 OR) bzw. die unversiegelte und unverschlossene Hinterlegung einer Geldsumme (Art. 481 Abs. 2 OR) bewiesen werden und eben nicht der die Vermutungsfolge bildende Sachumstand (die Abgabe einer Willenserklärung)[24]. Weitere widerlegbare Vermutungen finden sich in den erwähnten Bestimmungen über die Vertragsverlängerung im Miet- und Pachtrecht[25].

---

20 Neben Willenserklärungen werden im Gesetz auch Sachumstände fingiert. Als Beispiel genannt sei etwa Art. 156 OR, wonach die Verhinderung des Bedingungseintrittes wider Treu und Glauben die Fiktion zur Folge hat, dass die Bedingung erfüllt ist. Vgl. Kummer, N 345 zu Art. 8 ZGB.

21 Vgl. Kramer, N 13 und 63 zu Art. 1 OR, der Art. 395 OR als echte Fiktion einer Willenserklärung bezeichnet. Ähnlich Hofstetter, 44 f. Demgegenüber hält Schmidlin, N 40 zu Art. 6 OR, Art. 395 OR lediglich für eine Konkretisierung der schon in Art. 6 OR erwähnten besonderen Natur der Geschäfte. Auch gemäss Fellmann, N 69 ff. zu Art. 395 OR, stellt diese Bestimmung nur eine widerlegbare Vermutung auf, dass Schweigen als passiv konkludente Vertragsannahme betrachtet werden darf. S. auch Brinkmann, 95 ff.

22 Kummer, N 351 zu Art. 8 ZGB.

23 Kummer, N 317 zu Art. 8 ZGB.

24 Kummer, N 333 zu Art. 8 ZGB.

25 Vgl. vorne, 31.

§ 4 Bestätigungsschreiben in ausländischen Rechtsordnungen

1. England

a) Vertragsschluss und Bedeutung des Schweigens

Im 19. Jahrhundert hat sich in England unter kontinentaleuropäischem Einfluss das Konsensprinzip im Vertragsrecht durchgesetzt. Auch in England kommt ein Vertrag durch Angebot und Annahme zustande[1]. Ein Leistungsversprechen ist aber dann wirkungslos, wenn es nicht für ein Gegenopfer des Versprechensempfängers abgegeben wird, es sei denn, es wird in besonderer Form "under seal" geschlossen[2]. Diese Gegenleistung wird im allgemeinen als "consideration" bezeichnet.

Im englischen Recht muss die Annahme dem Antragsteller mitgeteilt werden; der Vertrag ist nicht abgeschlossen, solange die Annahme nicht beim Antragssteller eingetroffen ist[3]. Eine Annahme kann nun aber nicht aus dem Schweigen abgeleitet werden, ausgenommen bei höchst aussergewöhnlichen Umständen[4]. Auch eine nachträgliche Vertragsänderung kann nur mit dem erklärten Einverständnis des Vertragspartners vorgenommen werden[5].

b) Bestätigungsschreiben im allgemeinen

Bestätigungsschreiben werden in England meistens "confirmation notes" genannt, es sind aber auch Bezeichnungen wie "bought/sold note", "delivery order", "conditions of sale" oder "contract notes" gebräuchlich[6]. Bestätigungsschreiben sind seltener als im deutschsprachigen Raum[7]. Zu diesem Umstand haben zwei Hauptgründe geführt, welche den Eintritt von konstitu-

---

1 Triebel/Hodgson/Kellenter/Müller, N 66.
2 Triebel/Hodgson/Kellenter/Müller, N 71.
3 Brinkibon Ltd. v. Stahag Stahl und Stahlwarenhandelsgesellschaft mbH [1983] 2 AC 34.
4 Allied Marine Transport Ltd. v. Vale do Rio Doce Navegaçao SA (The Leonidas D.) [1985] 1 W.L.R. 925, 937. Vgl. die Ausführungen zu den "most exceptional circumstances" bei Chitty, N 2-048.
5 Ebenroth, Bestätigungsschreiben, 164.
6 Hoggett, 518 FN 3.
7 Triebel/Hodgson/Kellenter/Müller, N 99.

tiven Wirkungen verhindern und damit den Gebrauch von Bestätigungsschreiben wenig attraktiv erscheinen lassen.

Das Bestätigungsschreiben wird *erstens* von der wohl herrschenden Meinung als *Offerte* verstanden, mit welcher der Absender versucht, den Vertrag nachträglich abzuändern. Diese Offerte kann entweder angenommen oder abgelehnt werden; dies entspricht dem klassischen englischen Vertragsrecht, wonach dem Angebot eine inhaltlich identische Annahme zu folgen hat[8]. Es ist deshalb naheliegend, dass das Schweigen auch in diesem Zusammenhang nicht als Annahme verstanden werden darf. Das Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben bedeutet also keine Zustimmung; der Vertragsinhalt kann durch Schweigen nicht abgeändert werden[9].

Der *zweite* Grund, welcher konstitutive Wirkungen eines abweichenden Bestätigungsschreibens verhindert, liegt in der vorne erwähnten Lehre der "*consideration*". Wohl nur selten enthält das Bestätigungsschreiben auch Klauseln, welche den Empfänger bevorzugen. Damit ist aber die Voraussetzung nicht erfüllt, dass eine Vereinbarung - und darunter fällt auch jede Änderung eines bereits geschlossenen Vertrages - für beide Parteien sowohl vorteilhafte als auch nachteilige Klauseln enthalten muss. Wird dem Erfordernis der "consideration" nicht Genüge getan, so ist der Vertrag nicht zustande gekommen bzw. nicht abgeändert worden.

Enthält ein Bestätigungsschreiben jedoch AGB, so dürfte die genannte Voraussetzung der "consideration" wohl fast in allen Fällen erfüllt sein; denn AGB enthalten üblicherweise nicht ausschliesslich einseitige Bestimmungen[10]. Der Einbezug von AGB scheitert aber an der anderen, vorne genannten Hürde: Schweigen bedeutet im englischen Recht eben nur sehr selten die Annahme.

Aus alledem folgt, dass den Empfänger keine Veranlassung oder Pflicht trifft, Widerspruch gegen den Erhalt eines inhaltlich unrichtigen Bestätigungsschreibens zu erheben[11].

---

8 Basse, 160. Eine andere Auffassung vertritt Hoggett, 519. Dieser Autor qualifiziert die mündliche Vereinbarung als Offerte (also nicht als Vertrag) und das Bestätigungsschreiben als Annahme. In der Rechtsprechung findet sich diese Ansicht selten, vgl. aber Harnor v. Groves [1855] 15 C.B. 667. Gegen die Auffassung von Hoggett spricht vor allem der Umstand, dass die Regel, wonach Angebot und Annahme absolut deckungsgleich ("ad idem") sein müssen, im englischen Recht äusserst streng gehandhabt wird. Vgl. Basse, 161.

9 Ebenroth, Bestätigungsschreiben, 164; Müller/Otto, 191; Triebel/Hodgson/Kellenter/Müller, N 99; NJW 1980 1232 ff.

10 Ähnlich Ebenroth, Bestätigungsschreiben, 164 FN 17.

11 Ludwig, 215.

c) Bestätigungsschreiben mit konstitutiven Wirkungen

Vom Grundsatz, dass Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben keine Zustimmung bedeutet, gibt es im englischen Recht Ausnahmen.

Werden etwa nach der widerspruchslosen Entgegennahme eines Bestätigungsschreibens *Erfüllungshandlungen* vorgenommen, wird insbesondere die Ware geliefert oder angenommen, so gilt der in der "confirmation note" enthaltene Text als Vertragsinhalt, welcher vom Empfänger des Bestätigungsschreibens "by conduct" akzeptiert wurde[12]. Die Erfüllung der eigenen Vertragspflichten bedeutet also Zustimmung[13].

Es ist umstritten, ob eine weitere Ausnahme vom erwähnten Grundsatz besteht, wenn - im Rahmen *längerer Geschäftsbeziehungen* ("course of dealing"[14]) - mittels Bestätigungsschreiben die AGB des Absenders zugestellt wurden. Ebenroth hält dafür, dass das Schweigen des Empfängers auf das Bestätigungsschreiben in solchen Situationen als Zustimmung gelte. Den "sold notes" komme nach der englischen Rechtsprechung vertragsändernde Wirkung zu, wenn die Schreiben innerhalb angemessen kurzer Frist unwidersprochen geblieben sind[15]. Andere Autoren hingegen bestreiten m.E. zu Recht, dass bei einem "course of dealing" Besonderheiten bezüglich der Einbeziehung von AGB durch Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben bestehen[16]. Nach dieser zutreffenden Ansicht sind die AGB bei Vorliegen eines "course of dealing" nämlich schon beim mündlichen Vertragsschluss Vertragsbestandteil geworden[17]. Die AGB haben zwischen den Parteien schon bisher gegolten und werden deshalb nicht erst durch das Bestätigungsschreiben in den Vertrag eingeführt[18]. Besteht zwischen den Parteien kein "course of dealing", so entfalten weder die "confirmation note" noch die beigelegten AGB materiellrechtliche Wirkungen.

Die "consideration" und das weitgehende Fehlen der Möglichkeit einer stillschweigenden Annahme verhindern konstitutive Wirkungen des abweichenden Bestätigungsschreibens fast vollständig. Bloss eine untergeordnete Bedeutung besitzen in diesem Zusammenhang die "parole evidence rule" und die "doctrine of estoppel"[19].

---

12 Ebenroth, Bestätigungsschreiben, 165; British Road Services v. Arthur V. Curtchley Ltd. [1968] 1 All E.R. 811.

13 Müller/Otto, 191.

14 Zum Begriff des "course of dealing" unter Vergleichung der Rechtslage in England und Schottland s. Basse, 135 ff.

15 Ebenroth, Bestätigungsschreiben, 165. Ähnlich Ludwig, 214 f.: gemäss dieser Autorin hat die "confirmation note" eine vertragsändernde Wirkung.

16 So Müller/Otto, 191; vgl. auch Beckmann/Sandrock, N 136.

17 Müller/Otto, 191 FN 211.

18 Beckmann/Sandrock, N 136 FN 249.

19 Ausführlich hierzu Hoggett, 521. Vgl. auch Ebenroth, Bestätigungsschreiben, 166; Kost 187 f.

d) Fazit

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass das englische Vertragsrecht konstitutive Wirkungen von abweichenden kaufmännischen Bestätigungsschreiben nur in sehr engen Grenzen anerkennt.

2. Österreich

Auch im österreichischen Recht wird in *beweisrechtlicher Hinsicht* die Wirkung der vom mündlich Vereinbarten abweichenden Bestätigung anerkannt. Zusammen mit dem Schweigen des Empfängers kommt ihr eine Prima-facie-Vermutung der Richtigkeit und der Vollständigkeit zu[20]. Es ist Aufgabe des Empfängers nachzuweisen, dass die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit nicht zutrifft[21].

Bezüglich der *konstitutiven Wirkungen* des Bestätigungsschreibens war die österreichische Rechtsprechung früher sehr zurückhaltend. Sie betrachtete etwa die Zustellung eines abweichenden Bestätigungsschreibens als Verstoss gegen Treu und Glauben[22]. Allmählich näherte man sich aber der in Deutschland vorherrschenden Lehre vom Schweigen auf ein Bestätigungsschreiben[23]. Lange Zeit hatten das Schreiben und das Schweigen des Empfängers also die Kraft, sowohl vertragsbegründend als auch vertragsändernd zu sein[24]. Mitunter gingen die österreichischen Gerichte jedoch auch weiter als die deutschen. Der OGH hielt es etwa für irrelevant, ob der Absender gutgläubig oder bösgläubig war[25].

Von der Lehre wurde die Rechtsprechung des OGH, insbesondere ein Entscheid aus dem Jahre 1970[26], stark kritisiert[27]. Vier Jahre später korrigierte der OGH seine Rechtsprechung und folgte der Kritik[28]. Er lehnte die ändernde Kraft des Schweigens ab und hielt fest, dass der Absender nicht auf Kosten des Empfängers geschützt werden könne, habe doch der Empfänger auf das mündlich Vereinbarte vertrauen dürfen. Es gelte wegen der *Verkehrssicherheit* die mündliche Vereinbarung und nicht, was eine Partei einseitig darüber zu schreiben befinde[29].

Das Schweigen des Empfängers kann somit im österreichischen Recht nur bei konkretisierenden (präzisierenden) und ergänzenden Bestätigungsschreiben als Zustimmung interpretiert werden. Bei diesen Bestätigungsschreiben kann eine

---

20 Vgl. etwa Rummel, N 13 zu § 861 ABGB.

21 Straube/Kramer, N 52 zu § 346 HGB.

22 GlUNF Nr. 6195.

23 Eine Übersicht gibt Hermann Hämmerle, Kaufmännische Bestätigungsschreiben, in: Reformen des Rechts, FS zur 200-Jahr-Feier der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Graz, Graz 1979, 291 ff.

24 Vgl. Esser, 173; Rummel, N 13 zu § 861 ABGB.

25 OGH HS V/13; Straube/Kramer, N 46 zu § 346 HGB; siehe auch Bernhard Pfister, Rechtswirkungen des kaufmännischen Bestätigungsschreibens nach österreichischem Recht, in: RIW 1977 530 ff.

26 JBl 1970 478 ff.

27 Kramer, Grundfragen, 57 (insbesondere FN 141); weitere Hinweise bei Straube/Kramer, N 46 zu § 346 HGB. S. auch bereits Bydlinski, Privatautonomie, 194 ff.

28 JBl 1975 89 ff.

29 Vgl. Bydlinski, FS Flume, 345.

stillschweigende Zustimmung bei vernünftiger Überlegung aller Umstände aber nur angenommen werden, wenn die Ergänzung (Präzisierung) den Interessen des Empfängers im konkreten Fall in fairer Weise gerecht wird, in diesem Sinne also *konsensfähig* ist[30]. Das Schweigen ist dabei eine Willenserklärung im vertrauenstheoretischen Sinn[31]. Diese österreichische Lösung des Problems des kaufmännischen Bestätigungsschreibens hat den Vorteil, dass sie ohne weiteres in die allgemeine, vertrauenstheoretisch fundierte Rechtsgeschäftslehre eingebaut werden kann[32].

30 Straube/Kramer, N 48 zu § 346 HGB.

31 Bydlinski, Privatautonomie, 204, 207.

32 Straube/Kramer, N 51 zu § 346 HGB. S. auch Esser, 174; Rummel, N 13 zu § 861 ABGB.

3. Deutschland

Auch in Deutschland wird allgemein anerkannt, dass ein sich mit dem Vereinbarten deckendes Bestätigungsschreiben eine *deklaratorische Wirkung* hat. Das Schreiben dient als Beweismittel über den Abschluss und Inhalt des Vertrages[33]. Der Bundesgerichtshof hat entschieden, dass durch Schreiben und Schweigen kein neuer Vertrag entstanden ist. Vielmehr wird vermutet, dass ein Vertrag geschlossen worden ist, wie er im Schreiben niedergelegt worden ist[34].

Hinsichtlich der *materiellen Wirkungen* des abweichenden Bestätigungsschreibens wurde von der deutschen Rechtsprechung folgende Regel entwikkelt: "Wenn der Empfänger eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens diesem nicht unverzüglich widerspricht, so gilt der Vertrag, auf den darin Bezug genommen ist, grundsätzlich als mit dem Inhalt des Bestätigungsschreibens zustande gekommen; auf einen entsprechenden Willen des Empfängers kommt es nicht an."[35] Das deklarative Bestätigungsschreiben bekommt so eine konstitutive, aber eben *nicht rechtsgeschäftlich* begründete Wirkung[36]. Diese Auffassung ist weit verbreitet und stellt die herrschende Meinung dar.

Die Abspaltung der Lehre vom Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben als Sondertatbestand von der Rechtsgeschäftslehre wurde durch einen Entscheid aus dem Jahre 1956[37] vollzogen; gemäss diesem Urteil stellt das Schweigen keine Willenserklärung dar[38]. Das Schweigen des Empfängers gilt als Zustimmung, ohne dass es auf den Willen des Empfängers ankommt[39]. Fehlt ihm das Erklärungsbewusstsein, so liegt nach herrschender Meinung in dem Schweigen keine Willenserklärung, aber es wird im Interesse des redlichen Geschäftsverkehrs als Einverständnis mit dem Inhalt des Bestätigungsschreibens *fingiert*[40]. Aus dieser Auffassung resultiert konsequenterweise die Sonderbehandlung, die das Schweigen auf ein kaufmännisches

---

33 BGHZ 61, 282, 285.

34 BGHZ 40, 42, 46; Esser, 170.

35 Canaris, Vertrauenshaftung, 206.

36 MünchKomm-Kramer, N 10 a zu § 151 BGB.

37 BGHZ 20, 149 ff.

38 Vgl. Osswald, 103. Es wurde in BGHZ 20, 149 ff. betont, dass die Rechtswirkungen des Bestätigungsschreibens nicht auf einer - zu unterstellenden - zustimmenden Willenserklärung, sondern darauf beruhen, dass der Empfänger nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Anschauungen des Verkehrs für verpflichtet gehalten wird, dem Inhalt des Bestätigungsschreibens zu widersprechen, wenn es nicht als genehmigt angesehen werden soll. Vgl. auch BGHZ 11, 1, 5, wo auf das Vorliegen einer echten Willenserklärung verzichtet und die konstitutive Rechtswirkung aus einer pflichtwidrigen Unterlassung hergeleitet wird.

39 Schlegelberger/Hefermehl, N 120 zu § 346 HGB.

40 Schlegelberger/Hefermehl, N 120 zu § 346 HGB.

Bestätigungsschreiben im Rahmen des Rechts der Willensmängel erfährt[41]. Eine Anfechtung des Schweigens wird nämlich in einigen Fällen abgelehnt[42].

Umstritten ist insbesondere, auf welche *dogmatische Grundlage* die Wirkungen des abweichenden Bestätigungsschreibens nun gestützt werden sollen. Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes beruhen sie auf Handelsbrauch und Verkehrssitte[43]. Diese Begründung wird von vielen Autoren kritisiert. Es wird zwar anerkannt, dass es Handelsbrauch sei, Vertragsverhandlungen zu bestätigen und bei Abweichungen vom Vereinbarten zu widersprechen; damit sei aber die normative Wirkung noch nicht erklärt[44]. Mit dieser Ablehnung einher gehen verschiedene Ansätze, wie die Wirkungen des Bestätigungsschreibens zu erklären sind. So fragt sich ein Teil der Wissenschaft, ob der Grundsatz, dass das Schweigen auf Bestätigungsschreiben im Handelsverkehr als Zustimmung des Empfängers gilt, nicht bereits gewohnheitsrechtliche Geltung besitzt[45]. Eine andere Richtung der Lehre von der stillschweigenden Willenserklärung bzw. vom "Schweigen mit Erklärungswirkung" betont ebenfalls die Unmöglichkeit der Konstruktion einer echten Willenserklärung in den Fällen fehlenden Erklärungsbewusstseins. Sie glaubt aber, in der Verletzung einer Verhaltenspflicht (oder Obliegenheit zum Widerspruch) den Rechtsgrund für die Zurechnung vertraglicher Rechtsfolgen gefunden zu haben[46]. Dieser Ansatz wurde insbesondere von Hanau vertreten[47] und von Bydlinski kritisiert[48].

Canaris und andere begründen die Erfüllungspflicht des Empfängers mit der *Rechtsscheinhaftung*[49]. Für Canaris ist eine rechtsgeschäftliche Begründung nur schon deshalb unmöglich, weil das Schweigen des Empfängers - falls es ohne Erklärungsbewusstsein erfolgt - von vornherein nicht als Willenserklärung gelten kann. Die Rechtssätze über das Bestätigungsschreiben finden für Canaris ihre Erklärung im Gedanken der Vertrauenshaftung, genauer der Rechtsscheinhaftung[50]. Ist sich der schweigende Kaufmann der zustimmenden Bedeutung bewusst, so tritt die konstitutive Rechtsfolge schon kraft rechtsge-

---

41 MünchKomm-Kramer, N 11 zu § 151 BGB. Dieser Autor verweist auf Flume, 667, der eine unmittelbare Anwendung der Anfechtungsvorschrift von § 119 BGB ablehnt, da das Unterlassen des Widerspruchs keine Willenserklärung sei.

42 Differenzierend etwa Osswald, 340 ff. S. auch MünchKomm-Kramer, N 55 ff. zu § 119 BGB.

43 Vgl. etwa BGHZ 40, 42, 46.

44 Vgl. Schlegelberger/Hefermehl, N 120 zu § 346 HGB.

45 Schlegelberger/Hefermehl, N 120 zu § 346 HGB; vgl. auch Canaris, Vertrauenshaftung, 206. MünchKomm-Kramer, N 14 zu § 151 BGB, kritisiert diese Ansicht: es bedeute ein offenes Eingeständnis der Kapitulation vor der Aufgabe einer überzeugenden Einordnung der fraglichen Rechtsfigur, wenn man sie einfach mit dem Hinweis legitimieren möchte, sie beruhe auf Gewohnheitsrecht.

46 Osswald, 140 f.

47 Hanau, 220 ff.

48 Bydlinski, Privatautonomie, 84 f.

49 Vgl. etwa auch Diederichsen, 129 ff.

50 Canaris, Vertrauenshaftung, 206.

schäftlichen Willens ein. Fehlt dagegen ein derartiges Erklärungsbewusstsein, so liegt gegenüber dem anderen Teil der Schein des Einverständnisses vor, da das Schweigen objektiv entsprechend der Verkehrssitte diese Bedeutung hat[51]. Wird nun der Schweigende an dem Schein seiner Zustimmung festgehalten, so ist ein Fall der Rechtsscheinhaftung gegeben[52]. Damit ist - wie von Kramer zutreffend bemerkt wurde - noch nicht erklärt, weshalb dieser Vertrauensschutzgedanke eine eigenständige, von der allgemeinen rechtsgeschäftlichen zu unterscheidende Zurechnung (Rechtsscheinhaftung) erfordere[53]. Es liegt also wohl näher, zuerst den Versuch der Einordnung in die Lehre von den Rechtsgeschäften zu unternehmen.

Derjenige Teil der Lehre blieb in der Minderheit, welcher sich auf die *allgemeine Rechtsgeschäftslehre* als dogmatische Grundlage für die konstitutive Wirkung des abweichenden Bestätigungsschreibens beruft. Insbesondere Kramer versuchte, den auch der Sonderdogmatik von Canaris zugrunde liegenden Vertrauens- und Verkehrsschutzgedanken weitreichend und wesentlich zu berücksichtigen, ja geradezu als Ausgangspunkt zu verwenden. In der Regel sei dem Absender des von der vorangehenden Vereinbarung abweichenden Bestätigungsschreibens, der doch eigentlich wissen müsste, was vereinbart worden ist, die Schutzwürdigkeit des etwaigen Vertrauens auf die Einwilligung des Schweigenden abzusprechen. Es bestehe nämlich regelmässig nicht der geringste Grund für die Annahme, der Empfänger des Schreibens sei mit dem Widerspruch zu dem soeben einvernehmlich festgelegten Vertragsinhalt nur deshalb einverstanden, weil es der andere nunmehr einseitig so wolle[54]. Es sollen aber einerseits Konkretisierungen des bereits Vereinbarten und andererseits - in gewissen engen Grenzen - Ergänzungen mittels eines Bestätigungsschreibens erfolgen können. Eine Abweichung von der "reinen" allgemeinen Rechtsgeschäftslehre besteht aber trotzdem: die Anfechtung wegen eines Irrtums über die dem Empfänger zugerechnete Bedeutung des Schweigens als Zustimmung, wegen der auf Unsorgfalt beruhenden Unkenntnis oder wegen des ebenso zurechenbaren Missverständnisses des Bestätigungsschreibens soll ausgeschlossen sein[55].

---

51 Nach dieser Auffassung liegt also keine "echte" Willenserklärung vor; die Verkehrssitte wirke typisierend, d. h. die Schlüssigkeit des Schweigens brauche nicht von Fall zu Fall besonders ermittelt zu werden. A.A. Götz von Craushaar, Der Einfluss des Vertrauens auf die Privatrechtsbildung, München 1969 = Schriften des Instituts für Wirtschaftsrecht an der Universität Köln Bd. 24, 101, 108 ff.

52 Canaris, Vertrauenshaftung, 207 f.

53 MünchKomm-Kramer, N 17 zu § 151 BGB.

54 Vgl. MünchKomm-Kramer, N 18 zu § 151 BGB, unter Hinweis auf Bydlinski, Privatautonomie, 199.

55 Vgl. MünchKomm-Kramer, N 23 zu § 151 BGB.

4. Italien

a) Vertragsschluss und Bestätigungsschreiben

Durch die Annahme ("accettazione") erklärt der Angebotsempfänger sein Einverständnis mit dem Angebot. Die Annahme kann zwar grundsätzlich auch durch schlüssiges Verhalten erfolgen[56]. Es ist aber allgemein anerkannt, dass Schweigen des Empfängers auf eine Vertragsofferte grundsätzlich nicht als Annahme gilt[57]. Auch kennt das italienische Recht den Grundsatz nicht, wonach - wenn auch nur im Verhältnis zwischen Kaufleuten - das Schweigen des Empfängers eines Bestätigungsschreibens prinzipiell als Zustimmung zum Inhalt der Bestätigung anzusehen ist[58].

Das Schweigen kann allerdings auch Annahme bedeuten, so etwa bei laufenden Geschäftsbeziehungen oder wenn es den Gepflogenheiten entspricht. Berücksichtigt werden sollen dabei objektive und subjektive Umstände[59]. Es wird deshalb davon ausgegangen, dass Bestätigungsschreiben jedenfalls dann den Vertragsinhalt verbindlich festlegen, wenn ein entsprechender Handelsbrauch nachgewiesen wird oder wenn es zwischen den Parteien in früheren Geschäftsbeziehungen üblich war, die mündlich vereinbarten Vertragsbedingungen anschliessend schriftlich zu bestätigen[60]. Diese Ansicht wird allerdings nicht von der gesamten Lehre vertreten; es muss deshalb festgehalten werden, dass in der Rechtspraxis nicht davon gesprochen werden kann, das Institut der konstitutiven Wirkungen des Bestätigungsschreibens werde allgemein anerkannt[61].

b) Gründe für das weitgehende Fehlen des Bestätigungsschreibens mit konstitutiven Wirkungen

Die Frage drängt sich nun auf, weshalb Bestätigungsschreiben mit konstitutiven Wirkungen fehlen, und es wird für diesen Umstand wohl verschiedene Gründe geben. Von grosser Bedeutung für die italienische Dogmatik des Bestätigungsschreibens ist aber bestimmt die gesetzliche Behandlung der AGB (der "condizioni generali di contratto"). Wie nachstehend gezeigt wird, ver-

---

56 Vgl. Kindler, 187 f.
57 Vgl. etwa Ebenroth, Bestätigungsschreiben, 172; Gazzoni, 795.
58 Beckmann/Sandrock, N 108; Bonell, AGB, 16.
59 Gazzoni, 795.
60 Vgl. Ebenroth, Bestätigungsschreiben, 172, m.w.H.
61 Müller/Otto, 172; ähnlich Ebenroth, Bestätigungsschreiben, 172.

hinderte nämlich das bis zum 31. Dezember 1994 massgebende Recht weitgehend[62], dass AGB durch Bestätigungsschreiben Vertragsinhalt werden.

Art. 1341 Abs. 2 CCit legt fest, dass gewisse Teile von AGB unwirksam sind, die zugunsten des AGB-Verfassers lauten. Nur bei einer ausdrücklichen schriftlichen Bestätigung werden diese Bestimmungen Bestandteile des Vertrages. Nun sind aber nicht alle den Kunden benachteiligenden Bestimmungen unzulässig, sondern nur ein rundes Dutzend von den in Art. 1341 CCit näher bezeichneten Fällen. Die erwähnte Aufzählung umfasst wohl die Mehrzahl derjenigen Klauseln, welche in der Praxis durch ein Bestätigungsschreiben in den Vertrag integriert werden sollen.

Welche Folgen hat dies für die dogmatische Behandlung des (kaufmännischen) Bestätigungsschreibens? Der Absender des Bestätigungsschreibens darf das Schweigen des Empfängers nicht als Zustimmung verstehen, wenn er ihm die - tatsachenwidrige - Bestätigung zugestellt hat, seine AGB seien mündlich zum Vertragsinhalt erhoben worden. Es bedarf vielmehr der *Unterzeichnung* der AGB[63]. Somit ist ein erheblicher Bereich nachträglich eingeführter Bedingungen durch Art. 1341 Abs. 2 CCit der einseitigen Bestätigungspraxis entzogen. Angesichts der besonderen Formvorschrift von Art. 1341 Abs. 2 CCit ist es also für eine Reihe von Klauseln von vornherein auszuschliessen, dass für ihre gültige Vereinbarung das Schweigen von seiten des Empfängers genügen könnte; dies mag auch der Grund sein, weshalb das Problem des Bestätigungsschreibens in der italienischen Jurisprudenz bisher so wenig Beachtung gefunden hat[64].

Neben diesen spezifischen gesetzlichen Bestimmungen findet sich aber auch im italienischen Recht die schon vorne[65] erwähnte Überlegung, dass die Verschlechterung der eben erlangten Rechtsposition nur selten ohne Gegenleistung eingegangen wird. Dies zeigt etwa folgender Fall, welcher italienische Gerichte beschäftigte: eine Vertragspartei wollte die Höhe der Provision, welche die andere Partei gemäss Vertrag erhielt, nach Vertragsschluss verringern. Der Agent schwieg auf eine entsprechende schriftliche Mitteilung, erfüllte aber weiterhin seine vertraglichen Pflichten. Das Gericht entschied sich gegen den Agenten und betrachtete das Schweigen als Akzept. Die Lehre kritisierte aber das Urteil und wies insbesondere darauf hin, dass der Vor-

---

62 Vgl. zu den neuen Regelungen, welche die Umsetzung der EU-Verbrauchervertragsrichtlinie erfordert, ausführlich Vincenzo Roppo, La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti fra imprese e consumatori, in: Rivista di Diritto Civile, 1994 I 277 ff. Vgl. auch Kramer, AGB, 21 FN 30, m.w.H.

63 Der Vertragspartner des AGB-Verwenders muss zwei Unterschriften ("doppia firma") leisten, nämlich einmal auf der Vertragsurkunde selber und zum anderen unter die Aufzählung der belastenden Klauseln. Vgl. Müller/Otto, 171.

64 Bonell, AGB, 17 FN 51.

65 Vgl. hinten, 74 ff.

schlag dem Agenten nur zum Schaden gereichte und deshalb nicht auf Zustimmung habe geschlossen werden dürfen[66].

Zusammenfassend lässt sich also festhalten, dass das italienische Recht das kaufmännische Bestätigungsschreiben als besondere Rechtsfigur nicht kennt.

66 Vgl. Gazzoni, 795.

5. Frankreich

a) Bedeutung des Schweigens beim Vertragsschluss

Im französischen Zivilrecht bedeutet das Schweigen *im allgemeinen* nicht Zustimmung; dies hat die Cour de Cassation schon vor über hundert Jahren entschieden[67]. Gemäss diesem Grundsatz gilt etwa auch der blosse Empfang einer Rechnung ohne Widerspruch nicht als Genehmigung einer vertraglichen Verpflichtung[68].

Von dieser Regel gibt es aber auch in Frankreich Ausnahmen. Gemäss der massgebenden "silence circonstancié"-Theorie bedarf es besonderer Umstände, damit ein Schweigen als Annahme gelten kann. Ein solcher besonderer Umstand kann etwa in einer *gesetzlichen* Bestimmung liegen. Ein Beispiel findet sich im Versicherungsvertragsrecht, wo der Versicherer einen Antrag innert zehn Tagen abzulehnen hat, ansonsten ein Vertragsschluss angenommen wird[69]. Eine zweite Ausnahme vom Grundsatz ergibt sich, wenn die Parteien *vereinbart* haben, dass für ihre Geschäftsbeziehungen Schweigen als Zustimmung anzusehen ist. Eine dritte Ausnahme besteht schliesslich, wenn es der *Verkehrssitte* des Ortes oder der Branche - beispielsweise im Bank- und Börsengeschäft - entspricht, sich zu äussern, sofern eine rechtsgeschäftliche Bindung abgelehnt werden soll[70].

b) Bestätigungsschreiben und "lettre interprétative"

Auch das Schweigen auf ein Bestätigungsschreiben wird nach der erwähnten Theorie des "silence circonstancié" behandelt[71]. Es gilt als Handelsbrauch, dass der widerspruchslose Empfang eines abweichenden Bestätigungsschreibens generell als Annahme gilt. Will der Kaufmann[72] nicht an das Bestätigungsschreiben gebunden sein, so muss er fristgemäss widersprechen. Je

---

67 Cass.Civ. 25.5.1870, D. 1870.1.257: "Le silence de celui qu'on prétend obligé ne peut suffire, en l'absence de toute autre circonstance, pour faire preuve contre lui de l'obligation alléguée." Vgl. auch Kost, 188.

68 Ghestin, 359.

69 Art. L 112-2 Abs. 2 Code des assurances. Eine andere Bestimmung findet sich in Art. 1759 CCfr.

70 Ferid/Sonnenberger, N 1 F 99, m.w.H.

71 Esser, 179.

72 Im privatrechtlichen Verkehr ist es nicht üblich, dass der Adressat eines von der mündlichen Vereinbarung abweichenden Schreibens antwortet. Vgl. Ferid/Sonnenberger, N 1 F 99.

nach Branche unterscheiden sich allerdings die Art des geforderten Widerspruchs und die dem Empfänger zur Verfügung stehende Frist[73].

Nicht alle Bestätigungsschreiben werden nun aber gleich behandelt; vielmehr wird eine Unterscheidung zwischen zwei verschiedenen "lettres" vorgenommen. So wird nur das Schweigen auf eine "*lettre interprétative*" als Zustimmung verstanden. Unter diesen Begriff fallen all diejenigen Bestätigungsschreiben, die keine wichtige Veränderung an dem zuvor mündlich Vereinbarten vorgenommen haben[74]. Demgegenüber wird beim Schweigen auf eine "*lettre modificative*" die Klausel, welche eine wichtige Änderung enthält, nicht Vertragsinhalt[75].

Eine einheitliche Doktrin, wann nun eine "lettre interprétative" oder eine "modification importante" vorliegt, ist nur schwer auszumachen. So wurden etwa Schieds- und Gerichtsstandsklauseln, welche erstmals in einem Bestätigungsschreiben erwähnt wurden, wegen des Schweigens des Empfängers zu Vertragsbestandteilen[76]. Auch Freizeichnungsklauseln können, soweit sie im Bestätigungsschreiben genügend hervorgehoben worden sind, auf diese Weise Vertragsinhalt werden[77].

Diese Entscheidungen zeigen, dass auch für den Empfänger äusserst nachteilig abgefasste Bestätigungsschreiben unter den Begriff der "lettre interprétative" fallen können. Bei der Abgrenzung von "lettre modificative" und "lettre interprétative" kann also nicht einfach darauf abgestellt werden, wie bedeutend der Nachteil für den Empfänger nun ausfällt. Andere eindeutige Kriterien sind aber nicht auszumachen.

Schliesslich sei an dieser Stelle hingewiesen auf einen Handelsbrauch des französischen Rechts bei wechselseitig zugesandten Bestätigungsschreiben mit unterschiedlichen AGB: die Gerichte haben entschieden, dass die AGB des Verkäufers denjenigen des Käufers vorgehen[78].

---

73 Ghestin, 386, mit zahlreichen Hinweisen auf die Rechtsprechung. Die Frist für den Widerspruch, so ergibt sich aus den Entscheidungen, kann manchmal nur einen Tag oder bloss einige Stunden betragen. Spezifische Usancen gelten im Börsengewerbe hinsichtlich sogenannter "avis d'opéré", welche die Vertragsbedingungen beim Effektenhandel enthalten. Danach ist der Börsenkunde gehalten, innerhalb von 24 Stunden sowohl gegen unzureichende Erfüllung als auch gegen übersetzte Preise zu protestieren, andernfalls sein Schweigen als Billigung gilt. Vgl. Ebenroth, Bestätigungsschreiben, 174 f.

74 Beckmann/Sandrock, N 83 f.

75 Vgl. Beckmann/Sandrock, N 84.

76 Vgl. die Ausführungen bei Reinmüller, 152. Vgl. aber auch die Hinweise auf eine eher restriktive Tendenz der Gerichte in bezug auf Gerichtsstandsklauseln bei Ebenroth, Bestätigungsschreiben, 174.

77 Vgl. Müller/Otto, 143; Reinmüller, 152, gibt eine Übersicht über die wichtigsten Urteile.

78 Beckmann/Sandrock, N 86; Ebenroth, Bestätigungsschreiben, 175; Müller/Otto, 143.

c) Zusammenfassung

Als Fazit ergibt sich, dass sich auch im französischen Recht Bestätigungsschreiben mit konstitutiven Wirkungen ausmachen lassen. Eine allgemeingültige Umschreibung ihrer Voraussetzungen haben Lehre und Rechtsprechung bisher allerdings nicht vorgenommen.

6. Belgien

Die belgische Rechtsprechung und Lehre wurde stark von der in Frankreich entwickelten "silence circonstancié"-Lehre beeinflusst[79]. Für den Verkehr unter Kaufleuten ist jedoch Art. 25 Abs. 2 CComb zu beachten, welcher einen bedeutenden Einfluss auf die Praxis hat[80].

Gemäss dieser Gesetzesnorm stellt die Rechnung einen Beweis für den Abschluss und den Inhalt des Kaufvertrages dar, sofern der Käufer die Rechnung akzeptiert hat. Die Genehmigung der Rechnung kann entweder durch Bezahlung des Kaufpreises oder eben auch durch Stillschweigen erfolgen[81]. Bei unwidersprochen gebliebener Entgegennahme der Rechnung gilt unter Kaufleuten die Vermutung, der Empfänger sei mit den vom mündlich Vereinbarten abweichenden Vertragsklauseln einverstanden[82]. Der Handel ist wegen dieser Vermutung dazu übergegangen, auf den Rechnungen nicht nur die Warenmenge und den Kaufpreis, sondern auch einzelne Vertragsklauseln und AGB zu erwähnen[83]. So werden demnach beispielsweise AGB nicht nur in den Angebots-(Bestell-) oder in Annahmeerklärungen abgedruckt, sondern auch in den Rechnungen[84]. Die Rechnung übernimmt somit im belgischen Recht u.a.[85] die Aufgabe eines Bestätigungsschreibens.

Dem schweigenden Empfänger der Rechnung steht der Beweis offen, dass ein Widerspruch ausnahmsweise nicht nötig war. Die Rechtsprechung bejaht dies etwa bei ungebräuchlichen Klauseln; hier ist zusätzlich ein besonderer Hinweis nötig[86] . Als *nicht* ungewöhnlich werden aber etwa Klauseln zu folgenden Gegenständen angesehen: Gefahrtragung, Übernahme von Nebenkosten, Beginn und Höhe der Verzugszinsen sowie Schiedsgerichtsbarkeit und Gerichtsstände[87].

Die gemachten Ausführungen machen deutlich, dass dem Schweigen auf die Zustellung von Rechnungen im belgischen Recht - ganz im Gegensatz zum

---

79 Vgl. Ebenroth, Bestätigungsschreiben, 175; Müller/Otto, 152; vgl. dazu vorne, 45. In den *Niederlanden* wird das Schweigen auf ein ergänzendes Bestätigungsschreiben als Zustimmung verstanden, weil der zurechnungsfähige Scheinwille der zur Vertragsbindung erforderlichen Willenserklärung gleichgestellt ist. Vgl. Staehelin, 105.

80 Der französische Text von Art. 25 Abs. 2 CComb: "Les achats et les ventes pourront se prouver au moyen d'une facture acceptée, sans préjudice des autres modes de preuve admis par la loi".

81 Beckmann/Sandrock, N 89; Dieter Reichard/Guy de Vel, Vereinbarung und Inhalt von Lieferbedingungen in Belgien, in: AWD 1973 184 ff.

82 Ebenroth, Bestätigungsschreiben, 176.

83 Vgl. Ebenroth, Bestätigungsschreiben, 176.

84 Beckmann/Sandrock, N 88.

85 Zu den anderen Bedeutungen der Rechnung im belgischen Recht siehe die Angaben bei Müller/Otto, 150 FN 78.

86 Vgl. Beckmann/Sandrock, N 90.

87 Müller/Otto, 151.

schweizerischen[88] - eine *grosse Bedeutung* zukommt. Nicht nur das Fehlen des Widerspruchs des Rechnungsempfängers hat in Belgien Wirkungen. Auch im übrigen handelsrechtlichen Verkehr gilt das Schweigen auf ein Schreiben als Billigung seines Inhalts. Deshalb sind auch kaufmännische Bestätigungsschreiben geeignet, eine vorher getroffene mündliche Vereinbarung zu modifizieren, sofern der Empfänger keinen Widerspruch erhebt[89]. Als Ergebnis ist somit von einem relativ schwachen Schutz des schweigenden Empfängers im belgischen Recht auszugehen.

---

88 Vgl. vorne, 10 f.

89 Ebenroth, Bestätigungsschreiben, 177, unter Hinweis auf die Rechtsprechung.

7. Fazit

Wie die gemachten Ausführungen gezeigt haben, kommt dem Schweigen auf ein Bestätigungsschreiben in den untersuchten Rechtsordnungen gesamthaft nur eine *beschränkte Wirkung* zu. Es ist aber einzuräumen, dass nicht nur das deutsche Recht das Institut des Bestätigungsschreibens kennt und mit dem Schweigen weitreichende Rechtsfolgen verbindet. Die Wirkungen des Bestätigungsschreibens gehen aber nach österreichischem und englischem Recht weniger weit als nach deutschem Recht. In allen hier untersuchten Rechtsordnungen wurde Kritik an übertriebenen Folgen des Schweigens auf ein abweichendes Bestätigungsschreiben geäussert, und es wurde postuliert, dass der schweigende Empfänger eines besonderen Schutzes bedarf. Bei der Formulierung einer Lösung für das schweizerische Recht muss diesem Anliegen gebührend Rechnung getragen werden.

§ 5 Die konstitutive Wirkung des Bestätigungsschreibens und ihre dogmatische Begründung

1. Einführung

Will man die Rechtsfigur des kaufmännischen Bestätigungsschreibens und die verschiedenen dogmatischen Erklärungsansätze verstehen, so muss man sich vor Augen halten, dass Kaufleute bzw. die kaufmännische *Praxis* dem Bestätigungsschreiben seit langem Wirkungen zuerkannt haben. In der Literatur wird dem kaufmännischen Bestätigungsschreiben denn auch kaum die Verbreitung und grundsätzliche Zweckmässigkeit abgesprochen. Es bestand und besteht im Geschäftsleben ein Grundkonsens über die Notwendigkeit eines solchen Institutes, wobei man sich aber nicht einig ist über die Wirkungen, welche dem Bestätigungsschreiben zukommen sollen.

Dieser Umstand mag u.a. dazu geführt haben, dass die Beurteilung von Bestätigungsschreiben im Einzelfall zu Schwierigkeiten führte und die Gerichte beschäftigte. Rechtsprechung und Lehre versuchten in der Folge, die Wirkungen, die das Bestätigungsschreiben ja haben sollte und welche dem Grundsatze nach nie ernsthaft in Frage gestellt wurden, näher zu beschreiben und ihnen eine dogmatische Rechtfertigung zu geben.

Die Diskussion wird in der Schweiz, Deutschland und Österreich seit langem kontrovers geführt. Ein Hauptgrund dafür ist sicherlich, dass sich das Bestätigungsschreiben auf den ersten Blick nicht in die typische Abfolge des Vertragsschlusses mit Offerte und Akzept nach vorherigen Vertragsverhandlungen einreihen lässt. Es wurde deshalb nach anderen Lösungsansätzen gesucht; mancher wurde gefunden. Beweisrechtliche Überlegungen mussten dabei immer wieder angestellt werden, was die Diskussion zur dogmatischen Grundlage des Bestätigungsschreibens wohl eher erschwert als vereinfacht hat. Auf diese Überlegungen zur Beweislastverteilung kann aber nicht verzichtet werden, denn nur unter Berücksichtigung der beweisrechtlichen Situation der Parteien kann eine befriedigende rechtstheoretische Grundlage des Bestätigungsschreibens geschaffen werden.

Nachfolgend soll die Entwicklung im einzelnen aufgezeigt werden, wobei sowohl die Rechtsprechung als auch die Anschauungen in der Lehre analysiert und kommentiert werden. Auf diese Darstellung folgt eine Auseinandersetzung mit den wichtigen Einzelfragen, welche sich beim kaufmännischen Bestätigungsschreiben stellen[1].

[1] Vgl. hinten, 86 ff.

2. Entwicklung der bundesgerichtlichen und kantonalen Rechtsprechung

a) Bundesgerichtliche Rechtsprechung

aa) BGE 30 II 298 ff.

Die Kläger verhandelten mit der Beklagten über den Kauf von Metallen. In einer ersten Besprechung wies die Beklagte den Preis von Fr. 128.50 als zu tief zurück. Die Parteien hielten eine zweite Verhandlungsrunde zur Einigung über den Kaufpreis ab; es konnte jedoch nicht mehr festgestellt werden, ob es zu einem Konsens hinsichtlich des Kaufpreises gekommen war. Am folgenden Tag versandten die Kläger ein Bestätigungsschreiben, in welchem ein Preis von Fr. 130.-- bestätigt wurde. Die Beklagte schwieg.

Das Bundesgericht hielt fest, dass das Schweigen auf eine Offerte *nur in Ausnahmefällen* einer Annahmeerklärung gleichkomme. Schweigen gelte aber als Zustimmung, wenn Redlichkeit oder praktische Vernunft Widerspruch gefordert hätten, falls das scheinbare Einverständnis in Wirklichkeit nicht bestand. Dies sei *meistens* der Fall, wenn eine Partei nach mündlichen Verhandlungen den Inhalt der dabei gefallenen Erklärungen in der Weise, wie sie dieselben auffasst und in vernünftiger Weise auffassen kann, der anderen Partei mitteilt, diese aber darauf schweigt. Auch wenn der Widerspruch den Absender zu einer Änderung seines Verhaltens bewegen werde (z.B. bei Kursschwankungen), so sei der Empfänger zur Remonstration verpflichtet. In casu sei von Bedeutung, dass die Beklagte von der Annahme ausgehen musste, die Kläger und Absender seien "der redlichen Überzeugung"[2], dass eine Einigung erfolgt sei. Das Bundesgericht liess offen, ob überhaupt ein mündlicher Vertrag zustande gekommen war, und hiess die Klage gut.

In diesem Entscheid beschäftigt sich das Bundesgericht erstmals eingehend mit dem Vertragsschluss durch ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben[3]. Als Kernaussage halten die Richter fest, dass es auf die *Redlichkeit* der Überzeugung des Absenders ankommen soll. Sobald der Empfänger keine Anzeichen hat, dass es an der Redlichkeit der Gegenseite fehlt, muss er antworten bzw. widersprechen, ansonsten sich seine Position erheblich verschlechtert. Es wird jedoch kaum vorkommen, dass der Empfänger solche Anzeichen erkennen kann. Im weiteren soll es auch ausreichen, dass der Absender von einer Vertragsschliessung *ausgeht*: ob überhaupt ein Vertrag zustande gekommen ist oder nicht, kann gemäss diesem Entscheid offenbleiben. Diese Regelung hat die bundesgerichtliche Rechtsprechung in den kommenden

---

2 BGE 30 II 302.

3 S. aber auch BGE 19 929; 23 232.

Jahrzehnten massgeblich beeinflusst. Sie ist äusserst nachteilig für den Empfänger eines Bestätigungsschreibens und berücksichtigt seine Interessen m.E. zu wenig.

Im weiteren macht das Bundesgericht einige Ausführungen zur Frage, wie ein Bestätigungsschreiben zu *qualifizieren* sei. Die Erwägungen lassen annehmen, dass dem Bestätigungsschreiben das Wesen einer Offerte zukommen soll[4]. Andererseits aber sei ein Bestätigungsschreiben keine *blosse* Offerte zu einem neuen Vertragsabschluss[5]. Es scheint, dass das Bundesgericht das abweichende Bestätigungsschreiben als *spezielle* Art einer Offerte betrachtet, auf die der Empfänger antworten sollte. Von Bedeutung scheinen - neben den Auswirkungen des Widerspruchs auf die Dispositionen des Absenders - auch die längere Geschäftsbeziehung und die Form des Bestätigungsschreibens zu sein.

An dieser Stelle drängt sich noch eine Bemerkung auf. Das Bundesgericht hält zwar fest, dass der Empfänger *verpflichtet* ist, seine gegenteilige Ansicht dem Absender kundzugeben. Bei dieser Pflicht dürfte es sich aber nicht um eine eigentliche Vertragspflicht handeln[6]. Als Folge des Schweigens kann somit eine Vertragsverletzung nicht erfolgreich geltend gemacht werden, sondern nur die Erfüllung des Vertrages gefordert werden.

bb) BGE 38 II 623 ff.

Die Parteien verhandelten über die Lieferung einer grösseren Anzahl Bücher. Es blieb strittig, ob überhaupt ein mündlicher Vertrag geschlossen wurde. Der Kläger bestätigte in seinem Schreiben eine Bestellung über 200 Bücher; der Beklagte schwieg. Da alle wesentlichen Vertragspunkte besprochen worden waren und der Vertrag anscheinend nur deshalb nicht bereits mündlich zustande gekommen war, weil der Beklagte auf einer Alleinvertriebsklausel bestand, hatte der Kläger nach Auffassung des Bundesgerichtes genügend Anlass, eine vertragliche Bindung als erfolgt anzusehen. Gemäss den bundesgerichtlichen Erwägungen hätte es nun der Redlichkeit im Geschäftsverkehr entsprochen, wenn der Beklagte dem Kläger seinen gegenteiligen Standpunkt mitgeteilt hätte.

Dieses Urteil unterscheidet sich von BGE 30 II 298 ff. dadurch, dass auf das Erfordernis einer *bereits bestehenden Geschäftsbeziehung* verzichtet wird und es ausreichen soll, wenn beide Parteien Geschäftsleute sind[7]. Damit wird eine Unterscheidung zu den Fällen des Schweigens auf eine Offerte getroffen;

---

4 BGE 30 II 301.

5 BGE 30 II 303.

6 Demgegenüber geht ein Teil der deutschen Lehre von einer Widerspruch*spflicht* aus. Vgl. vorne, 40.

7 BGE 38 II 625. Vgl. auch BGE 38 II 583 und die Anmerkungen von Schläpfer, 76.

allerdings wird sie nicht näher begründet[8]. Gemeinsam mit dem eben genannten Entscheid ist aber die Erwägung, dass der Empfänger eines Bestätigungsschreibens ohne besondere Anzeichen annehmen müsse, der Absender gehe von einem Vertragsschluss aus.

Der Beklagte behauptete, er habe sich anlässlich der mündlichen Verhandlungen geweigert, im Bestellbuch des Klägers zu unterzeichnen. Das Gericht hielt fest, dass selbst bei Zutreffen dieser Behauptung dem Beklagten der Widerspruch beim Empfang des Bestätigungsschreibens zuzumuten gewesen wäre. Dies erstaunt: musste denn der Kläger nicht annehmen, dass das Schweigen auf sein Bestätigungsschreiben dann nicht Zustimmung bedeuten kann, wenn sich der Beklagte ausdrücklich und vehement geweigert hatte, das Bestellbuch zu unterzeichnen? Dieser Umstand musste dem Kläger wohl klarmachen, dass es sich bei der Alleinvertriebsklausel, welche der Beklagte in den Vertrag aufnehmen wollte, um einen für diesen subjektiv wesentlichen Vertragspunkt handelte. Ein Verzicht darauf musste als unwahrscheinlich erscheinen.

Das Bundesgericht lässt also bei der Beurteilung, wie das Schweigen des Empfängers zu verstehen gewesen war, gewisse Umstände ausser acht. Es ist jedoch nicht klar, nach welchem Kriterium es die Auswahl trifft. Jedenfalls steht diese Auffassung im Widerspruch zur Auslegung einer Willenserklärung im allgemeinen und des Schweigens im besonderen nach dem Vertrauensgrundsatz[9].

cc) BGE 40 II 133 ff.

Die Bedeutung dieses Entscheides liegt vor allem in der Bestätigung von BGE 30 II 298 ff. Wieder soll den Empfänger eines Bestätigungsschreibens nach den Grundsätzen über Treu und Glauben im Rechtsverkehr eine "Pflicht" treffen, seinen gegenteiligen Standpunkt dem Absender unverzüglich mitzuteilen[10]. Dies gelte besonders dann, wenn während der mündlichen Verhandlungen bereits eine *Teileinigung* erzielt worden war.

Es ist m.E. diskutabel, ob die vom Bundesgericht gemachte Differenzierung relevant ist und ob auf das Vorliegen einer Teileinigung abgestellt werden darf. Vielmehr sollte ausschlaggebend sein, ob überhaupt *Vertragsverhandlungen* stattgefunden haben. Keine Bedeutung darf deshalb dem Umstand zukommen, dass sich die Vertragsparteien bis zu einem gewissen Grad geeinigt haben und bloss noch einzelne Punkte umstritten sind[11]. In aller Regel

---

8 Vgl. Betz, 74.

9 Ähnlich Schmidlin, N 102 zu Art. 6 OR.

10 Zu diesem Begriff vgl. vorne, 54.

11 In BGE 40 II 133 ff. war etwa ein Rabatt von 7½ bzw. 7%, in BGE 38 II 623 ff. eine Alleinvertriebsklausel umstritten. In BGE 71 II 223 ff. stand fest, dass die Parteien

wird man nämlich bei jeder mündlichen Verhandlung gewisse Vertragspunkte erkennen können, über die bereits ein Konsens zustande gekommen ist. Eine entsprechende Abgrenzung fällt deswegen schwer.

Der Entscheid ist aber noch in anderer Hinsicht von Bedeutung. Er stellt *sehr hohe Anforderungen an die Form des Widerspruchs*. Dem widersprechenden Empfänger des Bestätigungsschreibens gereicht es zum Nachteil, wenn der Widerspruch "nur beiläufig, anlässlich der Besprechung verschiedener Details"[12], bloss am Schluss eines Briefes und noch dazu "in der Form nicht sehr energisch"[13] erfolgt. Diese Ansicht des Bundesgerichtes erscheint auf den ersten Blick als ziemlich streng; in casu kann man aber durchaus davon ausgehen, dass der Empfänger den Widerspruch in seinem Schreiben versteckt hat. Er hat nicht deutlich genug hervorgehoben, dass die Gewährung des Rabattes von 7½ bzw. 7% für ihn einen subjektiv wesentlichen Vertragspunkt darstellte. Gemäss diesem Entscheid hat der Empfänger eines Bestätigungsschreibens also Sorge dafür zu tragen, dass Vertragspunkte, deren einvernehmliche Regelung eine Conditio sine qua non für den Abschlusswillen des Empfängers ist, vom Absender erkannt werden können[14].

dd) BGE 71 II 223 ff.

Nach rund dreissig Jahren veröffentlichte das Bundesgericht wieder einen Entscheid, welcher sich mit dem kaufmännischen Bestätigungsschreiben befasst[15]. Er sollte für längere Zeit die Diskussion über die kaufmännischen Bestätigungsschreiben massgeblich beeinflussen und damit zu einem *zentralen Entscheid* für die Dogmatik des Bestätigungsschreibens werden.

aaa) Sachverhalt und Entscheidungsgründe

Die Klägerin machte - nach einigen Verhandlungsrunden - der Beklagten eine Offerte zum Kauf von fünf Maschinen[16]. Die Beklagte bestellte bloss deren zwei, die geliefert und bezahlt wurden. Im Dezember 1943 erfolgte eine Lieferung von drei Maschinen, ohne dass die Beklagte diese bestellt hätte. Sie

---

verhandelt, sich aber gerade über wesentliche Punkte (Preis, Zahlungsweise und Lieferfrist) nicht geeinigt hatten. Diese Sachverhaltselemente ergeben sich nicht aus dem Entscheid, sondern aus einem Verweis in BGE 100 II 22 E. 3.

12 BGE 40 II 138.

13 BGE 40 II 139.

14 Vgl. BGE 54 II 305; Gauch, Bestätigungsschreiben, 50; Gauch/Schluep, N 341; Schönenberger/Jäggi, N 38 zu Art. 2 OR.

15 Vierzehn Jahre vorher behandelte das Bundesgericht die Materie bereits i.S. P. Brugger & Co. gegen Opopharm AG (nicht veröffentlichtes Urteil vom 12. April 1960; vgl. BGE 100 II 18, 22).

16 Das Bundesgericht veröffentlichte bloss die E. 2 und 3. Bei Secrétan, 237 ff., findet sich jedoch der gesamte Entscheid in französischer Übersetzung.

verweigerte die Annahme, und der Transporteur nahm die Maschinen wieder mit. Verhandlungen über den Kauf der drei Maschinen scheiterten an unterschiedlichen Vorstellungen über den Kaufpreis. Nach einer weiteren Besprechung im März 1944 versandte die Klägerin ein Bestätigungsschreiben, welches unbeantwortet blieb. Der Brief bestätigte den Kauf von drei Maschinen zu einem Preis, der von der Klägerin bereits anlässlich der Lieferung im Dezember 1943 gefordert wurde.

Es gelang der Klägerin im anschliessenden kantonalen Verfahren nicht, den Beweis zu erbringen, dass eine mündliche Vereinbarung mit dem Inhalt des Bestätigungsschreibens getroffen worden war. Die Klage wurde deshalb abgewiesen. Das Bundesgericht hielt nun aber fest, dass dem Schweigen *rechtserzeugende Kraft* zukommen könne, falls das Bestätigungsschreiben von der mündlichen Vereinbarung abweiche oder neue Bedingungen enthalte. Dies gelte aber nur unter der Voraussetzung, dass es durch Treu und Glauben, Verkehrssicherheit und Handelsübung gerechtfertigt werde. Das Gericht klärte diese Rechtsbegriffe und verweigerte den Schutz demjenigen Absender, der entweder *bewusst* etwas bestätigt, was von der mündlichen Vereinbarung abweicht, oder aber der *bewusst* eine Vereinbarung feststellt, die in Wirklichkeit gar nicht stattgefunden hat.

bbb) Beweislastverteilung

Am Schluss des veröffentlichten Teils des Entscheides kommt das Gericht zu einer folgenschweren Erwägung: dem Empfänger wird ein *doppelter Beweis* auferlegt. Erstens muss er beweisen, dass das Bestätigungsschreiben vom mündlich Vereinbarten abweicht. Zweitens hat der Empfänger auch noch die Arglist des Absenders - beim Verfassen des Bestätigungsschreibens musste diesem bewusst sein, dass er vom Verhandlungsergebnis abweicht - zu beweisen.

Die vom Bundesgericht vorgenommene Beweislastverteilung verschlechtert die prozessrechtliche Situation des Empfängers ungemein. Vielleicht glückt es ihm noch, die Vermutung für die Richtigkeit und Vollständigkeit des Bestätigungsschreibens umzustossen, indem er beweist, dass eine andere Vereinbarung getroffen wurde oder dass es überhaupt nicht zu einem Vertragsschluss kam. Gelingt ihm dies, so sieht er sich auch noch zum Beweis gezwungen, der Absender habe arglistig gehandelt. Dieser Arglistbeweis gestaltet sich üblicherweise schwierig, da sich bloss selten geeignete Zeugen oder Urkunden finden werden und der Absender kaum zu Zugeständnissen zu bewegen ist. Im Ergebnis führt die bundesgerichtliche Konzeption für den Empfänger eines abweichenden Bestätigungsschreibens, der sich dagegen nicht unverzüglich verwahrt, zu einer doppelten Beweislast[17]. Gemäss dem Bundesge-

[17] Kramer, Bestätigungsschreiben, 102.

richt hat ein Bestätigungsschreiben selbst dann rechtserzeugende Wirkung, wenn die Parteien ergebnislos verhandelt oder sich in wesentlichen Punkten noch nicht geeinigt haben. Einzige Voraussetzung ist, dass der Absender nicht bewusst etwas Unrichtiges bestätigt.

Der Nachweis der Arglist wird dem Empfänger, wie die Praxis zeigt, wohl kaum je gelingen[18]. Die vom Bundesgericht in diesem Entscheid aufgestellte Beweislastverteilung hat deshalb einen "ständigen Anreiz zur Verfälschung"[19] zur Folge: im Anschluss an eine mündliche Vertragsverhandlung steht jeder Partei die Möglichkeit offen, neue oder abgeänderte Bestimmungen durch ein Bestätigungsschreiben zum Vertragsinhalt werden zu lassen. Das Ziel wird erreicht, wenn die Gegenpartei für wenige Tage - bis die Frist für den Widerspruch verstrichen ist - auf eine eingehende Prüfung der Bestätigung verzichtet.

Diese ungünstige Lage des Schweigenden wird noch erheblich durch den Umstand verschärft, dass sich das Bundesgericht im hier besprochenen Entscheid nicht mit einem Indizienbeweis begnügt, sondern den *positiven Nachweis* der Bösgläubigkeit des Bestätigenden verlangt[20]. In casu stand ja fest, dass sich die Parteien über Preis, Zahlungsweise und Lieferfristen nicht geeinigt hatten. Diese Indizien reichten dem Empfänger nicht, um die Arglist des Absenders zu beweisen. Man muss also annehmen, dass das Bundesgericht den positiven Nachweis der Arglist - des Wissens um die Diskrepanz zwischen Verhandlungsergebnis und Bestätigungsschreiben - verlangt. Absicht und Gesinnung verbleiben aber im Innern, es sei denn, der Bestätigende bekenne sich offen dazu, in seinem Bestätigungsschreiben nicht ehrlich, sondern arglistig gehandelt zu haben[21].

Im weiteren geht das Bundesgericht davon aus, dass jedes bewusste Abweichen vom Verhandlungsergebnis im Bestätigungsschreiben zugleich auch eine *Arglist* darstellt. Diese Argumentation überzeugt nicht: der Bestätigende kann beispielsweise auch bewusst Ergänzungen machen, bei denen er vom stillschweigenden Einverständnis des Empfängers ausgehen kann[22].

ccc) Abweisung der Klage bei Anwendung des Vertrauensprinzips

Das Bestätigungsschreiben hat "den Charakter einer Vertragsofferte und das Stillschweigen des Empfängers ist als deren Annahme zu betrachten"[23]. Die-

---

18 Ebenso Merz, N 240; Schönenberger/Jäggi, N 87 und 96 zu Art. 6 OR. Schmidlin, N 98 zu Art. 6 OR, spricht von einer "äusserst schwierigen Aufgabe".

19 Bydlinski, Privatautonomie, 202.

20 Schmidlin, N 98 zu Art. 6 OR.

21 Schmidlin, N 98 zu Art. 6 OR.

22 Man denke insbesondere an Klauseln, die eindeutig und ausschliesslich dem stillschweigenden Empfänger zum Vorteile gereichen.

23 BGE 71 II 224.

ses Zitat aus dem hier besprochenen Entscheid legt es nahe, das Vertrauensprinzip auf die Problematik der Wirkungen des konstitutiven Bestätigungsschreibens anzuwenden. Geht man auf diese Weise vor und berücksichtigt auch die nur in der Übersetzung von Secrétan erwähnten Sachverhaltselemente[24], so hätte die Klägerin *nicht* mit dem stillschweigenden Einverständnis der Beklagten rechnen dürfen: die Beklagte wollte ja die Maschinen schon im Dezember 1943 nicht zu dem später bestätigten Preis kaufen; in mehreren Verhandlungen kam es nicht zu einer Einigung; sogar anlässlich des dem Schreiben unmittelbar vorangehenden Treffens am 7. März 1944 kam kein Vertrag zustande[25]. Die bestätigende Partei konnte also keinesfalls vom stillschweigenden Einverständnis der Beklagten ausgehen, und die Klage hätte abgewiesen werden müssen.

Das Bundesgericht zog es aber offensichtlich vor, die Frage der Bindung des Empfängers an sein Schweigen eng mit der Beweislastverteilung zu verknüpfen. Zwar muss dieser Lösungsansatz nicht von vornherein fehlschlagen. Doch das Auferlegen der doppelten Beweislast an den Empfänger und insbesondere der Arglistbeweis - ein Kritiker spricht von einer "diabolischen Beweislast"[26] - scheint nicht den vom Bundesgericht auch in diesem Entscheid zitierten Grundsätzen von Treu und Glauben, Verkehrssicherheit und Handelsübung[27] zu entsprechen. So erfolgte denn auch unmittelbar nach der Publikation von BGE 71 II 223 ff. die erste Kritik, in der sich Secrétan mit der Problematik der Beweislastverteilung auseinandersetzte[28]. Ein Teil der Lehre stimmte dem Bundesgericht allerdings zu[29].

ee) BGE vom 26. Mai 1959

In diesem, nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlichten Entscheid[30] waren die Gesellschafter der Klägerin als Makler tätig. Die Beklagten führten ein Restaurant, welches sie verkaufen wollten. Sie wurden mehrmals von der Klägerin kontaktiert, wobei die Beklagten zu Beginn der Geschäftsbeziehung unmissverständlich darauf hinwiesen, dass sie *keine Provisionen* bezahlen

---

24 Vgl. vorne, 56 FN 16.

25 Ein Vertreter der Klägerin gab in der persönlichen Befragung zu, dass keine Einigung über den Kaufpreis, die Zahlungsweise und Lieferfrist erfolgt war. Es stand also fest, dass ein mündlicher Vertrag nicht zustande gekommen war. Vgl. die entsprechenden Erwägungen des Bundesgerichtes bei Secrétan, 234, sowie den Verweis in BGE 100 II 22.

26 Kramer, Bestätigungsschreiben, 102.

27 BGE 71 II 224.

28 Vgl. Secrétan, 246: "Il faudra donc que en plus de *l'élément objectif* le défendeur réussisse à établir (preuve difficile à faire!) que l'auteur de la lettre confirmait un prétendu contrat oral qu'il *savait* n'avoir pas été conclu, ou qu'il modifiait ou complétait *sciemment* les clauses admises de part et d'autre" (Hervorhebungen im Original).

29 Vgl. etwa von Tuhr/Peter, 189.

30 Vgl. Semjud 1960 267 ff.

würden. Nach einigen Besprechungen erhielten die Beklagten ein Bestätigungsschreiben, welches sie unbeantwortet liessen. Die Klägerin hielt in diesem Bestätigungsschreiben fest, dass eine Provision von 5% des Verkaufserlöses geschuldet war. Das Bundesgericht - gebunden an die tatsächliche Feststellung der Vorinstanz, dass kein mündlicher Vertrag zustande gekommen war - entschied, dass das Schweigen der Beklagten auf das Bestätigungsschreiben nicht als Zustimmung zu verstehen sei.

Bemerkenswert an diesem Entscheid ist einmal die teilweise Bestätigung von BGE 71 II 223 ff.[31]: es braucht nicht zu einem mündlichen Vertragsschluss vor der Versendung des Bestätigungsschreibens gekommen zu sein[32]. In beweisrechtlicher Hinsicht distanziert sich das Gericht jedoch etwas vom erwähnten Urteil. Es wird nämlich ausdrücklich auf Art. 8 ZGB verwiesen und die Pflicht des Absenders hervorgehoben, den Vertragsschluss zu beweisen. Die Last des doppelten Beweises, welche den Empfänger gemäss BGE 71 II 223 ff. trifft, wird mit keinem Wort erwähnt.

Das Bundesgericht betont in seinen Erwägungen auch besonders, dass ein abweichendes Bestätigungsschreiben eine *Offerte* und das Schweigen darauf ein *Akzept* ist[33]. Es weist also auf eine rechtsgeschäftliche Begründung der Wirkungen des abweichenden Bestätigungsschreibens hin. Demgegenüber fehlen jegliche Ansatzpunkte einer allfälligen Sonderdogmatik für das Bestätigungsschreiben.

ff) BGE 100 II 18 ff.

Die Klägerin behauptete, sie habe mit dem Vater des Beklagten am 12. Januar 1971 einen mündlichen Mietvertrag abgeschlossen, welchen sie mit Schreiben vom 21. und 26. Januar 1971 bestätigt habe, ohne dass darauf geantwortet wurde. Das Bundesgericht wies die Berufung der Klägerin ab. Es stand fest, dass am 12. Januar 1971 zwar verhandelt wurde, es jedoch nicht zu einer Einigung gekommen war.

Das Bundesgericht hielt in seinen Erwägungen fest, dass auf einen solchen Sachverhalt zwar Art. 6 OR nicht unmittelbar, aber doch *analog* anwendbar sei, und verweist auf die vorne besprochenen BGE und einen unveröffentlichten Entscheid[34]. Besonders interessant ist die Kritik an der bisherigen

---

31 Dieser Entscheid wird in Semjud 1960 269 versehentlich als BGE 72 II 223 ff. zitiert.

32 Semjud 1960 269 unter Hinweis auf Secrétan, 245.

33 Semjud 1960 269: "L'écrit constitue, dans ce cas [bei gutem Glauben des Bestätigenden], une nouvelle *offre*, ratifiée si le destinataire, en cas de désaccord, se tait bien qu'il dût ... manifester expressément son refus". Und mit Bezug auf das Akzept der Offerte durch Schweigen (270): "La recourante ... n'était pas autorisée, selon le principe de la confiance, à déduire du seul silence du destinataire une *acceptation*" (Ergänzung und Hervorhebungen durch den Verfasser).

34 BGE vom 12. April 1960 i. S. P. Brugger & Co. gegen Opopharm AG.

bundesgerichtlichen Praxis: "Ob ... schon die Tatsache, dass verhandelt worden ist und eine Partei der anderen gutgläubig eine schriftliche Bestätigung zugestellt hat, bei Stillschweigen des Empfängers auf dessen Zustimmung schliessen lasse, scheint ohne besondere Umstände selbst im kaufmännischen Verkehr zweifelhaft zu sein"[35]. Das Bundesgericht lässt aber diese Frage offen, da die analoge Anwendung von Art. 6 OR aus anderen Gründen - nach der Verkehrssitte[36] sei in casu eine ausdrückliche Annahme durch den Empfänger zu erwarten gewesen - zu verneinen sei.

Trotz seiner gegenteiligen Beteuerungen rückt das Bundesgericht m.E. bereits von BGE 71 II 223 ff. ab. Im älteren Entscheid war bedeutsam, dass verhandelt wurde und der Bestätigende nicht arglistig ist; nun wird in einem grossen Masse auf die Umstände abgestellt. Das Bundesgericht scheint jetzt zum Schluss zu kommen, dass der Absender auf das Einverständnis des Empfängers nicht vertrauen *durfte* - im älteren Entscheid aber schadete Fahrlässigkeit dem Bestätigenden nicht[37].

gg) BGE 114 II 250 ff.

Der Beklagte schuldete der Klägerin rund Fr. 170'000.--. Im März 1983 verhandelten die Parteien über eine Tilgung der Schuld, gemäss den Angaben der Klägerin aber ohne Erfolg. Nach einem Telefongespräch teilte der Beklagte brieflich mit, dass er ohne umgehende gegenteilige Nachricht der Klägerin vereinbarungsgemäss Fr. 30'000.-- *per Saldo aller weiteren Ansprüche* überweisen werde. Der Widerspruch der Klägerin traf beim Beklagten nie ein. Die erste kantonale Instanz wies die Klage noch ab; das Obergericht und das Bundesgericht hiessen sie jedoch gut.

In den Erwägungen des Bundesgerichts fällt als erstes auf, dass - wie schon in BGE 71 II 223 ff. und 100 II 18 ff. - die Auffassung vertreten wird, dass im Falle eines abweichenden Bestätigungsschreibens eine direkte Anwendung von Art. 6 OR nicht in Frage komme: der Absender sei ja nicht der Auffassung gewesen, eine Offerte zu machen. Vielmehr werde Art. 6 OR *analog* angewendet. Das Gericht setzt sich mit dieser wichtigen Frage der Analogie

---

35 BGE 100 II 22 f.

36 Nicht die Natur des Geschäftes, sondern die besonderen Umstände in Verbindung mit der Natur des Geschäftes vermögen den Entscheid zu rechtfertigen (vgl. Hans Merz, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichtes im Jahre 1974, Obligationenrecht, in: ZBJV 1976 97 ff.).

37 Für das Bundesgericht war wesentlich, dass sich sowohl die Klägerin als auch der Beklagte stets an schriftliche Verträge gehalten haben. Das Gericht verweist auch auf die allgemeine Verkehrssitte, nach welcher solche Geschäfte nie mündlich abgeschlossen werden. Dem widerspricht aber die Tatsache, dass die Klägerin oft mündliche Mietverträge bloss schriftlich bestätigte (BGE 100 II 24).

nicht näher auseinander, sondern verweist auf die früheren BGE[38]. Diese Begründungen überzeugen jedoch nicht: aus vertrauenstheoretischen Überlegungen kommt es darauf an, wie der Empfänger objektiv nach Treu und Glauben das Bestätigungsschreiben verstehen musste[39]. Für die Auslegung des Schweigens des Empfängers hat das Bundesgericht die Anwendung des Vertrauensprinzips ausdrücklich vorgeschrieben[40].

Im weiteren hält das Gericht fest, dass sich die rechtserzeugende Kraft des Bestätigungsschreibens nur "aus dem Grundsatze der Vertrauenshaftung" ergeben könne[41]. Der Empfänger setze sich dieser Haftung aus, wenn er auf ein Bestätigungsschreiben schweige, obwohl er Anlass zum Widerspruch habe. Der "Vertrauensgrundsatz" setze aber auch der Bindung des Schweigenden Grenzen - denn der Absender dürfe nicht von einer Bindung ausgehen, wenn sein Schreiben vom Verhandlungsergebnis derart abweiche, dass nach Treu und Glauben nicht mehr mit dem Einverständnis des Empfängers gerechnet werden dürfe[42].

Das Bundesgericht verwendet in diesem Entscheid zwei unterschiedliche Begriffe: einerseits den *Vertrauensgrundsatz* und andererseits die *Vertrauenshaftung*. Der Begriff der Vertrauens*haftung* entstammt der modernen deutschen Privatrechtstheorie. Es geht dabei um die aus Treu und Glauben begründete objektive - also nicht privatautonom zu erklärende - Zurechnung einer Haftung, wenn jemand einen Vertrauenstatbestand (Rechtsscheintatbestand) veranlasst, auf den sich ein anderer verlassen durfte und auch verlassen hat. Unter das Stichwort Vertrauenshaftung werden zum Teil auch Tatbestände subsumiert, die sich rechtsgeschäftlich erklären lassen[43]. Es stellt sich nun die Frage, ob das Bundesgericht in diesem Zusammenhang unter dem Ausdruck Vertrauenshaftung das gleiche wie die deutsche Lehre versteht, mithin die konstitutive Wirkung des abweichenden Bestätigungsschreibens mit der Vertrauenshaftung und nicht rechtsgeschäftlich begründen will.

Verschiedene Überlegungen lassen es als *unwahrscheinlich* erscheinen, dass das Bundesgericht seinen Entscheid auf die Vertrauenshaftung abstützt. Es

---

38 In BGE 100 II 18 wird ausdrücklich festgehalten, dass Art. 6 OR ausschliesslich analog angewendet werden kann. All die anderen genannten Entscheide befassen sich *nicht* mit der Frage der Analogie. Vgl. BGE 30 II 302 (Gegenüberstellung von Bestätigungsschreiben und Offerte); 38 II 583 (es findet sich keine Bemerkung zum Problem, ob ein Bestätigungsschreiben eine Offerte darstellen kann); 40 II 133 (kein Hinweis); 71 II 223 (das Bestätigungsschreiben hat den "Charakter einer Vertragsofferte").

39 Kramer, Bestätigungsschreiben, 104 FN 33; gegen eine direkte Anwendung aber Merz, N 228. S. hierzu hinten, 73 ff.

40 Semjud 1960 270. Vgl. das Zitat aus den bundesgerichtlichen Erwägungen vorne, 60 FN 33.

41 BGE 114 II 252.

42 BGE 114 II 252.

43 Kramer, N 150 zu Allgemeine Einleitung in das Schweizerische OR. Vgl. zur Vertrauenshaftung auch Pra 1996 Nr. 168; Walter, 277 ff.; Godat Zimmermann, 100 ff.

fehlen nämlich sowohl nähere Ausführungen zur Theorie der Vertrauenshaftung als auch die sonst üblichen Hinweise auf die Lehrmeinungen zu diesem Thema[44]. Sodann verweist das Bundesgericht auf den Kommentar von Schmidlin. Dieser Autor spricht sich aber auch in den vom Gericht zitierten Stellen eindeutig für die Anwendung des Vertrauensprinzips aus; von der Vertrauenshaftung ist nicht die Rede[45]. Im weiteren wechselt das Bundesgericht in der Abfolge des Entscheides von der *einmaligen* Erwähnung des Begriffes "Vertrauenshaftung" zum mehrfachen Ausdruck "Vertrauensgrundsatz", der in der schweizerischen Rechtssprache auch als Synonym für die Auslegungsregel des "Vertrauensprinzips" verwendet wird[46]. Und auch aus der Tatsache, dass das Bundesgericht den Schutz des Absenders (also den Schutz des Vertrauens) einschränkt, kann nichts für die Theorie der Vertrauenshaftung abgeleitet werden. Diese Begrenzung findet sich auch in der Konsenstheorie[47].

Den Erwägungen kann m.E. somit nicht mit letzter Deutlichkeit entnommen werden, ob dieser Entscheid nun die konstitutiven Wirkungen des abweichenden Bestätigungsschreibens dogmatisch mit der Vertrauenshaftung unterlegen will oder ob er sie vielmehr in die Dogmatik des Vertragschlusses einbindet[48]. Es ist durchaus möglich, dass sich das Bundesgericht in dieser Frage nicht festlegen wollte. Jedenfalls ist es zu bedauern, dass das Bundesgericht sich auf eine Weise geäussert hat, welche eine Deutung stark erschwert. Der Entscheid bleibt also in dieser Hinsicht unklar, auch wenn eine Abstützung auf die Vertrauenshaftung als unwahrscheinlich erscheint. Es ist jedoch zu hoffen, dass sich das Gericht in einem zukünftigen Entscheid eindeutig für die *Konsenstheorie*[49] aussprechen wird.

Mag es auch unsicher sein, für welche dogmatische Begründung der Wirkungen des abweichenden Bestätigungsschreibens der Entscheid nun steht: auf jeden Fall bedeutet BGE 114 II 250 ff. eine Abkehr von der in BGE 71 II 223 ff. am klarsten formulierten, den stillschweigenden Empfänger eines abweichenden Bestätigungsschreibens zu Unrecht benachteiligenden Praxis. Es ist anzunehmen, dass die Klage, wäre nach der früheren Rechtsprechung ent-

---

44 Vgl. aus der neueren, nach BGE 114 II 250 ff. erschienenen Literatur insbesondere Walter, 273 ff.; Markus Wick, Die Vertrauenshaftung im schweizerischen Recht, in: AJP 1995 1270 ff.

45 BGE 114 II 252 verweist auf Schmidlin, N 89 und 99 ff. zu Art. 6 OR.

46 Gauch, Bestätigungsschreiben, 184, anerkennt, dass das Bundesgericht beide Ausdrücke verwendet. Er gibt jedoch zu bedenken, dass es wohl den Terminus "Vertrauenshaftung" nicht unüberlegt gebraucht oder dessen Sinnbedeutung verkannt habe.

47 Anders Gauch, Bestätigungsschreiben, 184: er argumentiert, die objektive Einschränkung des Vertrauensschutzes sei auch ausserhalb der Konsenstheorie begründet. Die vom Bundesgericht vorgenommene Beschränkung kann nach dieser Auffassung deshalb nicht als Hinweis darauf verstanden werden, dass man der Konsenstheorie den Vorzug geben wollte.

48 Für die zweite Auffassung Kramer, Bestätigungsschreiben, 103.

49 Vgl. hinten, 71.

schieden worden, abgewiesen worden wäre. Das erstinstanzliche Gericht hat denn auch in diesem Sinne entschieden, wobei die Begründung den bundesgerichtlichen Erwägungen nicht zu entnehmen ist. Das Bundesgericht stellt im neueren Entscheid zu Recht auf die objektive Prüfung ab, ob die Abweichung vom mündlichen Vertragsschluss nach Treu und Glauben als Grundlage für eine stillschweigende Zustimmung gelten durfte; nicht mehr ausschlaggebend ist die ohnehin kaum nachweisbare subjektive Einstellung (Arglist bzw. Gutgläubigkeit) des Absenders[50].

b) Kantonale Rechtsprechung

Schon kurz nach der Publikation von BGE 71 II 223 ff. begannen die kantonalen Gerichte, die bundesgerichtliche Praxis zu übernehmen. Dies erstaunt natürlich kaum; es überrascht aber, wie selten die Gerichte sich mit den dogmatischen Grundlagen der Wirkungen des abweichenden Bestätigungsschreibens eingehend auseinandersetzten. Dabei fällt auf, dass sich auch keine Hinweise auf die von einem Teil der Lehre vertretene *Vertrauenshaftung* finden. Hingegen ist öfters festzustellen, dass das abweichende Bestätigungsschreiben in die allgemeine Lehre des Rechtsgeschäftes integriert und insbesondere als Offerte[51] bezeichnet wird. Es scheint also, als ob die kantonalen Gerichte die Theorie der Vertrauenshaftung in diesem Zusammenhang eher ablehnen. Die Begründungen für eine rechtsgeschäftliche Grundlage sind aber zu wenig engagiert, als dass man von einer entsprechenden allgemeinen Überzeugung ausgehen könnte. Eine klare Ablehnung der bundesgerichtlichen Praxis durch kantonale Gerichte ist - mit einer Ausnahme - nicht auszumachen. Während Jahrzehnten scheiterten somit die Empfänger von Bestätigungsschreiben an der ihnen vom Bundesgericht auferlegten doppelten Beweislast[52].

Die eben erwähnte Ausnahme findet sich in einem Entscheid des Kantonsgerichtes Wallis vom 3. Mai 1968[53]. In diesem Fall gelang es dem stillschwei-

---

50 Kramer, Bestätigungsschreiben, 103.

51 Vgl. etwa die folgenden Beispiele: "Charakter einer Vertragsofferte" (BJM 1982 31); "la lettre de confirmation a le caractère d'une offre de contracter et le silence doit être considéré comme l'acceptation de cette offre" (Extraits 1979 15); "une offre nouvelle" (Extraits 1947 24).
Bemerkenswert ist auch ein Entscheid des Handelsgerichtes des Kantons St. Gallen (GVP/SG 1953 48 f. = SJZ 1955 228 Nr. 124): nach einem mündlichen Vertragsschluss erwähnte eine Partei in ihrem Bestätigungsschreiben erstmals eine Rabattklausel. Das Gericht führte aus, dass es sich hier nicht um ein eigentliches Bestätigungsschreiben handle, sondern es liege eine "Offerte zu einer Vertragsänderung oder -ergänzung" vor. Das Handelsgericht kam zum Schluss, dass man nicht von einer stillschweigenden Annahme der Rabattklausel ausgehen könne.

52 Vgl. vorne, 57 f.

53 ZWR 1968 292.

genden Empfänger des Bestätigungsschreibens, den Prozess zu gewinnen. Das Gericht weist darauf hin, dass ein Absender, der ein ungünstiges Geschäft vorschlägt, nach der *allgemeinen Lebenserfahrung* mit einer Ablehnung rechnen muss. Nichts anderes soll bei einem nachteiligen Bestätigungsschreiben gelten. Die Umstände liessen in casu nicht auf die Zustimmung des Empfängers schliessen: der Vertrag war längst abgeschlossen und zum grössten Teil erfüllt worden; zudem wurden schon vor der Bestätigung umfangreiche Schreiben über die Divergenzen ausgetauscht und längere Vergleichsgespräche geführt. Die bundesgerichtliche Lehre der doppelten Beweislast findet in den Erwägungen des Kantonsgerichtes keine Erwähnung.

3. Einzelne Ansätze in der schweizerischen Lehre

Im schweizerischen Schrifttum können verschiedene dogmatische Begründungen ausgemacht werden, welche die konstitutiven Wirkungen des Schweigens auf ein abweichendes Bestätigungsschreiben zu erklären versuchen. Kein Autor - dies ist den erwähnten Ansätzen gemeinsam - bestreitet grundsätzlich die grosse praktische Bedeutung des Bestätigungsschreibens. Auch wird die Notwendigkeit anerkannt, dem Schweigen des Empfängers zumindest im kaufmännischen Verkehr gewisse für ihn nachteilige Folgen zukommen zu lassen.

a) Schläpfer

Schläpfer untersucht in seiner 1937 erschienenen Zürcher Dissertation die Bedeutung des Schweigens beim Vertragsschluss. In diesem Zusammenhang analysiert er auch die dogmatische Begründung des abweichenden Bestätigungsschreibens. Er unterscheidet drei Fallgruppen, nämlich erstens die Zustellung eines vom tatsächlich Vereinbarten abweichenden Bestätigungsschreibens[54]; zweitens die Bestätigung eines Vertragsschlusses, obwohl es überhaupt nie zu einem Vertragsschluss gekommen war[55]; und drittens die Bestätigung von Vertragsklauseln, über die anlässlich des mündlichen Vertragsschlusses gar nicht diskutiert wurde[56]. Für alle drei Situationen erachtet es Schläpfer als richtig, sowohl das Bestätigungsschreiben als auch das Stillschweigen in die Rechtsgeschäftslehre zu integrieren. Er bezeichnet denn auch - für alle drei Fallgruppen - das Bestätigungsschreiben unmissverständlich als Offerte und das Schweigen als Akzept.

Im weiteren ist es bemerkenswert, dass sich dieser Autor zur Erklärung der Wirkungen des abweichenden Bestätigungsschreibens direkt auf Art. 6 OR stützt; er lehnt implizit eine analoge Anwendung dieser Bestimmung ab[57]. Von einer Sonderdogmatik ist nicht die Rede, weil sie von Schläpfer für überflüssig gehalten wird.

---

54 Schläpfer, 76.
55 Schläpfer, 77 f.
56 Schläpfer, 78.
57 Vgl. aber etwa BGE 100 II 22.

b) Jäggi

Im Zürcher Kommentar wird - nach Ausführungen zur Beweisbedeutung[58] - unterschieden, ob das Schweigen des Empfängers als Ablehnung, als einfache Zustimmung oder als qualifizierte Zustimmung gilt. Bei einer bloss einfachen Zustimmung kommt zwar ein neuer Vertrag zustande; dieser hat aber grundsätzlich nur Beweisbedeutung. Der Empfänger kann also immer noch die Einwendung der Unrichtigkeit erheben. Im Falle einer *qualifizierten Zustimmung* aber - sie wird besonders, aber nicht ausschliesslich im kaufmännischen Bereich vorkommen - soll der neue Vertrag gelten, selbst wenn die Bestätigung unrichtig war[59]. Der qualifizierte Sinn der Bestätigung wirkt sich aber nur zugunsten eines Bestätigenden aus, der (trotz der Unrichtigkeit der Bestätigung) in gutem Glauben und unter Anwendung der im Verkehr gebotenen Aufmerksamkeit gehandelt hat[60].

Es zeigt sich also, dass hier das Vertrauensprinzip, auch wenn es in diesem Zusammenhang nicht ausdrücklich erwähnt wird, in die Theorie des Bestätigungsschreibens integriert wird. Ein Vorbehalt ist jedoch anzubringen: nach dem Kommentar ist das Ausserachtlassen der nach den Umständen gebotenen Sorgfalt (Art. 3 Abs. 2 ZGB) bei jeder erheblichen Abweichung zu vermuten. Der Umweg über eine Vermutung der Schlechtgläubigkeit ist aber nicht erforderlich, wenn man allein auf die objektive Konsensfähigkeit der Abweichung abstellt[61]. Die zur Zeit der Publikation des Kommentars relevante Rechtsprechung (BGE 71 II 223 ff.) mass dagegen dem Vertrauensprinzip bei der Behandlung des Bestätigungsschreibens nur eine untergeordnete Bedeutung zu.

Die Frage, ob sich die Wirkungen des Schweigens auf ein abweichendes Bestätigungsschreiben rechtsgeschäftlich erklären lassen, wird hier klar beantwortet. Die Bestätigung stelle immer eine neue Vertragserklärung dar, bei welcher der Empfänger den Bestätigenden behaften könne wie einen Antragsteller[62]; bei Zustimmung des Empfängers entstehe ein neuer Vertrag[63]. Jäggi unterstützt somit die Konsenstheorie.

---

58 Schönenberger/Jäggi, N 83 f. und 87 zu Art. 6 OR.

59 Schönenberger/Jäggi, N 99 zu Art. 6 OR. Die Rechtslage beim Bestätigungsschreiben wird mit der Situation bei der Schuldanerkennung verglichen: als Äusserung einer Ansicht über eine Rechtslage, die gerade den Bestätigenden und den Empfänger betrifft, schliesst die Bestätigung die Erklärung ein, der Wille, den der Bestätigende beim Abschluss des bestätigten Vertrages gehabt habe, bestehe weiterhin. Die Bestätigung sei kausal auf den bestätigten Vertrag bezogen. Jede Schuldanerkennung beziehe sich kausal auf die anerkannte Schuld und schliesse auch ein neues Schuldversprechen ein (N 86 zu Art. 6 OR). Zu diesem Vergleich aber kritisch Schmidlin, N 87 zu Art. 6 OR.

60 Schönenberger/Jäggi, N 102 zu Art. 6 OR.

61 Kramer, Bestätigungsschreiben, 103 FN 29; hinten, 71 ff. Kramer wirft denn auch Jäggi zu Recht vor, er bleibe auf halbem Wege zwischen subjektivem und konsequent objektivem Ansatz stehen.

62 Schönenberger/Jäggi, N 86 zu Art. 6 OR.

63 Schönenberger/Jäggi, N 88 zu Art. 6 OR.

c) Bucher

Bucher qualifiziert das Bestätigungsschreiben als Offerte, deren widerspruchslose Entgegennahme als stillschweigende Annahme zu deuten ist. Der Empfänger ist nicht deshalb gebunden, weil bereits mündlich genau der im Schreiben behauptete Vertrag geschlossen worden wäre, sondern weil er durch sein Schweigen zum Ausdruck brachte, mit einem Vertrag in dem im Schreiben genannten Sinne einverstanden zu sein[64]. Der Autor plädiert also für eine rechtsgeschäftliche Einordnung des Bestätigungsschreibens im Sinne der Konsenstheorie. Implizit lehnt er eine Sonderdogmatik zur Erklärung der Wirkungen des abweichenden Bestätigungsschreibens ab. Im weiteren erkennt Bucher die Möglichkeit von blossen Ergänzungen und Präzisierungen, welche durch das Schweigen auf den Erhalt eines Bestätigungsschreibens verbindlich werden können[65].

d) Merz

Auch Merz befürwortet grundsätzlich die rechtsgeschäftliche Natur des Schweigens auf ein Bestätigungsschreiben. Weil und insoweit der Erklärende nach dem für die Rechtsgeschäftslehre massgebenden Vertrauensprinzip das Schweigen als Zustimmung ansehen dürfe, werde der Inhalt des mündlich abgeschlossenen Vertrages durch das Bestätigungsschreiben bestimmt[66]. Das Schweigen erlange dann materiellrechtliche Wirkung, wenn besondere Umstände - insbesondere ein Handelsbrauch oder langjährige Geschäftsverbindungen - dies rechtfertigten. Merz will Art. 6 OR nicht unmittelbar auf diesen Sachverhalt anwenden, da es ja nicht um einen erst abzuschliessenden, sondern um einen nach der Behauptung des Bestätigenden bereits abgeschlossenen Vertrag gehe. Die analoge Anwendung von Art. 6 OR führe zu sachgemässeren Lösungen: das mit konstitutiver Wirkung ausgestattete unwidersprochen gebliebene Bestätigungsschreiben sei ein durch Lehre und Rechtsprechung entwickeltes Institut des ungeschriebenen Rechts[67].

---

64 Vgl. Bucher, 142.

65 Vgl. Bucher, 142, insbesondere FN 98.

66 Merz, N 241.

67 Merz, N 228, 242d und 242e. Merz unterscheidet drei Haupttatbestände und einen Ausnahmetatbestand und behandelt die Wirkungen des Schweigens auf ein abweichendes Bestätigungsschreiben fallweise.

e) Schmidlin

Schmidlin verlangt im Zusammenhang mit der Behandlung des Bestätigungsschreibens die volle Anwendung des Vertrauensprinzips. Damit soll das Schweigen auf ein Bestätigungsschreiben differenzierter behandelt werden können als bisher. So sollen etwa bloss "ergänzende und konkretisierende" Klauseln des Bestätigungsschreibens überhaupt von der konstitutiven Wirkung erfasst werden können[68]. Er unterstützt im übrigen die Konsenstheorie: das Bestätigungsschreiben könne ein neues Angebot darstellen, von dem der Erklärende in guten Treuen annehmen dürfe, der Empfänger werde widersprechen, wenn er es ablehnen wolle[69].

f) Kramer

Die Konsenstheorie wird von Kramer prononciert vertreten. Durch objektive Interpretation werde dem abweichenden Bestätigungsschreiben "ganz regelmässig die Bedeutung einer Offerte" zukommen[70]. Das Schweigen habe gegebenenfalls als Zustimmung zu gelten. Im weiteren schliesst er eine analoge Anwendung von Art. 6 OR aus; vielmehr plädiert er für eine direkte Unterstellung unter diese Bestimmung und die Einbindung des Problems in die Dogmatik des Vertragsschlusses, welche vom Vertrauensgrundsatz beherrscht werde. Hinsichtlich der Frage, wieweit das Bestätigungsschreiben inhaltlich vom mündlich erzielten Verhandlungsergebnis abweichen dürfe, um als stillschweigend konsentiert gelten zu können, vertritt Kramer eine vergleichsweise strenge Position. Er lässt nämlich - im allgemeinen - bloss Konkretisierungen und Präzisierungen zu[71].

g) Gauch

Die Konsenstheorie wird von Gauch ausdrücklich abgelehnt. Gestützt auf BGE 114 II 250 ff. leitet er die konstitutiven Wirkungen des abweichenden Bestätigungsschreibens aus einer Vertrauenshaftung ab. Die rechtserzeugende Wirkung beruhe auf Gerichtssatz, nicht auf Gesetz[72]. Die Einbettung des kaufmännischen Bestätigungsschreibens in die allgemeine Lehre vom Konsens

---

68 Schmidlin, N 108 f. zu Art. 6 OR.

69 Schmidlin, N 109 zu Art. 6 OR. Demgegenüber hält es Gauch, Bestätigungsschreiben, 183 FN 71 - m.E. zu Unrecht - für unklar, ob Schmidlin die Konsenstheorie vertritt und sich damit gegen die von Gauch befürwortete rechtliche Sonderbehandlung des kaufmännischen Bestätigungsschreibens wendet.

70 Kramer, Bestätigungsschreiben, 104.

71 Kramer, Bestätigungsschreiben, 104.

72 Gauch/Schluep, N 1166.

führe zu unbefriedigenden Ergebnissen[73]; vielmehr sei eine Sonderbehandlung angezeigt. Gauch erwähnt - neben dem starken Vertrauensschutz - auch den schwachen (oder negativen) Schutz, welcher auf Ersatz des negativen Interesses geht[74].

[73] Gauch, Bestätigungsschreiben, 184.
[74] Gauch, Bestätigungsschreiben, 179.

4. Dogmatische Einordnung des Bestätigungsschreibens mit konstitutiven Wirkungen

Ein Bestätigungsschreiben wird in der Regel nach Vertragsverhandlungen oder nach einem mündlichen Vertragsschluss versandt. Es liegt nahe, zuerst zu prüfen, ob sich die Rechtsfolgen des Schweigens auf die Zusendung einer Bestätigung in die allgemeine Rechtsgeschäfts- und Vertrags(schluss)dogmatik einordnen lassen. Ergibt diese Prüfung, dass entweder die für Verträge bzw. allgemeine Rechtsgeschäfte geltenden Regeln unbillige und den Bedürfnissen und Erwartungen des Rechtsverkehrs nicht entsprechende Lösungen haben, so sind andere Ansätze zu untersuchen und zu beurteilen. Der Verwendung einer "Sonderdogmatik" und damit einer Abweichung von der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre muss m.E. von vornherein kritisch begegnet werden.

a) Bestätigungsschreiben als Offerte?

Eine Integration der Vorgänge um das Bestätigungsschreiben in die Lehre vom Vertragsschluss erfordert natürlich zuerst zweierlei: erstens muss das Bestätigungsschreiben eine Offerte enthalten; zweitens soll das Schweigen ein Akzept darstellen. Sind beide Voraussetzungen erfüllt, so wäre ein Vertrag grundsätzlich zustande gekommen.

Sowohl das Schreiben als auch das Schweigen müssen *objektiv* interpretiert werden. Es ist zu fragen, wie nach dem Vertrauensprinzip die entsprechenden Willenserklärungen verstanden werden müssen. Das vom bereits mündlich Vereinbarten abweichende Schreiben darf und muss vom Empfänger in aller Regel als Offerte zur Änderung des eben abgeschlossenen Vertrages verstanden werden. Der Empfänger hat sich nämlich zu fragen, aus welchem anderen Grund denn der Absender etwas anderes als das Vereinbarte bestätigen sollte. Er muss nicht damit rechnen, dass sich der Bestätigende geirrt hat und versehentlich die mündlich getroffenen Vereinbarungen wahrheitswidrig wiedergegeben hat. Der Empfänger kann meistens darauf vertrauen, dass das Schreiben den Änderungswillen des Absenders ausdrückt.

Auch die Frage, ob dem Bestätigungsschreiben überhaupt Erklärungscharakter zukommen soll, bestimmt sich nach dem Vertrauensprinzip. Der Absender kann demnach nicht geltend machen, es habe ihm am Geschäfts- oder Erklärungswillen gefehlt, wenn der Empfänger das Schreiben in guten Treuen als Willenserklärung verstehen durfte und musste. Es ist unerheblich, ob der Absender subjektiv der Auffassung ist, er *bestätige* bloss den mündlich geschlossenen Vertrag; es kann für die nach dem Vertrauensprinzip vorzuneh-

mende Auslegung auch nicht darauf ankommen, ob er fahrlässig oder bewusst Abweichendes bestätigt. Die Auslegung erfolgt aus der Sicht des Empfängers, welcher sich nicht mit den nicht erkennbaren Absichten des Bestätigenden abgeben muss.

Es wurde eben ausgeführt, das Bestätigungsschreiben müsse nach dem *Vertrauensprinzip* interpretiert werden. Von diesem Grundsatz besteht aber eine Ausnahme, auf die Gauch hinweist: der Empfänger versteht das kaufmännische Bestätigungsschreiben in Übereinstimmung mit dem Absender als Ausdruck eines reinen Bestätigungswillens bzw. der Empfänger darf und muss das empfangene Schreiben nach Treu und Glauben so verstehen[75]. Dieser Autor macht nun geltend, unter diesen Umständen versage die Konsenstheorie, weil ja die blosse Absicht des Absenders, bereits Vereinbartes schriftlich zu fixieren, sich gerade nicht auf den Abschluss eines neuen oder veränderten Vertrages richte.

Es ist zuzugestehen, dass - erkennt der Empfänger den reinen Bestätigungswillen tatsächlich - nicht von einer Offerte und damit auch nicht von einer Annahme gesprochen werden kann. Doch diese Fälle sind sicherlich sehr selten. Trotz der Verwendung des Wortes "Bestätigung" wird nämlich ein abweichendes Bestätigungsschreiben in aller Regel vom Empfänger als Angebot zur Vertragsänderung verstanden werden dürfen. Ist dies aber nicht der Fall, so bieten die beweisrechtlichen Folgen des Schweigens wohl genügend Schutz für den Absender.

Vom Ergebnis her ist deshalb die auf der Konsenstheorie basierende und in die allgemeine Rechtsgeschäftslehre eingebettete Lösung zweckmässig; von einem "Versagen" kann m.E. nicht gesprochen werden[76]. Aus dem eben Ausgeführten ergibt sich, dass dem abweichenden Bestätigungsschreiben in aller Regel die Bedeutung einer Offerte[77] zur Änderung des Vertrages bzw. zum Vertragsschluss zukommt: selbst wenn sich das Bestätigungsschreiben im Gewande angeblicher Deklarativität kleidet, so hat es doch gleichzeitig als Willenserklärung auch konstitutive Wirkung[78].

---

75 Vgl. Gauch, Bestätigungsschreiben, 184 f.

76 Im weiteren ist auf MünchKomm-Kramer, N 20 FN 58 a.E. zu § 151 BGB, zu verweisen, welcher das Problem, es sei beiden Parteien nicht bewusst gewesen, dass eine Abweichung vom vorher Vereinbarten vorliegt (weil sie beide davon ausgingen, es werde bloss deklarativ bestätigt), wegen Bedeutungslosigkeit der Frage vernachlässigt.

77 Vgl. Schläpfer, 76 f. (insbesondere FN 119); s. auch Patry, 184; Schmidlin, N 88 zu Art. 6 OR.

78 Kramer, Bestätigungsschreiben, 104. Der Autor weist an dieser Stelle auf BGE 114 II 253 hin, wo das Bundesgericht dem abweichenden Bestätigungsschreiben konstitutiven Charakter absprechen möchte, sofern das Schweigen darauf nach Treu und Glauben nicht als Zustimmung zu interpretieren war. Die Verknüpfung der Interpretation des Bestätigungsschreibens mit derjenigen des Schweigens erscheint als nicht zutreffend: das Bestätigungsschreiben sollte vielmehr *gesondert* ausgelegt werden. Denn ob das Schreiben als Offerte verstanden werden darf und muss, hat nichts mit der Reaktion

Das Schweigen des Empfängers kann nun ohne weiteres das Akzept der eben besprochenen Offerte darstellen. Wie vorne ausgeführt, ist es nicht von Bedeutung, ob der schweigende Empfänger einen Geschäfts- und/oder Erklärungswillen besass[79]. Das Schweigen ist eine konkludente Willenserklärung, und es spricht nichts gegen eine direkte Anwendung von Art. 6 OR auf den hier vorliegenden Sachverhalt. Diese Auffassung schliesst die Anwendung der teilweise vertretenen Lehre von der Vertragsfiktion aus, welche die Vertragsfolgen bei Stillschweigen des Empfängers aufgrund eines fiktionstheoretischen Ansatzes eintreten lässt[80]. Die Fiktionstheorie betrachtet das Erklärungsbewusstsein - im Gegensatz zur Vertrauenstheorie - als konstitutives Element einer Willenserklärung und behilft sich bei fehlendem Bewusstsein mit dem Fiktionsgedanken[81]. Auch die Argumente für eine analoge Anwendung, wie sie das Bundesgericht teilweise vertritt, überzeugen m.E. nicht[82].

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass das Bestätigungsschreiben in fast allen Fällen eine Offerte darstellt und das Schweigen ein Akzept sein *kann*.

b) Schweigen als Akzept

Beim Bestätigungsschreiben kommt der Frage besondere Bedeutung zu, *wann* das Schweigen als Akzept zu gelten hat, d.h. welche Umstände eine ausdrückliche Annahme der Offerte im Sinne von Art. 6 OR nicht erwarten lassen. In diesem Zusammenhang muss die Formulierung eines möglichst einfachen, klaren und bestimmten Kriteriums angestrebt werden. Unbestimmte Abgrenzungskriterien können leicht zu einer uneinheitlichen und undurchschaubaren Rechtsanwendung führen[83]. Das Bundesgericht hat bloss eine ungefähre Richtlinie formuliert: "Der Absender darf ... nicht von einer ... Bindung ausgehen, wenn sein Schreiben vom Verhandlungsergebnis derart abweicht, dass nach Treu und Glauben nicht mehr mit dem Einverständnis des Empfängers gerechnet werden darf"[84]. Diese bundesgerichtlichen Kriterien sind sehr offen und wenig bestimmt.

Es ist deshalb m.E. angebracht, die Umstände, welche auf eine stillschweigende Annahme schliessen lassen, präziser als das Bundesgericht zu bestim-

---

des Empfängers zu tun. Für die vom Bundesgericht vorgenommene Verknüpfung besteht keine Notwendigkeit.

79 Vgl. vorne, 30.

80 Für diesen Ansatz insbesondere Brinkmann, 89 ff.

81 Vgl. etwa Brinkmann, 94.

82 Vgl. BGE 100 II 22 und vorne, 38 f.

83 Vgl. die entsprechenden Ausführungen bei Walchshöfer, 719 ff.

84 BGE 114 II 252, unter Hinweis auf Schmidlin, N 100 ff. zu Art. 6 OR, welcher wiederum weitere Autoren anführt.

men. Eine Differenzierung nach der Art bzw. dem Mass der Abweichung des Bestätigungsschreibens vom mündlich Vereinbarten ist hierzu geeignet.

aa) Offener Widerspruch zwischen Vereinbarung und Bestätigung

Liegt ein offener Widerspruch zwischen dem mündlich Vereinbarten und der Bestätigung zum Nachteile des Empfängers vor, so darf der bestätigende Absender niemals das Stillschweigen des Empfängers als Einverständnis verstehen. Er darf nicht mit dem Einverständnis rechnen, weil die Unterstellung, man treffe eine Vereinbarung, um sich anschliessend sofort einseitigen, noch dazu hinter einer blossen Bestätigung versteckten Änderungswünschen des Absenders zu beugen, widersinnig wäre und im Widerspruch zu allen geschäftlichen Erfahrungen stehen würde[85]. Es ist unwahrscheinlich, dass der Empfänger auf einen ihm gemäss der mündlichen Vereinbarung zustehenden Vorteil kampflos verzichtet und nicht etwa versucht, einen adäquaten Nutzen zu erlangen. Es ist somit ausgeschlossen, dass der Vertrag im Sinne des Bestätigungsschreibens abgeändert wird.

Im Sinne einer Besonderheit dieses Grundsatzes soll der - in der Praxis wohl nicht häufig vorkommende - Fall erwähnt werden, dass das Bestätigungsschreiben *zum Vorteil des Empfängers* von der mündlichen Vereinbarung abweicht. Hier dürften sich nur wenige Probleme ergeben, denn die Situation ist vergleichbar mit der Interessenlage beim Angebot, welches sich auf den Abschluss eines nur eine Vertragspartei begünstigenden Vertrages bezieht. Der Bestätigende kann und muss das Schweigen als Akzept verstehen. Wegen der besonderen Natur des Geschäftes ist zu vermuten, dass das Angebot zur Änderung des Vertrages angenommen wurde, erfährt doch der Empfänger des die Vereinbarung abändernden Bestätigungsschreibens keinerlei Nachteile[86]. Deshalb kann die mündliche Vereinbarung auch bei grösseren Abweichungen des Bestätigungsschreibens eine Änderung erfahren.

Wie steht es nun aber um *geringfügige Änderungen*, welche im Bestätigungsschreiben zum Nachteil des Empfängers festgehalten werden? Man könnte argumentieren, bei kleineren Abweichungen liege es am Empfänger, Widerspruch zu erheben; dies müsse insbesondere dann gelten, wenn über eine Vielzahl von Fragen verhandelt wurde[87]. Besteht aber ein kleiner Unterschied zwischen dem Vereinbarten und dem im Bestätigungsschreiben Festgehaltenen, so gibt es keinen Grund, einen Handelsbrauch dahingehend anzuneh-

---

85 Bydlinski, Privatautonomie, 205.

86 Vgl. die einhellige Lehre zur stillschweigenden Annahme des ausschliesslich begünstigenden Angebotes: Schläpfer, 63 ff.; Schmidlin, N 32 zu Art. 6 OR; Schönenberger/Jäggi, N 28 zu Art. 6 OR; von Tuhr/Peter, 189. Aus der Rechtssprechung s. BGE 84 II 363, m.w.H.

87 So Canaris, Vertrauenshaftung, 207 FN 50a.

men, dass bei offenem Widerspruch zwischen dem mündlich Vereinbarten und dem darauf Bestätigten ein Schweigen des Empfängers grundsätzlich als Zustimmung zum Bestätigungsschreiben aufzufassen sei, wo doch die gegenteilige Vermutung evident wahrscheinlicher sein muss[88]. Nicht überzeugend ist das Argument, dem Empfänger geschehe nichts Übles, wo es doch bloss um eine bescheidene, geringfügige Änderung des Vertrages gehe. Es ist nämlich nicht einzusehen, warum es dem *Bestätigenden* schwerfallen sollte, auf eben diese Änderung, auf die er im Verhältnis zum tatsächlich Vereinbarten zu Unrecht vertraut hat, zu verzichten[89].

bb) Verborgener Widerspruch zwischen Vereinbarung und Bestätigung

Bereits wurde vorne[90] der Fall des offenen Widerspruchs zwischen Bestätigungsschreiben und Vereinbarung behandelt. Der Widerspruch kann aber auch ein verborgener sein: es können in der Bestätigung Ergänzungen vorgenommen werden, über die gar nicht verhandelt wurde. Der Widerspruch ist somit nicht offensichtlich, obwohl eine Diskrepanz zum Vereinbarten vorliegt. Es ist ja nicht zu übersehen, dass bei nicht erschöpfender vertraglicher Regelung der übrige Inhalt des Rechtsverhältnisses durch objektive Regeln des dispositiven Gesetzes bestimmt wird[91].

Das dispositive Recht kann eine für den Empfänger günstigere Regelung vorsehen; diesfalls ist es nicht zu erwarten, dass dieser schweigend auf die Geltung des dispositiven Gesetzesrechts verzichten will. Der Absender des Bestätigungsschreibens darf das Schweigen jedenfalls nicht so verstehen; für ihn kann es keinen Grund zur Annahme geben, dass der Empfänger auf eine eben erlangte, für ihn vorteilhafte Rechtsposition verzichten wollte.

Entscheidend ist die Frage, nach welchem Kriterium entschieden werden soll, ob eine dispositive Norm günstiger für den Empfänger ist als die im Bestätigungsschreiben angebrachte Ergänzung. Es ist - von diesem Gedanken muss m.E. wiederum ausgegangen werden - unwahrscheinlich, dass man eine durch Verhandlungen erlangte Rechtsposition ohne adäquate Gegenleistung verschlechtert. Deshalb muss geprüft werden, ob die ergänzende Regelung den Interessen des Empfängers des Bestätigungsschreibens im Vergleich zu dem ansonsten beachtlichen dispositiven Recht im konkreten Fall im selben Mass gerecht wird oder nicht[92]. Nur wenn man nach einer Prüfung zum Resultat kommt, dass die Rechtsposition des Schweigenden nicht verschlechtert

---

88 MünchKomm-Kramer, N 36 zu § 151 BGB. Dieser Autor hält an dieser Stelle aber auch zutreffend fest, dass diese Vermutung im Einzelfall umgestossen werden kann.

89 Bydlinski, FS Flume, 349 f.

90 Vgl. vorne, 74.

91 Bydlinski, Privatautonomie, 206.

92 MünchKomm-Kramer, N 38 zu § 151 BGB; ähnlich für AGB Schuler, 106.

wird, kann das Schweigen auf ein abweichendes Bestätigungsschreiben konstitutive Wirkungen haben; anderenfalls sind die vorgeschlagenen Änderungen nicht "konsensfähig"[93].

Nicht überzeugend ist deshalb m.E. die Auffassung von Schmidlin, welcher zwar zutreffend festhält, dass das Schuldverhältnis nicht einseitig zugunsten des Bestätigenden ergänzt werden darf. Er erkennt jedoch die Grenze erst dort, wo das Bestätigungsschreiben Klauseln enthält, die zu einer *erheblichen* Beeinträchtigung der Empfängerinteressen führen[94]. Diese Ansicht bevorzugt zu stark die Interessen des Bestätigenden und vernachlässigt die Rechtsposition des Schweigenden. Es ist nämlich nicht einsichtig, weshalb der Absender nachträglich unter dem Titel "Bestätigung" überhaupt eine Ergänzung vornehmen kann. Sein Vertrauen ist weniger schutzbedürftig als dasjenige des Empfängers, welcher auf den Fortbestand des doch erst vor kurzem mündlich abgeschlossenen Vertrages vertrauen darf. Diese Gegenüberstellung der zwei unterschiedlichen Vertrauenspositionen muss zu einer Ablehnung der von Schmidlin vertretenen Lehrmeinung führen.

cc) Konkretisierungen und Präzisierungen

Ein Bestätigungsschreiben kann vom mündlichen Verhandlungsergebnis auch abweichen, indem es *neutrale Konkretisierungen* und *Präzisierungen* enthält. Als Beispiele könnte man folgende Situationen anführen: die Lieferungszeit wurde nur ungefähr besprochen und wird nun vom Lieferanten präzisiert; die Bestimmung des Beförderungswegs und Beförderungsmittels im einzelnen ist offengeblieben, und ein Vertragspartner holt dies im Bestätigungsschreiben nach[95]. Bei solchen, die Interessen des Empfängers *nicht beeinträchtigenden* Präzisierungen darf der Absender das Stillschweigen als Zustimmung zur Änderung des früher geschlossenen Vertrages verstehen. Werden die Interessen des Schweigenden nicht betroffen, dann ist es unbedenklich, wenn der Absender die von ihm beabsichtigte Präzisierung so formuliert, als würde das Angestrebte schon gelten. Die Rücksichtnahme auf den Partner gebietet also nicht unbedingt, ihm die angestrebte Vertragsänderung deutlich als solche erkennbar vorzuschlagen[96]. Eine solche Regelung ist zweckmässig und kann Einzelfragen, welche die Vertragsabwicklung betreffen, auf einfache und kostengünstige Art lösen.

---

93 Der Ausdruck "Konsensfähigkeit" wird etwa verwendet von Kramer, Bestätigungsschreiben, 104; MünchKomm-Kramer, N 38 zu § 151 BGB; Lindacher, 705.

94 Schmidlin, N 110 zu Art. 6 OR, unter Hinweis auf Schlegelberger/Hefermehl, N 128 zu § 346 HGB sowie Walchshöfer, 721.

95 Vgl. MünchKomm-Kramer, N 37 zu § 151 BGB.

96 Bydlinski, FS Flume, 356.

c) Fazit

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass zur Begründung der konstitutiven Wirkungen des kaufmännischen Bestätigungsschreibens kein Rückgriff auf die Vertrauenshaftung nötig ist. Eine Einordnung in die allgemeine Lehre vom Vertragsschluss ist dogmatisch möglich und drängt sich geradezu auf, wie dies wohl auch das Bundesgericht erkannt hat[97]. Dies hat nichts mit einem "übertriebenen Konsensualismus"[98] zu tun, sondern mit der Absicht, die Lehre vom Vertragsschluss nicht ohne zwingenden Grund durch eine Sonderdogmatik zu verdrängen. Hinten[99] soll das von den Vertretern einer Sonderdogmatik manchmal ins Feld geführte Argument behandelt werden, die Irrtumsanfechtung werde auch von Vertretern der Konsenstheorie teilweise abgelehnt und deshalb liege doch eine Abweichung von der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre vor[100].

Die hier dargelegte Auffassung lässt nur wenige Ergänzungen des mündlichen Vertrages durch ein Bestätigungsschreiben zu. Der Bestätigende ist aber trotzdem nicht schutzlos: im Prozess kann er sich bei fehlendem Widerspruch auf die Vermutung der Richtigkeit und Vollständigkeit des Bestätigungsschreibens berufen[101]. Dieser beweisrechtliche Vorteil wird wohl in den meisten Fällen ausschlaggebend für den Ausgang des Gerichtsverfahrens sein. Im kaufmännischen Verkehr wird deshalb der Empfänger auch bei eingeschränkten konstitutiven Wirkungen des Bestätigungsschreibens aller Voraussicht nach gezwungen sein, auf ein von der mündlichen Vereinbarung abweichendes Schreiben zu antworten und seinen Widerspruch zu äussern.

---

97 Vgl. BGE 114 II 250 ff. und vorne, 63.

98 Dieser Begriff wird von Gauch, Bestätigungsschreiben, 187, verwendet.

99 Vgl. hinten, 95 ff.

100 So etwa Gauch, Bestätigungsschreiben, 185.

101 Hierzu vorne, 18 f.

§ 6 Internationales Privatrecht und Wiener Kaufrecht

1. Internationales Privatrecht

a) Sonderanknüpfung und Bestätigungsschreiben im allgemeinen

Gemäss Art. 123 IPRG kann sich die auf eine Vertragsofferte schweigende Partei für die Wirkungen ihres Schweigens auf ihr *Umweltrecht* berufen. Als Umweltrecht gilt hier das Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des schweigenden Empfängers. Dieser Sonderanknüpfung liegt der Gedanke zugrunde, dass die schweigende Partei in ihrem Vertrauen zu schützen ist, nicht an Verträge gebunden zu sein, die nach ihrem Rechtsverständnis nicht bestehen[1].

Im Zusammenhang mit der vorliegenden Untersuchung stellt sich die Frage, ob diese Sonderanknüpfung auch für das Schweigen auf ein abweichendes kaufmännisches Bestätigungsschreiben gelten soll. Ist dies nicht der Fall, so kommt das üblicherweise die Vertragsschliessung regelnde Statut zur Anwendung[2].

Ein Teil der Lehre lehnt eine Sonderanknüpfung ab. Zur Begründung wird angeführt, dass die Parteien bereits einen mündlichen Vertrag geschlossen hätten und deshalb mit der Beurteilung des Schweigens auf ein Bestätigungsschreiben nach dem *Vertragsstatut* rechnen mussten. Ein Bedürfnis nach einem Vertrauensschutz durch das Umweltrecht bestehe aus diesem Grunde nicht[3]. Dieser Ansicht kann nicht beigestimmt werden: das *Umweltrecht* des schweigenden Empfängers muss auch bei der Beurteilung der Wirkungen des abweichenden Bestätigungsschreibens angewendet werden. Die Sonderanknüpfung soll sich also nicht nur auf das Verhalten vor dem mündlichen Vertragsschluss erstrecken, sondern auch auf das Bestätigungsschreiben[4].

---

1 Brunner, 119 f.

2 Vgl. Art. 117 und 124 IPRG.

3 Vgl. Drobnig, 606; von Hoffmann, 522; Linke, 44. Differenzierend: Hepting, 463. Auch Egeler, 160, differenziert zwar; diese Autorin will aber jedenfalls das Schweigen auf ein ergänzendes Bestätigungsschreiben dem Vertragsstatut unterstellen. Diese Ansicht verkennt, dass ein Vertrauensschutzbedürfnis des Empfängers besteht und auch "ergänzende" Bestätigungsschreiben den Vertrag abändern - statt den Bedingungen des Bestätigungsschreibens kommt nämlich das dispositive Recht zur Anwendung. Den Ausführungen von Egeler liegt zudem - m.E. zu Unrecht - die Auffassung zugrunde, dass ein ergänzendes oder abweichendes Bestätigungsschreiben keine Offerte darstellt. Vgl. auch Egeler, 242.

4 Keller/Girsberger, N 7 zu Art. 123 IPRG.

Zur Begründung dieser Ansicht lassen sich hauptsächlich zwei Argumente anführen. *Erstens* wäre eine Anknüpfung an das Vertragsstatut dann unbillig, wenn das Umweltrecht des Empfängers - im Gegensatz zum Vertragsstatut - dem Schweigen gar keine rechtsgeschäftliche Bedeutung beimisst und der Empfänger deshalb auch nicht damit rechnen musste, durch sein Schweigen an Bedingungen gebunden zu sein, welche vom mündlichen Vertrag abweichen[5]. Es ist der Schutz des *Empfängervertrauens*, welcher zur Anwendung des Rechts am gewöhnlichen Aufenthalt führt. Der Absender eines Bestätigungsschreibens soll nicht Vertragsänderungen vornehmen können, denen der Empfänger nur deshalb nicht widersprochen hat, weil nach seinem Umweltrecht ein Widerspruch nicht nötig war[6].

Zweitens bilden der Versand eines Bestätigungsschreibens und die Vertragsverhandlungen eine zeitliche Einheit, da nur wenige Tage zwischen beiden Ereignissen liegen können. Es macht deshalb Sinn, das gleiche Statut auf das Schweigen vor und nach dem Vertragsschluss anzuwenden[7]. Weshalb soll der Empfänger anders behandelt werden, wenn er auf sein Umweltrecht vertraut, nicht mit nachteiligen Folgen rechnet und einmal vor und einmal nach dem Vertragsschluss schweigt? Eine unterschiedliche Rechtsfolge ist nicht angebracht[8].

Auch Keller/Girsberger vertreten im Ergebnis die zutreffende Ansicht, dass das Schweigen des Empfängers nach seinem Umweltrecht beurteilt werden muss[9]. Ein abweichendes Bestätigungsschreiben, welches eine neue Offerte darstelle, könne durchaus einem anderen Recht unterstehen als das bisher verhandelte Geschäft. Deshalb unterstehe das "neuerliche" Schweigen des Empfängers dem Umweltrecht. Diese Argumentation überzeugt zwar im Ergebnis, in der Begründung aber nur teilweise. Das Vertragsstatut bleibt auch mit den allfälligen Änderungen des Bestätigungsschreibens fast immer unverändert: die Änderungen werden sich häufig allein auf den Preis, die Qualität der Ware, den Liefertermin u.ä. beziehen und kaum den Charakter des Vertrages als Gesamtes ändern. Und zweitens ist das Schweigen auf ein Bestätigungsschreiben in den meisten Fällen kein "neuerliches", da wohl ein ausdrückliches Akzept in den mündlichen Verhandlungen die Regel ist.

---

5 Beckmann/Sandrock, N 23.
6 Beckmann/Sandrock, N 23.
7 Ebenroth, Bestätigungsschreiben, 186.
8 Vgl. Müller/Otto, 122.
9 Keller/Girsberger, N 7 zu Art. 123 IPRG.

b) Einbezug bestimmter Klauseln durch Bestätigungsschreiben

Das von den Gegnern einer Sonderanknüpfung angeführte Argument, es bestehe bereits ein Vertrag und deshalb seien alle Rechtsfragen nach dem Vertragsstatut zu lösen, erscheint demnach bei Bestätigungsschreiben als formalistisch und unbillig. Gleiches muss auch für den nachträglichen Einbezug von *AGB* durch ein Bestätigungsschreiben gelten. Da eine mit der erstmaligen Antragstellung vergleichbare Situation vorliegt, muss zum Schutze der schweigenden Gegenpartei des AGB-Verwenders die Sonderanknüpfung vorgenommen werden[10].

Für die in einem Bestätigungsschreiben erstmals erwähnte *Rechtswahlklausel* kann nichts anderes gelten. Schweigt der Empfänger auf die nachträgliche Rechtswahlofferte, so deuten die erwähnten Argumente auf eine Sonderanknüpfung im Sinne von Art. 123 IPRG hin. Diese Auffassung wird durch den Umstand bestätigt, dass Art. 123 IPRG auch auf den Verweisungsvertrag Anwendung findet[11]. Die rechtliche Unabhängigkeit des Verweisungsvertrages vom Hauptvertrag spricht für die Sonderanknüpfung; es ist irrelevant, in welchem Stadium des Vertragsschlusses oder der Vertragsabwicklung die Rechtswahlofferte erfolgt[12].

Das Schweigen auf eine Offerte zum Abschluss einer *Gerichtsstandsvereinbarung* oder einer *Schiedsabrede* wird - wegen der engen Verbindung mit dem Tatbestand - wie der materiellrechtliche Vertrag angeknüpft, obwohl auf prozessrechtliche Verträge eigentlich die lex fori angewendet wird[13]. Hinzu kommt jedoch, dass Art. 5 Abs. 1 IPRG bzw. Art. 178 Abs. 1 IPRG für Gerichtsstandsvereinbarungen und Schiedsabreden eine spezielle Form verlangen, nämlich die doppelte Schriftlichkeit. Das Schweigen auf eine in einem Bestätigungsschreiben erstmals erwähnte Gerichtsstands- oder Schiedsklausel bindet den Empfänger deshalb nicht.

Bei der Anwendung von Art. 123 IPRG auf kaufmännische Bestätigungsschreiben stellt sich auch die Frage, welche Empfänger von der Sonderanknüpfung profitieren können, indem ihnen die Berufung auf ihr Umweltrecht gestattet wird. Es ist m.E. nicht mit dem Wortlaut des Gesetzes vereinbar, wenn *international tätige Kaufleute und Handelsunternehmen* ausgeschlossen

---

10 Keller/Girsberger, N 8 zu Art. 123 IPRG; Müller/Otto, 122. A.A. Egeler, 160: die Autorin geht zu weit, wenn sie generell den Einbezug von AGB durch Bestätigungsschreiben dem Vertragsstatut unterstellen will. Gegen die Anwendung von Art. 123 IPRG auf nachträglich eingeführte AGB auch Kneller, N 14 zu Art. 123 IPRG.

11 Keller/Girsberger, N 10 zu Art. 123 IPRG; vgl. auch Heini, 77; Knoepfler, 88; Siehr, 102.

12 Egeler, 116.

13 Kaufmann-Kohler, 57 ff.; Keller/Girsberger, N 12 zu Art. 123 IPRG.

werden und sich nicht auf ihr Umweltrecht berufen können[14]. In der bundesrätlichen Botschaft finden sich jedenfalls keine entsprechenden gegenteiligen Hinweise[15]. Bei einer grosszügigen Interpretation von Art. 123 IPRG wird auch die im Einzelfall schwierige Abgrenzung vermieden, wann ein Kaufmann als international erfahren gelten kann.

Schliesslich sei noch auf eine Ausnahme von der Sonderanknüpfung beim Schweigen auf ein Bestätigungsschreiben hingewiesen. Eine Besonderheit liegt nämlich dann vor, wenn der Schweigende im Laufe der Verhandlungen zum Ausdruck gebracht hat, über die Handelsbräuche im anderen Land unterrichtet zu sein. In dieser Situation ist es dem Empfänger des Bestätigungsschreibens zuzumuten, sich über die rechtlichen Auswirkungen des Schweigens zu erkundigen[16].

---

[14] So aber Keller/Girsberger, N 14 zu Art. 123 IPRG. Wie hier Brunner, 133; Egeler, 88 f.; Kneller, N 8 zu Art. 123 IPRG.

[15] Vgl. die Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPR-Gesetz) vom 10. November 1982, in: BBl 1983 I 263 ff.

[16] Vgl. Ebenroth, Bestätigungsschreiben, 186.

2. Wiener Kaufrecht

Das Wiener Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf ("Wiener Kaufrecht") ist für die Schweiz am 1. März 1991 in Kraft getreten[17]. Es enthält unter anderem auch Bestimmungen über den Vertragsschluss. Es soll in diesem Zusammenhang geklärt werden, ob die Wirkungen des abweichenden kaufmännischen Bestätigungsschreibens nach dem nationalen Recht oder nach dem Übereinkommen beurteilt werden. Eines kann schon vorweggenommen werden: in der Lehre herrscht keine Einigkeit, wie es um das Verhältnis zwischen der Konvention und dem Bestätigungsschreiben bestellt ist.

a) Vertragsschluss

Der Abschluss eines Kaufvertrages wird in Teil II des Abkommens geregelt, und es werden die Bausteine "Angebot" und "Annahme" verwendet, durch welche der Konsens der Parteien hergestellt wird[18]. Aus dem Wortlaut der Konvention geht nicht hervor, ob neben dieser Abschlussart noch eine weitere zum Vertragsschluss führen kann.

Huber argumentiert nun, das Übereinkommen weise eine Lücke auf; das System in Teil II sei nicht erschöpfend, sondern bloss fragmentarisch abschliessend[19]. Das über das IPR des Forumstaates berufene nationale Recht könne andere Formen des "Vertragsschlusses" regeln, so auch das Schweigen auf ein abweichendes Bestätigungsschreiben. Angeknüpft werden soll an das Umweltrecht des Schweigenden. Mittels seiner Argumentation versucht der Autor also, für den grenzüberschreitenden Warenverkehr neben dem internationalen Recht auch das nationale - wohl vor allem deutsche - Recht für das Bestätigungsschreiben weiter gelten zu lassen[20]. Folgt man dieser Auffassung, so wird der ausländische Vertragspartner des deutschen Empfängers geschützt, obwohl er möglicherweise nach seinem nationalen Recht (also nach seinem eigenen Umweltrecht) gar nicht mit der konstitutiven Wirkung des Bestätigungsschreibens rechnen konnte - ein Ergebnis, das im Rahmen des Wiener Kaufrechtes nicht zu befriedigen vermag[21].

---

17 Vgl. etwa Schlechtriem, Anwendungsvoraussetzungen, 339 ff.; Stoffel, Warenkauf, 169 ff.

18 Schlechtriem, N 2 zu Vorbemerkungen zu Art. 14-24 CISG. Diese Regelung entspreche Vorstellungen, die allen Rechtsordnungen gemeinsam seien; der Autor verweist hierfür auf die Arbeiten von Mehrens, Rabels und Schlesingers.

19 Huber, 449.

20 Vgl. auch Ludwig, 355.

21 Bydlinski, Vertragsrecht, 79.

Demgegenüber nimmt die wohl herrschende Lehre eine interne, nach den Grundsätzen des Übereinkommens zu schliessende Lücke an; das Recht des Vertragsschlusses ist nach dieser Auffassung jedenfalls abschliessend, mit dem Ergebnis, dass der Vertragsschluss auf die Art und Weise des Angebotes und der Annahme beschränkt ist, wie sie in Art. 23 WKR zum Ausdruck kommt[22]. Aus den Verhandlungen zum Übereinkommen ergibt sich nämlich, dass man das kaufmännische Bestätigungsschreiben - als ein zum Vertragsschluss einsetzbares Instrument - zu den nach dem Wiener Kaufrecht zu beurteilenden Fragen gerechnet hat. Die Sachfrage wurde schliesslich dahin entschieden, dass die (deutschen) Regeln jedenfalls im Rahmen von Art. 9 Abs. 1 und 2 WKR Geltung beanspruchen können[23].

b) Art. 9 Abs. 1 WKR als Geltungsgrundlage für konstitutive Wirkungen von Bestätigungsschreiben

Die Parteien können vereinbaren, dass das Schweigen auf ein Bestätigungsschreiben als Zustimmung angesehen wird; sie sind dann gemäss Art. 9 Abs. 1 WKR gebunden. Bei Fehlen einer Vereinbarung kann auch eine zwischen ihnen entstandene Gepflogenheit zum selben Ergebnis führen[24]. Eine Gepflogenheit, es solle fortan von einer Billigung des Inhaltes ausgegangen werden, wird m.E. aber noch nicht begründet, wenn der Empfänger einiger weniger Bestätigungsschreiben auf deren Zustellung hin schweigt. Ein Entscheid des Basler Zivilgerichts verdient deshalb in dieser Hinsicht Kritik: die Richter schlossen nämlich bereits nach der zweiten Zustellung eines Bestätigungsschreibens auf eine Gepflogenheit im Sinne von Art. 9 Abs. 1 WKR[25].

c) Art. 9 Abs. 2 WKR als Geltungsgrundlage für konstitutive Wirkungen von Bestätigungsschreiben

Haben die Parteien nichts anderes vereinbart, so wird angenommen, dass sie sich in ihrem Vertrag oder bei seinem Abschluss stillschweigend auf Han-

---

22 Esser, 185 f.; vgl. auch Bydlinski, Vertragsrecht, 79; Egeler, 158; Ludwig, 355; Otto 140; Stoffel, Formation, 67 f.; Wey, 86.

23 Schlechtriem, N 4 zu Vorbemerkungen zu Art. 14-24 CISG; Rehbinder, 167, weist darauf hin, dass auf der Konferenz vom Haag zum EAG unter den Delegierten darüber Einvernehmen herrschte, dass die deutschen Grundsätze des kaufmännischen Bestätigungsschreibens über die Handelsgebräuche gedeckt seien, dies im Gegensatz zu der Wiener Konferenz. Zur Behandlung des kaufmännischen Bestätigungsschreibens unter den Haager Übereinkommen von 1964 s. eingehend von Caemmerer, 101 ff.

24 Stoffel, Formation, 68, ist der Auffassung, dass es nur sehr selten zur Anwendung dieser Norm bei kaufmännischen Bestätigungsschreiben kommen werde. Vgl. nun aber BJM 1993 310 ff.

25 BJM 1993 313. Vgl. auch die Kritik von Kramer, Vertragsschluss, 9 FN 35.

delsbräuche bezogen haben, die sie kannten oder kennen mussten und die von ihnen regelmässig beachtet werden[26]. Gemäss dieser Bestimmung kann ein Bestätigungsschreiben nur noch dann Wirkungen entfalten, wenn die Parteien von Warenkaufverträgen im betreffenden Geschäftszweig Bestätigungsschreiben einsetzen und die Deutung des Schweigens als Zustimmung gelten lassen[27].

Art. 9 Abs. 2 WKR fordert weiter, dass der Handelsbrauch im "internationalen Handel den Parteien von Verträgen dieser Art in dem betreffenden Geschäftszweig weithin bekannt" ist. Über die zutreffende Interpretation dieser Tatbestandsvoraussetzung herrscht keine Einigkeit. So ist etwa umstritten, wie bekannt der Handelsbrauch sein muss. Es dürfte nicht ausreichen, wenn der Brauch des Bestätigungsschreibens nur am Geschäftssitz des Empfängers des Bestätigungsschreibens gilt[28]; richtig ist vielmehr, dass ein weithin verbreiteter Handelsbrauch dann vorliegt, wenn in den *beiden Staaten* der Vertragsparteien die vertragsändernden Wirkungen des abweichenden Bestätigungsschreibens anerkannt sind.

Nun spricht aber der Wortlaut von Art. 9 Abs. 2 WKR gegen diese Interpretation, und einige Autoren wollen denn auch nur dann auf einen Handelsbrauch schliessen, wenn ein solcher allgemein im internationalen Handel verbreitet ist ("*Weltbrauch*")[29]. Diese Auffassung überzeugt m.E. aber nicht: es ist nämlich kaum sinnvoll, den sich deckenden nationalen Handelsbräuchen hinsichtlich des kaufmännischen Bestätigungsschreibens die Anwendung zu versagen[30]. Beide Kaufleute kennen diesen Handelsbrauch aus ihrem nationalen Recht und sind mit ihm vertraut; es kann also kaum davon gesprochen werden, dass sie von fremdem Recht überrascht werden und deshalb besonderen Schutz benötigen. Dies bedeutet, dass beim Verkehr zwischen Ländern, die tendenziell der deutschen Lösung folgen, das Bestätigungsschreiben durchaus Wirkungen entfalten kann[31].

Bestätigungsschreiben haben aber noch eine *zweite Voraussetzung* zu erfüllen, bevor sie unter dem Übereinkommen Wirkungen entfalten. Sieht man nämlich das vom mündlich Vereinbarten abweichende Bestätigungsschreiben zu Recht als Offerte zur Änderung des Vertrages an, so ist es angezeigt, dem Stillschweigen des Empfängers bloss bei *nicht wesentlichen* Abweichungen

---

26 Art. 9 Abs. 2 WKR.

27 Zur Subsumption des deutschen Bestätigungsschreibens unter den Handelsbrauch im Sinne von Art. 9 WKR vgl. Bonnell, Handelsbräuche, 388 ff.; Bydlinski, Vertragsrecht, 79 f.

28 So aber Ebenroth, Vertragsgestaltung, 688.

29 Bydlinski, Vertragsrecht, 79-81; Esser, 188; Ludwig, 357 f.

30 So auch Rehbinder, 169; Schlechtriem N 4 zu Vorbemerkungen zu Art. 14-24 CISG. Vgl. auch Kramer, Diskussionsbeitrag, 95; Müller/Otto, 37.

31 Kramer, Diskussionsbeitrag, 95. Diese Wirkung besteht, obwohl auf der Wiener Konferenz eine Tendenz gegen das kaufmännische Bestätigungsschreiben erkennbar wurde. Vgl. Ludwig, 356; Schlechtriem, N 4 zu Vorbemerkungen zu Art. 14-24 CISG.

gemäss Art. 19 Abs. 2 WKR bindende Wirkung zukommen zu lassen. Das Schweigen auf ein abänderndes oder ergänzendes Bestätigungsschreiben ist folglich nur dann als Annahme zu werten, wenn weder Preis, Bezahlung, Qualität der Ware noch eine andere der in Art. 19 Abs. 3 WKR aufgeführten wesentlichen Abweichungen vorliegt. Dabei ist zu beachten, dass die Aufzählung in der eben genannten Bestimmung nicht abschliessend ist; entscheidend ist einzig, ob die Abweichung wesentlich ist. Diese Lösung steht im Einklang mit dem Vertrauensprinzip und den gewöhnlichen Vertragsschlussregeln[32].

d) Das Bestätigungsschreiben als Beweismittel

Nicht im Übereinkommen wird die Frage geregelt, ob das Bestätigungsschreiben als Beweismittel für den Vertragsschluss dienen kann. Das Übereinkommen befasst sich nur mit dem Recht der Verträge des internationalen Handelskaufs, nicht hingegen mit prozessualen Fragen[33]. Es entscheidet sich nach der lex fori, ob das Bestätigungsschreiben überhaupt als Beweismittel zugelassen wird und welche Beweiskraft ihm allenfalls zukommt.

---

32 So auch Bydlinski, Vertragsrecht, 81 f. Vgl. zu alledem das Urteil des Handelsgerichtes des Kantons Zürich vom 10. Juli 1996 i. S. H. GmbH gegen U.: das Schweigen auf die Zustellung einer geänderten Auftragsbestätigung kann die Annahme einer Offerte zur Vertragsänderung bedeuten. In casu wurde eine Verdoppelung des Werklohnes in Aussicht gestellt; die Vertragsänderung galt als nicht akzeptiert, da eine wesentliche Änderung gemäss Art. 19 Abs. 2 und 3 WKR vorlag. Nicht behandelt wurden die Abgrenzungsprobleme zwischen Bestätigungsschreiben und Auftragsbestätigung. Vgl. hierzu vorne, 7 ff.

33 Vgl. statt aller Esser, 193.

§ 7 Einzelprobleme des Bestätigungsschreibens

1. Zugang des Bestätigungsschreibens

a) Eintreffen des Bestätigungsschreibens

Obwohl sich das Bestätigungsschreiben nicht als Willenserklärung, sondern als Tatsachenmitteilung bezeichnet, erhält es bei objektiver Interpretation gewöhnlich den Charakter einer Offerte zur Vertragsänderung[1]. Die Bestimmungen für (mittelbare) Willenserklärungen sind anwendbar, und das Bestätigungsschreiben hat somit beim Empfänger einzutreffen; der Versand allein reicht nicht. Es wird - als Willenserklärung - dann wirksam, wenn es beim Empfänger eintrifft, auch wenn keine Kenntnisnahme erfolgt[2].

Eine Ausnahme dürfte vorliegen, wenn der Absender weiss, dass Briefe zufolge Ferienabwesenheit des Empfängers dessen Postfach nicht entnommen werden. Zu Lasten des Empfängers gehen hingegen interne Übermittlungsfehler in seinem Bereich[3]. Der Absender darf nämlich besonders im kaufmännischen Verkehr erwarten, dass der Empfänger seinen Geschäftsbereich so organisiert, dass Bestätigungsschreiben innert Kürze an den zuständigen Angestellten gelangen. Ist das Bestätigungsschreiben nicht zugegangen, so hat es nur eine sehr geringe beweisrechtliche Bedeutung[4].

---

1 Vgl. MünchKomm-Kramer, N 34 zu § 151 BGB.

2 Statt aller: von Tuhr/Peter, 167 ff. Auch bei Schönenberger/Jäggi, N 112 zu Art. 6 OR, wird an diesem Grundsatz festgehalten. Eine Ausnahme soll nur dann gemacht werden, wenn ein *Härtefall* vorliegt, so z.B. wenn ein ungetreuer Angestellter das Bestätigungsschreiben absichtlich verheimlicht hat (diese Fallkonstellation findet sich in BGHZ 20, 149, 152, und wurde zugunsten des Bestätigenden entschieden) und der Empfänger unverhältnismässig belastet wird. Es ist m.E. aber zweifelhaft, ob unter diesen Voraussetzungen das *Vertrauen des Absenders* enttäuscht werden soll. Der Empfänger soll es zu vertreten haben, wenn ein in seinen Bereich gelangtes Schreiben nicht an die richtige Stelle weitergeleitet wird. Eine Prüfung der Verhältnismässigkeit, wie sie Jäggi vorschlägt, drängt sich hier nicht auf. In der deutschen Rechtsprechung sind etwa die Empfänger von Bestätigungsschreiben auch dann bei ihrem Schweigen behaftet worden, wenn sie zur Zeit des Eingangs auf Reisen waren (RGZ 105, 389) oder das Schreiben ungelesen in die Tasche steckten (RGZ 54, 182).

3 Schmidlin, N 114 zu Art. 6 OR.

4 Vgl. auch vorne, 16 f.

b) Frist für den Zugang des Bestätigungsschreibens

Der Verfasser eines Bestätigungsschreibens kann nicht beliebig lange warten, bis er seinem Vertragspartner den Vertragsschluss bestätigt. Der Sinn einer relativ kurzen Zugangsfrist liegt im Schutz des Empfängers vor dem Zwang, auf Bestätigungsschreiben reagieren zu müssen, welche einen schon länger zurückliegenden Vertragsschluss zum Gegenstand haben.

Die Frist zwischen dem Abschluss der Verhandlungen und dem Eintreffen des Bestätigungsschreibens muss klar von der Widerspruchsfrist[5] unterschieden werden. Sie dürfte m.E. eher etwas grosszügiger als die Widerspruchsfrist zu bemessen sein. In der Lehre wird die Ansicht geäussert, das Bestätigungsschreiben müsse in unmittelbarem Anschluss an die bestätigten Vertragsverhandlungen *versandt* werden[6]. Der Transport eines Briefes kann jedoch je nach Beförderungsart im in- und ausländischen Postverkehr durchaus einige Tage oder wenige Wochen dauern. Allein massgebend muss deshalb m.E. die Frist zwischen Vertragsverhandlung bzw. Vertragsschluss und dem *Eintreffen* des Schreibens beim Empfänger sein. Dabei ist es unerheblich, wie lange sich der Absender mit dem Versand Zeit lässt, solange das Schreiben noch rechtzeitig beim Empfänger eintrifft.

Es erscheint als unpassend, eine generelle Zeitspanne anzugeben, innert welcher das Bestätigungsschreiben eintreffen muss. Es ist vielmehr auf die jeweiligen Umstände abzustellen[7]. Im Einzelfall können etwa die Komplexität und die Dauer der Vertragsverhandlungen sowie die Anzahl der bestätigten Vertragsklauseln berücksichtigt werden. Die Höchstdauer der Frist dürfte bei zehn Tagen[8] liegen; einfachere Verträge sollten aber innert Wochenfrist bestätigt werden. Wird diese Frist vom Verfasser nicht eingehalten, so hat das Schweigen keine nachteiligen Folgen für den Empfänger.

Ein Bestätigungsschreiben kann auch während der Vertragsverhandlungen über die entsprechenden Klauseln erstellt werden, sofern eine *Teileinigung* erzielt worden ist. Auch in diesem Falle beginnt die Frist jedoch nicht mit der Teileinigung, sondern erst mit dem Abschluss der Verhandlungen. Eine Bestätigung des gesamten Vertrages nach dem Abschluss der Verhandlungen ist möglich, auch wenn eine Teileinigung nicht oder zu spät bestätigt wurde.

---

5 Vgl. zur Widerspruchsfrist hinten, 90 f.
6 Vgl. Schmidlin, N 114 zu Art. 6 OR.
7 So auch BGH in WM 1975 324 f.
8 Vgl. BGE 100 II 18.

c) Beweis

Der Absender hat nicht nur zu beweisen, dass das Bestätigungsschreiben in den Bereich des Empfängers gelangt ist, sondern auch, dass es *rechtzeitig* eingetroffen ist. Dieser Zeitpunkt ist insbesondere dann von Bedeutung, wenn der Empfänger zwar widersprochen hat, die Rechtzeitigkeit des Widerspruchs aber umstritten ist; die Widerspruchsfrist beginnt nämlich mit dem Eintreffen des Bestätigungsschreibens beim Empfänger[9].

[9] Vgl. hinten, 90 f.

2. Form der Verhandlungen und des Vertragsschlusses

In der Literatur wird im Zusammenhang mit der Diskussion von Bestätigungsschreiben hauptsächlich von dem Fall ausgegangen, bei dem die Parteien mündlich einen Vertrag schliessen[10]. Diese Ausgangslage dürfte denn auch den Normalfall darstellen: dem Bestätigungsschreiben sind Vertragsverhandlungen vorausgegangen, die mündlich (etwa telefonisch) oder schriftlich (Übermittlung per Post, mittels Fernschreiber oder -kopierer etc.) geführt worden sind und bei denen es anschliessend zu einem mündlichen Vertragsschluss gekommen ist[11]. Es ist somit nicht nötig, die *Verhandlungen* mündlich zu führen; dem Vertragsschluss kann durchaus eine längere, wechselseitige Korrespondenz vorangehen[12]. Es ist im weiteren unerheblich, ob der Absender die Verhandlungen in dem Bestätigungsschreiben erwähnt.

Offerte und Akzept müssen nicht beide in mündlicher Form erfolgen. So kann der Vertragsschluss beispielsweise in einer mündlichen Annahme einer schriftlichen Offerte bestehen. Schliesslich erscheint auch die schriftliche Annahme eines mündlichen Angebotes und die anschliessende Bestätigung als sinnvoll, wenn komplexe Verhandlungen eine zusammenfassende Bestätigung nahelegen[13]. Ein Bestätigungsschreiben mag auch angebracht sein, wenn ein Vertrag schriftlich abgeschlossen wurde: so können etwa umfangreiche Schriftwechsel zusammengefasst oder missverständliche Ausdrücke klargestellt werden[14]. Auch in diesen Fällen darf aber der Absender nur dann von einer Zustimmung zu den im Bestätigungsschreiben erwähnten Klauseln ausgehen, wenn Ergänzungen oder Präzisierungen vorgenommen werden sollen, wie sie vorne[15] beschrieben wurden.

All diese Ausführungen sollen aber nicht den Eindruck erwecken, dass es zu Verhandlungen gekommen sein muss. Auch ein sofortiger Abschluss ohne Verhandlungen kommt in Betracht, denn es kann durchaus ein Bedürfnis für eine Klarstellung und Fixierung durch ein Bestätigungsschreiben bestehen[16].

---

10 Vgl. etwa Guhl/Merz/Koller, 106.

11 Vgl. Schmidlin, N 83 zu Art. 6 OR; BGE 40 II 138.

12 Die Abgrenzung zwischen Vertragsverhandlungen und Vertragsschluss dürfte wohl nicht in allen Fällen leicht zu treffen sein.

13 Schmidlin, N 83 zu Art. 6 OR.

14 Canaris, Handelsrecht, 343; Schlegelberger/Hefermehl, N 110 zu § 346 HGB.

15 S. vorne, 73 ff.

16 Canaris, Handelsrecht, 342.

3. Widerspruchsfrist

Früher oder später widerspricht wohl jeder Empfänger, welcher mit dem vom mündlich Vereinbarten abweichenden Bestätigungsschreiben nicht einverstanden ist. Widerspricht der Empfänger dem Bestätigungsschreiben rechtzeitig, so treten die Wirkungen des Bestätigungsschreibens nicht ein. Dies gilt sowohl für die konstitutiven als auch für die beweisrechtlichen Wirkungen des Bestätigungsschreibens. Die Prüfung, ob der Widerspruch rechtzeitig erfolgte, hat deshalb wohl in einer Mehrzahl aller Fälle zu erfolgen. Die Frage, innerhalb welcher *Frist* der Empfänger dem Absender die Ablehnung mitzuteilen hat, ist somit von grosser praktischer Tragweite[17].

Die Frist *beginnt* nicht mit der Kenntnisnahme, sondern mit dem Eintreffen des Bestätigungsschreibens beim Empfänger. Deckt sich der Zeitpunkt des Empfanges also nicht mit demjenigen der Kenntnisnahme, so hat dies der Empfänger zu vertreten[18]. Grundsätzlich muss der Widerspruch nach der Rechtsprechung innert angemessener Frist[19], nach der Literatur unverzüglich erfolgen[20]. Auch der Wortlaut von Art. 6 OR geht von einer angemessenen Frist aus; demgegenüber verlangt Art. 5 Abs. 3 OR eine unverzügliche Anzeige ("ohne Verzug").

Die Auffassung, dass der Widerspruch unverzüglich zu erfolgen habe, ist in der deutschen Rechtsprechung unbestritten[21]. Dabei heisst unverzüglich allerdings nicht sofort, sondern ohne schuldhaftes Zögern[22]. In der Schweiz wird demgegenüber auch die Ansicht vertreten, dass eine sofortige Ablehnung nötig sei[23]. Wegen der rechtsgeschäftlichen Natur des Bestätigungsschreibens und des Schweigens liegt es nahe, die gleichen Regeln anzuwenden wie bei der stillschweigenden Annahme nach Art. 6 OR. Aus diesem Grund hat der Widerspruch des Empfängers innert einer *angemessenen* Frist zu erfolgen. Wie lange die Frist im Einzelfall dauert, entscheidet der Richter nach seinem

---

17 So bereits Schläpfer, 81.

18 Vgl. hierzu vorne, 86.

19 BGE 114 II 250; 100 II 22 E. 3; Semjud 1960 269 (unveröffentlichter BGE v. 26. Mai 1959).

20 Schmidlin, N 115 zu Art. 6 OR; siehe hierzu auch Gauch/Schluep, N 1172 (diese Autoren scheinen allerdings auch einen Widerspruch "innerhalb angemessener Frist" gelten zu lassen); Schläpfer, 81; Schönenberger/Jäggi, N 97 und 107 zu Art. 6 OR. Vgl. auch den Ansatz von Kramer, Bestätigungsschreiben, 106 FN 46, der die Rechtzeitigkeit des Widerspruchs i.S. der Rechtzeitigkeit der kaufrechtlichen Mängelrüge (Art. 201 Abs. 1 OR) interpretiert.

21 Schlegelberger/Hefermehl, N 119 zu § 346 HGB.

22 Gemäss der Rechtsprechung des BGH ist es nicht erforderlich, dass der Empfänger sofort oder umgehend widerspricht, vielmehr hängt es von den objektiven und subjektiven Umständen des einzelnen Falles ab, wie lange der Empfänger schweigen darf, ohne dass der Widerspruch als verspätet angesehen werden muss. Vgl. BB 1961 1345. Zum Verschulden des Empfängers vgl. vorne, 86.

23 Schläpfer, 42.

Ermessen[24]. Sie ist abhängig von den Umständen des Einzelfalles. Beim kaufmännischen Bestätigungsschreiben ist insbesondere zu berücksichtigen, dass der Verkehr unter Kaufleuten oftmals eine schnelle Abwicklung der Geschäfte erfordert.

Dem Grundsatze nach dürfte eine *Frist von zwei Tagen* angemessen sein[25]. Samstage, Sonntage und Feiertage sind bei der Berechnung der Frist nicht zu zählen, gerade im kaufmännischen Verkehr muss der Absender des Bestätigungsschreibens damit rechnen, dass seine Angelegenheit nur an Werktagen bearbeitet wird. Bei besonders eilbedürftigen Geschäften kann aber ein Widerspruch schon nach kürzerer Zeit verspätet und die zustimmende Wirkung nicht mehr abzuwenden sein[26]. Die Eilbedürftigkeit muss sich dabei aus der Natur des Geschäftes ergeben, wobei besonders an Situationen zu denken ist, in denen sich die Marktbedingungen sehr schnell ändern können und dies für den Empfänger erkennbar ist. So war bei einem Börsengeschäft ein Widerspruch nach zwei Tagen verspätet; das Gericht wollte in diesem Fall jede Spekulationsmöglichkeit durch den Empfänger des Bestätigungsschreibens verhindern[27]. Fristen, die bloss einen Tag betragen, sind aber als Ausnahmefälle zu betrachten. Bedient sich der Empfänger eines Vertreters, der ausserhalb der Arbeitsorganisation des Empfängers steht (hier ist beispielsweise an Rechtsanwälte, Treuhänder oder Liegenschaftenverwalter zu denken), so lässt sich deswegen eine - auch nur geringe - Verlängerung der Frist *nicht* rechtfertigen.

Der Empfänger trägt die Beweislast, dass er widersprochen hat und die Widerspruchsfrist gewahrt hat.

---

[24] Semjud 1961 206.

[25] Ähnlich Schmidlin, N 115 zu Art. 6 OR; Schönenberger/Jäggi, N 7 zu Art. 6 OR sowie N 30 zu Art. 5 OR.

[26] Schlegelberger/Hefermehl, N 130 zu § 346 HGB.

[27] JW 1910 649 ff.; vgl. auch vorne, 46 FN 73.

4. Art und Form des Widerspruchs

Der Widerspruch des Empfängers ist eine Willenserklärung, deren Inhalt sich - hat der Absender des Bestätigungsschreibens den Empfänger nicht ohnehin richtig verstanden - nach dem Vertrauensprinzip ermitteln lässt. Der Wille des Empfängers, den im Bestätigungsschreiben aufgeführten Vertragsinhalt nicht gelten zu lassen, muss somit für den Absender erkennbar sein. Es ist deshalb nicht unbedingt nötig, dass der Widerspruch klar und deutlich ist, wie dies teilweise in der Literatur vorausgesetzt wird[28]. Von Bedeutung ist allein, ob der Absender des Bestätigungsschreibens Zweifel daran hat, dass der Empfänger mit dem Bestätigungsschreiben einverstanden ist. Hat er solche Zweifel, so ist der Widerspruch gegen das Bestätigungsschreiben erfolgt.

Gemäss BGE 40 II 133 ff. wird der Empfänger bei seinem Schweigen behaftet, wenn er einer Vertragsklausel[29] erstens nicht "sehr energisch" und bloss am Schluss eines Briefes[30] widerspricht und zweitens nicht gleichzeitig die Erfüllung des mündlich geschlossenen Vertrages fordert. Diese Anforderungen an den Widerspruch des Empfängers sind m.E. übermässig hoch. Schliesslich geht es auch nicht an, einer einseitigen Aufforderung des Absenders eine Bedeutung hinsichtlich der Form des Widerspruchs beizumessen[31]. Der Widerspruch ist jedenfalls an *keine bestimmte Form* gebunden. Er kann auch konkludent erklärt werden, beispielsweise indem der Empfänger das Bestätigungsschreiben mit Änderungen oder Ergänzungen an den Verfasser zurückschickt[32].

Auch der Versand einer *Gegenbestätigung* ist ein konkludent erklärter Widerspruch, sofern sie vom ersten Bestätigungsschreiben abweicht. Dabei ist zu beachten, dass das Schweigen auf die Gegenbestätigung nicht als Zustimmung zum Inhalt der Gegenbestätigung verstanden werden darf; durch das erste Bestätigungsschreiben hat der Absender kundgetan, welchen Vertragsinhalt er als massgeblich ansieht. Ohne weitere Anhaltspunkte kann nicht angenommen werden, dass sich der Absender des Erstschreibens einem abweichenden

---

28 Für das Erfordernis der Klarheit und Deutlichkeit Schmidlin, N 116 zu Art. 6 OR; Schönenberger/Jäggi, N 104 zu Art. 6 OR.

29 In casu handelte es sich um die Nichtgewährung eines Rabattes (BGE 40 II 138).

30 BGE 40 II 139: "Allein schon dadurch, dass die Beklagte diese, übrigens auch in der Form nicht sehr energische Reklamation am Schlusse eines Briefes anbrachte, welcher eine ausdrückliche und vorbehaltlose Aufforderung zum Beginn der *Ausführung* enthielt, hat sie zu erkennen gegeben, oder doch bei der Klägerin den Glauben erweckt, dass sie, die Beklagte, den Vertrag trotz der über die Rabattfrage bestehenden Differenz schon jetzt als perfekt betrachte" (Hervorhebung im Original).

31 BGE 40 II 138 f. Zu streng auch ZR 1947 Nr. 106; dieser Entscheid verlangt, dass der Widerspruch ein ausdrücklicher, deutlicher sein muss und nicht dadurch ersetzt werden kann, dass der Empfänger des Bestätigungsschreibens in seiner Gegenbestätigung vom ersten Bestätigungsschreiben abweichende Punkte aufführt.

32 MünchKomm-Kramer, N 42 zu § 151 BGB.

Schreiben des Empfängers beugt, wenn er nicht antwortet[33]. Der Versand einer Gegenbestätigung ist etwa üblich beim Abschluss von Swapverträgen[34].

Der Widerspruch ist an den Absender des Bestätigungsschreibens zu richten oder an dessen Vertreter. Der Widersprechende kann entweder generell und ohne weitere Begründung die bestätigten Vertragspunkte bestreiten oder einzelne Klauseln ablehnen. Bei einem Teilwiderspruch erstrecken sich die Wirkungen des Schweigens auf all diejenigen Elemente des Bestätigungsschreibens, denen der Empfänger nicht widersprochen hat. Nicht notwendig ist eine Erklärung, wie die tatsächlich vereinbarten Vertragsbestimmungen lauteten. Hält der Empfänger des Bestätigungsschreibens jedoch fest, was bezüglich der bestrittenen Punkte vereinbart wurde, so liegt eine Gegenbestätigung vor; sie kommt, wie eben ausgeführt, einem Widerspruch gleich.

Wenn zwischen den Parteien bereits *Streitigkeiten* über den Inhalt des Vertrages entstanden sind, so vermag die eine Seite die andere nicht mehr durch ein "Bestätigungsschreiben" auf die eigene Ansicht festzulegen[35]. Insbesondere darf es nicht angehen, dass die eigene Beweislage in einer solchen Situation im Hinblick auf einen zukünftigen Prozess verbessert werden kann. Angesichts des verbreiteten Übels, "taktische" Bestätigungsschreiben aufzusetzen, sollten hier schon kleinere Meinungsverschiedenheiten - auch über andere als die im Bestätigungsschreiben aufgeführten Klauseln - ausreichen, um den Eintritt der Wirkungen des Bestätigungsschreibens zu verhindern. Aus alledem ergibt sich, dass der Empfänger in der geschilderten Situation einem abweichenden Bestätigungsschreiben *nicht* widersprechen muss. Er ist allerdings dafür beweispflichtig, dass es zu Streitigkeiten gekommen ist.

---

33 Schlegelberger/Hefermehl, N 129 zu § 346 HGB.

34 Loretan, 126.

35 Schlegelberger/Hefermehl, N 116 zu § 346 HGB.

5. Geltungsbereich in persönlicher Hinsicht

Beim Geltungsbereich des Bestätigungsschreibens *in persönlicher Hinsicht* ist eine folgenreiche Unterscheidung zu treffen, und zwar hinsichtlich der konstitutiven Wirkungen einerseits und der Beweislastfolgen andererseits.

Die konstitutive Wirkung der Bestätigungsschreiben beruht - wie vorne gezeigt[36] - auf einer vertrauenstheoretischen Grundlage. Es kommt deshalb nicht darauf an, ob es sich bei den Parteien um Kaufleute handelt. Auch das Schweigen eines Nichtkaufmanns kann somit Zustimmung bedeuten[37]. Demgegenüber gilt die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit des Bestätigungsschreibens *nicht* im Verkehr von Privatpersonen[38].

---

36 Vgl. vorne, 71 ff.

37 A.M. Schmidlin, N 113 zu Art. 6 OR; Schönenberger/Jäggi, N 100 zu Art. 6 OR. Sowohl Schmidlin wie auch Jäggi beschränken aber den Kreis nicht auf Kaufleute, sondern schliessen auch geschäftsgewandte Personen ein. Wie hier hingegen Kramer, Bestätigungsschreiben, 106 FN 49; Straube/Kramer, N 51 zu § 346 HGB, mit Hinweisen auf die Rechtsprechung.

38 Vgl. vorne, 19 ff.

6. Anfechtung des Schweigens

Das Schweigen ist - wie vorne[39] dargestellt - eine Willenserklärung, und das Bestätigungsschreiben und das Schweigen des Empfängers lassen sich in die allgemeine Rechtsgeschäftslehre integrieren ("Konsenstheorie"). Der stillschweigende Empfänger eines Bestätigungsschreibens kann nun versucht sein, sich auf Art. 23 ff. OR zu berufen und den zufolge seines Schweigens zustande gekommenen oder geänderten Vertrag wegen eines Irrtums anzufechten. Dies hätte zur Folge, dass der Absender nicht die Vertragserfüllung verlangen könnte, sondern mit Schadenersatz gemäss Art. 26 Abs. 1 OR vorliebnehmen müsste - ein Resultat, welches für den kaufmännischen Verkehr unerwünscht ist. Im folgenden soll deshalb untersucht werden, ob der bei Erhalt eines Bestätigungsschreibens schweigenden Partei überhaupt Anfechtungsrechte zustehen und unter welchen Voraussetzungen ein Vertrag für den Empfänger eines Bestätigungsschreibens unverbindlich ist.

a) Erklärungsirrtum beim Schweigen im allgemeinen

Ist sich der Schweigende nicht bewusst, dass das Schweigen vom Absender als Annahme der im Bestätigungsschreiben verkörperten Offerte angesehen werden darf, so liegt eine Situation vor, die sich mit derjenigen des Erklärungsirrtums im engen Sinne vergleichen lässt: der Irrtum betrifft die Aussagekraft der eigenen Erklärung, die als solche gewollt ist[40]. Es ist nun nicht ersichtlich, weshalb es einen Unterschied machen soll, ob eine Offerte - entgegen dem Willen des Erklärenden - ausdrücklich angenommen wird oder ob das Schweigen des Empfängers - wieder entgegen dessen Willen - vom Offerenten als Annahme verstanden wird. Das Vertrauen des Offerenten auf den Bestand des Vertrages, welches gegen das Interesse des Erklärenden auf Annulation des Vertrages abgewogen werden muss, ist in beiden dargelegten Konstellationen identisch; und auch das Interesse des Akzeptanten, nicht gegen seinen Willen gebunden zu sein, ist in beiden Fällen gleich gross[41]. Es spricht also aus den genannten Gründen nichts dagegen, auch im Rahmen von Art. 6 OR eine Berufung der schweigenden Partei auf einen Erklärungsirrtum grundsätzlich zuzulassen: alle Willenserklärungen unterliegen, gleichgültig ob sie ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen, den Irrtumsvorschriften[42].

---

39 Vgl. vorne, 71 ff.

40 Zum Erklärungsirrtum im engen Sinne vgl. Gauch/Schluep, N 815.

41 Vgl. auch die ausführliche Begründung von Piotet, 88 (insb. FN 4), der die Irrtumsanfechtung auch im Rahmen von Art. 6 OR zulässt.

42 Schmidlin, N 178 zu Art. 23/24 OR.

b) Anfechtung des Schweigens beim Bestätigungsschreiben

aa) Teilweiser Ausschluss der Anfechtung

Will der schweigende Empfänger eines abweichenden Bestätigungsschreibens einen Erklärungsirrtum erfolgreich geltend machen, so muss er darlegen, dass er sich beim Empfang des Schreibens in einem *wesentlichen* Irrtum gemäss Art. 23 f. OR befunden hat. Wesentlich ist ein Erklärungsirrtum u.a. dann, wenn eine Partei keinen materiellen Erklärungswillen hat, die Erklärung aber im Sinne des Vorhandenseins eines solchen auszulegen ist[43]. Der schweigende Empfänger eines Bestätigungsschreibens hat - falls die vorne[44] aufgeführten Voraussetzungen gegeben sind - zwar den Willen, eine (die Offerte ablehnende) Erklärung abzugeben, es fehlt ihm aber am materiellen Erklärungswillen[45]. Es muss somit zugestanden werden, dass der Irrtum des Empfängers wesentlich im Sinne des Gesetzes ist. Die Anfechtung des Schweigens auf ein Bestätigungsschreiben entfällt also nicht wegen fehlender Wesentlichkeit des Irrtums.

Weil im Verkehr unter Kaufleuten aber *ein erhöhtes Verkehrsschutz- bzw. Vertrauensschutzbedürfnis* herrscht, muss von den allgemeinen Regeln über die Irrtumsanfechtung von Willenserklärungen abgewichen werden und dem schweigenden Empfänger eines Bestätigungsschreibens die Berufung auf seinen Irrtum, er habe die Bedeutung seines Schweigens als Zustimmung nicht gekannt, versagt bleiben[46]. Es kann nämlich von Kaufleuten erwartet werden, dass sie um diesen erhöhten Vertrauensschutz und den damit einhergehenden Ausschluss der Anfechtung wegen eines Schlüssigkeitsirrtums wissen[47]. Diese Abweichung von der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre ist aufgrund der Interessenlage gerechtfertigt und hinzunehmen. Im übrigen ist zu erwähnen, dass - wie sogleich gezeigt wird - der Ausschluss der Anfechtung nur in den wenigsten Fällen von Bedeutung sein wird[48].

Die *praktische Bedeutung* der Anfechtung des Schweigens zufolge Schlüssigkeitsirrtums[49] dürfte eher gering sein, wenn man der hier dargelegten Theorie

---

43 Vgl. Keller/Schöbi, 188.

44 Vgl. vorne, 71 ff..

45 Zur Terminologie vgl. Keller/Schöbi, 176 ff.

46 Vgl. MünchKomm-Kramer, N 58 zu § 119 BGB (insb. FN 120 a.E.). Auch nach der deutschen Lehre und Rechtsprechung kann der Empfänger nicht geltend machen, er habe sich in einem Schlüssigkeitsirrtum befunden: NJW 1954 105; Canaris, Vertrauenshaftung, 209; Götz/Huhn, 69 ff.; Osswald, 340 ff.

47 Schmidlin, N 179 zu Art. 23/24 OR.

48 Gauch kritisiert, man weiche mit diesem Ausschluss von der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre ab (Bestätigungsschreiben, 185). Dies trifft zwar zu; als kleineres "Übel" ist diese Abweichung aber der Entwicklung einer von der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre abweichenden dogmatischen Grundlage vorzuziehen.

49 Canaris, Vertrauenshaftung, 188 f.

von den stark beschränkten konstitutiven Wirkungen des Bestätigungsschreibens folgt[50]. Vertritt man jedoch eine Auffassung, welche bedeutende Änderungen und Ergänzungen durch ein Bestätigungsschreiben zulässt, so wird dies Versuche der Empfänger hervorrufen, den Vertrag gestützt auf Art. 23 f. OR anzufechten. Sie sollten jedoch, wie eben dargelegt wurde, unterbunden werden.

Mit dem Ausschluss der Anfechtung wegen eines Erklärungsirrtums entfällt auch die Möglichkeit, auf Schadenersatz gemäss Art. 26 Abs. 1 OR zu erkennen. Es sei an dieser Stelle aber darauf hingewiesen, dass im *Verkehr von Privaten* eine Anfechtung des Schweigens durchaus möglich ist, besteht doch m.E. das eben erwähnte erhöhte Verkehrsschutzbedürfnis nicht.

bb) Fälle der Anfechtung

Die Anfechtung nach Art. 23 OR ist *nicht in allen Fällen* eines Erklärungsirrtums des schweigenden Empfängers ausgeschlossen. Sie ist etwa möglich, wenn der Empfänger zwar weiss, dass sein Schweigen Zustimmung bedeutet, dabei aber von einer irrigen Vorstellung über den Inhalt des Bestätigungsschreibens ausgeht. Eine solche Vorstellung kann sich durch ein Missverständnis, durch flüchtige oder gar unterlassene Lektüre des Bestätigungsschreibens ergeben[51]. Erhebt der Empfänger nämlich bewusst keinen Widerspruch, so soll er nicht schlechter gestellt werden, als wenn er seine Zustimmung ausdrücklich erklärt hätte. Der Empfänger irrt sich nicht über die Bedeutung seines Schweigens, sondern ist der Ansicht, ein Widerspruch sei unnötig, da sich das Bestätigungsschreiben mit dem Verhandlungsergebnis dekke[52].

Der Erklärungsirrtum kann - wie etwa im Beispiel der flüchtig gelesenen Urkunde - auch auf einer Fahrlässigkeit des Empfängers beruhen. Das Verschulden des Empfängers ändert aber nichts an seinem Recht, den Vertrag wegen Irrtums anzufechten[53]. Eine besondere Regelung für Kaufleute, gemäss

---

50 Vgl. die Ausführungen vorne, 71 ff.

51 Vgl. MünchKomm-Kramer, N 55 zu § 119 BGB; für den Fall eines Missverständnisses des Bestätigungsschreibens vgl. Schmidlin, N 180 zu Art. 23/24 OR.

52 MünchKomm-Kramer, N 55 zu § 119 BGB. Im Gegensatz zur hier vertretenen Auffassung will aber Schmidlin, N 180 zu Art. 23/24 OR, eine Anfechtung nach Ablauf der Widerspruchsfrist generell ausschliessen.

53 Vgl. Gauch/Schluep, N 828. In Deutschland wird die Anfechtung von einem Teil der Lehre bei Verschulden des Kaufmannes ausgeschlossen. Nach Flume, 667, ist das Verschulden insbesondere dann gegeben, wenn der Empfänger sich nicht wie ein ordentlicher Kaufmann verhalten hat. Da den Empfänger die Obliegenheit treffe, Bestätigungsschreiben mit der gebotenen Sorgfalt zu lesen, könne er die durch das Schweigen eingetretene Rechtsfolge nicht dadurch wieder beseitigen, dass er sich auf einen Irrtum über den Inhalt des Bestätigungsschreibens beruft (Schlegelberger/Hefermehl, N 135 zu § 346 HGB). Der generelle Ausschluss des auf professioneller Unsorgfalt beruhenden Erklärungsirrtums von der Anfechtung ist jedoch umstritten (bejahend et-

welcher ein Anfechtungsrecht nur bei fehlendem Verschulden des Empfängers gewährt werden sollte, ist m.E. nicht notwendig. Die Schadenersatzpflicht gemäss Art. 26 OR dürfte in den wenigen[54] Fällen, in denen sich der Empfänger auf einen Erklärungsirrtum berufen wird, eine ausreichende Rechtsfolge darstellen.

---

wa MünchKomm-Kramer, N 59 zu § 119 BGB, Flume, 428; dagegen Canaris, Handelsrecht, 329 f., 348).

54 Die vorne, 71 ff., dargestellte Dogmatik des Bestätigungsschreibens wird in den meisten Fällen wohl verhindern, dass sich der Empfänger auf einen Erklärungsirrtum berufen "muss".

7. Sich kreuzende Bestätigungsschreiben

Nach mündlichen Vertragsverhandlungen kann es vorkommen, dass sich beide Parteien gegenseitig ein Bestätigungsschreiben zustellen. Es ist hier primär an die Situation zu denken, wenn jede Partei ihre Bestätigung absendet, bevor sie das Schreiben des Verhandlungspartners erhalten hat. Davon ist der Fall zu unterscheiden, wenn das eigene Schreiben erst nach Erhalt der gegnerischen Bestätigung abgesandt wird: es hat dann als Gegenbestätigung bzw. Widerspruch zu gelten und ist nach den vorne[55] aufgeführten Regeln zu beurteilen. Im folgenden soll ausschliesslich die erstgenannte Sachlage näher betrachtet werden, bei der sich die Bestätigungsschreiben kreuzen.

a) Übereinstimmende Bestätigungsschreiben

Stimmen die Bestätigungsschreiben überein, so ist der Vertrag mit dem Inhalt der Bestätigungsschreiben zustande gekommen. Dies muss auch für bedeutsame Ergänzungen und Änderungen gelten, welche die (gemäss mündlichem Vertrag bzw. dispositivem Gesetzesrecht) bestehenden Rechte und Pflichten abändern. Die Situation lässt sich nämlich als Austausch von identischen Offerten beschreiben (sog. "*Kreuzofferten*").

Zwar ist bei Kreuzofferten umstritten, ob der Vertrag ohne weiteres zustande kommt oder geändert wird. Naheliegend ist aber die Unterstellung, in jedem Angebot liege die vorweggenommene Annahme eines identischen Gegenangebotes, weshalb eine Partei den Antrag der anderen nicht annehmen muss[56]. Bei sich kreuzenden identischen Bestätigungsschreiben kann nun aber nichts anderes gelten. Eine ausdrückliche Annahme ist nicht erforderlich, und der Vertrag kommt mit dem Inhalt der Bestätigungsschreiben zustande bzw. wird in ihrem Sinne abgeändert.

b) Unterschiedliche Bestätigungsschreiben

Ist der Inhalt der sich kreuzenden Bestätigungsschreiben verschieden, so muss zunächst untersucht werden, welche Bedeutung die Parteien den Bestätigungsschreiben beimessen wollten. Sollte das mündlich Vereinbarte ohne gegenseitige schriftliche Bestätigung überhaupt nicht gelten und widersprechen sich die kreuzenden Bestätigungsschreiben inhaltlich, so wäre ein bin-

---

55 Vgl. vorne, 92 f.

56 Vgl. Gauch/Schluep, N 483; Kramer, N 166 zu Art. 1 OR; Merz, N 226; a.A. Schönenberger/Jäggi, N 87 zu Art. 3 OR.

dender Vertrag nicht zustande gekommen[57]. Auch der anlässlich der Verhandlungen geschlossene mündliche Vertrag ist nicht zustande gekommen, da die vertraglich vorbehaltene Schriftform nicht eingehalten wurde. Es gilt hier die (widerlegbare) Vermutung von Art. 16 Abs. 1 OR.

Liegt kein vertraglicher Formvorbehalt vor, so stellt sich die Frage, ob sich die Empfänger der nicht deckungsgleichen Bestätigungsschreiben gegen Änderungen, Ergänzungen und Präzisierungen verwahren müssen. Mit anderen Worten: soll das Schweigen (in den vorne[58] erwähnten engen Grenzen) Zustimmung bedeuten können, oder soll der Versand eines eigenen Bestätigungsschreibens als Widerspruch gelten?

Man wird regelmässig davon ausgehen müssen, dass das Schweigen in den genannten Umständen nicht Zustimmung bedeutet, sondern *Ablehnung*. Sich kreuzende Bestätigungsschreiben, die sich in bestimmten Punkten widersprechen, sollen deshalb keine Bedeutung erlangen, wenn ein Empfänger darauf schweigt[59]. Nach dem Vertrauensprinzip darf nämlich der Absender nicht damit rechnen, dass das Schweigen des Empfängers Zustimmung zu seinem eigenen Bestätigungsschreiben bedeutet[60]. Das Bestätigungsschreiben jeder der beiden Parteien - also nicht bloss des Schweigenden[61] - hat die Funktion eines antizipierten Widerspruchs[62].

Dies heisst nun aber nicht, dass bei sich kreuzenden nicht deckungsgleichen Bestätigungsschreiben gar kein Vertrag zustande kommt. Es gilt die anlässlich der mündlichen Verhandlungen getroffene Vereinbarung. Sie wird ergänzt durch diejenigen Klauseln, welche sich in beiden Bestätigungsschreiben finden. Schweigt aber ein Bestätigungsschreiben über einen Punkt, welchen das andere Schreiben behandelt, so wird die neue, zusätzliche Klausel nur dann Vertragsbestandteil, wenn sie im Vergleich zum dispositiven Gesetzesrecht die Stellung des Schweigenden nicht verschlechtert. Es reicht nicht, dass die Bestätigungsschreiben nicht in offenem Widerspruch stehen[63].

---

57 Osswald, 348.

58 Vgl. vorne, 71 ff.

59 Osswald, 349, m.w.H.

60 Vgl. Schmidlin, N 107 zu Art. 6 OR.

61 Vgl. aber Osswald, 349.

62 Götz/Huhn, 74.

63 So aber NJW 1966 1070 f.; dieser BGH-Entscheid, welcher den Einbezug einer Haftungsausschlussklausel im Gebrauchtwagenhandel betraf, wurde von Götz/Huhn, 75 ff., sowie MünchKomm-Kramer, N 33 zu § 151 BGB, m.E. zu Recht kritisiert.

8. Einbezug von AGB durch Bestätigungsschreiben

In einer Vielzahl von Fällen stellt sich die Frage, ob die einem Bestätigungsschreiben beigefügten AGB des Absenders Vertragsbestandteil geworden sind. Gleiches gilt für AGB, auf welche in einem Bestätigungsschreiben verwiesen wird. Die Problematik des Schweigens auf Bestätigungsschreiben tritt also zu der Frage der Übernahme von AGB hinzu[64].

a) Lösungsansätze der Lehre

In der Lehre wurde die Ansicht geäussert, dass bei AGB, welche den Empfänger des Bestätigungsschreibens "*in grober Weise*" benachteiligen, zwar kein Akzept durch Schweigen vermutet werden könne; alle anderen AGB müssten aber als nachträgliche Vertragsänderung gelten, wenn sie die Interessen des Kunden *angemessen* berücksichtigten[65]. Diese Auffassung bevorzugt m.E. einseitig die Interessen des Absenders und schützt m.E. das Vertrauen des Empfängers auf den (Weiter-)Bestand des mündlich geschlossenen Vertrages zu wenig.

Auch andere Ansätze, welche sich in der Lehre finden, überzeugen nicht. So soll im Verkehr mit Kaufleuten die Verweisung in der schriftlichen Bestätigung für die Verbindlichkeit der AGB schon ausreichen, wenn der Vertragspartner keinen Einspruch erhebt[66]; diese Auffassung ist zu grosszügig. Ebenso ist die Ansicht abzulehnen, dass das Schweigen unter Kaufleuten bloss dann als Akzept zu werten sei, wenn die betreffenden Vertragsparteien ihre Geschäftsabschlüsse regelmässig auf der Basis von AGB zu tätigen pflegen[67]. Nicht allein massgebend kann schliesslich sein, ob dem Empfänger die AGB bekannt sind und ob sie dem Bestätigungsschreiben beigefügt worden sind[68].

---

64 Götz/Huhn, 32. Die Autoren sind sogar der Ansicht, dass die *Mehrzahl* der Bestätigungsschreiben entweder AGB enthält oder auf sie verweist.

65 Schuler, 106.

66 Forstmoser, Behandlung, 116.

67 Giger, Geltungs- und Inhaltskontrolle, 59. Vgl. auch Nägeli, 260 f., der dann von einer Einspruchs"pflicht" absehen will, wenn das Bestätigungsschreiben so ungewöhnliche Bestimmungen enthält, dass der Urheber des Schreibens nicht ohne weiteres mit einem Einverständnis rechnen konnte. Dieser Autor führt aber in einem allgemeinen Teil - zu Recht - auch aus, dass für den Kunden kein Grund vorliege, stillschweigend nachträglich einen für ihn ungünstigeren Vertrag abzuschliessen, obwohl er sich ja auf einen für ihn relativ günstigeren Vertrag berufen könne (255).

68 So aber wohl Gauch, Bestätigungsschreiben, 181.

b) Kein erleichterter Einbezug von AGB durch Bestätigungsschreiben

Für AGB hat sich der Grundsatz herausgebildet, dass sie ohne Übernahme keine Verbindlichkeit besitzen[69]. Die Übernahme kann sowohl ausdrücklich als auch stillschweigend erfolgen[70]. Im kaufmännischen Verkehr gelten AGB als stillschweigend vereinbart, wenn sich aus der vorangehenden Geschäftsbeziehung der Kaufleute (im Rahmen derer jeweils AGB verwendet wurden) zwingend ergibt, dass auch im Hinblick auf den gegenständlichen Vertragsschluss von der Geltung der AGB auszugehen ist[71].

All dies bedeutet jedoch nicht, dass für die einem Bestätigungsschreiben beigelegten AGB besondere Regeln gelten würden: es liegt die gleiche Situation vor wie bei einem Bestätigungsschreiben, welches vom Absender individuell verfasste (vom mündlichen Vertrag abweichende oder den Vertrag ergänzende) Klauseln enthält[72]. Eine Sonderbehandlung nach dem Inhalt des Bestätigungsschreibens ist m.E. nicht angezeigt, vielmehr sind die üblichen Regeln auch auf Bestätigungsschreiben mit AGB anzuwenden.

Wie vorne[73] generell ausgeführt wurde, muss geprüft werden, ob die AGB den Empfänger im Vergleich zum dispositiven Gesetzesrecht und zum mündlich Vereinbarten schlechter stellen. Ist dies der Fall, so können die entsprechenden AGB-Klauseln nicht Vertragsbestandteil werden; es gilt die mündliche Vereinbarung. Auch hier besteht aus vertrauenstheoretischer Sicht kein Anlass, das Schweigen des Empfängers als Zustimmung zu werten[74].

Aus den gleichen Gründen kann der *Wohnsitzgerichtsstand nach Art. 59 BV* dem Empfänger denn auch nicht durch AGB entzogen werden, welche in einem Bestätigungsschreiben erstmals erwähnt werden[75]. Im weiteren vermag

---

69 Statt aller: Gauch/Schluep, N 1128 ff.

70 Vgl. BGE 77 II 156.

71 Kramer, N 198 zu Art. 1 OR. Zum stillschweigenden Einbezug von handelsgebräuchlichen AGB s. Forstmoser, Gesetzgebung und Gerichtspraxis, 38.

72 Ebenso Kramer, N 200 zu Art. 1 OR.

73 Vgl. vorne, 75.

74 Kramer, AGB, 19. Dieser Autor will damit zu Recht - auch im kaufmännischen Verkehr und vielleicht dort besonders - die nachträgliche Verfälschung des mündlich erzielten Konsenses durch in Bestätigungsschreiben "eingeschmuggelte" AGB verhindern.

75 Das Handelsgericht des Kantons Zürich (SJZ 1955 313 f.) hat eine in einem Bestätigungsschreiben aufgeführte Gerichtsstandsklausel geschützt, welche dem Empfänger den Wohnsitzgerichtsstand entzog. Der Schutz erfolgte allerdings nicht wegen der konstitutiven Wirkung des Bestätigungsschreibens. Vielmehr stellte sich die Frage, ob AGB bei längeren Geschäftsbeziehungen stillschweigend übernommen werden können. In diesem Fall treffen sich die Problemfelder Bestätigungsschreiben und stillschweigende Übernahme von AGB. Es sei hier festgehalten, dass das Schweigen auf ein Bestätigungsschreiben bloss eine Art der stillschweigenden Integration von AGB ist. Vgl. auch die Entscheidung des Obergerichtes Thurgau, welches zu Recht fest-

der AGB-Verwender Gewährleistungsansprüche des Empfängers durch dem Bestätigungsschreiben beigelegte AGB nicht auszuschliessen[76], und eine Schiedsgerichtsklausel kann dem Empfänger auf diese Weise auch nicht aufgedrängt werden.

Eine Sonderregelung ist aber selbst dann nicht angezeigt, wenn in den *Vertragsverhandlungen* von den AGB schon die Rede war, eine Einigung jedoch nicht erzielt werden konnte. Verweist nun das Bestätigungsschreiben auf die AGB des Absenders, so trifft den Empfänger keine Widerspruchspflicht, wenn er die AGB nicht gegen sich gelten lassen will[77]. Auch wenn es die Absicht des AGB-Verwenders ist, die Rechtslage zu klären, so kann dies nicht dazu führen, dass plötzlich AGB gelten, über deren Integration in den Vertrag anlässlich der Vertragsverhandlungen noch Uneinigkeit herrschte. Für den Absender und AGB-Verwender muss die Wahrscheinlichkeit, dass der schweigende Empfänger die AGB immer noch nicht als Vertragsbestandteil gelten lassen will, doch sicherlich grösser erscheinen als die Möglichkeit eines plötzlichen Sinneswandels des Empfängers. Gleich verhält es sich, wenn sich die Parteien mündlich eindeutig auf die AGB einer Partei geeinigt haben und daraufhin im Bestätigungsschreiben die andere Seite auf ihre eigenen AGB verweist. Hier ist Schuler zuzustimmen, wenn er eine Erschleichung von Vertragsänderungen verhindern will[78].

Lässt sich eine Übernahme der AGB durch ein Bestätigungsschreiben im Einzelfall nicht rechtfertigen, so heisst dies nicht, dass die AGB völlig unverbindlich sind. Die Übernahme durch Schweigen auf ein Bestätigungsschreiben ist nur *ein* Typus der stillschweigenden Einbeziehung von AGB. Ist sie nicht möglich, so sollten auch andere Arten der stillschweigenden Vereinbarung geprüft werden.

c) Internationaler Verkehr

Auch im internationalen kaufmännischen Verkehr ist das eben Ausgeführte zu beachten: Stillschweigen auf ein Bestätigungsschreiben kann nur in Ausnahmefällen als Zustimmung gelten. Weitaus häufiger wird der schweigende Empfänger die dem Bestätigungsschreiben beigelegten oder darin erwähnten AGB *nicht* zum Vertragsbestandteil machen wollen; der Absender hat diesen Umstand in aller Regel zu erkennen.

---

hielt, dass die in einem Bestätigungsschreiben erstmals erwähnten AGB nicht Vertragsinhalt werden (SJZ 1944 146).

76 Anders aber der BGH (vgl. DB 1969 2172).

77 Für eine Widerspruchspflicht aber Schuler, 105. Bei fehlendem Widerspruch müsse das Schweigen des Empfängers als Akzept ausgelegt werden.

78 Schuler, 105.

Das Handelsgericht des Kantons Zürich war aber in einer Entscheidung anderer Auffassung: enthält nämlich im internationalen Handelsverkehr ein Bestätigungsschreiben einen Hinweis auf AGB, so soll dies im Verkehr zwischen Kaufleuten für die Übernahme durch Stillschweigen grundsätzlich ausreichen[79]. Richtig ist jedoch das Gegenteil: das Stillschweigen auf erst im Bestätigungsschreiben verwiesene AGB des Kontrahenten ist im allgemeinen nicht als Zustimmung zu werten[80].

d) Fazit

Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass für die in einem Bestätigungsschreiben erstmals erwähnten AGB nichts anderes gelten kann als für andere Vertragsänderungen bzw. -ergänzungen, welche sich in Bestätigungen finden können. Eine Sonderbehandlung ist nicht angebracht.

---

79 ZR 1992/1993 Nr. 23.

80 Kramer, Vertragsschluss, 10 f.

3. Teil: Erklärungsfiktionen

§ 8 Ausgangslage

Im kaufmännischen Verkehr ist es üblich, einen mündlichen Vertragsschluss schriftlich zu bestätigen, und das Schweigen auf ein solches Bestätigungsschreiben hat die vorne[1] genannten Konsequenzen. Der Empfänger soll - gemäss der Idealvorstellung des Absenders - Abweichungen des Bestätigungsschreibens vom mündlich Vereinbarten *melden*. Liegen Abweichungen vor und teilt sie der Empfänger dem Absender mit, so sind wohl neue Verhandlungen nötig, da sich der Inhalt des mündlichen Vertrages doch meist nicht mehr beweisen lässt. Schweigt der Empfänger, so werden ihm (wie vorne[2] gezeigt überwiegend beweisrechtliche) Nachteile erwachsen.

Angesichts der auf Richterrecht beruhenden und zum Teil heftig umstrittenen Grundsätze könnte man nun meinen, es bestehe ein Bedürfnis der Kaufleute, selber Klarheit hinsichtlich der Voraussetzungen und Folgen des Schweigens auf ein Bestätigungsschreiben zu schaffen. Eine *einzelvertragliche Vereinbarung* stellt hierfür auf den ersten Blick das geeignete Mittel dar; solche Klauseln finden sich in der Praxis aber äusserst selten. Der Aufwand (Zeit für Verhandlungsgespräche, Redaktion einer entsprechenden Klausel etc.) scheint den Beteiligten im Einzelfall verglichen mit dem Nutzen zu hoch zu sein. Die Parteien werden sich vor der Einigung über ihr eigentliches Geschäft kaum mit der Regelung der Wirkungen des Bestätigungsschreibens aufhalten und erst noch einen Vertrag über den künftigen Vertragsschluss aushandeln. Hinzu kommt, dass die sich stellenden Schwierigkeiten dem Empfänger eines Bestätigungsschreibens bei Verhandlungsaufnahme regelmässig nicht präsent sein dürften. Schliesslich scheint den Absendern die grosse beweisrechtliche Kraft des unbeantworteten Bestätigungsschreibens zur Durchsetzung ihrer Rechtsposition in aller Regel zu genügen.

In Frage käme allenfalls eine *Regelung in AGB*: die generelle Formulierung eines Vertrages für eine Vielzahl von Kunden würde den Verhandlungsaufwand für jeden einzelnen Kunden stark reduzieren. Bei der Durchsicht von AGB fällt einem aber auf, dass sich keine Bestimmungen finden, welche sich *direkt* mit der Bestätigung eines mündlichen Vertragsschlusses beschäftigen. Solche AGB-Klauseln wären aber jedenfalls nur dann verbindlich, wenn sie bereits vor dem eigentlichen Vertragsschluss Wirkung entfalten würden[3].

Viele AGB regeln demgegenüber aber eine dem Schweigen auf ein Bestätigungsschreiben sehr ähnliche Situation. Es handelt sich dabei um das

---

1 Vgl. vorne, 51 ff.

2 Vgl. vorne, 18 ff.

3 Vgl. hierzu und zur Abgrenzung AGB/Rahmenverträge von der Crone, 249 ff.; hinten, 141 f.

Schweigen auf die Zustellung eines Schriftstückes, welches die *Erfüllung einer Vertragspflicht anzeigt*. Hier wird nicht der mündliche Vertragsschluss direkt bestätigt. Der Absender, bei dem es sich regelmässig um den AGB-Verwender handeln wird, will vielmehr den Empfänger über die Vertragserfüllung informieren und erwartet - unter Umständen - eine Reaktion in Form einer Meldung des Empfängers. Der Absender ist daran interessiert, möglichst schnell Differenzen zwischen den Vertragsparteien zu bemerken, da er auf diese Weise einen dem Empfänger entstandenen Schaden begrenzen oder den bevorstehenden Schadenseintritt vermeiden kann. Der Absender versucht zudem, Fehler seiner Angestellten oder der Ablauforganisation umgehend zu entdecken und zur Vermeidung der Schädigung von anderen Kunden zu beheben. Der Empfänger wiederum kann durch eine genaue Kontrolle vermeiden, dass unterschiedliche Auffassungen der Parteien erst verhältnismässig spät zutage treten, wenn beispielsweise bereits weitergehende Dispositionen getroffen wurden. Man erkennt: die Interessen des Absenders und des Empfängers beim Schweigen auf *Erfüllungsanzeigen und Abrechnungen* sind ähnlich wie beim Bestätigungsschreiben. Wiederum wünscht sich der Absender eine Kontrolle durch den Empfänger, bei deren ungenügender Durchführung dem Empfänger ein Rechtsnachteil erwachsen soll. Der Empfänger muss aber auch hier - wie beim Bestätigungsschreiben - vor übersteigerten Kontrollanforderungen geschützt werden.

Eine einzelvertragliche Ausgestaltung entsprechender Klauseln ist zwar - gleich wie beim Bestätigungsschreiben - selten; in zahlreichen AGB finden sich aber Bestimmungen, welche die Folgen des Schweigens auf Erfüllungsanzeigen und Abrechnungen regeln. Öfters handelt es sich bei diesen Bestimmungen um *Erklärungsfiktionen*: es wird eine Erklärung des Empfängers fingiert, wenn er geschwiegen hat. Die Parteien können insbesondere eine Genehmigungsfiktion für den Fall des Schweigens vereinbaren. Bei Eintritt einer solchen Genehmigungsfiktion soll dann Schweigen etwa Zustimmung bedeuten. Ein weiterer möglicher Rechtsnachteil, welcher den schweigenden Empfänger treffen kann, liegt in der Umkehr der Beweislast, welche nun den Empfänger des Schreibens statt - wie vom Gesetz vorgesehen - den Absender trifft. Die offensichtlichen Parallelen zwischen Genehmigungsfiktionen und Bestätigungsschreiben haben insbesondere *Canaris* dazu veranlasst, bei der Behandlung von Genehmigungsfiktionen weitgehend auf diejenigen Grundsätze zurückzugreifen, welche Lehre und Rechtsprechung für das Schweigen auf ein Bestätigungsschreiben entwickelt haben[4].

Sowohl die Voraussetzungen als auch die Folgen der erwähnten Fiktionen sind in mancher Hinsicht nicht auf den ersten Blick bestimmbar und wurden in der Literatur nur teilweise erläutert. Wegen dieses Umstandes und der erwähnten Parallele zum Bestätigungsschreiben drängt es sich im Rahmen dieser Arbeit auf, näher zu untersuchen, wie die Marktteilnehmer versuchen, mit der Hilfe von Fiktionen die Folgen des Schweigens auf die Zustellung

[4] Canaris, Bankvertragsrecht, N 2638 f.

eines Schriftstückes zu regeln. Nach einem die vertraglichen Erklärungsfiktionen im allgemeinen darstellenden Teil soll beispielhaft und der grossen praktischen Bedeutung wegen näher auf die Genehmigungsfiktion in den AGB der Banken eingegangen werden.

§ 9 Erklärungs- und Zugangsfiktionen im allgemeinen

1. Fiktionen und Beweislast

Eine Fiktion ist die Annahme von Tatsachen oder Vorkommnissen ohne Rücksicht darauf, ob diese Tatsachen wirklich vorliegen[1]. Bei den *gesetzlichen Fiktionen* unterwirft der Gesetzgeber einen bestimmten Sachverhalt gewissen Rechtsfolgen, obwohl nicht alle Tatbestandselemente erfüllt sind oder zumindest ungewiss ist und offenbleibt, ob sie erfüllt sind; der Gesetzgeber fingiert gewisse Tatbestandselemente als vorhanden und lässt eine Rechtsfolge eintreten, obwohl diese vielleicht fehlen[2]. So begründet Art. 406 OR etwa unter bestimmten Voraussetzungen die Fiktion, dass ein Auftrag weiterbesteht, obwohl der Auftrag erloschen ist[3]. Als Beispiel einer gesetzlichen Fiktion von Willenserklärungen wurde etwa auch Art. 395 OR genannt[4]. Das Gesetz bringt solche Fiktionen manchmal mit der Wendung zum Ausdruck, es gelte etwas erklärt; man kann von dieser Formulierung aber nicht in allen Fällen auf eine Fiktion schliessen[5]. Ausserhalb des OR sei auf Art. 12 Abs. 1 VVG hingewiesen, welcher für den Fall, dass der Inhalt der zugestellten Versicherungspolice nicht mit den getroffenen Vereinbarungen übereinstimmt und der Versicherungsnehmer nicht innert vier Wochen widerspricht, eine Genehmigung des Policeninhalts vorsieht[6]. Auf die fingierten Willenserklärungen können die allgemeinen Regeln der Rechtsgeschäftslehre teilweise analog angewendet werden[7].

Es steht den Parteien frei, in den Grundzügen die gleichen Regelungsmechanismen wie der Gesetzgeber anzuwenden. So können sie *vertraglich* vereinbaren, dass einem bestimmten Verhalten ein übereinstimmend definierter Erklärungswert zukommt und auf diese Weise klare Verhältnisse geschaffen werden. Von der vertraglichen Fiktion unterschieden werden kann die von einer Partei vorgenommene *schriftliche Tatsachenbestätigung*. Die Beweislast wird durch die Bestätigung allein nicht umgekehrt. Als Beispiel möge ein Schrei-

---

1 Wolf, N 3 zu § 10 Nr. 5 AGBG.

2 Forstmoser/Schluep, § 6 N 171; vgl. auch vorne, 30.

3 Fellmann, N 14 zu Art. 406 OR.

4 Zur Problematik vgl. vorne, 32 FN 21.

5 Koller, OR AT, § 3 N 342, unter Hinweis auf von Tuhr/Peter, 165 f. Vgl. auch den Verweis auf Art. 239 Abs. 1 OR bei Forstmoser/Schluep, § 6 N 178.

6 Kritisch zu Art. 12 VVG etwa Brinkmann, 132 f. Teilweise wird diese Bestimmung aber auch als unwiderlegbare gesetzliche Vermutung verstanden (vgl. etwa Brinkmann, 131, m.w.H.); zum Begriff der unwiderlegbaren gesetzlichen Vermutung s. hinten, 110.

7 Kramer, N 63 zu Art. 1 OR.

ben des Vermieters an den Mieter dienen, der Mieter habe eine bestimmte Anzahl Wohnungsschlüssel bei der Wohnungsübergabe erhalten und die Wohnung befinde sich in einem einwandfreien Zustand. Besondere Bedeutung erhalten solche schriftliche Tatsachenbestätigungen, wenn der Empfänger schweigt. Diese Feststellungen begründen nämlich in diesem Fall eine widerlegbare Vermutung, wenn der Schreibende ein legitimes Interesse am Festhalten der im Schreiben behaupteten Fakten hat[8].

Neben der Unterscheidung nach dem eben erwähnten Geltungsgrund können Fiktionen auch nach ihrem Inhalt unterteilt werden, nämlich in Erklärungsfiktionen und in Tatsachenfiktionen. Bei *Erklärungsfiktionen* wird die Abgabe einer Erklärung fingiert, bei *Tatsachenfiktionen* Vorkommnisse oder Tatsachen, die nicht Erklärungen sind[9]. Zugangs- und Abgabefiktionen stellen Tatsachenfiktionen dar[10]. Bezeichnend für alle Fiktionen ist, dass sie nicht widerlegt werden können, der Gegenbeweis somit ausgeschlossen ist. Bei Tatsachenbestätigungen allerdings ist bloss die Abgabe der Erklärung nicht widerlegbar; hinsichtlich der bestätigten Tatsache an sich kann aber sehr wohl der Gegenbeweis geführt werden[11]. So steht dem Mieter im eben gemachten Beispiel der Gegenbeweis offen, dass sich die Wohnung bei Mietantritt in einem mangelhaften Zustand befunden hat, obwohl er auf eine gegenteilige schriftliche Erklärung geschwiegen hat.

Die *widerlegbare Vermutung* ist von der Fiktion zu unterscheiden. Eine widerlegbare Vermutung liegt vor, wenn gemäss Gesetz oder Vertrag ein bestimmter Tatbestand bis zum Beweis des Gegenteils vermutet wird[12]. Die Vermutung führt zu einer Umkehr der Beweislast; im Falle der Fiktion wird hingegen eine bestimmte Voraussetzung unwiderlegbar als gegeben erachtet[13].

Der Begriff der *unwiderlegbaren Vermutung* wird hier nicht verwendet. Von der Fiktion soll sich die unwiderlegbare Vermutung dadurch unterscheiden, dass sie auf wahrscheinliche Umstände gerichtet ist, während die Fiktion als rein rechtstechnisches Gestaltungsmittel ohne Rücksicht auf die Wahrscheinlichkeit der angenommenen Umstände angewandt wird, also auch wenn man sich des Nichtvorliegens der fingierten Umstände bewusst ist[14]. Teilweise wird die Fiktion auch als unwiderlegbare Vermutung bezeichnet, was terminologisch aber verwirrend ist, da der Begriff "Vermutung" die Möglichkeit des Gegenbeweises suggeriert[15]. Im Rahmen der hier erörterten Fragestellungen haben diese Unterscheidungen jedoch keine Bedeutung.

---

8 Vgl. Bucher, N 25 zu Art. 6 OR.
9 Wolf, N 3 zu § 10 Nr. 5 AGBG.
10 Vgl. hinten, 131 ff.
11 Wolf, N 10 zu § 10 Nr. 5 AGBG.
12 Forstmoser/Schluep, § 6 N 179.
13 Forstmoser/Schluep, § 6 N 180.
14 Wolf, N 4 zu § 10 Nr. 5 AGBG.
15 Forstmoser/Schluep, § 6 N 179.

Neben den Fiktionen und Vermutungen bedürfen hier die *Beweislastvereinbarungen* der besonderen Erwähnung. Die Parteien können sich, soweit ihnen die freie Verfügung über das Rechtsverhältnis zukommt, vertraglich auch über die Beweislast abweichend vom Gesetzgeber einigen[16]. So lässt sich etwa vereinbaren, dass die Schadenersatzpflicht im Falle der Nichterfüllung oder der nicht richtigen Erfüllung abweichend von Art. 97 OR nur bestehen solle, sofern ein Verschulden des Schuldners vom Gläubiger nachgewiesen werde. Das Verschulden wird durch diese Vereinbarung von einer rechtshemmenden zu einer rechtsbegründenden Tatsache[17]. Wie bei den widerlegbaren Vermutungen steht der Gegenpartei der Beweis offen; Beweislastvereinbarungen unterscheiden sich jedoch von widerlegbaren Vermutungen dadurch, dass sich die Beweislastvereinbarungen nicht nur an Wahrscheinlichkeitsgesichtspunkten orientieren, sondern die Beweislast z.B. auch nach Herrschafts- und Verantwortungsbereichen verteilen[18]. Dabei darf jedoch nicht ausser acht gelassen werden, dass auch Fiktionen zu einer Veränderung der Beweislastverteilung führen können und diese Rechtsfolge nicht allein den Beweislastvereinbarungen i.e.S. vorbehalten ist.

---

16 Walder-Richli, § 30 N 4.

17 Guldener, 70.

18 Vgl. Wolf, N 5 zu § 10 Nr. 5 AGBG.

2. Erklärungsfiktionen in AGB

a) Erscheinungsformen und Zweck

Erklärungsfiktionen finden sich ganz überwiegend in AGB. Diese vorformulierten Regelungen, nach deren Bestimmung die Fiktion hervorgerufen wird, dass der Vertragspartner - unabhängig von seinem wirklichen Erklärungsverhalten - eine Erklärung abgegeben oder nicht abgegeben habe, gehören aus der Sicht des Kunden zu den ausgesprochen *gefährlichen Bestimmungen* in AGB, zumal sich die fingierte Erklärung oder Nichterklärung gewöhnlich mit Nachteilen für den Kunden verbindet[19]. Diese Gefährlichkeit hat denn auch eine vom deutschen Justizminister eingesetzte Expertenkommission dazu bewogen, ein vollständiges Verbot von Erklärungsfiktionen vorzuschlagen[20]. Im AGBG wurde das Verbot aber in dieser Form nicht verwirklicht[21].

Auch für die Schweiz erscheint ein Verbot nicht sinnvoll, bestehen doch - insbesondere im Massenverkehr - berechtigte Interessen der Verwender an *organisatorischen Vereinfachungen*. Es muss jedoch verhindert werden, dass der Vertragspartner des Verwenders wegen Erklärungsfiktionen von Rechtsfolgen überrascht wird, die er so nicht gewollt hat und auf die er sich auch nicht einstellen konnte[22]. Der Konsument soll auf die Folgen seiner Handlung hingewiesen werden. Dieses Anliegen entspricht auch dem im KKG nun angestrebten formalen Verbraucherschutz durch Aufklärung und Transparenz[23].

In der Schweiz finden sich Klauseln mit Erklärungsfiktionen etwa in den AGB für den Gebrauch von Kreditkarten[24], den AGB von Banken[25], den AVB für Gebäudehaftpflichtversicherungen[26], den Allgemeinen Lieferbedingungen

---

19 Ulmer/Schmidt, N 2 zu § 10 Nr. 5 AGBG.

20 Vgl. den Hinweis bei Stübing, 1606 f., auf den ersten Teilbericht der Arbeitsgruppe mit Vorschlägen zur Verbesserung des Schutzes des Verbrauchers gegenüber AGB (März 1974).

21 Vgl. § 10 Nr. 5 AGBG.

22 Wolf, N 1 zu § 10 Nr. 5 AGBG.

23 Vgl. Koller-Tumler, N 9 f. zu Vorbemerkungen zum KKG, m.w.H.

24 "Reklamationen, welche die Monatsrechnung betreffen, sind dem Karten-Center innert 30 Tagen schriftlich mitzuteilen, ansonsten die Rechnung als durch den Karteninhaber genehmigt gilt." Einige Unternehmen wiederholen diesen Hinweis auf der Monatsrechnung, andere jedoch nicht.

25 Eine Grossbank legt fest: "Beanstandungen von Rechnungs- oder Depotauszügen haben innerhalb eines Monats zu erfolgen. Nach unbenutztem Ablauf dieser Frist gelten die Auszüge als genehmigt. Die ausdrückliche oder stillschweigende Anerkennung des Rechnungsauszuges schliesst die Genehmigung aller in ihm enthaltenen Posten sowie allfälliger Vorbehalte der Bank in sich."

26 Unterlässt der Versicherungsnehmer bei einer Änderung des Prämientarifs eine Kündigung, so "gilt dies als Zustimmung zur Anpassung des Vertrages".

für Maschinen und Anlagen des VSM[27] sowie in Lebensversicherungsverträgen[28]. Das eine Erklärungsfiktion auslösende Verhalten kann etwa in einer *Handlung* bestehen. Es ist jedoch, wie die angeführten Beispiele zeigen, weitaus häufiger, dass der Verwender Vorkehrungen in den von ihm aufgestellten AGB für den Fall einer *Unterlassung* und insbesondere des Schweigens des Vertragspartners trifft. In diesen Fällen will der Verwender Klarheit darüber erhalten, ob sein Vertragspartner beispielsweise die Ordnungsmässigkeit der vereinbarten (Teil-)Leistungen anerkennt, auch wenn es dieser unterlässt, dazu Erklärungen abzugeben[29].

b) Abgrenzungen

Wichtig für die weitere Behandlung der Erklärungsfiktionen ist die Trennung von zwei verschiedenen Problemfeldern, welche sich in diesem Zusammenhang abgrenzen lassen. Diese Trennung führt zu einer *zweistufigen Prüfung von Erklärungsfiktionen* in AGB. In einem ersten Schritt wird geprüft, *wie* eine Klausel ein bestimmtes Verhalten mit der Fiktion einer Erklärung verbindet und ob diese Verknüpfung statthaft ist. Ergibt diese Prüfung ein positives Resultat, so ist in einer nachfolgenden zweiten Phase die Frage zu beantworten, welches die materiellen Rechtsfolgen der Fiktion sind und wie es um die Zulässigkeit dieser materiellen Rechtsfolgen bestellt ist.

Schwierigkeiten kann das *Verhältnis einer Erklärungsfiktion zum konkludenten Verhalten* bereiten. Die Erklärungsfiktion knüpft an ein bestimmtes Verhalten des Vertragspartners an; dieses Verhalten kann aber auch gleichzeitig die Grundlage für eine konkludente Willenserklärung darstellen. Das konkludente Verhalten unterscheidet sich von einer Fiktion dadurch, dass beim konkludenten Verhalten der berechtigte Schluss auf einen bestimmten Willen gezogen werden darf, während bei der Fiktion die Erklärung unabhängig von einer berechtigten Schlussfolgerung als abgegeben gelten soll[30].

---

27 Ziff. 12.2: "Der Besteller hat die Lieferungen und Leistungen innert angemessener Frist zu prüfen und dem Lieferanten eventuelle Mängel unverzüglich schriftlich bekanntzugeben. Unterlässt er dies, so gelten die Lieferungen und Leistungen als genehmigt."

28 Aus einem Lebensversicherungsvertrag: "Wenn der Inhalt der Police oder der Nachträge nicht mit den getroffenen Vereinbarungen übereinstimmt, muss der Versicherungsnehmer innert vier Wochen, nachdem er die Dokumente erhalten hat, eine entsprechende Berichtigung verlangen. Andernfalls gilt der Inhalt der Urkunde von ihm genehmigt." Vgl. Art. 12 VVG.

29 Staudinger/Schlosser, N 1 zu § 10 Nr. 5 AGBG.

30 Wolf, N 6 zu § 10 Nr. 5 AGBG. Vgl. hinten, 122 ff.

c) Zulässigkeit von Erklärungsfiktionen in AGB

Wie vorne[31] ausgeführt, treten Erklärungsfiktionen fast ausschliesslich in AGB bzw. AVB auf. Es ist deshalb angezeigt, allgemein abzuklären, unter welchen *Voraussetzungen* Erklärungsfiktionen in AGB überhaupt zugelassen werden sollen; es ist somit die formelle Zulässigkeit zu prüfen. Es wird hierbei vom Fall der Globalübernahme ausgegangen, bei welchem der Kunde die Klauseln zwar nicht einzeln prüft, ihnen aber global zustimmt[32].

aa) Geltungskontrolle

Die Geltungskontrolle befasst sich im wesentlichen mit der Frage, ob AGB, welche der Verwender zum Vertragsinhalt erheben will, tatsächlich Vertragsinhalt werden[33]. Dabei spielt die sog. Ungewöhnlichkeitsregel eine zentrale Rolle; nach ihr sind bei einer Globalübernahme alle ungewöhnlichen AGB-Klauseln unverbindlich, weil die zustimmende Partei nicht mit ihr rechnen musste[34]. Die Geltungskontrolle sollte aber konsequent auf die Eliminierung *überraschender* Klauseln beschränkt werden und nicht zu einer verdeckten inhaltlichen Kontrolle von AGB dienen, wie dies etwa bei Gerichtsstandsklauseln vorkommt. Das Vertrauensprinzip kann nämlich nur dann als dogmatische Grundlage für die Ungewöhnlichkeitsregel herangezogen werden, wenn wirklich überraschende, geschäftsfremde Klauseln, mit denen der Kunde im Einzelfall nicht zu rechnen braucht, zu beurteilen sind[35].

Im Einzelfall kann es durchaus vorkommen, dass bestimmte Erklärungsfiktionen überraschend sind und der Kunde deshalb nicht an sie gebunden ist. Generell lässt sich aber sagen, dass Erklärungsfiktionen weit verbreitet sind und der Kunde durchaus mit ihnen rechnen muss. In der Praxis wird deshalb der Inhaltskontrolle eine weitaus grössere Bedeutung zukommen als der Geltungskontrolle im hier postulierten Sinne.

---

31 Vgl. vorne, 112 f.

32 Zobl, N 431 zu Art. 884 ZGB. Demgegenüber stimmt der Kunde bei der Vollübernahme jeder einzelnen Bestimmung konkret zu (Zobl, N 430 zu Art. 884 ZGB).

33 Baudenbacher, AGB-Gesetz, 512.

34 Zur Ungewöhnlichkeitsregel vgl. etwa Zobl, N 431 ff. zu Art. 884 ZGB, m.w.H.

35 Kramer, AGB, 21.

bb) Inhaltskontrolle

aaa) Im allgemeinen

Eine richterliche Inhaltskontrolle[36] kann sich zum einen in den traditionellen Schranken des zwingenden Rechts, der guten Sitten, der Übervorteilung, des Irrtums, der Täuschung sowie des Schutzes vor übermässiger Bindung bewegen[37]. Die materielle Überprüfung sollte aber nicht auf diese Bereiche beschränkt werden, vielmehr ist - mit einer Vielzahl von Autoren[38], deren Ansatzpunkte sich allerdings zum Teil stark unterscheiden - *eine generelle Inhaltskontrolle* zu fordern.

Zu diesem Schluss muss man gelangen, wenn man sich vor Augen hält, dass AGB in sehr vielen Wirtschaftsbereichen die Grundlage von Einzelverträgen bilden und somit eine herausragende Bedeutung im Vertragsrecht einnehmen. Sie werden sowohl im Verkehr von Unternehmen unter sich wie auch in der Abwicklung von Geschäften mit Konsumenten benutzt. Ausschliessliche Anwendung finden AGB im Bank- und Kreditwesen; aber auch in der Touristik, im Fernunterricht und im Automobilhandel liegen die Verhältnisse ähnlich[39]. Gerade bei Verträgen eines Konsumenten mit dem AGB-Verwender erscheint eine *spezifische richterliche AGB-Inhaltskontrolle* angezeigt, weil die AGB an die Stelle des dispositiven Gesetzesrechts treten, ohne dass darüber verhandelt wurde. Damit wird die vom Gesetzgeber relativ ausgewogene Verteilung von Rechten und Pflichten der Kontrahenten formularmässig beiseite geschoben, ohne dass sich der Kunde überhaupt über den Inhalt der AGB informiert hat[40]. Wird von den Parteien aber nicht verhandelt, so kann der Verwender die Ordnungsfunktion des dispositiven Rechts ausser Kraft setzen. Nach richtiger Auffassung soll dies aber nur auf dem Wege echter privatautonomer Entscheidung erfolgen können[41].

Das *Bundesgericht* hat bisher eine offene Inhaltskontrolle von AGB abgelehnt[42]. Es wurde allerdings eine verkappte Inhaltskontrolle vorgenommen[43]. Demgegenüber sieht der *Gesetzgeber* in Art. 8 UWG vor, dass unlauter handelt, wer vorformulierte AGB verwendet, die in irreführender Weise zum

---

36 Zu den zwei anderen Kontrollkategorien, nämlich der Geltungs- und der Auslegungskontrolle, s. Baudenbacher, AGB-Gesetz, 512 ff.

37 Zu diesen Schranken im einzelnen vgl. Forstmoser, Behandlung, 120 f., m.w.H.

38 Vgl. etwa Baudenbacher, AGB-Kontrolle, 83; Bauer, 57 ff.; Kramer, N 274 ff. zu Art. 19-20 OR; Schuler, 162 ff.; Weber, AGB, 155 ff.

39 Forstmoser, Behandlung, 99.

40 Kramer, N 274 zu Art. 19-20 OR.

41 Kramer, N 277 zu Art. 19-20 OR.

42 Vgl. etwa BGE 119 II 443 ff.; 109 II 452 ff.; 109 II 213 ff.; 94 II 197 ff.; 84 II 13 ff. Kritisch zu BGE 119 II 443 ff.: Baudenbacher, AGB-Kontrolle, 83 f.

43 Vgl. hierzu insbesondere die eingehende Darstellung bei Kramer, N 201 ff. zu Art. 1 OR; s. auch Baudenbacher, AGB-Gesetz, 514 f.

Nachteil einer Vertragspartei entweder von der unmittelbar bzw. sinngemäss anwendbaren gesetzlichen Ordnung erheblich abweichen oder aber eine der Vertragsnatur erheblich widersprechende Verteilung von Rechten und Pflichten vorsehen. Es ist zwar zu begrüssen, dass im Bereich der Inhaltskontrolle legiferiert wurde und dass die Ordnungsfunktion des dispositiven Rechts in dieser Bestimmung Eingang gefunden hat. Zu Recht wurde aber die Bestimmung wegen ihrer bedeutenden Mängel kritisiert[44]. Es fehlt etwa an einem Katalog von Einzelverboten, und dem Richter wird ein erheblicher Freiraum durch die Generalklauseln gewährt. Das Tatbestandselement der *Irreführung*, welches in den parlamentarischen Beratungen eingeführt wurde, stellt aber den bedeutendsten Nachteil dar. Dem Verwender wurde vom Parlament grosszügig die Möglichkeit eingeräumt, eine unbillige Klausel klar und deutlich zu formulieren, auffällig zu plazieren und so einer eigentlichen Inhaltskontrolle zu entgehen[45].

Da Art. 8 UWG nach dem eben Ausgeführten nur wenig Handhabe zu einer Inhaltskontrolle bietet, scheint de lege lata eine dogmatische *Anknüpfung bei Art. 19 Abs. 2 OR* möglich und geboten zu sein. Das Verbot eines Verstosses gegen die öffentliche Ordnung liegt in diesem Zusammenhang dann vor, wenn das Institut der Vertragsfreiheit derart missbraucht wird, dass dispositives Recht durch ein einseitiges Diktat von AGB zu Lasten des Kunden verdrängt wird[46]. In bezug auf den Massstab, an dem die Einseitigkeit der AGB zu messen ist, kann bei Abweichungen vom dispositiven Recht auf die Formulierung von Art. 8 lit. a UWG zurückgegriffen werden[47].

Im folgenden soll der Versuch unternommen werden, Voraussetzungen aufzustellen, unter denen Erklärungsfiktionen in AGB der öffentlichen Ordnung gemäss Art. 19 Abs. 2 OR entsprechen. Dabei wird dem *AGBG* besondere rechtsvergleichende Bedeutung zukommen. Die Überprüfung beschränkt sich an dieser Stelle auf die Erklärungsfiktion selbst; nicht hier, sondern hinten sollen die üblichen Rechtsfolgen von Erklärungsfiktionen einer Inhaltskontrolle unterzogen werden[48]. Hinten[49] werden anhand von konkreten Beispielen aus dem Bankrecht Überlegungen gemacht, welche sich auch auf andere Branchen anwenden lassen.

---

44 Vgl. statt vieler Schenk-Engeler, 203 ff.

45 Gauch, Geschäftsbedingungen, 55, will diese Möglichkeit einschränken, indem er das Kriterium der Irreführung grosszügig auslegt.

46 Baudenbacher, AGB-Gesetz, 515. Der Ansatz von Art. 19 Abs. 2 OR findet sich auch bei Kramer, N 290 ff. zu Art. 19-20 OR; Ösch, 91 ff.; Stockar, 54 ff., 62 ff. sowie 75 ff.; a.A. aber Giger, Geltungs- und Inhaltskontrolle, 90; Lörtscher, 197 f.

47 Kramer, N 294 zu Art. 19-20 OR.

48 Vgl. hinten, 135 ff.

49 Vgl. hinten, 163 ff.

bbb) Inhaltskontrolle von Erklärungsfiktionen

Es bestehen - wie vorne[50] ausgeführt wurde - prinzipiell zureichende Gründe, welche für die Verwendung von Erklärungsfiktionen in AGB sprechen. Ob die Fiktionen jedoch wirksam sind, soll von der Erfüllung der nachstehenden Voraussetzungen abhängen.

aaaa) Berechtigtes Interesse des Verwenders

Eine Erklärungsfiktion in AGB muss durch ein berechtigtes Interesse des Verwenders gerechtfertigt sein. Generell lässt sich sagen, dass ein berechtigtes Interesse des Verwenders, durch eine vorformulierte Erklärungsfiktion die Rechtslage zum Nachteil des Vertragspartners zu verändern, zu bejahen ist, wenn es nach der Sachlage erforderlich ist, das Rechtsverhältnis möglichst einfach zu klären oder anzupassen[51]. Das Interesse des Verwenders kann sich etwa aus dem organisatorischen Bedürfnis nach einfacher Abwicklung von Vorgängen im Massenverkehr ergeben[52].

Dabei ist aber zu beachten, dass dem Kunden kein unangemessener Nachteil zugefügt wird. Ob ein Nachteil unangemessen ist, wird nur im Einzelfall entschieden werden können. Es ist sorgfältig abzuwägen zwischen der Kostenersparnis für den Verwender und den dem Kunden entstehenden Nachteilen. Diese Abwägung hat aber nicht im Rahmen der Prüfung der formellen Voraussetzungen zu geschehen, sondern bei der Prüfung der Rechtsfolgen der Erklärungsfiktion[53].

bbbb) Klare Ausgestaltung der Klausel in den AGB

Die Fiktionsvoraussetzungen und die Folgen einer Unterlassung bzw. Handlung haben *präzise* und für einen typischen Kunden verständlich in den AGB aufgeführt zu sein; dies gilt ganz besonders für eine Frist und deren Beginn[54]. Auch muss die Verpflichtung des Verwenders, den Kunden zu einem späteren

---

50 Vgl. vorne, 112.

51 Staudinger/Schlosser, N 9 zu § 10 Nr. 5 AGBG: Soergel/Stein, N 49 zu § 10 AGBG.

52 Wolf, N 20 zu § 10 Nr. 5 AGBG.

53 So wäre es wohl unverhältnismässig, wenn die bloss redaktionelle Änderung von AGB von allen Kunden ausdrücklich akzeptiert werden müsste. Es kann m.E. auch nicht ausgeschlossen werden, dass angesichts der grossen Kostenersparnis für den Verwender sogar ein Verzicht des Kunden auf ein Recht zulässig ist. Vgl. hierzu auch hinten, 137.

54 A.A. aber Staudinger/Schlosser, N 13 zu § 10 Nr. 5 AGBG; Wolf, N 24 zu § 10 Nr. 5 AGBG. Diese Autoren wollen es genügen lassen, wenn in den AGB selbst nur eine "angemessene" Frist vorgesehen ist. Dies reicht m.E. allerdings nicht aus. Vgl. hinten, 118.

Zeitpunkt - nämlich bei Beginn einer Widerspruchsfrist - auf die Folgen der Erklärungsfiktion hinzuweisen, in den AGB enthalten sein.

In Anbetracht der Tatsache, dass der Kunde zu einem späteren Zeitpunkt noch auf die Konsequenzen der Handlung bzw. Unterlassung hingewiesen werden wird[55], dürfte eine besondere graphische Hervorhebung der Erklärungsfiktion und ihrer Folgen in den AGB nicht vonnöten sein.

Gerade die genaue Beschreibung der Folgen der Erklärungsfiktion ist heute in vielen AGB *nicht gewährleistet*. Die oft verwendete Formulierung, dass ein spezifischer Geschäftsvorgang als "genehmigt" gilt, reicht m.E. nicht aus. Vielmehr soll festgehalten werden, ob als Folge der Handlung oder Unterlassung beispielsweise auf Gewährleistungsrechte verzichtet wird oder ob etwa eine Beweislastumkehr eintritt. Zur Begründung lässt sich anführen, dass sich der Kunde darüber im klaren sein soll, welches die Folgen der Handlung bzw. Unterlassung sein werden. Lassen sich zwei oder mehrere Bedeutungen ernsthaft vertreten, so kommt die *Unklarheitsregel* zur Anwendung, gemäss welcher im Zweifel diejenige Bedeutung vorzuziehen ist, die für den Verfasser der unklaren Bestimmung ungünstiger ist[56]. Die Erklärungsfiktion muss also nicht vollständig ungültig erklärt werden, wenn sie unklar ist; immerhin muss sich der Verwender mit der ungünstigsten Auslegung begnügen. Sind die Folgen einer Erklärungsfiktion nicht klar formuliert, so heisst dies also nicht, dass die Erklärungsfiktion für den Kunden überhaupt keine nachteiligen Folgen haben wird.

Findet sich in den AGB keine genügende Verpflichtungsübernahme, so ist eine Fiktionsklausel auf jeden Fall unwirksam. Auch ein Hinweis bei Fristbeginn - und mag er noch so detailliert sein - genügt nicht, wenn die Verpflichtung in den AGB nicht festgehalten wurde. Der Verwender kann nämlich nicht damit rechnen, dass sich der Kunde einer nachträglichen Änderung des Vertrages unterwirft bzw. ihr zustimmt.

cccc) Hinweispflicht

Der Verwender muss den Vertragspartner bei Fristbeginn auf die vorgesehene Bedeutung seines Verhaltens *besonders* hinweisen; ein Hinweis in den AGB allein reicht nicht aus[57]. So kann sichergestellt werden, dass der Kunde - obwohl er ja eigentlich aufgrund der Klausel in den AGB von den Folgen seiner

---

55 Vgl. hinten, 119.

56 Jäggi/Gauch, N 451, 456 zu Art. 18 OR; BGE 119 II 373; 118 II 344; 117 II 622; 115 II 268 f., m.w.H. Zur Ungültigkeit von in AGB enthaltenen Pfandklauseln vgl. Zobl, N 440 zu Art. 884 ZGB.

57 § 10 Nr. 5 b AGBG. Eine Einschränkung ergibt sich, wenn sich der Inhalt der AGB-Klausel mit dem dispositiven Gesetzesrecht deckt. Vgl. hierzu MünchKomm-Basedow, N 56 zu § 10 Nr. 5 AGBG.

Handlung bzw. Unterlassung Kenntnis haben sollte - nochmals an die Konsequenzen seiner Reaktion erinnert wird, mithin *nicht überrascht* wird. Ein zweiter Hinweis erscheint gerechtfertigt, denn der Vertragsschluss kann unter Umständen Jahre zurückliegen, und die AGB sind vielleicht für den Kunden nicht mehr sofort verfügbar. Erfahrungsgemäss schenken denn auch die Kunden der einzelnen Mitteilung bedeutend mehr Aufmerksamkeit als den AGB. Es muss immerhin eingeräumt werden, dass jede Vertragspartei auch noch nach Jahren die Bestimmungen des von ihr geschlossenen Vertrages kennen muss und die entsprechenden Dokumente zu diesem Zweck aufbewahren sollte. Hier scheint aber eine Verpflichtung zu einem zweiten Hinweis vertretbar zu sein, da dem Verwender gerade im Massenverkehr für die Erfüllung dieser Hinweispflicht kein besonderer Aufwand erwächst; so kann er beispielsweise auf allen Anzeigen routinemässig einen kurzen Hinweis auf die Folgen der Handlung oder Unterlassung drucken lassen.

Inhaltlich hat der Hinweis die Frist sowie deren Beginn zu nennen. Die Frist beginnt grundsätzlich mit der Zustellung des Hinweises[58]. Auch müssen die Folgen der Handlung bzw. der Unterlassung (in der Praxis wird es meistens ein Schweigen sein) präzise beschrieben werden. Möglich ist auch eine blosse Wiederholung der entsprechenden AGB-Klausel. Dabei ist von der Erfahrung und den Kenntnissen eines Empfängers auszugehen, der sich über die Bedeutung des Hinweises Klarheit verschaffen soll. Im Massenverkehr ist es zulässig, auf einen typischen Durchschnittskunden abzustellen[59].

Graphisch soll der Hinweis so gestaltet sein, dass er dem Kunden auffällt. Es drängt sich hier eine Parallele zu den in AGB aufgeführten Gerichtsstandsklauseln auf: auch der Hinweis auf die Folgen der Erklärungsfiktion soll - wie es das Bundesgericht für den Verzicht auf den Gerichtsstand des Wohnsitzes nach Art. 59 BV gefordert hat - "an gut sichtbarer Stelle" angebracht sein und hervortreten[60]. Ein versteckter oder kleingedruckter Hinweis genügt demnach nicht; auch die Mitteilung in einem besonderen Absatz eines Schreibens reicht nicht aus, wenn nicht eine sonstige optische Hervorhebung gegeben ist[61].

Ist die Hinweispflicht in den AGB enthalten, so ist die Fiktionsklausel als solche wirksam, selbst wenn der Hinweis schliesslich nicht erfolgt ist. Die Erklärungsfiktion tritt jedoch im Einzelfall nicht ein[62]. Das gleiche gilt für

---

58 Einige Kreditkartenherausgeber lassen die Frist jedoch schon mit dem Rechnungsdatum beginnen, was zu einer Verkürzung der Frist von einigen Tagen führen wird. Zu dieser Problematik vgl. hinten, 121.

59 Wolf, N 25 zu § 10 Nr. 5 AGBG.

60 BGE 109 Ia 50 ff. Die Ausführungen des Bundesgerichtes beziehen sich auf Gerichtsstandsklauseln, welche sich in AGB befinden, währenddem es sich hier um einen Hinweis in einer Anzeige, Abrechnung o.ä. handelt. Dieser Umstand ändert jedoch nichts an der Forderung, auch der Hinweis müsse auffällig gestaltet sein.

61 Wolf, N 25 zu § 10 Nr. 5 AGBG, unter Hinweis auf NJW 1985 619.

62 Wolf, N 27 zu § 10 Nr. 5 AGBG.

einen nicht ordnungsgemässen Hinweis: als Beispiel kann ein Hinweis gelten, welcher die dem Empfänger zur Verfügung stehende Frist nicht erwähnt. Der nicht ordnungsgemässe Hinweis muss also gleich behandelt werden wie der vollständig fehlende Hinweis.

Problematisch ist die Erfüllung der Hinweispflicht des Verwenders in zwei Fällen. Erstens kann der Fristbeginn mit dem Vertragsschluss zusammenfallen; dann bedarf es keines speziellen Hinweises des Verwenders. Zweitens kann der Verwender seine Hinweispflicht bei Fristbeginn dann nicht erfüllen, wenn die Frist durch den Kunden selbst - etwa indem Ware bei einem Dritten abgeholt wird - ausgelöst wird. Ein Hinweis in nicht zu grossem Abstand vor Beginn der Frist dürfte genügen[63].

dddd) Angemessene Frist zur Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung

Sowohl die AGB als auch der Hinweis müssen eine identische Frist festsetzen, innert welcher der Kunde die Gelegenheit zu einer ausdrücklichen Erklärung hat und so vermeiden kann, dass die Folgen der Erklärungsfiktion eintreten. Diese Frist muss *angemessen* sein. Hierbei ist wohl weniger auf den Wirtschaftszweig als vielmehr auf die Art des einzelnen Geschäftes abzustellen. Wenn die Entscheidungsfindung aus der Sicht des an Geschäften der betroffenen Art typischerweise beteiligten Kunden keiner eingehenden Prüfung tatsächlicher, rechtlicher oder wirtschaftlicher Art bedarf, so erscheint eine Frist von *mindestens einer Woche* als angemessen[64]. Es ist also nicht die Angemessenheit der Frist im Einzelfall zu prüfen; im Vordergrund stehen sollten die Art des Geschäftes und die von einem typischen Kunden für die Entschlussfassung benötigte Zeit. Diese umfasst einen Zeitraum, innerhalb dessen der Kunde sich seinen Entschluss überlegen, nötige Informationen einholen, die Erklärung verfassen und dem Verwender zukommen lassen kann[65]. Die Interessen des Verwenders und die damit verbundenen Einsparungen von Kosten im Massenverkehr verbieten es, die persönlichen Umstände des Kunden zu berücksichtigen.

Dringende Geschäfte, bei denen sich beispielsweise die wirtschaftlichen Umstände häufig schnell ändern können, lassen auch eine Verkürzung der erwähnten Wochenfrist zu. Als dringende Geschäfte gelten Vorgänge, die keinen Aufschub dulden und bei denen rasches Handeln auch von einem typischen Kundenkreis erwartet werden darf[66].

---

63 Vgl. zu alledem MünchKomm-Basedow, N 63 zu § 10 Nr. 5 AGBG.

64 Staudinger/Schlosser, N 13 zu § 10 Nr. 5 AGBG. Demgegenüber dürften zwei Wochen für den Entscheid über die Umschuldung eines grösseren Darlehens zu kurz sein (vgl. MünchKomm-Basedow, N 61 zu § 10 Nr. 5 AGBG).

65 MünchKomm-Basedow, N 61 zu § 10 Nr. 5 AGBG.

66 Staudinger/Schlosser, N 13 zu § 10 Nr. 5 AGBG.

Dem Kunden muss mitgeteilt werden, wann die Frist beginnt. Unproblematisch ist die Mitteilung eines bestimmten, mit dem Datum näher bezeichneten Tages. Üblich ist aber die Mitteilung, die Frist beginne mit der Zustellung eines Schreibens. Diese Formulierung ist zwar klar und zulässig; es ergeben sich jedoch Beweisschwierigkeiten, falls der Zeitpunkt des Eintreffens der Mitteilung beim Kunden umstritten ist. Für den Zeitpunkt des Erhalts ist der Verwender beweispflichtig. Sollten die Fristen in den AGB und auf der Mitteilung nicht übereinstimmen, so kommt zum Schutze des Kunden die längere zur Anwendung.

Bereits beim Abschluss des Vertrages - jedenfalls aber vor dem Zeitpunkt des die Frist auslösenden Umstandes - soll dem Kunden ersichtlich sein, wie lange eine Frist dauert. Nur bei frühzeitiger Kenntnis dieser Frist kann sich der Kunde nämlich bereits vor Fristbeginn organisatorisch darauf einstellen, ob er einen Entscheid innert verhältnismässig kurzer Zeit fällen muss. Ist der Kunde oder sein Mitarbeiter abwesend, so kann er durch entsprechende organisatorische Vorkehrungen vermeiden, dass eine Widerspruchsfrist verpasst wird. Dies hat zur Folge, dass der Verwender schon in der entsprechenden AGB-Klausel eine konkrete Anzahl von Tagen nennen muss und sich nicht mit einem unbestimmten Rechtsbegriff behelfen darf. Ungenügend ist hier insbesondere die Formulierung, die Handlung oder Unterlassung habe "innert angemessener Frist" zu erfolgen[67].

eeee) Sachlicher Zusammenhang zwischen Handlung und fingierter Erklärung

Eine AGB-Bestimmung ist dann unwirksam, wenn sie keinen angemessenen sachlichen Zusammenhang zwischen der Handlung des Kunden und der fingierten Erklärung aufweist. Die Handlung und die Fiktion müssen der gleichen geschäftlichen Sphäre zuzurechnen sein, d.h. sie haben über einen *inneren Zusammenhang* zu verfügen[68]. Zur Verdeutlichung: unter dem hier diskutierten Gesichtspunkt zulässig ist die "Genehmigung"[69] einer Börsentransaktion durch Stillschweigen nach Zustellung der Börsenabrechnung für diese spezifische Transaktion. Unzulässig wäre aber eine AGB-Klausel, welche als Folge des Schweigens auf eine einzelne Börsenabrechnung auch die Genehmigung anderer Geschäfte des Kunden mit der Bank vorsieht.

---

67 Vgl. vorne, 117.

68 Wolf, N 21 zu § 10 Nr. 5 AGBG.

69 Zu diesem Begriff vgl. hinten, 137.

d) Erklärungsfiktion und tatsächliche Abgabe einer Erklärung

aa) Tatsächliche Abgabe einer Erklärung

Wird tatsächlich eine Erklärung abgegeben, welche sich mit der fingierten Erklärung deckt, so treten die Rechtsfolgen aufgrund der wirklich abgegebenen Erklärung ein[70]. Deren Rechtsfolgen brauchen sich selbstverständlich nicht mit den Folgen der Erklärungsfiktion zu decken; oft werden sie unterschiedlich ausgestaltet sein. Widerspricht der Vertragspartner mit seiner Erklärung dem Eintritt der Erklärungsfiktion, so muss der tatsächlichen Erklärung grundsätzlich Vorrang vor der fingierten Erklärung eingeräumt werden; dabei kann der Verwender nicht durch die Fiktion die tatsächliche Erklärung des Kunden unwirksam machen[71].

Ist die tatsächlich abgegebene Erklärung aber unwirksam, so kommen die in den AGB formulierten Rechtsfolgen der Erklärungsfiktion zur Anwendung. Von diesem Grundsatz dürfte auch dann keine Ausnahme gemacht werden müssen, wenn die tatsächlich abgegebene Willenserklärung wegen einer absichtlichen Täuschung (durch den AGB-Verwender oder durch einen Dritten[72]) oder Furchterregung[73] einseitig unverbindlich wird.

In allen Fällen muss die tatsächliche Willenserklärung nicht ausdrücklich erfolgen. Auch eine *konkludente Erklärung* reicht aus. Abgrenzungsschwierigkeiten entstehen dann, wenn neben den Handlungen, an deren Vornahme oder Unterlassung die Fiktion anknüpft, noch weitere Umstände vorliegen. Grundsätzlich ist dann die Gesamtheit der Umstände bei der Auslegung der Willenserklärung zu beachten. Ein Beispiel: besteht die eine Erklärungsfiktion auslösende Unterlassung in einem Schweigen, so kann m.E. der schweigende Kunde später argumentieren, irgendwelche "Umstände" oder die "besondere Natur des Geschäftes"[74] liessen nicht auf ein Schweigen, sondern auf eine bestimmte Erklärung schliessen. Hat der Verwender somit die Willenserklärung des Kunden in einer von der fingierten Erklärung abweichenden Weise verstehen müssen oder verstanden[75], so kommt der fingierten Erklärung keine Wirkung zu.

Diese Gesamtbeurteilung aller Umstände läuft nun aber der Absicht des AGB-Verwenders und dem Sinn des Vertrages zuwider, mittels der Vereinba-

---

70 Wolf, N 32 zu § 10 Nr. 5 AGBG.
71 Wolf, N 34 zu § 10 Nr. 5 AGBG.
72 Art. 28 OR.
73 Art. 29 OR.
74 Vgl. Art. 6 OR.
75 Für den Fall, dass der Verwender um den Willen des Kunden weiss, vgl. Nobel, Praxis, 348.

rung einer Erklärungsfiktion klare Verhältnisse zu schaffen und den Verwender von der Erforschung der weiteren Umstände zu entlasten. Es erscheint deshalb als angezeigt, nur bei Umständen, die *ohne Zweifel* und *offensichtlich* auf eine andere als die vertraglich vereinbarte (fingierte) Erklärung schliessen lassen, die Erklärungsfiktion trotz Vorliegen der die Fiktion eigentlich auslösenden Handlung nicht eintreten zu lassen. Setzt man einen grosszügigeren Massstab an und zwingt den Verwender, jeweils mehr oder gar alle Umstände zu berücksichtigen, so läuft man Gefahr, das Institut der vertraglichen Erklärungsfiktion völlig seiner Bedeutung zu entleeren. An die Umstände und die besondere Natur des Geschäftes müssen also sehr hohe Anforderungen gestellt werden, da die zahlreichen AGB-Klauseln, welche sich mit den Folgen des Schweigens des Kunden befassen, gerade die Unsicherheit über die Bedeutung des Schweigens ausschliessen sollen. Nur in seltenen Ausnahmefällen wird deshalb eine Situation vorliegen, in welcher das Schweigen des Kunden nicht zu einer Fiktion einer Erklärung führt. Als Beispiel liesse sich aber etwa ein Fall anführen, bei welchem der Verwender positive Kenntnis vom Willen des Kunden hat.

Eine illustrative Anwendung zu den eben gemachten Ausführungen findet sich in einem Urteil des Zürcher Handelsgerichtes[76]. Ein Kunde hatte bei seiner Bank gegen den irrtümlichen Kauf von bestimmten Aktien protestiert. Er erhob aber keinen Einspruch gegen verschiedene, ihm in der Folge zugestellte Konto- und Depotauszüge, obwohl er ihnen entnehmen konnte, dass keine Stornierung erfolgt war. Im Prozess hielt ihm die Bank vor, gemäss einer Klausel in ihren AGB habe er den Aktienkauf genehmigt, da er auf die Zustellung der Depotauszüge geschwiegen habe. Das Handelsgericht verwies auf Treu und Glauben und erkannte sinngemäss, dass die Bank um den wahren Willen des Kunden wusste und sich nicht formalistisch auf die Erklärungsfiktion berufen konnte. Weitere Reklamationen auf die Zustellung der Auszüge seien nicht nötig gewesen waren.

Es ist richtig, dass die Bank mit ihrer Argumentation nicht durchdringen konnte; der Entscheid ist im Ergebnis zu begrüssen. Allerdings hätte man sich nähere Ausführungen zu den Voraussetzungen von Erklärungsfiktionen gewünscht. Das Gericht hätte beispielsweise ausdrücklich festhalten können, dass es an einer Voraussetzung der Fiktion fehlte, da das Schweigen des Kunden nach dem Vertrauensprinzip, bei Berücksichtigung der Umstände, als Remonstration gelten musste. Es erfolgte keine Genehmigung (fingierte Erklärung), weil der Kunde nicht geschwiegen hatte (Voraussetzung der Fiktion). Ähnlich entschied das Handelsgericht des Kantons Zürich in einem vergleichbaren Fall: "Die Bank darf ... dann keine Genehmigung aus dem Stillschweigen des Kunden annehmen, wenn sie weiss oder wissen musste, dass dieser nicht genehmigen wollte."[77]

---

[76] ZR 1973 Nr. 56.

[77] Urteil des Handelsgerichtes des Kantons Zürich vom 4. Juni 1981 (E. 3.1.1), zitiert bei Nobel, Ergänzungsband, 177.

Zusammenfassend lässt sich somit Folgendes festhalten: erfolgt keine ausdrückliche Erklärung, hat der Verwender aber genügend Hinweise auf den wirklichen Willen des Kunden, so kann er sich nicht formalistisch auf die Erklärungsfiktion berufen. Weisen nämlich die gesamten Umstände - so etwa das frühere Verhalten des Kunden - darauf hin, dass trotz der entsprechenden Handlung bzw. Unterlassung (meist trotz des Schweigens) die fingierte Erklärung nicht dem Willen des Kunden entspricht, so soll der Verwender von einer Erklärung ausgehen müssen, deren Inhalt sich nach dem von ihm erkannten wahren Willen bzw. dem Vertrauensprinzip bestimmt.

bb) Keine Erklärung trotz Hinweis

Erfolgt keine Erklärung, obwohl der AGB-Verwender den Kunden auf die Konsequenzen einer Unterlassung hingewiesen hat, so treten grundsätzlich die in den AGB vorgesehenen Folgen ein. Als Nichtabgabe einer Erklärung gilt auch der Fall einer gestützt auf Art. 28 und 29 OR unverbindlichen Willenserklärung[78].

Von diesem Grundsatz gibt es zwar keine eigentliche Ausnahme; es ist jedoch zu beachten, dass eine Erklärung auch konkludent abgegeben werden kann[79]. Die Rechtsfolgen, welche der AGB-Verwender an die Fiktion geknüpft hat, unterstehen einer Inhaltskontrolle[80].

e) Anfechtung der fingierten Erklärung?

Die Ausführungen zum Schweigen beim Bestätigungsschreiben haben gezeigt, dass sich der schweigende Empfänger - wegen des erhöhten Verkehrsschutzbedürfnisses im Verkehr unter Kaufleuten - nicht auf den Umstand berufen kann, er habe sich über die Wirkungen des Schweigens geirrt[81]. Bei vertraglich vereinbarten Erklärungsfiktionen ist auf die gleiche Weise zu verfahren: der Kunde kann nicht erfolgreich behaupten, er habe sich über die Folgen seiner Handlung oder Unterlassung geirrt. Lässt man nämlich eine Anfechtung zu, so entwertet dies im praktischen Ergebnis die Erklärungsfiktion weitestgehend; mit dem Zweck der Genehmigungsfiktion durch Schweigen wäre die Möglichkeit einer Anfechtung unvereinbar[82].

---

78 Vgl. hierzu vorne, 95. Zu den unterschiedlichen Meinungen hinsichtlich der einseitigen Unverbindlichkeit ("Ungültigkeitstheorie"/"Anfechtungstheorie") s. statt vieler Gauch/Schluep, N 890 ff.

79 Vgl. vorne, 122.

80 Vgl. vorne, 115 f., sowie hinten, 135 ff.

81 Vgl. vorne, 96 ff.

82 Canaris, N 2639.

Demgegenüber kann der Kunde seine fingierte Erklärung anfechten, wenn er sich im Irrtum über den Inhalt der Mitteilung bzw. den Sachverhalt befand. Er soll nicht schlechter gestellt werden, wie wenn er die entsprechende Erklärung ausdrücklich abgegeben hätte[83]. Die gleichen Voraussetzungen wie beim Bestätigungsschreiben gelten, weshalb auf sie verwiesen werden kann[84]. Dies muss auch für den Nichtkaufmann gelten; der erhöhte Vertrauensschutz ergibt sich hier aus dem vertraglichen Vertrauensverhältnis.

f) AGB-Richtlinie der EU und Erklärungsfiktionen

aa) Inhalt der Richtlinie und ihre generelle Bedeutung für die Schweiz

Gemäss der EU-Richtlinie 93/13 vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen[85] haben die Mitgliedstaaten dafür zu sorgen, dass im Interesse der Verbraucher und der gewerbetreibenden Wettbewerber angemessene und wirksame Mittel vorhanden sind, um der Verwendung missbräuchlicher Klauseln durch einen Gewerbetreibenden ein Ende zu setzen[86]. Die Richtlinie sieht eine Inhaltskontrolle[87] für Klauseln vor, die nicht im einzelnen ausgehandelt wurden; darunter fallen u.a. auch AGB[88]. Dabei ist zu beachten, dass die Richtlinie nicht nur AGB in einem engeren Sinn, sondern insbesondere auch Formularverträge erfassen will[89].

Eine Klausel ist dann als missbräuchlich anzusehen, wenn sie entgegen dem Gebot von Treu und Glauben zum Nachteil des Verbrauchers ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten der Vertragspartner verursacht[90]. Die Richtlinie enthält zudem einen Anhang, welcher eine - nicht erschöpfende - Liste von Klauseln aufweist, die für missbräuchlich erklärt werden können[91]. Missbräuchliche Klauseln sind für den Verbraucher unverbindlich.

---

83 Canaris, N 2639; s. auch Gautschi, N 35b zu Art. 400 OR.

84 Vgl. vorne, 95 ff.

85 ABl. Nr. L 95 vom 21. April 1993, 29 ff.

86 Art. 7 Abs. 1 RiLi. Eine Literaturübersicht findet sich bei J. Schmid, Klauselkatalog, 50 f., sowie bei Stauder, 12 ff.

87 Es besteht sowohl die Möglichkeit der konkreten als auch der abstrakten (präventiven) Inhaltskontrolle.

88 Art. 3 Abs. 1 RiLi.

89 Schwarz, 129. Als AGB im rechtssoziologischen Sinne gelten AGB und Reglemente (beispielsweise die Depotreglemente oder Reglemente für das Edelmetallgeschäft), vgl. Kramer, N 183 zu Art. 1 OR.

90 Art. 3 Abs. 1 RiLi.

91 Vgl. Art. 3 Abs. 3 RiLi.

Für *schweizerische Unternehmen* wird die Richtlinie dann direkt relevant, wenn sie Waren oder Dienstleistungen in den EU-Raum bzw. in den EWR exportieren, dort eine Zweigniederlassung eröffnen oder eine Tochtergesellschaft gründen[92]. Schweizerische Lieferanten, die Verträge mit Verbrauchern in EU-Staaten abschliessen, können mit der Wahl des schweizerischen Rechts nicht verhindern, dass ihre Lieferbedingungen von den Gerichten der EU-Mitgliedstaaten auf die inhaltlichen Anforderungen der Richtlinie hin geprüft werden[93]. Die rechtliche Kontrolle von vorformulierten Standardverträgen erfolgt im übrigen nicht nur in den EU-Staaten, sondern auch in den Reformstaaten Mittel- und Osteuropas[94].

Aber auch *in der Schweiz* kann die Richtlinie Wirkungen entfalten. Hierbei ist insbesondere an zwei Bereiche zu denken: erstens an den rechtsvergleichenden Beizug der Richtlinie bei der Auslegung von Art. 8 UWG und zweitens an die teilweise oder vollständige Übernahme der Richtlinie im Rahmen eines schweizerischen AGB-Gesetzes[95].

Zum ersten Bereich: Im Rahmen der Auslegung von Art. 8 UWG und der hier untersuchten Fragen ist es nützlich, die Auswirkungen der Richtlinie auf Erklärungsfiktionen zu kennen. Zu prüfen ist etwa, inwiefern Erklärungsfiktionen als missbräuchliche Klauseln im Sinne von Art. 3 Abs. 1 RiLi gelten können. Eine unkritische Globalrezeption der Richtlinie ist zwar zu vermeiden, und der Anwender der UWG-Bestimmung hat sich im Einzelfall darüber Rechenschaft zu geben, ob und inwiefern sich ein Beizug der Richtlinie rechtfertigt[96]. Dennoch drängt sich ein Blick in die Richtlinie auf, sind doch die Ziele der Konsumentenschutzpolitik der Schweiz und der EU ähnlich[97].

Zum zweiten Bereich: Unlängst lehnte es der Bundesrat ab, eine Motion entgegenzunehmen, welche die Ausarbeitung eines Gesetzesentwurfes zur Ergänzung des OR vorsah. Die Motion Leemann zielte darauf ab, die Grundsätze über Gültigkeit und Ungültigkeit von AGB und missbräuchlichen Klauseln gesetzlich festzulegen. Die Motionärin führte zur Begründung u.a. aus, durch einen autonomen Nachvollzug des europäischen Rechts - und insbesondere der Richtlinie - bleibe die Schweiz wirtschaftspolitisch "auf der Höhe der Zeit". Schliesslich wurde aber die Motion in der Form des Postulates überwiesen, und der Bundesrat wird die Umsetzung der Richtlinie ins schweizerische Recht prüfen[98]. Obwohl der Bundesrat in seiner schriftlichen Stellung-

---

92 Huguenin Jacobs, 91. Die Autorin weist im weiteren auch darauf hin, dass schweizerische Gerichte gelegentlich mit einem Umsetzungserlass zu tun haben werden.

93 Jetzer/Zindel, 433. Vgl. auch Art. 120 Abs. 2 IPRG.

94 Baudenbacher, Rechtslage, 2.

95 J. Schmid, Klauselkatalog, 56.

96 Jetzer/Zindel, 435.

97 J. Schmid, Richtlinienvorschlag, 259; s. auch Jetzer/Zindel, 435.

98 Vgl. AmtlBull NR 1995 936 f. (Motion Leemann vom 16. Dezember 1994 sowie schriftliche Antwort des Bundesrates vom 22. Februar 1995). Vgl. auch die früheren

nahme vom 22. Februar 1995 das Vorliegen eines dringenden Handlungsbedarfes verneint hat, ist damit zu rechnen, dass in den nächsten Jahren - wie vorne ausgeführt - die Richtlinie die richterliche und wohl auch gesetzgeberische Tätigkeit im Bereich der AGB beeinflussen wird. Offen ist derzeit allerdings noch die Frage, ob die Umsetzung der Richtlinie in das schweizerische Recht über Ergänzungen zum UWG und gegebenenfalls zum allgemeinen Teil des OR vorzunehmen ist oder ob dazu allenfalls ein AGB-Gesetz erforderlich wäre[99].

bb) Verbot von Erklärungsfiktionen?

Die Richtlinie enthält kein *generelles* Verbot von Erklärungsfiktionen. Eine § 10 Nr. 5 AGBG vergleichbare Bestimmung, welche die allgemeinen Voraussetzungen (Frist zur Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung; Hinweispflicht) festlegt, ist nicht vorhanden. Im Anhang der Richtlinie (Ziff. 1 lit. h und 1 lit. i) finden sich jedoch zwei Verbote von einzelnen Erklärungsfiktionen[100].

aaa) Ziff. 1 lit. i Anh RiLi

Ziff. 1 lit. i Anh RiLi will den Verbraucher vor einer Zustimmungsfiktion bei der Einbeziehung ihm unbekannter Klauseln schützen[101]. Es ist dabei nicht von Bedeutung, ob die dem Verbraucher unbekannte Klausel - für sich allein betrachtet - missbräuchlich im Sinne von Art. 3 Abs. 1 RiLi bzw. des Anhanges ist. Vielmehr handelt es sich um eine Geltungskontrolle, da eine *Art des Einbezugs* einer Klausel untersagt werden soll[102]. Entscheidend ist, dass gemäss den AGB der Beweis fehlender Zustimmung nicht zugelassen werden soll[103]. Eine Zustimmungsfiktion ist nur dann verbindlich, wenn der Verbraucher vor Vertragsschluss von der Klausel Kenntnis nehmen konnte.

Im schweizerischen Recht dürfte nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes bereits heute eine Zustimmungsfiktion unverbindlich sein, die den

---

Vorstösse, auf welche in der Motion verwiesen wird (Postulat Luder [1977]; Motion Alder [1978]; Motion Crevoisier [1982]).

99 Jetzer/Zindel, 436.

100 Die entsprechenden Bestimmungen, welche sich in der Liste missbräuchlicher Klauseln finden, lauten wie folgt:
"1. Klauseln, die darauf abzielen oder zur Folge haben, dass ...
h) ein befristeter Vertrag automatisch verlängert wird, wenn der Verbraucher sich nicht gegenteilig geäussert hat und als Termin für diese Äusserung des Willens des Verbrauchers, den Vertrag nicht zu verlängern, ein vom Ablaufzeitpunkt des Vertrages ungebührlich weit entferntes Datum festgelegt wurde;
i) die Zustimmung des Verbrauchers zu Klauseln unwiderlegbar festgestellt wird, von denen er vor Vertragsschluss nicht tatsächlich Kenntnis nehmen konnte".

101 Wolf, N 121 zu Anh RiLi; vgl. auch J. Schmid, Klauselkatalog, 76.

102 J. Schmid, Klauselkatalog, 76.

103 Wolf, N 122 zu Anh RiLi.

Einbezug einer dem Kunden nicht mitgeteilten Klausel zur Folge hat. Der Kunde, der AGB global übernimmt, muss Gelegenheit haben, sich vom Inhalt der AGB in zumutbarer Weise Kenntnis zu verschaffen; anderenfalls sind sie für ihn unverbindlich[104]. Hinzu kommt, dass es bereits einige wenige gesetzliche Vorschriften gibt, welche eine Übergabe des AGB-Textes an den Kunden verlangen[105]. Demgegenüber findet Art. 8 UWG keine Anwendung, da sich diese Norm mit der Inhaltskontrolle und nicht mit der Geltungskontrolle von AGB befasst[106].

bbb) Ziff. 1 lit. h Anh RiLi

Diese Bestimmung regelt ein Problem, welches sich bei frühzeitigen Vertragsverlängerungen ergeben kann. Der Verwender kann nämlich bei befristeten Verträgen versucht sein, in seinen AGB vorzusehen, dass eine automatische Verlängerung vorgenommen wird, wenn der Kunde nicht seinen gegenteiligen Willen äussert. Keine Relevanz hat diese Bestimmung bei unbefristeten Verträgen[107]. Auch der schweizerische Gesetzgeber erkannte die Problematik einer solchen Prolongationsklausel, welche schon zu Beginn des Jahrhunderts in vielen Versicherungsverträgen anzutreffen war. Bei der Beratung von Art. 47 VVG[108] fiel im Ständerat etwa die Bemerkung, die entsprechenden AGB-Klauseln seien eigentliche "Mäusefallen"[109].

Mit Ziff. 1 lit. h Anh RiLi wird eine besondere Art der Zustimmungsfiktion geregelt. Die Handlung bzw. Unterlassung, welche die Erklärungsfiktion auslöst, ist das Unterlassen des Widerspruchs durch den Kunden. Die fingierte Erklärung besteht in dem Einverständnis, den Vertrag zu den bisherigen Bedingungen zu verlängern; die Rechtsfolge der Erklärungsfiktion liegt in der über die eigentliche Befristung erstreckten Dauer des Vertrages. Ziff. 1 lit. h Anh RiLi verfolgt den Zweck, den Kunden vor überraschenden und unüberlegten Vertragsverlängerungen zu schützen[110]. Es soll gewährleistet werden, dass sich der Kunde - in relativer zeitlicher Nähe zum Dahinfallen des befristeten Vertrages - überlegen kann, ob er eine Verlängerung des Vertrages wirklich will oder ob er allenfalls Verhandlungen über andere Vertragsbedingungen aufnehmen soll.

---

104 BGE 100 II 200 ff.; 77 II 154 ff. Vgl. hierzu etwa Favre-Bulle, 141; Giger, Einbezug, 68 (der AGB-Text soll dem Kunden übergeben oder doch zumindest in den Geschäftsräumen gut sichtbar angeschlagen werden; Giger schränkt diesen Schutz allerdings auf den geschäftlich unerfahrenen Konsumenten ein).

105 So insbesondere Art. 8 KKG, Art. 4 PRG und Art. 3 VVG.

106 J. Schmid, Klauselkatalog, 76.

107 Zu den befristeten Rechtsgeschäften im allgemeinen vgl. Gauch/Schluep, N 4164 ff.

108 Vgl. hinten, 129.

109 StenBull 1905 217 f.

110 Wolf, N 111 zu Anh RiLi.

Automatische Vertragsverlängerungen sind also nach der Richtlinie grundsätzlich zugelassen, entsprechen sie doch oftmals auch den Bedürfnissen der Kunden, die so ein ihnen genehmes befristetes Rechtsverhältnis ohne Aufwand weiterführen können[111]. Das zentrale Schutzelement der Bestimmung ist die Frist zwischen dem Ablauf der Widerspruchsfrist und dem Ende des Vertrags. Eine bestimmte Dauer, welche für alle Fälle verbindlich wäre, wurde in Ziff. 1 lit. h Anh RiLi bewusst nicht gewählt. Vielmehr sind die Interessen des Kunden an einem möglichst kurzfristigen Widerruf gegen die Interessen des Verwenders an einer möglichst frühzeitigen Festlegung abzuwägen[112].

Im OR findet sich keine vergleichbare Regelung. *Art. 344a Abs. 4 OR* wird jedoch als Beispiel einer ausdrücklichen Regelung im OR zu Ziff. 1 lit. h Anh RiLi angeführt[113]. Nach dieser Bestimmung sind Abreden nichtig, welche den Lehrling im freien Entschluss über die berufliche Tätigkeit nach beendigter Lehre beeinträchtigen. Damit bleiben etwa Konkurrenzverbote in Lehrlingsverträgen unverbindlich. Art. 344a Abs. 4 OR ist zwar beispielsweise auf eine Klausel anwendbar, gemäss welcher der Lehrling ein halbes Jahr vor Vertragsende widersprechen muss, will er nicht an ein späteres Konkurrenzverbot gebunden sein[114]. Doch Art. 344a Abs. 4 OR richtet sich nicht direkt gegen den Verlängerungsmechanismus wie Ziff. 1 lit. h Anh RiLi, sondern will die Rechtsfolge - das Konkurrenzverbot nach Ende der Lehre - unverbindlich machen. Die Bestimmung des Lehrvertragsrechtes äussert sich weder zu der Angemessenheit der Frist noch zur Zulässigkeit einer solchen Klausel bzw. des Verlängerungsmechanismus. Ausserdem soll der Lehrling mit Art. 344a Abs. 4 OR wohl kaum vor überraschenden und unüberlegten Vertragsverlängerungen geschützt werden. Deshalb lässt sich m.E. Art. 344a Abs. 4 OR nicht als schweizerische Aussage zur Problematik von Ziff. 1 lit. h Anh RiLi auffassen.

Demgegenüber beschäftigt sich *Art. 47 VVG* mit der Prolongationsklausel, welche im Versicherungsgeschäft verbreitet ist[115]. Er schränkt die Gestaltung in absolut zwingender Weise im Sinne von Art. 97 VVG ein; "stillschweigende Vertragserneuerungen" - so der Randtitel von Art. 47 VVG - dürfen höchstens für ein Jahr ausbedungen werden[116]. Nicht geregelt wird allerdings die

---

111 Vgl. etwa die entsprechenden Vereinbarungen bei Zeitungs- und Zeitschriftenabonnementen.

112 Wolf, N 113 zu Anh RiLi.

113 J. Schmid, Klauselkatalog, 75.

114 Die Unterlassung besteht im fehlenden Widerspruch, die Erklärungsfiktion in der Zustimmung zum Konkurrenzverbot, die Rechtsfolge im Konkurrenzverbot.

115 In den AVB für Motorräder und Motorfahrzeuge einer grossen Versicherung findet sich folgende Klausel: "Der Vertrag verlängert sich am Ende der Vertragsdauer jeweils um ein Jahr, wenn nicht ein Vertragspartner spätestens drei Monate vorher eine Kündigung erhalten hat." Vgl. hierzu auch BGE 103 II 207 E. 2. Im deutschen Recht findet sich eine Regelung der Verlängerungsklausel in § 11 Nr. 12 b AGBG.

116 Maurer, 228.

Frist zwischen dem Ablauf der Widerspruchsfrist und dem Ende des Vertrages, dies im Unterschied zu Ziff. 1 lit. h Anh RiLi[117].

Für die Auslegung der Rechtsbegriffe von Art. 8 UWG ist das Klauselverbot von Ziff. 1 lit. h Anh RiLi beizuziehen. Eine überraschende Verlängerung eines befristeten Vertrages widerspricht nämlich der Vertragsnatur (Art. 8 lit. b UWG) insoweit, als der Kunde auf die grundsätzliche Befristung vertrauen darf[118].

---

117 Regelungsbedarf besteht m.E. auch hinsichtlich der zulässigen Dauer einer Vertragsverlängerung. Im Regelfall dürfte die Dauer der Verlängerung diejenige der ersten Vertragsperiode nicht überschreiten. Zweifelhaft ist jedoch, ob eine Maximaldauer von einem Jahr gesetzlich festgelegt werden soll; eine Wertungsmöglichkeit scheint eher angebracht. Auf diese Weise kann nämlich eine Abwägung der Interessen von Verwender und Kunden unter Berücksichtigung des Vertragstyps sowie der Branche besser erfolgen. Vgl. auch Art. 47 VVG und vorne, 128.

118 Schwarz, 76.

3. Abgrenzung der Erklärungsfiktion von der Zugangs-, Abgabe- und Kenntnisfiktion in AGB

Neben der Erklärungsfiktion bedürfen die Absende-, die Kenntnis- und die Zugangsfiktion besonderer Beachtung. Während die Erklärungsfiktion eine bestimmte Erklärung fingiert, können auch Stadien des Erklärungsvorgangs fingiert werden, nämlich die Abgabe, der Zugang und die Kenntnisnahme einer Erklärung.

Die genannten Fiktionen unterscheiden sich grundlegend von der Erklärungsfiktion. Während durch die Erklärungsfiktion eine Erklärung des *Kunden* fingiert wird, beziehen sich die Abgabe-, die Zugangs- und die Kenntnisfiktion in aller Regel auf Erklärungen des *Verwenders*. Gemeinsam ist diesen Fiktionen jedoch, dass sie häufig in AGB vorkommen, den Erklärungsvorgang betreffen, ein besonderes Schutzbedürfnis des Kunden besteht und ähnlich formuliert werden ("gilt").

Diese Gemeinsamkeiten rechtfertigen es, hier kurz auf diese AGB-Klauseln näher einzugehen, wobei die Kenntnisfiktion zusammen mit der Zugangsfiktion behandelt wird.

a) Zugangs- und Kenntnisfiktionen

Zugangsfiktionen[119] finden sich etwa in den AGB von Banken[120] und Versicherungen[121]; in anderen Branchen[122] fehlen sie jedoch häufig. Kann der

---

119 Mitunter wird auch der Begriff der "*Zustellungs*fiktion" verwendet (vgl. Weber, AGB, 158).

120 AGB einer Kantonalbank: "Mitteilungen und Anzeigen der Bank gelten als gehörig erfolgt, wenn sie an die letzte vom Kunden bekanntgegebene Adresse oder gemäss seinen letzten Weisungen abgesandt wurden." Ähnlich: Art. 3 Muster-AGB. Bestimmungen über den Zugang von Mitteilungen der Bank finden sich - soweit ersichtlich - in sämtlichen Banken-AGB.
Eine entsprechende Klausel in den Allgemeinen Bedingungen für die Wiederanlage der Jahresausschüttungen eines Obligationenfonds lautet: "Ein Dauerauftrag erlischt mit dem Tod oder mit dem Eintritt der Handlungsunfähigkeit des Auftraggebers nicht. Er gilt bis zum schriftlichen Widerruf, der von beiden Parteien grundsätzlich jederzeit erklärt werden kann und mit dem Eintreffen bei der Bank resp. *mit dem Versand durch die Bank* seine Wirkung entfaltet" (Hervorhebung durch den Verfasser). Auch hier findet sich somit eine Abkehr von der Empfangstheorie, denn die Widerrufs- bzw. Kündigungserklärung ist empfangsbedürftig (vgl. Fellmann, N 24 ff. zu Art. 404 OR).

121 AVB für Kapitalversicherungen: "Der Versicherungsnehmer hat der Versicherung jede Adressänderung mitzuteilen. ... Bringt der Versicherungsnehmer eine Adressänderung der Versicherung nicht zur Kenntnis, ... so erfolgen die Mitteilungen, welche die Versicherung ihm zu machen hat, rechtsgültig an die letzte ihr bekannte schweizerische

Verwender den Versand eines Schreibens beweisen, so soll nach diesen Klauseln der Zugang fingiert werden. Ein weiteres Anwendungsbeispiel enthalten die von einer Bank aufgestellten Bedingungen für die Vermittlung von Aktienoptions- und Financial-Futures-Kontrakten. Sie sehen etwa vor, dass die sehr kurze Frist zur Leistung von genügend Deckung für Margenbelastungen bereits mit dem Versand der entsprechenden Mitteilung beginnt, falls der Kunde keine Telefax- oder Telexnummer angibt. Der Zugang der Aufforderung wird somit fingiert.

Für den Verwender drängt sich die Inkorporierung einer solchen Klausel in seine AGB dann auf, wenn er häufig schriftliche Erklärungen an den Kunden richten wird. Gestützt auf diese Klauseln will er vermeiden, neben dem Versand eines Schreibens auch noch dessen *Eintreffen* beim Kunden beweisen zu müssen. Der Verwender könnte es sich - falls die Zugangsfiktion einer Inhaltskontrolle standhält - somit ersparen, Einschreibebriefe zu versenden, wenn er den Versand anderweitig beweisen kann[123].

Die Zugangsfiktion beinhaltet bedeutende Nachteile für den Kunden. Ist die Erklärung dem Kunden tatsächlich *nicht* zugegangen, so kann er sich mangels Kenntnis nicht auf die Erklärungsfolgen einstellen und läuft Gefahr, Nachteile zu erleiden[124]. Durch die genannten AGB-Klauseln wird die gesetzliche Ordnung, das sog. "Zugangsprinzip" oder die "Empfangstheorie", abgeändert, ja gerade durch ein "Absendeprinzip" ersetzt[125]. Es wird dabei nicht nur das Übermittlungsrisiko, sondern auch das Empfangsrisiko an sich auf den Kunden überwälzt. Darüber hinaus ergibt sich auch ein Nachteil für den Verwender, da er seine einmal abgesandte Mitteilung nicht widerrufen kann[126].

Gegen derartige Klauseln erhob sich schon frühzeitig Kritik[127]. So wurde etwa beklagt, dass zugunsten des äusserst fragwürdigen Vertragsperfektionssystems der Zugangsfiktion eine gesetzliche Regelung geopfert werde, in der sich die Diskussionen ganzer Generationen der Zivilrechtsdogmatik niedergeschlagen hätten[128]. Diese Kritik überzeugt: die verbreiteten Zugangsfiktionen sind unausgewogen und weichen sehr stark von der gesetzlichen Lösung ab,

---

Adresse." Es fällt jedoch auf, dass sich Klauseln über den Zugang von Mitteilungen nicht in allen AVB finden.

122 Bspw. in den AGB von Fahrzeughändlern oder den ALB des VSM.

123 Ein *eingeschriebener* Brief kann allerdings auch als Beweis für den Versand (und nicht für den Empfang) eines Schreibens verwendet werden.

124 Wolf, N 1 zu § 10 Nr. 6 AGBG.

125 Vgl. Kramer, Kreditunternehmungen, 509. Zu anderen Ausnahmen von der "Empfangstheorie" s. Schönenberger/Jäggi, N 405 zu Art. 1 OR.

126 Haupt, 82. Vgl. aber Ziff. 2 lit. a Anh RiLi, welcher bei Finanzdienstleistungen die sofortige fristlose (d.h. *vor* Zugang wirksame) Kündigung des Vertrages zulässt; der Verwender wird jedoch verpflichtet, den Kunden nachträglich zu unterrichten. Durch diese Regelung wird vom Zugangsprinzip abgewichen.

127 Vgl. besonders Haupt, 82.

128 Kramer, Kreditunternehmungen, 509. Kritisch auch Schubarth, 572; Weber, AGB, 158 (die Regelung wird als "nicht ganz unproblematisch" bezeichnet).

was zu einer unangemessenen Benachteiligung des Kunden führt; dies gilt insbesondere dann, wenn die Erklärung eine Frist auslöst. Diese Gründe sprechen dafür, Zugangsfiktionen im Rahmen einer richterlichen Kontrolle für *unzulässig* zu erklären[129].

Von den Verwendern kann nun aber der Einwand erhoben werden, im Massenverkehr werde ein Verbot von Zugangsfiktionen erhebliche Kosten verursachen, wobei diese Kosten letztlich der Kunde zu tragen habe. Ob nun tatsächlich bedeutende Kosten anfallen, mag dahingestellt bleiben; m.E. bedingt der Schutz des einzelnen Kunden jedenfalls ein Verbot von Zugangsfiktionen. Als Kompromiss und Reaktion auf den erwähnten Einwand sind Zugangsfiktionen gemäss AGBG bloss dann unwirksam, wenn sie eine Erklärung *von besonderer Bedeutung* betreffen[130]. Trotz dieser Einschränkung hält sich aber der Nutzen von Zugangsfiktionen für den Verwender in engen Grenzen, da schon kleine Kundennachteile gemäss der deutschen Lehre und Rechtsprechung auf eine Erklärung von besonderer Bedeutung schliessen lassen[131].

Gelegentlich werden auch *Kenntnisfiktionen* verwendet, wenn eine Klausel nicht den Zugang, sondern eben gerade die Kenntnis einer Erklärung fingieren soll[132]. Nun wird aber der Zugang einer Erklärung mit deren Kenntnis fast immer zusammenfallen, weshalb die Unterscheidung keine besondere Bedeutung besitzt. Kenntnisfiktionen sind somit gleich wie die Zugangsfiktionen zu beurteilen.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die heute in der Schweiz verwendeten Zugangsfiktionen in ihrer allgemeinen Formulierung einer richterlichen Inhaltskontrolle nicht standhalten, weichen sie doch von der gesetzlichen Regelung zu stark ab.

---

129 Demgegenüber bezeichnet Forstmoser, Bankverkehr, 23, Zugangsfiktionen als "zweckmässig".

130 § 10 Nr. 6 AGBG. Die Einschränkung, dass bloss besonders bedeutsame Erklärungen betreffende Zugangsfiktionen unwirksam sein sollen, fand sich im Regierungsentwurf zum AGBG (Bundestagsdrucksache 7/3919) noch nicht; es wurden alle Absende- und Zugangsfiktionen unwirksam erklärt. Der Rechtsausschuss schlug dann aber den heute geltenden § 10 Nr. 6 ABGB vor. Zur Begründung führte er aus, ein absolutes Verbot führe wegen organisatorischer Schwierigkeiten für den Verwender und möglicher Kostensteigerungen zu Lasten des Kunden zu weit. Vgl. Koch/Stübing, N 1 zu § 10 Nr. 6 AGBG.

131 Vgl. etwa die Übersicht bei Wolf, N 8 zu § 10 Nr. 6 AGBG. Gemäss Ulmer/Schmidt, N 7 zu § 10 Nr. 6 AGBG, soll aber jeder rechtliche Nachteil genügen.

132 So etwa Guggenheim, 230.

b) Abgabefiktionen

Auch bei der Abgabefiktion[133] wird eine Tatsache fingiert, nämlich die Abgabe bzw. die Absendung einer Willenserklärung an sich sowie der Zeitpunkt der Abgabe[134]. Gestützt auf seine internen Unterlagen kann der Verwender im Prozess die Abgabe der Willenserklärung beweisen und sich dann meist auch auf die Zugangs- und möglicherweise Genehmigungsfiktion berufen. Ob es sich bei den jeweiligen Klauseln um Fiktionen oder um widerlegbare Vermutungen handelt, dürfte im Einzelfall nicht ohne weiteres zu beantworten sein.

Eine *Abgabefiktion ist m.E. unzulässig*. Sie weicht von der gesetzlichen Regelung stark ab, und die Tatsache der Abgabe liegt allein im Bereich des Verwenders. Ihm ist es auch ohne Fiktion mit kleinem Aufwand möglich, den Beweis der Abgabe mit den regelmässig vorhandenen Versandlisten zu erbringen; für den Kunden ist es wohl unmöglich, den Beweis für das Unterbleiben einer Absendung zu führen[135]. Auch eine Klausel, welche - nach Auslegung - zu einer Umkehr der Beweislast führt (also eine Regelung wie in den Muster-AGB[136]), ist aus den hinten genannten Gründen unzulässig[137]. Im Effekt hat der Kunde wegen der Beweiskraft der Versandlisten den Gegenbeweis zu führen, eine eigentliche Beweislastumkehr findet jedoch nicht statt.

Aus alledem folgt, dass Abgabefiktionen in AGB bloss dann zulässig sind, wenn sie als Ausdruck der bereits nach den gesetzlichen Bestimmungen geltenden Beweislastregel interpretiert werden.

---

133 Gelegentlich findet sich auch die Bezeichnung "*Absende*fiktion".

134 In den AGB einer Grossbank findet sich folgende Bestimmung: "Mitteilungen der Bank. Als Zeitpunkt des Versandes gilt das Datum der im Besitze der Bank befindlichen Kopien oder Versandlisten."
Art. 3 Muster-AGB der Schweizerischen Bankiervereinigung geht weniger weit: "Mitteilungen der Bank. ... Als Zeitpunkt des Versandes gilt *vermutungsweise* das Datum der im Besitze der Bank befindlichen Kopien oder Versandlisten" (Hervorhebung durch den Verfasser). Für weitere Formulierungen vgl. Wiegand, Rechtsbeziehung, 151.

135 Vgl. Stübing, 1611.

136 Vgl. hinten, 146 f.

137 In den deutschen AGB-Banken wurde denn auch folgerichtig auf eine entsprechende Klausel verzichtet.

4. Rechtsfolgen von Erklärungsfiktionen

Der Verwender kann eine AGB-Klausel so verfassen, dass eine bestimmte, von der fingierten Erklärung ausgelöste Rechtsfolge eintritt. Er hat dabei verschiedenste Möglichkeiten, wobei etwa der Verzicht auf ein Recht fingiert oder die Verteilung der Beweislast beeinflusst werden kann. All diese Rechtsfolgen sollen einer richterlichen Inhaltskontrolle unterzogen werden können, wobei die *besonderen Umstände* des jeweiligen Einzelfalles meist ausschlaggebend sein werden. Demgegenüber gibt es aber auch Rechtsfolgen, die ungeachtet der Einzelumstände nicht eintreten können, weil sie in eklatanter Art und Weise gegen dispositives Gesetzesrecht verstossen. Eine solche Rechtsfolge ist, wie sogleich gezeigt werden wird, die Beweislastumkehr zu Lasten des Kunden[138]. Die Rechtsfolgen einer bestimmten Erklärungsfiktion, nämlich der bankrechtlichen Genehmigungsfiktion, werden hinten behandelt[139].

Wie eben erwähnt, muss bei der Beurteilung der Rechtsfolgen von Erklärungs-, Abgabe- und Zugangsfiktionen dem Problem der Beweislastumkehr besondere Beachtung geschenkt werden. Die genannten Klauseln zielen ja hauptsächlich oder gar ausschliesslich darauf ab, die beweisrechtliche Situation des Verwenders *zum Nachteil des Kunden* zu verbessern, indem die Beweislast umgekehrt wird. Diese Rechtsfolge ergibt sich aus den entsprechenden AGB-Klauseln, wobei deren Wortlaut meist an Klarheit zu wünschen übriglässt. Insbesondere die Wendung, dass Mitteilungen oder Anzeigen als genehmigt zu gelten haben, wird aber teilweise als Umkehr der Beweislast verstanden. Man kommt deshalb nicht umhin, eine generelle Prüfung der Zulässigkeit der Beweislastumkehr vorzunehmen.

a) Umkehr der Beweislast

Verträge, mit welchen die Parteien von der gesetzlichen Verteilung der Beweislast abweichen, sind nach überwiegender Lehre und Rechtsprechung zulässig, wenngleich die Schranke von Art. 27 ZGB und Art. 20 OR gilt[140]. Bei "sozialem Übergewicht" eines Vertragspartners kann etwa die Beweislastumkehr eine nach Art. 27 ZGB unsittliche Knebelung darstellen[141]. Dabei darf m.E. nicht allein darauf abgestellt werden, ob die Beweislast umgekehrt wird, sondern jede Verschlechterung der beweisrechtlichen Situation einer Partei sollte genügen.

---

138 Vgl. hinten, 135.

139 Vgl. hinten, 160 ff.

140 BGE 85 II 504; Vogel, Kap. 6 N 57; Walder-Richli, § 30 N 4.

141 Kummer, N 376 zu Art. 8 ZGB.

Von einem Teil der Lehre werden aber Beweislastverträge aus verschiedenen Gründen *abgelehnt*, selbst wenn keine übermässige Bindung gemäss Art. 27 ZGB vorliegt. Dabei wird vorgebracht, dass sich die eine Partei durch die Beweislastumkehr einem erhöhten Prozessrisiko aussetzt, dessen Folgen sie möglicherweise weder überschauen und schon gar nicht ermessen kann[142]. Diese Argumentation überzeugt. Sie muss im hier vorliegenden Zusammenhang dazu führen, dass eine Beweislastumkehr zumindest in Konsumenten-AGB *unzulässig* ist. Der Kunde kann seine Prozesschancen regelmässig nicht abschätzen und weiss kaum, wie sich eine AGB-Klausel darauf auswirken wird; über die erwähnte Klausel wurde insbesondere auch nicht verhandelt, obwohl meist eine grosse Abweichung vom dispositiven Gesetzesrecht vorliegt. Daran ändert sich m.E. auch nichts, wenn die Beweislastumkehr wegen einer Erklärungsfiktion eintritt, gegen deren Eintritt sich der Kunde etwa durch einen Widerspruch wehren könnte. Da der Kunde in aller Regel die Folgen einer Beweislastumkehr durch eine Erklärungsfiktion nicht versteht, vermögen auch die *mehrfachen* Hinweise (nämlich in den AGB und bei Fristbeginn) des Verwenders auf die mögliche Umkehr an der Unzulässigkeit nichts zu ändern. Unwirksam muss dabei sowohl eine Änderung der aus dem Gesetz hervorgehenden Beweislastverteilung als auch der von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze sein[143].

Ein rechtsvergleichender Blick in die EU-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen[144] zeigt, dass eine *Tendenz gegen eine generelle Beweislastumkehr* durch AGB-Klauseln besteht: Ziff. 1 lit. q Anh RiLi statuiert nämlich u.a. ein Verbot von Änderungen der Beweislast[145]. Dabei ist zu beachten, dass diese Bestimmung auch für Verträge zwischen Kunden und Erbringern von Finanzdienstleistungen gilt; eine entsprechende Ausnahme wurde für den Geltungsbereich von Ziff. 1 q Anh RiLi nicht gemacht[146]. Auch gemäss dem deutschen Recht ist eine AGB-Klausel unwirksam, wenn der Verwender die Beweislast zum Nachteil des Kunden ändert[147].

---

142 In diesem Sinne besonders Kummer, N 376 zu Art. 8 ZGB; vgl. auch das vom BGH entwickelte Transparenzgebot für AGB-Klauseln und dessen Darstellung bei MünchKomm-Kötz, N 11 a zu § 9 AGBG.

143 So auch die einhellige deutsche Lehre, vgl. etwa MünchKomm-Basedow, N 237 zu § 11 Nr. 15 AGBG; Koch/Stübing, N 2 zu § 11 Nr. 15 AGBG.

144 Vgl. zu dieser Richtlinie vorne, 125 ff.

145 Ziff. 1 lit. q Anh RiLi nennt einen Tatbestand einer missbräuchlichen Klausel und lautet wie folgt:
"1. Klauseln, die darauf abzielen oder zur Folge haben, dass ...
q) dem Verbraucher die Möglichkeit, Rechtsbehelfe bei Gericht einzulegen oder sonstige Beschwerdemittel zu ergreifen, genommen oder erschwert wird, und zwar insbesondere dadurch, dass ... die ihm zur Verfügung stehenden Beweismittel ungebührlich eingeschränkt werden oder ihm die Beweislast auferlegt wird, die nach geltendem Recht einer anderen Vertragspartei obläge."

146 Andere Klauseln müssen von Erbringern von Finanzdienstleistungen nicht beachtet werden, vgl. Ziff. 2 lit. a-c Anh RiLi.

147 § 11 Nr. 15 AGBG.

b) Verzicht des Kunden auf ein Recht

Wie bereits vorne gezeigt wurde, ist eine Umkehr der Beweislast zumindest in Konsumenten-AGB nicht zulässig[148]. Entsprechend führt beispielsweise eine Auslegung einer Genehmigungsfiktion als Beweislastumkehr zwar nicht zu ihrem Hinfall (die Erklärung des Kunden gilt als erfolgt), wohl aber zu unzulässigen Rechtsfolgen.

Aber auch eine Erklärungsfiktion, welche etwa mit Hilfe des Terminus "Genehmigung" oder anderswie den Verzicht auf jegliche Einwendungen und auf Schadenersatzansprüche bewirken soll, kann nicht zulässig sein. Der Verwender kann bei einer entsprechenden Klausel in den AGB kaum annehmen, der Kunde verzichte ohne Gegenleistung auf Schadenersatz oder die Wiedergutmachung eines Fehlers des Verwenders durch Stornierung. Es trifft deshalb zu, dass der vieldeutige Ausdruck der "Genehmigung" nicht als Verwirkung sämtlicher Rechte des Kunden verstanden werden kann[149]. Hier ergibt sich eine Parallele zum Bestätigungsschreiben, wo der Absender nicht einfach das Schweigen des Empfängers als Verzicht auf ein Recht interpretieren kann[150]. Demgegenüber bestehen aber keine Vorbehalte, falls der Verzicht auf ein Recht in den AGB (und bei Erklärungsfiktionen zusätzlich in einem separaten Hinweis) klar, deutlich und somit für den Kunden verständlich erfolgt.

c) Postulat: klare Formulierung der Rechtsfolgen von Erklärungsfiktionen

Wenn Erklärungsfiktionen entweder Vertragsverlängerungen oder Anpassungen von AGB bewirken, so werden die Rechtsfolgen dem Kunden zwar in aller Regel verständlich sein. Bei anderen Rechtsfolgen besteht dieses Verständnis aber nicht; als Beispiel kann auf die Genehmigungsfiktion in zahlreichen Banken-AGB verwiesen werden[151]. Die AGB-Verwender sollten deshalb anstelle der heute verbreiteten Formulierungen von Erklärungsfiktionen deren Rechtsfolgen klar und für den Kunden verständlich formulieren. Naheliegend erscheint auch der Ersatz durch *andere Regelungsmechanismen*. Als mögliche Rechtsfolge angemessener als der unklare Begriff der Genehmigung ist eine Formulierung, welche - bei fehlendem Widerspruch - den wegen einer Unterlassung entstandenen Schaden dem Kunden auferlegt. Auf eine Erklärungsfiktion wird verzichtet, es wird vielmehr eine Vertragspflicht des Kunden formuliert. Im Zusammenhang mit der Besprechung der bankrechtlichen Ge-

---

148 Vgl. vorne, 135 f.

149 Ebenso Forstmoser, Bankverkehr, 28.

150 Vgl. vorne, 73 ff.

151 Vgl. hinten, 147 ff.

nehmigungsfiktion wird hinten[152] ein Vorschlag gemacht, wie eine solche Klausel lauten könnte.

[152] Vgl. hinten, 161.

§ 10 Genehmigungsfiktionen in den AGB der Banken

Bei den vorne gemachten Ausführungen zu den Erklärungsfiktionen im allgemeinen wurde mehrfach auf die im Bankverkehr verwendeten Erklärungsfiktionen verwiesen. In der Tat kommt den Erklärungsfiktionen in dieser Branche eine ganz *besondere Bedeutung* zu. Dies liegt an der zentralen volkswirtschaftlichen Stellung; ein grosser Teil der Bevölkerung und der juristischen Personen nimmt die vielfältigen Dienstleistungen der Banken in Anspruch und steht in vertraglichen Beziehungen zu einer oder mehreren Banken. Hinzu kommt, wie sogleich zu zeigen sein wird, dass gerade im Bankgeschäft Erklärungsfiktionen in zahlreichen Verträgen enthalten sind. Bei der nachfolgenden Darstellung werden anhand von Beispielen aus dem Bankrecht Überlegungen angestellt, welche sich auch auf andere Branchen anwenden lassen.

1. Vertragsbeziehungen im Bankverkehr

a) Grundlagen

aa) Verbreitung und Bedeutung von Banken-AGB

AGB sind im Bankwesen seit vielen Jahren weit verbreitet. Bereits zu Beginn dieses Jahrhunderts benützten viele schweizerische Banken Kontokorrentbedingungen, welche alle Kunden zu akzeptieren hatten[1]. Schon vor dem Zweiten Weltkrieg machten fast alle Grossbanken von AGB Gebrauch[2]. Heute kann wohl festgehalten werden, dass in der Schweiz alle Banken AGB verwenden und sie bei der überwiegenden Mehrheit ihrer Kunden zur Anwendung bringen. Neben diese AGB treten regelmässig Reglemente für einzelne spezifische Geschäfte, wobei diese Reglemente nichts anderes als Vertragsformulare darstellen[3]. Sie sind den AGB insbesondere hinsichtlich der inhaltlichen Kontrolle durch den Richter gleichzustellen.

Aus der umfassenden Verbreitung von AGB im Bankensektor ergibt sich ihre grosse Bedeutung für den einzelnen Kunden, der nicht die Möglichkeit hat, einen Vertrag mit der Bank auszuhandeln. Bloss Grosskunden, deren Geschäftsbeziehung mit der Bank individuelle Züge trägt und die insbesondere günstigere Konditionen geniessen, müssen die AGB nicht unbedingt übernehmen. Bereits jene Konventionen, welche die Konditionen für gewisse Geschäfte *unter den Banken* vereinheitlichten, sahen Ausnahmen von der Vereinheitlichung für grössere Transaktionen vor[4].

Die Banken streben mit der Verwendung von AGB den gleichen Zweck an wie alle anderen AGB-Verwender: sie wollen rationalisieren und spezialisieren[5]. Im Ingress geben manche, wenn auch nicht alle Redaktoren von Banken-AGB ihre Absicht bekannt, mit Hilfe der AGB die gegenseitigen Beziehungen zwischen Kunden und Bank einer klaren Regelung zuführen zu wollen; eine entsprechende Formel findet sich auch in den Muster-AGB der Bankiervereinigung[6]. Angesichts der vielen Auslegungsprobleme und Fragen, welche sich bei der Anwendung der AGB ergeben, konnte diese Absicht bisher nur teilweise verwirklicht werden[7].

---

1 Zimmermann, 129. Auch in Deutschland waren AGB zu diesem Zeitpunkt in Bankenkreisen schon verbreitet; vgl. Arwed Koch, Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken, Jena 1932, 2.

2 Eine Ausnahme machte der Schweizerische Bankverein; vgl. Wanner, 1 f.

3 Guggenheim, 4.

4 St. Schmid, 48, unter Hinweis auf die mittlerweile aufgehobene Courtage-Konvention.

5 Vgl. statt vieler etwa Hardegger, 3 f., m.w.H.

6 Zu den Musterbedingungen vgl. hinten, 147 f.

7 Vgl. auch Hardegger, 5.

bb) AGB als Bestandteil der Einzelverträge oder einer Rahmenvereinbarung?

In der schweizerischen Lehre ist seit einiger Zeit umstritten, ob die Rechtsbeziehungen zwischen Bank und Kunde für jedes einzelne Geschäft qualifiziert werden sollen oder ob es eine einheitliche Grundbeziehung gibt. Es stellt sich nun die Frage, ob diese unterschiedlichen Auffassungen für die weitere Erläuterung der Erklärungsfiktion und der anderen Fiktionen[8] von Bedeutung sind.

Geht man von einer einheitlichen Grundbeziehung aus, so gelten die AGB wegen ihrer Übernahme durch den Kunden beim Beginn der eigentlichen Beziehung zur Bank. Das entstehende Vertragsverhältnis, welches unabhängig von den - möglicherweise erst viel später abzuschliessenden - Einzelgeschäften ist, wird als *Geschäftsverbindungsvertrag* bezeichnet[9].

Diese Grundbeziehung wird auch als allgemeiner Bankvertrag[10] verstanden, wobei diese Rechtsfigur im allgemeinen noch eine Abschlusspflicht der Bank für gewisse künftige Verträge sowie eine Treuepflicht beinhaltet und somit vom eben erwähnten Geschäftsverbindungsvertrag zu unterscheiden ist. Gemeinsames Element der sich nicht ausschliessenden dogmatischen Auffassungen ist die Geltung der AGB im *Vorfeld des Abschlusses der Einzelverträge*. Auch beim Dahinfallen der Einzelverträge wegen Nichtigkeit können sich die Parteien immer noch auf die AGB berufen. Die Ansicht, dass die verschiedenen Vertragsverhältnisse über gemeinsame Grundbeziehungen verfügen und deshalb als Einheit konzipiert und rechtlich gestaltet werden sollen, erscheint sinnvoll und zweckmässig[11].

Die eben dargestellten Lehren stehen im Gegensatz zu der wohl herrschenden Ansicht, welche eine selbständige Existenz einer Rahmenvereinbarung ausschliesst. Die AGB entfalten somit ihre Wirkung erst mit dem Abschluss entsprechender Einzelverträge zwischen der Bank und dem Kunden[12].

---

8 Vgl. vorne, 131 ff.

9 So Maurenbrecher, AGB, passim, m.w.H. Eine Untersuchung der Frage, wie die Geschäftsverbindung zu qualifizieren sei und ob ihr eine selbständige Bedeutung zukommt, findet sich bei St. Schmid, 153 ff.

10 Eine Übersicht über die Lehre findet sich bei St. Schmid, 89. Für den allgemeinen Bankvertrag Hopt, 142; Wiegand, Rechtsbeziehung, 134 f.; gegen den allgemeinen Bankvertrag etwa Kleiner, 274 f. (AGB als lex contractus); Nobel, Temi, 7.

11 Wiegand, Rechtsbeziehung, 132.

12 Guggenheim, 37 f.; vgl. auch Forstmoser, Gesetzgebung und Gerichtspraxis, 29 f.; für die Geltung der AGB durch Rahmenvereinbarung aber Kramer, N 189 zu Art. 1 OR; Schuler, 98 f.; Weber, Rahmenverträge, 416. Vgl. auch die Auffassung von Kleiner, 274, der von einer lex contractus ausgeht, die nicht die Bedeutung eines unmittelbar Rechte und Pflichten begründenden allgemeinen Bankvertrages habe.

Fiktionen, welche sich in AGB finden, können nun aber in der Phase vor dem eigentlichen Abschluss eines Einzelvertrages eine Bedeutung erlangen. Ein Beispiel: der Kunde eröffnet ein Konto und übernimmt dabei die AGB der Bank. Gelten nun diese AGB und insbesondere die darin enthaltene Zugangsfiktion für die schriftliche Offerte eines - vom Kunden im Hinblick auf den drohenden Verfall eines befristeten Kaufrechts gewünschten - Krediteröffnungsvertrages, wenn die versprochene Zustellung der Offerte scheitert, weil ein entsprechendes Schreiben auf dem Postweg verlorengeht[13]? Die AGB sollten m.E. auch im vorvertraglichen Stadium Anwendung finden, weil sie Teil des Geschäftsverbindungsvertrages sind; nach der einen solchen Vertrag ablehnenden Lehre wäre die entsprechende Fiktionsklausel nicht anwendbar.

Als Fazit ergibt sich, dass *Zugangsfiktionen* im vorvertraglichen Bereich von Bedeutung sein können und es dabei auf die dogmatische Haltung zum Geschäftsverbindungsvertrag ankommt. Ähnliches gilt auch für den Anwendungsbereich von *Genehmigungsfiktionen*. Dabei können Genehmigungsfiktionen m.E. aber nicht die Annahme einer Offerte zum Abschluss eines Einzelvertrages bewirken, da sie sich sinngemäss ausschliesslich auf die Vertragserfüllung und nicht auf den Vertragsschluss beziehen. Der aufgezeigte Gegensatz wird gemildert, wenn man die Konstruktion eines allgemeinen Bankvertrags zwar ablehnt, aber bestimmten, unter einzelnen Verträgen vereinbarten Regelungen gestützt auf Treu und Glauben Wirkungen über diese Verträge hinaus beigibt[14].

cc) Stillschweigende Genehmigung und Rechenschaftspflicht im Auftragsrecht

Bei der nachfolgenden Untersuchung von einzelnen Mitteilungen im Bankverkehr und der Folgen des Schweigens des Empfängers wird mehrfach auf das Auftragsrecht verwiesen werden. Angesichts der Tatsache, dass die meisten Bankverträge insoweit auftragsrechtliche Elemente aufweisen, als die Bank Geschäftsführungsaufgaben wahrnimmt[15], rechtfertigt es sich, an dieser Stelle einige Erläuterungen zum dispositiven Gesetzesrecht zu machen. Entsprechend kann dann beurteilt werden, ob und in welchem Ausmass die AGB vom dispositiven Gesetzesrecht abweichen. Besonders interessiert hier die Frage, welche Folgen das Schweigen des Auftraggebers hat und ob dazu auch der schillernde Begriff der "Genehmigung" gehört.

---

13 Dieses Beispiel findet sich bei Maurenbrecher, AGB, 178. Der Autor scheint vorauszusetzen, dass die AGB nicht schon Bestandteil des mündlichen Vertrages wurden. Vgl. auch Wiegand, Rechtsbeziehung, 133.

14 Kleiner, 275.

15 Guggenheim, 12.

aaa) Abgrenzung

Von der Genehmigung im auftragsrechtlichen Sinne müssen vorerst zwei andere Arten der Genehmigung unterschieden werden. Es handelt sich dabei *erstens* um die nachträgliche Genehmigung[16] einer ohne Auftrag unternommenen Geschäftsbesorgung im Sinne von Art. 424 OR. Alsdann kommen die Bestimmungen über den Auftrag gemäss Art. 394 ff. OR zur Anwendung. Die Genehmigung oder Billigung bewirkt die Entstehung eines Mandatkontraktes, denn sie ist die Annahme einer Vertragsofferte (Realofferte)[17].

Zweitens lässt sich auch die in Art. 38 OR erwähnte Genehmigung des vom vollmachtlosen Stellvertreter abgeschlossenen Vertrages von der auftragsrechtlichen Genehmigung unterscheiden. Die von Art. 38 OR geregelte Genehmigung bewirkt nämlich, dass die Berechtigungs- und Verpflichtungswirkungen unmittelbar und ausschliesslich in der Person des Vertretenen eintreten[18]. Eine Genehmigung der Abrechnung des Geschäftsführers erfolgt jedoch mit dieser Willenserklärung nicht; die Abrechnung liegt denn auch in aller Regel zu diesem Zeitpunkt noch nicht vor[19].

bbb) Rechenschaftsablegung, Rechnungslegung und Rechnung

Der Beauftragte ist verpflichtet, jederzeit über seine Geschäftsführung Rechenschaft abzulegen und alles zu erstatten, was ihm infolge derselben aus irgendeinem Grunde zugekommen ist[20]. Diese Rechenschaftspflicht wird durch die *Rechenschaftsablegung* erfüllt. Dieser tatsächliche Vorgang umfasst die Abgabe eines einlässlichen Berichts über alle wesentlichen Vorgänge des konkreten Auftrages und die Erläuterung ihrer Bedeutung[21].

Im *Bankverkehr* besteht die Rechenschaftsablegung u.a. in der Zustellung von Ausführungsanzeigen. Es kann sich hierbei etwa um Gutschrifts- oder Belastungsanzeigen handeln oder um eine Abrechnung über einen Börsenkauf. Auch ein Depotauszug wird im Rahmen der Rechenschaftsablegung erstellt; der Kunde soll die Vertragserfüllung der Bank überprüfen und sich über die Höhe und Zusammensetzung seines Vermögens informieren können. Hier kann auch auf die Regelung der Kommission verwiesen werden: gemäss Art. 426 Abs. 1 OR hat der Kommissionär dem Kommittenten die Ausführung des Auftrages sofort anzuzeigen.

---

16 So die Marginalie von Art. 424 OR.
17 Gautschi, N 32 a zu Art. 400 OR.
18 Gautschi, N 32 a zu Art. 400 OR.
19 Gautschi, N 32 a zu Art. 400 OR.
20 Art. 400 Abs. 1 OR.
21 Fellmann, N 27 zu Art. 400 OR.

Gelegentlich ist die *Rechnungslegung* Teil der Rechenschaftsablegung. Hatte nämlich der Beauftragte im Rahmen seines Mandates Gelder zu verwalten oder war die Ausführung des Auftrages mit der Einnahme und Ausgabe von Geld verbunden, so muss er dem Auftraggeber - zusammen mit der Rechenschaftsablegung - eine geordnete Zusammenstellung der Einnahmen und Ausgaben aushändigen[22]. Die Rechnungslegung bezweckt, dem Auftraggeber eine Überprüfung der Geschäftsführung durch den Beauftragten zu ermöglichen.

Von der Rechenschaftsablegung und der Rechnungslegung ist die *Rechnung* abzugrenzen. Die Rechnung ist eine Aufstellung über die vom Beauftragten erbrachten Dienstleistungen mit der Angabe des Preises, der dafür zu bezahlen ist[23]. Bei manchen Mitteilungen im Bankverkehr kann eine Anzeige auch eine Rechnung enthalten. So enthält etwa eine von der Bank als "Wertschriftenabrechnung" bezeichnete Mitteilung über den Verkauf von Wertschriften den Kurswert, die Höhe der Provision (sog. "Kommission") und der kantonalen und eidgenössischen Abgaben. Die Angabe des Kurswertes und der Betrag der staatlichen Abgaben können als Rechnungslegung im Rahmen der Rechenschaftsablegung qualifiziert werden, während der Hinweis auf die Provisionshöhe eine Rechnung darstellt.

ccc) Folgen des Schweigens des Auftraggebers

In der Lehre ist die Frage nicht eindeutig geklärt, welche Folgen das Schweigen des Auftraggebers bei der Rechenschaftsablegung hat. Gautschi will etwa dem Schweigen verschiedene Wirkungen beimessen. So soll die Abrechnungsobligation als erfüllt und ein allfälliger Kontoauszug und die Geschäftsführung als genehmigt gelten. Auch sollen die im Kontoauszug aufgeführten Geldansprüche des Beauftragten (Vergütung, Auslagen und Verwendungen) anerkannt sein[24]. Im weiteren ist dieser Autor der Auffassung, dass auch die Entlastung von (meist unsicheren) Schadenersatzansprüchen stillschweigend erfolgen kann[25].

Die von Gautschi vertretene Meinung berücksichtigt m.E. die Interessen des Beauftragten zu stark, führt folglich zu einer unangemessenen Benachteiligung des schweigenden Auftraggebers und muss aus diesem Grunde abgelehnt werden. Insbesondere darf - wie in der ähnlichen Situation des schweigenden Empfängers eines Bestätigungsschreibens - aus vertrauenstheoretischen Gründen nicht leichthin von einem Verzicht des Auftraggebers auf ihm zustehende Rechte ausgegangen werden; es besteht für den Beauftragten keinerlei Grund zur Annahme, dass der Auftraggeber seine Rechtsposition ver-

---

22 Fellmann, N 35 zu Art. 400 OR; vgl. auch Becker, N 3 zu Art. 400 OR; Gautschi, N 27 ff. zu Art. 400 OR.

23 Fellmann, N 48 zu Art. 400 OR.

24 Gautschi, N 32 b zu Art. 400 OR.

25 Gautschi, N 34 b und 35 b zu Art. 400 OR.

schlechtert und sein Vermögen ohne Gegenleistungen vermindert. Das Schweigen allein des Auftraggebers soll deshalb - ohne besondere Umstände - in aller Regel keine für ihn nachteiligen Folgen haben.

Auch das *Bundesgericht* weigert sich, dem Schweigen auf eine falsche Rechnung eine Genehmigungswirkung zuzuweisen, und lehnt eine Anwendung von Art. 6 OR ab[26]. Für diese Lösung spricht auch die Tatsache, dass das Auftragsrecht keinen Rechtsanspruch auf Genehmigung, Anerkennung und Entlastung gewährt[27]. Es würde deshalb wenig Sinn machen, wenn man das Schweigen des Auftraggebers als Genehmigung interpretieren könnte. Gleiches muss m.E. auch dann gelten, wenn der Auftraggeber die sich aus einer Abrechnung ergebende und zu Unrecht bestehende Forderung des Beauftragten erfüllt.

Ein Vorbehalt muss an dieser Stelle aber angebracht werden. Die eben gemachten Ausführungen sind nicht dahingehend zu verstehen, dass dem Schweigen des Auftraggebers keinerlei Folgen zukommen: es gibt Wirkungen des Schweigens auf die Zustellung einer Anzeige im weiteren Sinne. Ein wichtiges Beispiel: im Kontokorrentvertrag vereinbaren die Parteien während einer bestimmten Rechnungsperiode oder bis zu einer bestimmten Höhe die Stundung und Abrechnung aller gegenseitigen Forderungen[28]. Erfolgt nun die Rechnungslegung des Beauftragten laufend im Rahmen eines Kontokorrentes, so ist nach Art. 117 Abs. 2 OR eine Neuerung anzunehmen, wenn der Saldo gezogen und anerkannt wird[29]. Damit treten die Folgen der Neuerung ein, welche insbesondere eine Änderung der Beweislastverteilung zu Lasten des (etwa durch *Stillschweigen*) anerkennenden Auftraggebers umfassen. Es entsteht eine neue Forderung, und der Kunde verzichtet auf alle ihm bekannten Einreden[30]. Wurde der Saldo anerkannt, hat nicht mehr der Beauftragte die Richtigkeit der Rechnungslegung, sondern der Auftraggeber - der Bankkunde - die Unrichtigkeit des anerkannten Saldos zu beweisen[31]. Der Gläubiger braucht nun, um seinen Anspruch geltend zu machen, den Verpflichtungsgrund nicht zu nennen und nicht nachzuweisen, dass überhaupt ein gültiger Verpflichtungsgrund vorliegt; der Schuldner hat demgegenüber zu beweisen, dass der Verpflichtungsgrund nicht besteht oder aus ihm erst nach der Anerkennung bekannt gewordenen Gründen anfechtbar ist[32].

---

26 BGE 88 II 89; vgl. auch Semjud 1981 41. S. auch vorne, 10 f.

27 So auch Gautschi, N 36 b zu Art. 400 OR. Man könnte dem beifügen, dass die im Verbandsrecht übliche Décharge-Erteilung im Auftragsrecht fehlt, vgl. Fellmann, N 70 zu Art. 400 OR.

28 Guggenheim, 226.

29 Fellmann, N 74 zu Art. 400 OR. S. auch die Unterscheidung von Kontokorrentkonto und Kontokorrent bei St. Schmid, 20.

30 Vgl. etwa Gauch/Schluep, N 3224; BGE 104 II 190, 196.

31 Vgl. Fellmann, N 76 zu Art. 400 OR. Weitere Ausführungen zu den Wirkungen der Novation s. Guggenheim, 230, m.w.H.

32 Guggenheim, 229; vgl. auch Forstmoser, Bankverkehr, 28; Thalmann, 137 f.; Weber, AGB, 159.

Aus dem Schweigen des Auftraggebers allein darf m.E. allerdings nicht auf eine Saldoanerkennung geschlossen werden, wenn es an einer vertraglichen Vereinbarung fehlt, welche dem Schweigen des Auftraggebers die entsprechende Bedeutung gibt. Die prozessuale Situation des Auftraggebers verschlechtert sich durch eine Anerkennung massiv, und es besteht deshalb kein Grund für den Beauftragten, das Schweigen des Auftraggebers als Anerkennung zu interpretieren. Um Unklarheiten zu beseitigen, kann der Beauftragte seiner Rechnung eine Saldoanerkennungserklärung beilegen, welche der Auftraggeber zu retournieren hat; hierbei gilt aber das Schweigen des Auftraggebers ohne Vereinbarung nicht als Anerkennung. Zusammenfassend lässt sich deshalb festhalten, dass dem Schweigen des Auftraggebers ohne vertragliche Vereinbarung oder besondere Umstände nicht die Bedeutung einer Saldoanerkennung zukommen kann.

ddd) Fazit

Der schweigende Auftraggeber verzichtet nicht auf Schadenersatzforderungen, und er anerkennt auch nicht die Geschäftsführung des Beauftragten als richtige Erfüllung des Mandatsvertrages. Nicht einmal auf Einwendungen gegen die Erfüllung der Abrechnungsobligation wird verzichtet. Schliesslich werden Ansprüche des Beauftragten, welche in der Abrechnung aufgeführt sind, nicht anerkannt[33]. Das dispositive Gesetzesrecht misst also dem Schutz des schweigenden Auftraggebers einen grossen Stellenwert bei.

b) Musterbedingungen

Die verschiedenen Spitzenverbände der einzelnen deutschen Kreditinstitutsgruppen haben für den Verkehr mit privaten und gewerblichen Kunden AGB entworfen, welche ihre Mitglieder durchweg einhalten[34]. Diese einheitlichen AGB stellen keine Vorschläge dar, auf Grund derer die einzelnen Banken, Sparkassen und weiteren Institute ihre eigenen modifizierten AGB verfassen. Vielmehr sind die AGB innerhalb der einzelnen Kreditinstitutsgruppen *vollständig einheitlich*; die AGB der einzelnen Gruppen sind sich materiell sehr ähnlich[35].

In der Schweiz gibt es *keine einheitliche Ausgabe* von AGB, welche von allen Kreditinstituten verwendet wird. Bestrebungen zur Vereinheitlichung waren

---

33 Ebenso Fellmann, N 72 zu Art. 400 OR.

34 Horn, 95.

35 Die AGB der Banken wurden verschiedentlich revidiert; die neueste Ausgabe ist seit dem 1.1.1993 in Kraft. Der Text findet sich etwa bei Horn, 113 ff.

jedoch seit den dreissiger Jahren im Gange[36]. Anders als in Deutschland und Österreich wurden Musterbedingungen verfasst, welche die Schweizerische Bankiervereinigung[37] herausgab. Obwohl die genannte Publikation des Branchenverbandes - wenigstens der Bezeichnung nach - bloss eine Vorlage darstellen soll, zeigt sich in der Praxis, dass sich die verschiedenen AGB sowohl in der Form als auch hinsichtlich des Inhalts wenig unterscheiden. Sie halten sich sehr stark an die von den Muster-AGB vorgegebene Gliederung und deren Wortlaut. Die Banken-AGB sind demnach zwar nicht uniform, sie unterscheiden sich aber nur in wenigen, wenn auch wichtigen Einzelheiten[38].

Für die vorliegende Untersuchung der Probleme bei Genehmigungsfiktionen drängt es sich deshalb auf, von den entsprechenden Bestimmungen in den Muster-AGB auszugehen und allfällige Varianten näher zu prüfen.

c) Genehmigungsfiktionen in den Muster-AGB und wichtigen AGB

aa) Reklamationen des Kunden

In den Muster-AGB finden sich zwei Bestimmungen, welche die Reklamation des Kunden auf die Zustellung einer schriftlichen Mitteilung betreffen. Während die eine Klausel eher genereller Natur ist, beschränkt sich die andere auf einen bestimmten sachlichen Bereich, nämlich den Kontokorrentverkehr.

aaa) Reklamationen des Kunden im allgemeinen

Art. 2 Muster-AGB lautet wie folgt: "Reklamationen der Kunden. Reklamationen des Kunden wegen Ausführung oder Nichtausführung von Aufträgen jeder Art oder Beanstandungen von Rechnungs- oder Depotauszügen sowie andern Mitteilungen sind sofort nach Empfang der diesbezüglichen Anzeige, spätestens aber innert der von der Bank angesetzten Frist anzubringen; unterbleibt eine Anzeige, so hat die Beanstandung zu erfolgen, sobald die Anzeige dem Kunden im gewöhnlichen Postlauf hätte zugehen müssen. Bei späteren Reklamationen trägt der Kunde den Schaden."

---

36 Vgl. Hardegger, 18.

37 Zur Schweizerischen Bankiervereinigung vgl. Guggenheim, 7 f.; zu ihren Aktivitäten etwa Christian Schmid, Die unter Mitwirkung der Schweizerischen Bankiervereinigung erfolgten Vereinbarungen, Richtlinien und Empfehlungen, Diss. Zürich 1982 = Schriften zum Bankenwesen Bd. 23.

38 Kartellkommission, 39. Vgl. auch Chaudet, 16 f.; Forstmoser, Bankverkehr, 22; Hardegger, 18 f.

Im Gegensatz zu anderen Klauseln der Muster-AGB wurde Art. 2 von einer Mehrheit der Banken *nicht* wörtlich übernommen. Es findet sich eine Vielzahl von Varianten, von denen hier eine Auswahl zitiert werden soll. Besondere Abweichungen gegenüber Art. 2 Muster-AGB - diese Bestimmung enthält zwar keine Genehmigungsfiktion, wurde aber entsprechend abgeändert - wurden vom Verfasser hervorgehoben.

Eine Grossbank verwendet etwa folgende Formulierung: "Reklamationen der Kunden. Reklamationen des Kunden wegen Ausführung oder Nichtausführung von Aufträgen jeder Art oder Beanstandungen von Rechnungs- oder Depotauszügen sowie andern Mitteilungen sind sofort nach Empfang der diesbezüglichen Anzeige, spätestens aber innert der von der Bank angesetzten Frist anzubringen, *ansonst die Ausführung bzw. Nichtausführung sowie die entsprechenden Auszüge und Mitteilungen als genehmigt gelten*; unterbleibt eine Anzeige, so hat die Beanstandung zu erfolgen, sobald die Anzeige dem Kunden im *üblichen Geschäftsablauf* hätte zugehen müssen."

Eine umfassende Genehmigungsfiktion findet sich auch bei einer grossen Kantonalbank: "Reklamationen von Kunden. Reklamationen des Kunden wegen Ausführung oder Nichtausführung von Aufträgen jeder Art oder Beanstandungen von Rechnungs- oder Depotauszügen sowie anderen Mitteilungen sind sofort nach Empfang der diesbezüglichen Anzeige, spätestens aber innerhalb der von der Bank angesetzten Frist anzubringen, *anderenfalls die Ausführung bzw. Nichtausführung sowie die entsprechenden Auszüge, Rechnungsabschlüsse, Abrechnungen, Anzeigen, Mitteilungen usw. ohne weiteres als genehmigt gelten*. Unterbleibt eine *zu erwartende* Anzeige, so hat die Reklamation so zu erfolgen, wie wenn die Anzeige dem Kunden *im üblichen Geschäftsablauf* und gewöhnlichen Postlauf zugegangen wäre. Bei verspäteter Reklamation trägt der Kunde den *hieraus* entstehenden Schaden."

Eine mittelgrosse Bank hält fest: "Reklamationen des Kunden wegen Ausführung oder Nichtausführung von Aufträgen jeder Art sind sofort nach Empfang der diesbezüglichen Anzeige, spätestens aber innert der von der Bank angesetzten Frist, anzubringen; unterbleibt eine Anzeige, so hat die Beanstandung zu erfolgen, sobald die Anzeige dem Kunden im gewöhnlichen Postlauf hätte zugehen müssen. *Spätere Reklamationen sind unbeachtlich. Beanstandungen von Rechnungs- oder Depotauszügen haben schriftlich innert einem Monat zu erfolgen. Nach Ablauf dieser Frist gelten die Auszüge als genehmigt*. Die Bank kann indessen eine ausdrückliche Richtigbefundsanzeige einfordern. *Die ausdrückliche oder stillschweigende Anerkennung des Auszuges schliesst die Genehmigung aller in ihm enthaltenen Posten sowie allfälliger Vorbehalte der Bank in sich.*"

Die entsprechende Bestimmung einer weiteren Grossbank lautet: "Reklamationen des Kunden. Reklamationen des Kunden wegen Ausführung oder Nichtausführung von Aufträgen jeder Art sowie gegen andere Mitteilungen

der Bank sind sofort nach Empfang der diesbezüglichen Anzeige, spätestens aber innerhalb der von der Bank angesetzten Frist anzubringen; unterbleibt eine *zu erwartende* Anzeige der Bank, so hat die Reklamation so zu erfolgen, wie wenn die Anzeige dem Kunden im gewöhnlichen Postlauf zugegangen wäre. Bei Verspätung der Reklamation trägt der Kunde den *hieraus* entstehenden Schaden. *Beanstandungen von Rechnungs- oder Depotauszügen haben innerhalb eines Monats zu erfolgen. Nach unbenütztem Ablauf dieser Frist gelten die Auszüge als genehmigt.* Die ausdrückliche oder stillschweigende Anerkennung des Rechnungsauszuges schliesst die Genehmigung aller in ihm enthaltenen Posten sowie allfällige Vorbehalte der Bank in sich."

Schliesslich weicht auch die dritte Grossbank stark von den Muster-AGB ab: "Auszüge, Mitteilungen. Der Kunde erhält periodisch Rechnungs- und Depotauszüge. Einwendungen hiergegen wie gegen andere Mitteilungen der Bank sind unverzüglich anzubringen, *wo tunlich auch telegrafisch oder telefonisch*; bei Verzögerungen ist der *daraus entstehende* Schaden vom Kunden zu übernehmen. *Das gleiche gilt, wenn eine zu erwartende Mitteilung nicht termingerecht beim Kunden eintrifft.* Sofern der Kunde innert Monatsfrist keine Einwendungen erhebt, gelten die Auszüge als richtig befunden, unter Genehmigung aller darin eingestellten Posten und allfälliger Vorbehalte der Bank in Gutschriftsanzeigen über noch nicht eingegangene Beträge."

Wie diese Beispiele zeigen, haben einige Banken Art. 2 Muster-AGB dahingehend geändert, dass das Schweigen auf die Zustellung eines Auszuges oder auch anderer Mitteilungen die *Genehmigung* zur Folge haben soll. Dabei wird teilweise differenziert, wenn etwa die Genehmigungswirkung "bloss" auf Rechnungs- und Depotauszüge beschränkt wird. Im weiteren fällt auf, dass die Rechtsfolgen der Genehmigungsfiktion in der Mehrzahl der Reklamationsklauseln nicht näher umschrieben werden. So ist es unklar, ob etwa eine Umkehr der Beweislast vereinbart wird, ein Verzicht auf Einreden erfolgt oder aber eine eigentliche Reklamationspflicht des Kunden besteht. Bemerkenswert ist, dass die Muster-AGB keine ausdrückliche Genehmigungsfiktion enthalten und den Kunden den (Verspätungs-)Schaden tragen lassen.

Die Kartellkommission hat in der Untersuchung der gesamtschweizerisch wirkenden Vereinbarungen im Bankgewerbe u.a. auch Art. 2 Muster-AGB näher betrachtet[39]. Sie empfahl dabei zwei Ergänzungen dieser Bestimmung. Erstens solle der Kunde bloss dann eine Beanstandung vornehmen müssen, wenn er eine Anzeige erwarten konnte; zweitens habe der Kunde bloss den Verspätungsschaden zu tragen[40].

---

39 Kartellkommission, 85.

40 Die Empfehlung der Kartellkommission für eine solche Klausel lautet folgendermassen: "Reklamationen des Kunden wegen Ausführung oder Nichtausführung von Aufträgen jeder Art oder Beanstandungen von Rechnungs- oder Depotauszügen sowie andern Mitteilungen sind sofort nach Empfang der diesbezüglichen Anzeige, spätestens aber innert der von der Bank angesetzten Frist anzubringen; unterbleibt eine Anzeige,

Die Bankiervereinigung hat nun aber die Empfehlungen der Kartellkommission nicht befolgt; Art. 2 Muster-AGB hat auch keine anderen Änderungen erfahren. Die Bankiervereinigung widerrief bloss ihre aus dem Jahre 1966 stammende Empfehlung[41] an die Mitgliedsbanken, die AGB den Musterbedingungen der Vereinigung anzupassen[42]. In einer grossen Zahl von AGB finden sich heute noch Klauseln, welche sich an den Musterbedingungen von 1966 orientieren und die Empfehlungen der Kartellkommission nicht beachten.

Die Bankiervereinigung sparte nicht mit Kritik an der Kartellkommission und führte etwa an, die von der Kartellkommission vorgeschlagenen Änderungen würden zu einer "nicht gerechtfertigten Schwächung der Bank" führen[43]. Dieses Argument vermag - auf die Gesamtheit der empfohlenen Änderungen bezogen - wenig zu überzeugen; hinsichtlich Art. 2 Muster-AGB trifft es sicherlich nicht zu. Die zwei Änderungsempfehlungen ergeben sich m.E. bereits bei einer sinngemässen Auslegung von Art. 2 Muster-AGB und schwächen die Position der Banken als AGB-Verwender nicht. Beide Ergänzungen dienen allein der grösseren Transparenz[44].

bbb) Beanstandungen von Rechnungsauszügen

Art. 9 Ziff. 1 Abs. 2 Muster-AGB sieht eine Genehmigung von Rechnungsauszügen der Bank vor: "Wenn die Rechnungsauszüge der Bank nicht spätestens innert einem Monat beanstandet werden, gelten sie als genehmigt, und zwar auch dann, wenn die vom Kunden zu unterschreibende Richtigbefundsanzeige bei der Bank nicht eingetroffen ist. Die ausdrückliche oder stillschweigende Anerkennung des Rechnungsauszuges schliesst die Genehmigung aller in ihm enthaltenen Posten sowie allfällige Vorbehalte der Bank in sich."

Diese Bestimmung findet sich unverändert in sehr vielen Banken-AGB und wurde von der Kartellkommission nicht kritisiert.

---

so hat die Beanstandung *einer zu erwartenden Mitteilung* zu erfolgen, sobald die Anzeige dem Kunden im gewöhnlichen Postlauf hätte zugehen müssen. Bei späteren Reklamationen trägt der Kunde den *Verspätungsschaden*." Vgl. Kartellkommission, 85 (Hervorhebungen im Original).

41 Vgl. Zirkular Nr. 180 D vom 19. Januar 1966, 1 Ziff. I. Die Zirkulare sind jeweils an die Direktionen der Mitgliedsbanken gerichtet.

42 Der Widerruf findet sich im Zirkular Nr. 875 D vom 6. Juli 1989, 2.

43 Zirkular Nr. 875 D vom 6. Juli 1989, 1.

44 Vgl. auch Wiegand, Rechtsbeziehung, 151, welcher den Bankinstituten die Ergänzung ihrer AGB mit dem Zusatz empfiehlt, eine Beanstandung habe bloss bei einer zu erwartenden Mitteilung zu erfolgen.

bb) Änderungen der AGB

Die Banken und andere AGB-Verwender[45] haben das Bedürfnis, ihre Klauselwerke von Zeit zu Zeit an die veränderten Verhältnisse anzupassen. Besonders häufig sind diese Anpassungen jedoch nicht, meist vergehen einige Jahre zwischen den einzelnen Revisionen[46]. So sind zur Zeit einige Banken-AGB in Kraft, die deutlich älter als zehn Jahre sind.

Zur Implementierung der neuen AGB könnten die Banken jedem Kunden eine Ausgabe der neuen AGB zustellen und eine Übernahme durch Unterzeichnung verlangen. Die Banken haben jedoch eine andere Lösung gewählt. So findet sich in Art. 15 Muster-AGB eine Genehmigungsfiktion, welche bei fehlendem Widerspruch des Kunden innert Monatsfrist dessen Einverständnis zur Änderung annimmt: "Änderungen der allgemeinen Geschäftsbedingungen. Die Bank behält sich jederzeitige Änderungen der allgemeinen Geschäftsbedingungen vor. Diese werden dem Kunden auf dem Zirkularwege oder auf andere geeignete Weise bekanntgegeben und gelten ohne Widerspruch innert Monatsfrist als genehmigt." Ähnliche Klauseln finden sich auch in Depotreglementen[47].

Es handelt sich hierbei um ein Angebot der Bank an den Kunden zur Abänderung der Vertragsinhalt bildenden AGB; nur bei Zustimmung des Kunden können die neuen AGB für ihn verbindlich werden. Diese Klausel fingiert das Einverständnis des Kunden zu einer Änderung der AGB. Sie bezieht sich auf den spezifischen Fall der *Vertragsänderung* und betrifft nicht ein so breites

---

45 So etwa Kreditkartenherausgeber. Teilweise wird dem Kunden ein (ausserordentliches) Kündigungsrecht mit einer Frist von zwei Monaten eingeräumt, wenn er die Änderungen nicht akzeptieren will.

46 Vgl. hierzu die Anpassung bestehender Verträge durch das Inkrafttreten der Konvention XVI der Bankiervereinigung am 1. Januar 1983. Sie betrifft die Behandlung von Ersuchen der amerikanischen Security and Exchange Commission um Auskunft über den Missbrauch von Insiderinformationen. Dabei stellte sich die Frage, wie das *Schweigen eines Bankkunden* auf die Zustellung der Konvention und verschiedener Formulare zu qualifizieren sei. Die Banken beriefen sich zu Recht nicht auf die für Änderungen von AGB anwendbare AGB-Klausel (Art. 15 Muster-AGB), da es sich nicht um eine Änderung der AGB handelte.
Die Wirkungen des Schweigens müssen - nach den allgemeinen Regeln - auf denjenigen Kunden beschränkt werden, der öfters Transaktionen mit U.S.-Wertschriften tätigt. Auch bei diesem Personenkreis wurden aber nachteilige Klauseln wie die Vermögensblockierung und Beweislastumkehr nicht durch eine stillschweigende Zustimmung Vertragsbestandteile; es war eine ausdrückliche Zustimmung nötig. Vgl. Wiegand, Konvention, 300 ff.

47 "Änderungen des Reglementes über die Aufbewahrung und Verwaltung von Wertpapieren und Wertgegenständen. Die Bank behält sich jederzeitige Änderungen des Reglementes über die Aufbewahrung und Verwaltung von Wertpapieren und Wertgegenständen vor. Diese werden dem Deponenten auf dem Zirkularweg oder auf andere geeignete Weise bekanntgegeben und gelten ohne Widerspruch innert Monatsfrist als genehmigt."

Spektrum von Situationen wie Art. 2 Muster-AG. Von der Kartellkommission wurde diese Genehmigungsfiktion nicht ausdrücklich gerügt.

Diese Bestimmung wurde von einigen, wenn auch nicht allen Banken übernommen; u.a. verzichten auch *Grossbanken* auf eine derartige Genehmigungsfiktion in den AGB und den Depotreglementen. Andere Institute haben eine Variante gewählt: sie erwecken in ihren AGB den Eindruck, sie hätten ein einseitiges Recht auf Änderung der AGB[48]. Gelegentlich wird in solchen Klauseln auch die Pflicht erwähnt, den Kunden über die Änderungen zu informieren. Die Folgen des fehlenden Widerspruchs sind selten aufgeführt.

cc) Fazit

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass in vielen AGB von schweizerischen Banken Genehmigungsfiktionen vorhanden sind, welche beim Schweigen auf verschiedenartige Mitteilungen bzw. Anzeigen eintreten. Die Rechtsfolgen werden allerdings nicht näher festgelegt. Im weiteren finden sich in zahlreichen AGB Änderungsfiktionen.

d) Bestätigungsschreiben im Bankverkehr

Bestätigungsschreiben werden auch im Bankverkehr häufig verwendet. Hier ist etwa die schriftliche Bestätigung von Swapverträgen zu erwähnen, welche im Anschluss an die telefonische Übereinkunft üblicherweise erfolgt und mit einer Aufforderung zur Gegenbestätigung einhergeht[49]. Hinsichtlich der Voraussetzungen und Rechtsfolgen dieser Bestätigungsschreiben kann auf die vorne[50] gemachten Ausführungen verwiesen werden. Dabei ist zu beachten, dass die in vielen AGB aufgeführten Genehmigungsfiktionen nicht auf den Vertragsschluss durch ein Bestätigungsschreiben anwendbar sind. Das Schweigen des Bankkunden darf also nicht wegen der Genehmigungsfiktion als Annahme der im Bestätigungsschreiben gemachten Offerte verstanden werden. Soweit ersichtlich sind nämlich alle in diesem Zusammenhang relevanten[51] AGB-Klauseln nicht auf den Vertragsschluss anwendbar, sondern beziehen sich sowohl nach ihrem Wortlaut als auch nach ihrem Sinn auf die *Erfüllung* eines Vertrages.

---

48 Wiegand, Rechtsbeziehung, 147 f.; dieser Autor zitiert eine Bank, welche das ihr (angeblich) zustehende "hoheitliche" Recht zur Änderung der AGB wie folgt formuliert: "Diese Allgemeinen Geschäftsbedingungen treten am 4. Januar 1993 in Kraft. Sie ersetzen die bisherigen Bestimmungen."

49 Loretan, 126.

50 Vgl. vorne, 15 ff.; 73 ff.

51 Keine praktische Bedeutung hat in diesem Zusammenhang die Genehmigungsfiktion bei der Änderung von AGB; vgl. vorne, 151.

Blosse Ähnlichkeiten in der Bezeichnung, aber keine Gemeinsamkeiten in der rechtlichen Behandlung weisen etwa das bestätigte Akkreditiv (die Korrespondenzbank avisiert dem Begünstigten die Eröffnung des unwiderruflichen Akkreditivs nicht nur, sondern bestätigt das Akkreditivversprechen ihrerseits[52]) sowie die bankübliche Checkbestätigung auf. Bei der Checkbestätigung beantwortet eine Bank die Anfrage, ob ein auf sie gezogener Check gedeckt sei oder in Ordnung gehe, positiv. Dies bedeutet, dass der Check eingelöst würde, wenn er zur Zeit der Auskunft vorläge. Durch diese Bestätigung wird die Bank aber nicht verpflichtet, den Check einzulösen[53].

52 Meier-Hayoz/von der Crone, § 31 N 45.

53 Vgl. Albisetti/Boemle/Ehrsam/Gsell/Nyffeler/Rutschi, 178.

2. Voraussetzungen von Genehmigungsfiktionen in Banken-AGB

Vorne wurden einzelne Erfordernisse erwähnt, denen Erklärungsfiktionen in AGB genügen müssen[54]. Im folgenden soll nun untersucht werden, inwieweit die Genehmigungsfiktionen in den Banken-AGB diese Voraussetzungen erfüllen. Es handelt sich hierbei um den ersten Teil einer zweistufigen Prüfung: zuerst soll die Genehmigungsfiktion in formeller Hinsicht überprüft werden, und dann erst werden die Rechtsfolgen (in den Banken-AGB regelmässig die "Genehmigung") näher untersucht. Dabei wird differenziert zwischen den sich teilweise unterscheidenden Klauseln in den einzelnen AGB der Banken.

a) Reklamationen des Kunden

Wie vorne ausgeführt, behandeln sowohl Art. 2 als auch Art. 9 Ziff. 1 Abs. 2 Muster-AGB Reklamationen des Kunden. In Art. 2 Muster-AGB findet sich zwar keine Genehmigungsfiktion, diese Bestimmung diente aber als Vorlage für zahlreiche Klauseln in Banken-AGB, welche Genehmigungsfiktionen enthalten. Obwohl sich die Klauseln also unterscheiden, werden sie gemeinsam behandelt, da die zu beantwortenden Fragen weitgehend identisch sind.

aa) Berechtigtes Interesse des Verwenders

Die Banken als AGB-Verwender übertragen dem Kunden durch die Genehmigungsfiktion eine Kontrollfunktion. Die Kosten der Bank für eine eigene Kontrolle einzelner Geschäftsvorgänge werden dadurch gesenkt und direkt auf die Kunden überwälzt, da der Kunde einige Zeit für die Prüfung aufwenden muss. Der Kunde scheint besser als die Bank dazu geeignet zu sein, allfällige Unstimmigkeiten zu erkennen; jedenfalls ist die Prüfung durch den Kunden wohl kostengünstiger.

Die von vielen Banken verwendeten Genehmigungsfiktionen erfüllen somit ein berechtigtes Interesse. Ob dem Kunden damit ein unangemessener Nachteil zugefügt wird, soll hinten[55] bei der Untersuchung der einzelnen Mitteilungen geklärt werden.

---

54 Vgl. vorne, 115 ff.

55 Vgl. hinten, 163 ff.

bb) Hinweis in der Mitteilung

Die meisten Banken erfüllen die Hinweispflicht nur teilweise. Während etwa eine Grossbank auf den Konto- und den Depotauszügen einen klaren und optisch auffällig gestalteten Hinweis auf die Genehmigungsfiktion macht[56], fehlt bei anderen Banken - insbesondere auf Depotauszügen - dieser Hinweis. Eine andere Grossbank begnügt sich bei Kontoauszügen mit der *Bitte* um eine Benachrichtigung bei Unstimmigkeiten und verzichtet auf einen Hinweis bei Depotauszügen[57]. Gutschrifts- und Belastungsanzeigen enthalten nur selten Hinweise auf allfällige Genehmigungsfiktionen. Zudem sind die Rechtsfolgen bloss in genereller Weise beschrieben und nicht in der vorne[58] geforderten detaillierten Art.

Zu bemängeln ist somit in erster Linie das Fehlen des Hinweises in einer Vielzahl von Mitteilungen der Banken. Hinzu kommt, dass oftmals nur auf die Frist, nicht aber auf deren Beginn hingewiesen wird. Besonders *hervorgehoben* werden die Hinweise nur ausnahmsweise; sie werden manchmal selbst auf Kontoauszügen nur in einem sehr kleinen Schriftgrad dargestellt[59].

All diese Mängel führen dazu, dass dem Kunden in vielen Fällen trotz eines entsprechenden Hinweises nicht klar sein kann, welche Auswirkungen das Schweigen auf seine Rechtsposition haben wird. Oftmals tritt die Genehmigungsfiktion deshalb nicht ein, da eine grosse Zahl von Mitteilungen (darunter auch Kontoauszüge) überhaupt keine bzw. nur ungenügende Hinweise enthalten. Die Banken können sich somit nicht erfolgreich auf die entsprechenden Rechtsfolgen der Fiktion berufen. Dieses Ergebnis ist um so mehr gerechtfertigt, als es den Banken mittels geringfügiger Veränderung ihrer Computerprogramme *ein leichtes* wäre, alle Mitteilungen mit einem vollständigen und optisch hervorgehobenen Hinweis zu versehen. Nennenswerte Kosten entstehen den Banken dabei nicht.

cc) Angemessene Frist zur Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung

In den verschiedenen AGB findet sich die Wendung, dass eine Reklamation sofort, spätestens aber innert einer von der Bank angesetzten Frist zu erfolgen

---

56 Der Hinweis lautet: "Wichtig! Gemäss Art. ... der Allgemeinen Geschäftsbedingungen unserer Bank gelten Auszüge als genehmigt, sofern allfällige Beanstandungen nicht innerhalb eines Monats erfolgen, und zwar auch dann, wenn die von der Bank in bestimmten Fällen angeforderte Richtigbefundsanzeige nicht bei ihr eingetroffen ist. Allfällige Beanstandungen bitten wir Sie an unsere Direktion oder an die Leitung der Niederlassung zu richten."

57 "Wir bitten Sie, diesen Auszug zu prüfen und uns bei Unstimmigkeiten innert 4 Wochen zu benachrichtigen."

58 Vgl. vorne, 118 f.

59 Auf einem Kontoauszug betrug die Schriftgrösse des Hinweises bloss 6 Punkte.

habe. Für den Widerspruch auf die Zustellung von Konto- und Depotauszügen wird allerdings in den AGB eine bestimmte Frist festgeschrieben, und zwar handelt es sich dabei meistens um Fristen von vier Wochen bzw. einem Monat.

Die AGB-Klauseln erweisen sich auch in bezug auf die Fristen als unzulässig, sofern ein sofortiger Widerspruch verlangt wird. Ein Kunde kann nicht jede Mitteilung der Bank sofort überprüfen, und in vielen Fällen fehlt der Bank jedes Interesse an einer sofortigen Meldung. Deshalb ist bereits in den AGB eine bestimmte Frist festzusetzen; Differenzierungen nach Art der Mitteilung sind jedoch durchaus zulässig. Eine sofortige Reklamation dürfte m.E. aber nur bei üblicherweise sehr dringenden Geschäften vonnöten sein[60]. Im weiteren kann es nicht angehen, eine sofortige Reklamation für alle Mitteilungen zu verlangen und dann in unbestimmter Weise auf das Recht der Bank zu verweisen, längere Fristen anzusetzen. Der Kunde kann sich vorgängig nämlich nicht darauf einstellen, bei welchen Mitteilungen die Bank ihm eine längere Frist gewährt.

Demgegenüber ist nichts einzuwenden gegen die in vielen Klauseln festgehaltene Frist von vier Wochen, innert welcher Konto- und Depotauszüge bemängelt werden müssen. Die Frist ist lange genug, um dem Kunden eine gründliche Überprüfung der Auszüge zu ermöglichen. Diese Frist dürfte m.E. von den Banken durch Änderung der AGB auch auf zwei Wochen verkürzt werden.

dd) Ausgestaltung der Klausel in den AGB

Auf die Voraussetzung der Angemessenheit der Frist für die Abgabe einer Erklärung wurde eben hingewiesen. Die Klausel muss aber auch so ausgestaltet sein, dass dem Kunden klar ist, welches die Rechtsfolgen seines Verzichtes auf einen Widerspruch sind.

In manchen AGB wird nun einfach festgehalten, die Auszüge gälten als genehmigt. Dieser Begriff ist m.E. unklar und auslegungsbedürftig. Dabei wird zu berücksichtigen sein, dass hier die Unklarheitsregel Anwendung finden wird, welche besagt, dass im Zweifel diejenige Bedeutung gelten soll, die für den Verwender ungünstiger ist[61]. Unhaltbar ist aber jedenfalls die Bestimmung, wonach verspätete Reklamationen "unbeachtlich"[62] seien.

In diesem Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, dass auf den *Mitteilungen* gelegentlich vermerkt ist, die Reklamationen müssten an die Direktion der Bank oder an die Leitung einer Filiale gerichtet werden. Es ist zwar ein

---

60 Vgl. vorne, 120 f.

61 BGE 115 II 268; Kramer, N 109 ff. zu Art. 1 OR.

62 So die AGB einer Grossbank, vgl. vorne, 148.

legitimes Bedürfnis der Bank, den Empfänger der Reklamation in der Bankenorganisation näher zu bezeichnen, damit ungetreue Angestellte eine Reklamation nicht zurückhalten können. Diese Voraussetzung muss aber bereits in die AGB-Klausel aufgenommen werden, ansonsten sie keinerlei nachteilige Wirkungen für den Kunden hat. Zulässig sind beispielsweise auch Formerfordernisse für den Widerspruch.

ee) Angemessener sachlicher Zusammenhang zwischen Handlung und fingierter Erklärung

Soweit ersichtlich ist diese Voraussetzung bei den hier untersuchten Mitteilungen im Bankverkehr immer gegeben; es werden keine Geschäfte bzw. Transaktionen mit fingierten Erklärungen verknüpft, wenn nicht ein innerer Zusammenhang besteht.

b) Änderung von AGB

aa) Berechtigtes Interesse des Verwenders

Auch bei dieser Genehmigungsfiktion geht es in erster Linie darum, Kosten zu sparen und nicht von jedem einzelnen Kunden ein unterzeichnetes Exemplar der neuen AGB einfordern zu müssen. Das Interesse der Banken, ihre AGB auf diese Weise abzuändern, ist berechtigt, obwohl die Einforderung eines schriftlichen Einverständnisses des Kunden zu bedeutenden Änderungen selbst im Massengeschäft kaum *zu* aufwendig ist[63].

bb) Hinweis in der Änderungsanzeige

Die geänderten AGB müssen vom Hinweis begleitet werden, dass Schweigen Annahme der Änderung bedeute und eine Widerspruchsfrist laufe. In der Praxis ist dieser Hinweis üblich. Er ist in der Regel deutlich genug, damit der Kunde die Folgen des Schweigens richtig versteht.

Eine Bemerkung ist noch anzufügen: sollte eine Bank die Änderung der AGB ihren Kunden bloss durch Anschlag in den Schalterhallen bekanntgeben, so genügt dies nicht. Vielmehr ist eine Zustellung der AGB in Schriftform nötig. Daran ändert auch eine AGB-Klausel nicht, welche die Mitteilungsart des Anschlages in den Schalterhallen ausdrücklich erwähnt. Praktisch alle Bank-

---

[63] A.M. Thalmann, 151, der für das Einholen einer ausdrücklichen Genehmigung bei sämtlichen Kunden "fast unüberwindliche Schwierigkeiten" erkennt.

geschäfte können heute nämlich telefonisch oder schriftlich abgewickelt werden. Viele Kunden machen davon Gebrauch und suchen die Schalterhallen nicht mehr auf[64]. Sie werden deshalb von der Änderung gar nicht Kenntnis nehmen und ihr Widerspruchsrecht nicht ausüben können. Unzulässig ist m.E. die Publikation in verschiedenen Zeitungen, selbst wenn dies in den (alten) AGB unter Nennung der einzelnen Presseorgane so vorgesehen ist, da ansonsten zu hohe Anforderungen an die Aufmerksamkeit des Kunden gestellt würden.

cc) Angemessene Frist zur Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung

Die den Kunden jeweils in der Änderungsanzeige von den Banken eingeräumte Frist ist dann angemessen, wenn sie dreissig Tage nicht unterschreitet. Soweit ersichtlich sind die entsprechenden Fristen ausreichend. Widerspricht der Kunde innert der (angemessenen) Frist, so werden die Geschäftsbeziehungen auf der Grundlage der unveränderten AGB weitergeführt. Die Bank wird jedoch mit grosser Wahrscheinlichkeit die Geschäftsbeziehungen zum Kunden kündigen[65].

---

[64] Wiegand, Rechtsbeziehung, 148 FN 74. Hardegger, 61, will bei untergeordneten Änderungen, die dem Kunden keine neuen *Pflichten* auferlegen, einen Aushang in den Schalterhallen zulassen. Richtigerweise muss aber darauf abgestellt werden, ob dem Kunden *Nachteile* erwachsen. Ist dies nicht der Fall, so ist die Änderung von AGB jedenfalls unproblematisch.

[65] Art. 11 Muster-AGB räumt der Bank das Recht ein, mit sofortiger Wirkung die Geschäftsbeziehung aufzuheben. Eine Kantonalbank sieht denn auch in ihren AGB folgendes vor: "Die Bank hat das Recht, bestehende Geschäftsverbindungen jederzeit nach freiem Ermessen mit sofortiger Wirkung aufzuheben, insbesondere auch zugesagte oder benützte Kredite zu annullieren und ihre dadurch zur Rückzahlung fällig gewordenen Guthaben ohne weitere Kündigung einzufordern." Es ist zweifelhaft, ob ein solches generelles Recht zulässig ist. Vgl. hierzu etwa Guggenheim, 42 f.; Maurenbrecher, AGB, 194; Wiegand, Rechtsbeziehung, 148 f.; kritisch Schwarz, 170 f. Dieses Kündigungsrecht der Bank ist einseitig; es wird also weder von einer (auch nur stillschweigend erklärten) Zustimmung des Kunden abhängig gemacht, noch scheint es dem Kunden in solch umfassender Weise zuzustehen wie der Bank, insbesondere was die Kündigung von Krediten angeht. Bestimmt nun aber eine Klausel, dass der Verwender sich jederzeit ohne Angabe von Gründen, wenn auch nur mit Zustimmung des Kunden von seiner Vertragspflicht lösen kann und dass diese Zustimmung als erklärt gelten soll, sofern der Kunde auf eine entsprechende Mitteilung des Verwenders binnen einer Frist nicht protestiert, so ist eine solche Klausel gewöhnlich unwirksam. Denn es besteht gerade im Massenverkehr eine Vermutung dafür, dass sich der Verwender lediglich die Möglichkeit schaffen will, aus der Trägheit und Unerfahrenheit des Grossteils seiner Kunden einen Vorteil zu ziehen (Vgl. MünchKomm-Basedow, N 60 zu § 10 Nr. 5 AGBG).

dd) Ausgestaltung der Klausel in den AGB

Art. 15 Muster-AGB weist den Kunden nicht nur auf den Modus der Änderung hin, sondern nennt auch die Frist. Diese Frist ist angemessen und die AGB-Klausel genügend klar formuliert; zu wünschen wäre einzig eine klare Festlegung des Beginns der Widerspruchsfrist. Verschiedene Banken verzichten demgegenüber auf die Festlegung einer speziellen Frist[66], was m.E. zur Folge hat, dass Änderungsanzeigen für den Kunden ohne Wirkung bleiben. So ganz unproblematisch, wie dies in der Literatur vertreten wird, sind diese Bestimmungen also nicht[67]. Zu erwähnen bleibt, dass ein Teil der Kunden zudem die Konsequenzen von Änderungen nicht abschätzen kann; auch die geänderten AGB bedürfen deshalb einer inhaltlichen Kontrolle.

ee) Angemessener sachlicher Zusammenhang zwischen Handlung und fingierter Erklärung

Bei allen Änderungsklauseln ist der geforderte sachliche Zusammenhang zwischen der Handlung und der fingierten Erklärung offensichtlich gegeben.

c) Folgerung

Es hat sich gezeigt, dass sowohl die AGB-Klauseln, welche die Reklamationen der Kunden betreffen, als auch die entsprechenden Hinweise auf den einzelnen Mitteilungen grösstenteils ungenügend sind und den Kunden nicht ausreichend auf die ihm drohenden Nachteile hinweisen. Hinsichtlich der Kontoauszüge stellt sich die Situation besser dar; zu wünschen wäre hier aber eine auffälligere graphische Darstellung des Hinweises auf die Folgen des Schweigens. Einige wenige Bestimmungen, welche sich mit der Änderung der AGB befassen, halten einer richterlichen Inhaltskontrolle nicht stand.

---

66 Vgl. vorne, 155 f.

67 Forstmoser, Bankverkehr, 29, bezeichnet diese "Gestaltungsvorbehalte zugunsten der Bank" als "unproblematisch". Vgl. demgegenüber Steinmann, 71, der das Abänderungsrecht der Bank als "nicht unbedenklich" beurteilt, da dem Kunden als ohnehin schwächere Vertragspartei nachträglich unvorteilhafte Bedingungen auferlegt werden könnten.

3. Generelle Rechtsfolgen von Genehmigungsfiktionen in Banken-AGB

Welches ist die Rechtsfolge, wenn ein Bankkunde auf die Zustellung einer Mitteilung hin schweigt? Generell lässt sich dies nicht ausdrücken, sieht man vom wenig problematischen Fall der Rechtsfolge der Änderungsfiktion ab. Denn erstens ist der *Terminus "Genehmigung" zu unbestimmt*, weshalb die Rechtsfolgen einer zulässigen Genehmigungsfiktion unterschiedlich sein können. Die Genehmigungsfiktionen der Banken-AGB sind also *auslegungsbedürftig*, wobei der Unklarheitsregel eine grosse Bedeutung zukommt[68]. Und zweitens kommt auch der *Art der Mitteilung* eine grosse Bedeutung zu: je nach Mitteilung kann die Genehmigungsfiktion verschiedene Rechtsfolgen haben. Ist die Genehmigungsfiktion nicht anwendbar, weil es etwa an den formellen Voraussetzungen fehlt, so ist nach dispositivem Recht zu entscheiden, welches die Wirkung des Schweigens ist[69].

Dies führt dazu, dass im Rahmen der vorliegenden Untersuchung einzelne Mitteilungen gesondert analysiert werden. Die dem Grundsatze nach möglichen Rechtsfolgen der Genehmigungsfiktion werden aber bereits an dieser Stelle aufgeführt; auf sie kann dann bei der Einzeluntersuchung der Mitteilungen jeweils verwiesen werden.

a) Beweislaständerung und Verzicht

Es ist beispielsweise denkbar, dass bei fehlendem Widerspruch eine Umkehr der *Beweislastverteilung* erfolgen soll. Diese Rechtsfolge kann sich schon aus dem Wortlaut der Klausel ergeben (was jedoch jedenfalls in Banken-AGB unüblich ist); möglich ist aber auch, dass man nach einer sinngemässen Auslegung zu diesem Resultat gelangt. So wird die Wendung, dass Mitteilungen oder Anzeigen der Bank als genehmigt zu gelten haben, teilweise als Umkehr der Beweislast zugunsten der Bank verstanden. Wie bereits vorne gezeigt wurde, ist eine Umkehr der Beweislast zumindest in Konsumenten-AGB nicht zulässig[70]. Die Auslegung einer Genehmigungsfiktion als Beweislastumkehr führt zwar nicht zum Hinfall der Fiktion (die Erklärung des Kunden gilt als erfolgt), wohl aber zu unzulässigen Rechtsfolgen. Für den fingierten *Verzicht* auf Einwendungen und Einreden gilt nicht das gleiche: unter Umständen kann der Verzicht zulässig sein[71].

---

68 Vgl. vorne, 118.
69 Vgl. vorne, 142 f.
70 Vgl. vorne, 135 f.
71 Vgl. vorne, 137.

b) Reklamationspflicht und Schadenersatz

Als mögliche Rechtsfolge angemessener als der unklare Begriff der Genehmigung erscheint eine Lösung, welche - meist bei fehlendem Widerspruch innert Frist - den wegen der Handlung oder Unterlassung entstandenen Schaden dem Kunden auferlegt. In manchen Fällen wird diese, gestützt auf die Unklarheitsregel[72] vorgenommene Auslegung für den Verwender ungünstiger sein als eine Interpretation im Sinne eines Verzichtes oder einer Beweislastumkehr. Auf eine Erklärungsfiktion wird verzichtet. Ein Beispiel einer solchen Bestimmung findet sich in Art. 2 a.E. Muster-AGB, wobei sie ergänzungsbedürftig ist: die Klausel muss der Klarheit halber dahingehend präzisiert werden, dass der Kunde bloss den *wegen der unterlassenen Reklamation* entstandenen *Verspätungs*schaden tragen muss[73].

Der heutigen - durch den eben erwähnten Zusatz verbesserten - Regelung in Art. 2 a.E. Muster-AGB vorzuziehen ist aber eine eindeutige, dem typischen Kunden verständliche Formulierung seiner Pflichten beim Erhalt von Mitteilungen. Sie könnte etwa folgendermassen lauten: "Der Kunde ist verpflichtet, alle Mitteilungen der Bank auf ihre Richtigkeit und Vollständigkeit zu überprüfen und allfällige Einwendungen innert vier Wochen seit der Zustellung der Direktion der Bank zu melden. Erhebt er die Einwendungen schriftlich, so genügt Absendung innerhalb dieser Frist. Die Bank wird den Kunden zu Beginn der Frist auf diese Pflicht schriftlich hinweisen. Diese Pflicht besteht auch beim Ausbleiben von Mitteilungen, die der Kunde erwartet." Damit wird eine eigentliche Vertragspflicht des Kunden begründet. Will man einen völligen Hinfall der heute als Genehmigungsfiktionen formulierten AGB-Klauseln vermeiden, so können sie wohl dahingehend interpretiert werden, dass sie eine solche Rechtspflicht des Kunden statuieren.

In Nr. 11 (4) und (5) der deutschen AGB-Banken findet sich eine ähnliche Kontrollpflicht des Bankkunden[74]. Allerdings geht es m.E. zu weit, eine so-

---

72 Vgl. vorne, 118.

73 Die Kartellkommission wies zu Recht darauf hin, dass der Kunde bloss den Verspätungsschaden zu tragen hat. Vgl. Kartellkommission, 85; Wiegand, Rechtsbeziehung, 151.

74 Nr. 11 (4) AGB-Banken: "Prüfung und Einwendungen bei Mitteilungen der Bank. Der Kunde hat Kontoauszüge, Wertpapierabrechnungen, Depot- und Erträgnisaufstellungen, sonstige Abrechnungen, Anzeigen über die Ausführung von Aufträgen sowie Informationen über erwartete Zahlungen und Sendungen (Avise) auf ihre Richtigkeit und Vollständigkeit unverzüglich zu überprüfen und etwaige Einwendungen unverzüglich zu erheben."
Nr. 11 (5) AGB-Banken: "Benachrichtigung der Bank bei Ausbleiben von Mitteilungen. Falls Rechnungsabschlüsse und Depotaufstellungen dem Kunden nicht zugehen, muss er die Bank unverzüglich benachrichtigen. Die Benachrichtigungspflicht besteht auch beim Ausbleiben anderer Mitteilungen, deren Eingang der Kunde erwartet (Wertpapierabrechnungen, Kontoauszüge nach der Ausführung von Aufträgen des Kunden oder über Zahlungen, die der Kunde erwartet)." Zu den AGB-Banken vgl. Horn, passim.

fortige Kontrolle aller Mitteilungen durch den Kunden zu verlangen, wie es diese zwei Bestimmungen vorsehen. Die Bank muss nämlich damit rechnen, dass ein grosser Teil ihrer Kunden die Kontoauszüge und sonstige Mitteilungen nicht täglich überprüft und bei reisebedingter Abwesenheit die Kontrolle für einige Zeit unterbleibt; der Privatkunde ist nicht zu einer geschäftsmässigen Organisation seines Haushaltes verpflichtet[75]. Demgegenüber ist es dem Kunden zuzumuten, die Bank bei Entdeckung einer Unregelmässigkeit bzw. eines Fehlers *unverzüglich* zu informieren.

Die Bank wird zu ihrem Schutze vorsehen wollen, dass Reklamationen direkt an die Direktion gelangen. Auch Formvorschriften sind durchaus zulässig. Gegen solche Klauseln ist aus der Sicht des Kunden nichts einzuwenden, solange die für die Genehmigungsfiktion geltenden formellen Voraussetzungen auch bei der Vereinbarung einer Reklamationspflicht beachtet werden müssen; nur so vermag der Kunde vor Überraschungen bewahrt werden.

Als Folge der Verletzung der Kontrollpflicht durch den Kunden entsteht die Pflicht zum Ersatz des der Bank entstandenen Schadens. Voraussetzung ist ein Verschulden des Bankkunden sowie ein adäquater Kausalzusammenhang. Auch die Berücksichtigung des Kundenverschuldens als Mitverschulden bei einer vorgängigen Vertragsverletzung der Bank ist möglich[76].

Die heute in AGB-Klauseln verbreitete Wendung, die Folge des Schweigens sei eine Genehmigung, kann m.E. somit als Kontrollpflicht ausgelegt werden. Eine andere Ansicht könnte aber zum Schluss kommen, angesichts der wenig klaren Wortwahl und der Unklarheitsregel[77] dürfe dieser Klausel gar keine Wirkung zukommen. Diese Auffassung ist zu streng: immerhin wird der Kunde dem Ausdruck "Genehmigung" zumindest entnehmen können, dass Stillschweigen ihm gewisse Nachteile bringt.

c) Fazit

Aus den vorstehenden Überlegungen ergibt sich, dass die heute in den Banken-AGB formulierten Klauseln unklar sind und jedenfalls bei ihrer Interpretation die Eigenart der entsprechenden Mitteilung besonders beachtet werden muss. Die Vereinbarung einer klaren Kontrollpflicht des Kunden scheint den Verhältnissen besser zu entsprechen. In formeller Hinsicht haben die vorne genannten Voraussetzungen der Genehmigungsfiktion auch für die Wirksamkeit einer Kontrollpflicht des Kunden zu gelten; das Schutzbedürfnis des Kunden bleibt nämlich unverändert.

---

75 Vgl. Wolf/Horn, N 704 zu § 23 AGBG.
76 Art. 44 Abs. 1 OR.
77 Vgl. vorne, 118.

4. Rechtsfolgen des Schweigens bei ausgewählten Mitteilungen der Banken

Im folgenden soll bei einzelnen Mitteilungen der Banken geprüft werden, welche Rechtsfolgen sie zeitigen. Dabei erfolgt eine Beschränkung auf bankenspezifische Sachverhalte, so dass etwa die stillschweigende Genehmigung des Vertretenen gemäss Art. 38 OR[78] und andere generelle Probleme nicht behandelt werden.

Bei der nachfolgenden Prüfung wird davon ausgegangen, dass die Mitteilungen versandt und beim Kunden eingetroffen sind. Vereinzelt wird auch auf Mitteilungen eingegangen, welche bei ordnungsgemässem Ablauf bei der Bank eintreffen sollten (etwa die Richtigbefundsanzeige). Vom Kunden bevollmächtigte Zustellungsempfänger werden dem Kunden gleichgestellt; es ist hier insbesondere an Rechtsanwälte und Treuhandunternehmen zu denken.

a) Kontoauszüge

Unter einem Kontoauszug versteht man eine für eine bestimmte Periode ausgedruckte Aufstellung der Transaktionen auf Kontokorrent- oder anderen Konten. Die Banken stellen ihren Kunden den Kontoauszug mit Zinsberechnung jährlich, halb- oder vierteljährlich, auf Wunsch auch auf einen anderen Termin zu[79]. Die Muster-AGB deuten in Art. 9 Ziff. 1 Abs. 1 an, dass die Konten periodisch abgeschlossen werden, indem auf die Berechnung der Zinseszinsen hinwiesen wird[80]. Nach den Klauseln in den Banken-AGB erfolgt bei Unterlassung einer Beanstandung innert Frist eine Genehmigung[81]. Die formellen Voraussetzungen einer Erklärungsfiktion sind bei diesen Klauseln - sieht man von den manchmal etwas unauffälligen Hinweisen auf den Mitteilungen ab - gegeben.

Das Stillschweigen auf die Zusendung eines Kontoauszuges bewirkt die Fiktion einer Saldoanerkennung durch den Kunden. Die stillschweigende Saldoanerkennung wiederum hat die Vermutung einer Neuerung und damit - indirekt - eine Beweislastumkehr zur Folge[82]. Das vorne[83] postulierte Verbot

---

78 Hierzu ausführlich Zäch, N 54 f. zu Art. 38 OR.

79 Albisetti/Boemle/Ehrsam/Gsell/Nyffeler/Rutschi, 426; Emch/Renz/Bösch, 90. Entsprechende Klauseln finden sich in den verschiedenen Banken-AGB; vgl. etwa Art. 9 Ziff. 1 Abs. 1 Muster-AGB.

80 Thalmann, 137.

81 Vgl. Art. 9 Ziff. 1 Abs. 2 Muster-AGB sowie vorne, 150. Vgl. hierzu auch die zutreffende Kritik des zweiten Satzes bei Forstmoser, Bankverkehr, 28.

82 Zur Novation vgl. vorne, 145 f.

83 Vgl. vorne, 135 f.

von Beweislaständerungen soll hier aber nicht dazu führen, dass die Parteien gesetzliche Institute wie das abstrakte Schuldversprechen nicht mehr verwenden können. Hinzu kommt, dass keine direkte vertragliche Änderung der Beweislast vorliegt, sondern erst die durch die Genehmigungsfiktion ausgelöste Schuldanerkennung die Novation und damit die Umkehr bewirkt. Gegen ein Verbot der Beweislastumkehr spricht im vorliegenden Fall auch die Tatsache, dass die Beweislast nicht einseitig auf den Kunden überwälzt wird: die Beweislast liegt sowohl für die Bank als auch für den Kunden bei der Partei, die nachträglich Fehler geltend machen will[84]. Der Kunde wird somit in zulässiger Abweichung von der gesetzlichen Beweislastverteilung benachteiligt, da ihm nicht die *gesamte* Beweislast auferlegt wird. Immerhin ist einzuräumen, dass die gesetzliche Vermutung nur wegen der vertraglichen Vereinbarung (also wegen der AGB-Klausel) eintritt und der von den Banken verfolgte Zweck der Klausel ja gerade diese Umkehr ist[85].

In *betreibungsrechtlicher Hinsicht* lässt sich festhalten, dass das Schweigen des Bankkunden auf die Zustellung eines Kontoauszugs nicht als Schuldanerkennung gemäss Art. 82 Abs. 1 SchKG gelten kann, denn es fehlt an der Unterschrift[86]. Die provisorische Rechtsöffnung kann der Bank somit nicht gewährt werden, wenn sie nur einen Kontoauszug vorlegt. Zu keinem anderen Resultat gelangt man, wenn der Kunde die AGB unterschrieben hat[87]. Die Schuldanerkennung kann sich aber auch aus mehreren Urkunden ergeben, unter denen sich etwa ein stillschweigend anerkannter Kontoauszug befinden kann[88].

b) Gutschrifts- und Belastungsanzeigen

Im Regelfall wird bei einer Banküberweisung dem Begünstigten der überwiesene Betrag unter Anzeige gutgeschrieben; der Auftraggeber erhält gleichzeitig eine Belastungsanzeige[89]. Durch die Zustellung dieser Ausführungsanzeigen erfüllt die Bank ihre auftragsrechtliche Informationspflicht[90].

---

84 Thalmann, 137 f.

85 Vgl. die Rechtslage in Deutschland: die überwiegende Lehre (vgl. MünchKomm-Basedow, N 238 zu § 11 Nr. 15 AGBG; Soergel/Stein, N 163 zu § 11 AGBG) sowie der BGH (BGHZ 114, 9, 12) lassen die durch die fingierte Saldoanerkennung erfolgte Beweislastumkehr zu. Dagegen aber Bennemann, 178 ff. und 200 f.

86 So auch Rep 1956 399. Vgl. zur provisorischen Rechtsöffnung im revidierten SchKG Kofmel, 1357 ff.

87 Entscheid des Einzelrichters des Bezirksgerichtes U. vom 18. November 1977, zit. bei Nobel, Praxis, 349 f.; BGE 106 III 99 f.

88 BGE 114 III 73 ff.; 106 III 97 ff. Nach dem älteren Entscheid ungenügend sind allerdings ein unterzeichneter Krediteröffnungsvertrag und ein nicht beanstandeter Kontoauszug. Vgl. auch Amonn/Gasser, § 19 N 79.

89 Albisetti/Boemle/Ehrsam/Gsell/Nyffeler/Rutschi, 125.

90 Gautschi, N 28 a zu Art. 400 OR.

Schweigt der Kunde nach der Zustellung einer Gutschrifts- oder Belastungsanzeige, so kann dies nach dem dispositiven Gesetzesrecht aus den vorne[91] genannten Gründen nicht als Verzicht auf Einreden verstanden werden. Der Kunde hat aber - gestützt auf die vertragliche Vereinbarung von Art. 2 Muster-AGB - auch nicht die Pflicht, jede einzelne Anzeige auf ihre Richtigkeit und Vollständigkeit zu kontrollieren. Denn: hätte der Kunde diese Pflicht schon wegen Art. 2 Muster-AGB, so wäre die Fiktion der Genehmigung der einzelnen Posten im Kontoauszug gemäss Art. 9 Ziff. 1 Abs. 2 a.E. Muster-AGB wohl überflüssig. Durch die Beweislastumkehr, welche wegen des Schweigens auf Kontoauszüge erfolgt, werden die Interessen der Bank m.E. genügend geschützt.

Es reicht demnach aus, wenn der Kunde die entsprechenden periodisch zugestellten *Kontoauszüge* durchsieht und fristgemäss reklamiert. Diese Lösung entspricht den tatsächlichen Verhältnissen: der Kunde bringt nämlich den Kontoauszügen - schon ihrer meist geringeren Häufigkeit wegen - eine grössere Aufmerksamkeit entgegen als einzelnen Gutschrifts- oder Belastungsanzeigen. Das Schweigen auf die Anzeige hat also keine negativen Folgen für den Kunden. Auf Belastungs- und Gutschriftsanzeigen fehlt zudem auch regelmässig der auf Kontoauszügen abgedruckte Hinweis, Beanstandungen hätten innert einer bestimmten Frist zu erfolgen; den Kunden trifft also auch wegen der fehlenden Voraussetzungen keine Prüfungspflicht, und sein Schweigen gereicht ihm nicht zum Nachteil. Es bleibt den Banken jedoch unbenommen, eine entsprechende Pflicht in die AGB aufzunehmen und auf den Gutschrifts- und Belastungsanzeigen einen diesbezüglichen Hinweis anzubringen.

c) Depotauszüge

Die Bank verwahrt beim offenen Bankdepot Wertpapiere, Versicherungspolicen und Edelmetalle und verpflichtet sich auch zu deren Verwaltung. Die Bank übernimmt dabei jedoch - im Gegensatz zum Vermögensverwaltungsauftrag - nur die technische Verwaltung (Einziehung von Dividenden, Zinsen etc.)[92]. Die Beziehung ist als gemischter Vertrag zu qualifizieren, der Elemente des Hinterlegungsvertrages und des Auftrages enthält[93]. Die Rechtsnatur dieses Vertrages ist allerdings umstritten[94].

---

91 Vgl. vorne, 137.

92 Zobl, Vermögensverwaltungsauftrag, 320 FN 2; vgl. auch Baerlocher, 685.

93 Guggenheim, 63; BGE 63 II 240.

94 S. etwa Baerlocher, 684; Tillmann, 19.

Neben den AGB der Banken kommen regelmässig[95] Depotreglemente zur Anwendung, die teilweise physisch mit den AGB verbunden sind, indem sie auf den gleichen Bogen Papier gedruckt sind. Sie enthalten u.a. Bestimmungen, gemäss welchen die Bank dem Kunden periodisch eine Aufstellung seiner verwahrten Werte zustellt[96]. Gelegentlich findet sich auch die Klausel, dass Einwendungen innert einer bestimmten Frist zu erfolgen hätten, ansonsten sie als genehmigt gelten; damit wird eine Bestimmung wiederholt, die sich bereits in den jeweiligen AGB findet[97]. Die Aufstellungen werden etwa als Depotverzeichnis, Depotauszug, Depotwerteverzeichnis, Anlageübersicht u.ä. bezeichnet.

Schweigt der Kunde auf den Erhalt eines Depotverzeichnisses, so stellt sich die Frage nach den Rechtsfolgen. Ein Gericht hielt dafür, dass ein Deponent, in dessen Depotauszug Titel genannt würden, die er tatsächlich nicht haben will, sich durch das Stillschweigen mit deren Vorhandensein einverstanden erkläre. In der Nichtbeanstandung eines Auszuges sei oft die Genehmigung eines vorerst abgelehnten Rechtsvorganges zu erblicken[98].

Ein Depotverzeichnis, welches unwidersprochen bleibt, kann m.E. jedoch nur beschränkte Wirkungen haben. So kann das Schweigen aus den vorne[99] genannten Gründen nicht als Verzicht auf Einwendungen verstanden werden; im Gegensatz zum eben zitierten Entscheid liegt insbesondere auch keine Ge-

---

95 Eine der Grossbanken verfügt über kein eigentliches Depotreglement und hat die entsprechenden Bestimmungen in ihre AGB integriert.

96 Zu den Depotreglementen im allgemeinen vgl. Guggenheim, 59.

97 Die Bestimmungen lauten etwa:
"Depotauszüge. Die Bank stellt dem Kunden in der Regel einmal jährlich eine Aufstellung seiner im offenen Depot aufbewahrten bzw. verbuchten deponierten Werte zur Überprüfung zu. Beanstandungen dieser Depotauszüge der Bank haben innert eines Monats zu erfolgen, ansonst sie als genehmigt gelten, und zwar auch dann, wenn die vom Kunden in bestimmten Fällen zu unterschreibende Richtigbefundsanzeige bei der Bank nicht eingetroffen ist."
"Verzeichnisse. Die Bank übermittelt dem Deponenten, in der Regel auf Jahresende, eine Aufstellung über den Bestand der Depotwerte."
"Depotverzeichnis. Die Bank übermittelt dem Depotinhaber periodisch, in der Regel auf Jahresende, ein Depotverzeichnis. Das Depotverzeichnis gilt als richtig befunden und genehmigt, wenn innert vier Wochen, vom Versandtag an gerechnet, keine Einsprache gegen seinen Inhalt erhoben worden ist. ... Bewertungen des Depotinhaltes beruhen auf approximativen Kursen und Kurswerten aus banküblichen Informationsquellen. Die angegebenen Werte gelten bloss als Richtlinien und sind für die Bank nicht verbindlich."
Zu den für das Schweigen auf die Zustellung von Depotverzeichnissen relevanten AGB-Bestimmungen vgl. vorne, 147 ff.

98 ZR 72 Nr. 56. Das Zürcher Handelsgericht entschied jedoch, in casu habe die Bank nicht von einem Einverständnis des Deponenten ausgehen dürfen. Dieses Gericht hielt in ZR 1994 Nr. 30 aber fest, dass strittige Aktienkäufe als genehmigt zu gelten haben, wenn sie erst nach rund drei Jahren beanstandet werden. Die Bank darf nach Treu und Glaube davon ausgehen, dass der Kunde einmal jährlich die Kontounterlagen kontrolliert und allfällige Reklamationen mitteilt. Vgl. auch vorne, 163 f.

99 Vgl. vorne, 137.

nehmigung eines früher abgelehnten Rechtsvorganges vor, da die Abweichung vom dispositiven Recht erheblich ist[100]. Dabei ist es unbeachtlich, ob einzelne Titel zu Unrecht im Verzeichnis aufgeführt sind oder aber fehlen. Eine Umkehr der Beweislast kann aus den vorne[101] angeführten Überlegungen auch nicht in Frage kommen. Im weiteren gilt es in formeller Hinsicht darauf hinzuweisen, dass nur wenige Depotverzeichnisse einen Hinweis auf die Genehmigungsfolgen enthalten, was eine Genehmigungsfiktion von vornherein ausschliesst.

Es geht m.E. aber zu weit, dem Schweigen auf die Zustellung eines Depotverzeichnisses gar keine Rechtswirkungen zuzusprechen, falls - was nur bei einem Teil der untersuchten Banken-AGB zutrifft - die formellen Voraussetzungen der Genehmigungsfiktion erfüllt sind. Die in allen Depotreglementen bzw. AGB enthaltene Genehmigungsfiktion kann als *Reklamationspflicht* des Kunden verstanden werden, mit den vorne[102] erwähnten Folgen.

In diesem Zusammenhang kann die Widerspruchsfrist trotz starker Kursschwankungen von Wertpapieren kaum kürzer sein als bei Beanstandungen von Kontoauszügen: es steht der Bank ja frei, einzelne Wertschriftentransaktionen gesondert anzuzeigen und für Einwendungen gegen solche Mitteilungen eine kürzere Frist festzulegen[103]. Eine Frist von einem Monat nach Erhalt des Verzeichnisses dürfte ausreichen, da die Prüfung des Verzeichnisses keine zu hohen Ansprüche an den Kunden stellt. Die Parteien können zudem eine besondere Form für die Reklamation vereinbaren, etwa die Benützung eines Fernkopierers. Dies stellt angesichts der grossen Verbreitung von Fernkopierern keinen unzumutbaren Nachteil für den Kunden dar. Einer richterlichen Inhaltskontrolle nicht standhalten dürfte die Klausel in einem Depotreglement, welche als Fristbeginn den Zeitpunkt des Versands festlegt[104].

d) Abrechnungen und Ausführungsanzeigen von Wertpapiergeschäften

Ausgangspunkt ist auch hier die in den AGB jeweils aufgeführte Genehmigungsfiktion, welche nach dem Wortlaut alle Mitteilungen erfassen soll. Aus den gemachten Ausführungen ergibt sich, dass für Abrechnungen und Ausführungsanzeigen von Wertpapiergeschäften, mit welchen die Bank ihre auftrags- bzw. kommissionsrechtlichen Anzeige- und Abrechnungspflichten[105]

---

100 Vgl. vorne, 144 f.
101 Vgl. vorne, 135 f.
102 Vgl. vorne, 161 f.
103 S. sogleich hinten, 168 FN 106.
104 Vgl. vorne, 148 f. Zur Rechtslage in Deutschland vgl. Wolf/Horn, N 652 zu § 23 AGBG.
105 Vgl. Art. 426 Abs. 1 OR.

erfüllt, Schweigen nicht Verzicht auf Einwendungen bedeutet. Auch hier liegt vielmehr eine Reklamationspflicht vor, wobei allerdings - wie in den AGB festgehalten wird - die grosszügige Frist von vier Wochen bzw. einem Monat zur Anwendung kommt. Eine durch Änderung der AGB vorzunehmende Verkürzung dieser Frist auf einige wenige Tage ist m.E. statthaft. Eine ähnlich kurze Frist findet sich auch in anderen Verträgen der Bank mit Privatkunden, so etwa bei Options-Kontrakten; sie betrifft allerdings nicht Einwendungen gegen Mitteilungen über getätigte Geschäfte[106].

e) Richtigbefundsanzeigen

Lautet der Saldo bei einem Kontokorrentkredit zugunsten der Bank, so hat ihn der Kunde durch Unterzeichnung einer Richtigbefundsanzeige anzuerkennen. Aus Gründen der Rationalisierung sind allerdings viele Banken in den letzten Jahren dazu übergegangen, Richtigbefundsanzeigen nicht mehr bei jedem Rechnungsabschluss, sondern nur noch einmal im Jahr oder überhaupt nicht mehr einzuholen[107]. In der älteren Literatur wurde demgegenüber noch darauf hingewiesen, dass "meistens" eine Richtigbefundsanzeige eingefordert werde[108].

Diese Entwicklung mag auf den ersten Blick erstaunen, stellt doch die vom Kunden unterzeichnete Richtigbefundsanzeige eine "durch Unterschrift bekräftigte Schuldanerkennung" im Sinne von Art. 82 Abs. 1 SchKG dar. Damit kann die Bank in einer Betreibung die provisorische Rechtsöffnung erlangen. Einschränkend ist jedoch festzuhalten, dass einige Kantone die schriftliche Richtigbefundsanzeige - m.E. zu Unrecht - nicht als Schuldanerkennung qualifizieren[109].

Trotz dieser betreibungsrechtlichen Vorteile verzichten u.a. die Grossbanken im allgemeinen auf den Versand von Richtigbefundsanzeigen. Die Richtigbefundsanzeige verliert nämlich ihre Qualität als Rechtsöffnungstitel, wenn der anerkannte Saldo vorgetragen und der Kontokorrent von der Bank weitergeführt wird[110].

---

106 So sieht eine Bank in ihren "Bedingungen für die Vermittlung von Options-Kontrakten über Aktien, Partizipationsscheine und andere Wertrechte sowie von Financial Futures-Kontrakten" vor, dass eine ungenügende Margendeckung innert 24 Stunden zu beheben ist.

107 Frey, 429.

108 So Gautschi, N 33 zu Art. 400 OR; vgl. auch Fellmann, N 74 zu Art. 400 OR.

109 Amonn/Gasser, § 19 N 70; ein Teil der Rechtsprechung gewährt auch bei einer Weiterführung des Vertrages provisorische Rechtsöffnung, vgl. die Übersicht bei Panchaud/Caprez, § 84.

110 Frey, 429; Fritzsche/Walder, § 20 N 9; LGVE 1992 I Nr. 46 = SJZ 1994 292 f., m.w.H.; anders aber PKG 1968 Nr. 24 mit der Begründung, die Bank habe die Anzeige mit der Bemerkung versehen, die Anzeige gelte auch bei Weiterführung des

Trifft die dem Kunden zugestellte Richtigbefundsanzeige nicht bei der Bank ein, so sehen die Muster-AGB und ihnen folgend manche AGB vor, dass die entsprechenden Kontoauszüge trotzdem als genehmigt gelten[111]. Es stellt sich nun die Frage, ob diese Bestimmung in unzulässiger Weise vom dispositiven Recht abweicht: darf die Bank bei Schweigen des Kunden nach Zustellung der Richtigbefundsanzeige annehmen, dass er mit dem Kontoauszug einverstanden ist? Immerhin verweigert ja der Kunde seine Unterschrift, und die Bank hat allen Grund zur Vermutung, dass er Einwände hat. Trotz dieser Bedenken sollte hier aber m.E. die vertragliche Vereinbarung zulässig sein, sofern die formellen Voraussetzungen für Erklärungsfiktionen erfüllt sind, zumal kein Verzicht auf ein Recht, sondern "bloss" eine zulässige Beweislastumkehr erfolgt. Die Unklarheitsregel kommt hier nicht zur Anwendung; die entsprechende AGB-Klausel ist in diesem Zusammenhang eindeutig. Das Schweigen auf eine Richtigbefundsanzeige bedeutet somit Anerkennung der Kontoauszüge. Schliesslich liegt aber selbst ohne Vortrag des Saldos kein Rechtsöffnungstitel gemäss Art. 82 Abs. 1 SchKG vor, da es der Richtigbefundsanzeige an einer Unterschrift fehlt.

f) Erhöhung von Hypothekarzinssätzen und Änderung von Kontozinssätzen

In den letzten Jahren hat zwar die Gewährung von Hypothekardarlehen mit einer festen Laufzeit von in der Regel drei bis fünf Jahren an Bedeutung gewonnen. Bei dieser Hypothekenart bleibt der Zinssatz während der gesamten Laufzeit konstant. Eine Mehrheit der Hypothekardarlehen wird aber mit einem gegenseitigen Kündigungsrecht von drei oder sechs Monaten gewährt. Diese Hypothekarschuldverhältnisse sind formell kurzfristig, haben aber langfristigen Charakter[112]. Sie können sowohl in Form eines gegengezeichneten Briefes der Bank oder eines Formulars vorliegen und enthalten regelmässig eine Klausel, gemäss welcher sich die Bank eine *jederzeitige Anpassung* des Zinssatzes an die gegebene Situation vorbehält[113]. Eine ähnliche Situation

---

Kontokorrentverhältnisses als Schuldanerkennung i.S. von Art. 82 SchKG (m.E. zweifelhaft, da erstens nicht die Bank durch einseitige Willenserklärung einer Urkunde die Qualität eines Rechtsöffnungstitels verschaffen kann und zweitens ein stillschweigendes Einverständnis des Kunden auszuschliessen ist). Vgl. zur heute geringen Häufigkeit von Richtigbefundsanzeigen auch Emch/Renz/Bösch, 90 f.

111 Vgl. etwa Art. 9 Ziff. 1 Abs. 2 Muster-AGB sowie vorne, 155.

112 Stettler, 362 f.

113 S. auch Gysi, 52. Kantonalbanken geben Zinssatzänderungen bei Hypothekardarlehen mitunter durch Publikation im kantonalen Amtsblatt bekannt. In den AGB wird zudem festgehalten, dass der bisherige Zinssatz bis zur Fälligkeit des Kapitals weitergilt, wenn das Hypothekardarlehen gekündigt ist oder die Kündigung des Schuldners innert Monatsfrist seit der öffentlichen Bekanntgabe der Zinssatzänderung erfolgt. Über die Anforderungen, welche Klauseln betreffend Zins- und Kostenänderungen bei Kon-

besteht im Kontoverkehr: die massgeblichen Zins- und Kommissionsansätze können gemäss AGB-Klauseln[114] von der Bank jederzeit abgeändert werden. Die Bank ist gemäss diesen Bestimmungen verpflichtet, dem Kunden auf dem Zirkularweg oder auf eine andere geeignete Weise von der Erhöhung Kenntnis zu geben. Entsprechende Informationspflichten ergeben sich - allerdings nicht für Hypothekardarlehen[115] - auch aus dem Gesetz[116]. Bei Baukreditverträgen findet sich schliesslich auch eine entsprechende Klausel, wonach der Zinssatz den veränderten Bedingungen auf dem Geld- und Kapitalmarkt angepasst werde[117].

Wie ist nun die Rechtslage zu beurteilen, wenn der Kunde auf eine entsprechende Mitteilung der Bank schweigt? Sowohl in den AGB als auch in den standardisierten Individualvereinbarungen fehlen Genehmigungsfiktionen, welche dem Schweigen des Kunden auf die Zustellung einer - für den Kunden nachteiligen - Änderung des Zins- oder Kommissionssatzes Zustimmungswirkung beimessen. Art. 2 Muster-AGB ist nach seinem Wortlaut und Sinn nicht anwendbar, betrifft diese Klausel doch Reklamationen des Kunden. Im weiteren kann die Mitteilung einer Erhöhung der Sollzinsen bzw. Herabsetzung der Habenzinsen nach den allgemeinen Bestimmungen zwar als Offerte zur Vertragsänderung verstanden werden; das Schweigen des Kunden kann jedoch *nicht als Zustimmung* interpretiert werden, wirkt sich doch die von der Bank beabsichtigte Änderung nachteilig auf dessen Vermögenssituation aus. Aus diesen Ausführungen ergibt sich, dass deshalb geprüft werden muss, ob sich die Bank mit der Anpassungsklausel ein *einseitiges Recht* auf Vertragsänderung - ein änderndes Gestaltungsrecht[118] - vorbehalten kann. Hierbei ist massgebend, auf welchen Termin die Erhöhung vorgenommen werden soll; grundsätzlich können dabei zwei Situationen unterschieden werden.

aa) Änderung nach Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist

Verfügt der Kunde zwischen dem Erhalt der Änderungsmitteilung und dem Inkrafttreten der Änderung über genügend Zeit, um den Vertrag ordentlich zu

---

sumkreditverträgen zu erfüllen haben, vgl. Koller-Tumler, N 13 zu Art. 8 KKG; Bernd Stauder, Konsumkreditrecht, in: AJP 1994 675 ff., 683.

114 Statt aller s. Art. 9 Ziff. 1 Abs. 1 Satz 2 Muster-AGB.

115 Vgl. Art. 8 Abs. 1 lit. a KKG.

116 Vgl. die Informationspflicht gemäss Art. 10 Abs. 1 lit. b und Abs. 3 KKG: die Bank hat dem Kunden bei Überziehungskrediten auf einem laufenden Konto den Zinssatz bzw. dessen Änderung unverzüglich mitzuteilen. Wird die Änderung nicht mitgeteilt, so ist sie nichtig (Art. 11 Abs. 2 KKG). Art. 8 Abs. 2 lit. c KKG sieht aber nicht vor, dass die Bank den Kunden über Änderungen zu informieren hat. Kritisch hierzu Koller-Tumler, N 13 f. zu Art. 8 KKG.

117 Baumann, 121. Hierbei ist aber zu bemerken, dass es sich beim Baukredit um einen Kontokorrentkredit handelt, der jederzeit für fällig erklärt werden kann; nur selten wird eine gegenseitige halbjährige Kündigungsfrist vereinbart (vgl. Zobl, Baukreditvertrag, 5).

118 Baumann, 122; Gauch/Schluep, N 65 ff.

kündigen, so ist gegen das genannte "einseitige Recht" der Bank nichts einzuwenden. Die Mitteilung ist als Änderungskündigung zu qualifizieren; dem Kunden fehlt es dabei an einem schützenswerten Vertrauen an der unveränderten Weiterdauer des Vertrages. Zu beachten ist immerhin, dass die Bank den Kunden so frühzeitig von der Änderung in Kenntnis zu setzen hat, dass dem Kunden eine angemessene Überlegungsfrist bleibt und er noch kündigen kann, bevor die Änderungen in Kraft treten[119]. Die Überlegungsfrist sollte m.E. zwei Wochen nicht unterschreiten. Schweigt der Kunde, so verzichtet er auf sein Kündigungsrecht und akzeptiert die Änderung. Sofort kündbar sind aber etwa Kontokorrentguthaben und Kontokorrentkredite, weshalb hier die Änderung sofort wirksam werden kann.

bb) Änderung während der ordentlichen Kündigungsfrist

Wie steht es nun aber um den zweiten Fall, wenn die Änderung auf einen Zeitpunkt erfolgen soll, auf den eine ordentliche Kündigung nicht mehr möglich wäre? Die Bank könnte sich ja zu diesem Zweck auf ihr "jederzeitiges Änderungsrecht" berufen und die Änderung schon vor Ablauf der bei Hypothekarschuldverhältnissen regelmässig drei oder sechs Monate dauernden Frist eintreten lassen. Ähnlich stellt sich die Situation bei Spar-, Depositen- und Einlagekonten dar, da auch dort Kündigungsfristen vereinbart werden.

Das Recht des Verwenders, den Vertrag einseitig abzuändern, erweckt im Hinblick auf eine Verletzung von Art. 27 Abs. 2 ZGB insbesondere dann Bedenken, wenn der Vertrag noch einige Zeit andauern wird. Gemäss der EU-Richtlinie vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen ist denn auch eine Klausel dann missbräuchlich, wenn der Gewerbetreibende die Vertragsklauseln einseitig und ohne triftigen und im Vertrag aufgeführten Grund ändern kann[120]. Dieses einseitige Änderungsverbot wird nun aber für Erbringer von Finanzdienstleistungen - also insbesondere Banken - modifiziert[121]. Ausdrücklich zugelassen sind Klauseln, durch die sich der Verwender das Recht vorbehält, den vom Verbraucher oder an den Verbraucher zu zahlenden Zinssatz oder die Höhe anderer Kosten für Finanzdienstleistungen in begründeten Fällen ohne Vorankündigung zu ändern, sofern der Verwender die Pflicht hat, die andere Vertragspartei unverzüglich davon zu unterrichten und es dieser freisteht, den Vertrag *alsbald zu kündigen*.

Misst man das grundsätzlich zulässige Zinsanpassungsrecht der schweizerischen Banken an der Richtlinie, so stellt man *einige Mängel* fest. Ein sofortiges (in der Richtlinie "alsbaldiges") Kündigungsrecht des Kunden findet sich

---

119 Wolf, N 258 zu Anh RiLi; vgl. auch die vorne, 169 FN 113, zitierte Regelung in den AGB einer Kantonalbank.

120 Ziff. 1 lit. j Anh RiLi. Zur Richtlinie vgl. vorne, 125 ff.

121 Ziff. 2 lit. b Anh RiLi.

in den entsprechenden AGB-Klauseln nicht. Auch die Pflicht zur unverzüglichen Unterrichtung des Kunden fehlt. Aus dem Vergleich mit der m.E. die Interessenabwägung zutreffend vornehmenden Richtlinie ergeben sich deshalb Postulate für das schweizerische Recht.

Dem Kunden muss das Recht zustehen, bei einer für ihn nachteiligen Zinssatzänderung bzw. Erhöhung der Dienstleistungskosten den Vertrag mit sofortiger Wirkung zu kündigen, sofern die Änderung noch *während* der ordentlichen Kündigungsfrist eintreten soll[122]. Dieses Kündigungsrecht hat zur Folge, dass die vertraglich vereinbarten Kündigungstermine von Sparkonten nicht zu beachten wären, falls es zu Zinssatzänderungen kommt[123]. Die Bank hat dieses Recht in den AGB zu erwähnen und zudem den Kunden bei der Mitteilung der Erhöhung - ähnlich wie bei den Erklärungsfiktionen - nochmals darauf hinzuweisen. Auch in anderer Hinsicht - etwa bei der Frist, die dem Kunden für die Entscheidungsfindung zustehen soll - müssen die gleichen Voraussetzungen erfüllt werden wie bei einer Erklärungsfiktion, da der Verwender sonst durch die Verwendung eines Gestaltungsrechtes (anstelle einer Genehmigungsfiktion) ungerechtfertigte Vorteile erlangen könnte. Aus diesen Gründen folgt, dass auch die dem Kunden hier zur Verfügung stehende Frist *angemessen* sein muss[124].

Die Erhöhung des Sollzinssatzes bzw. der Kosten sollte dem Kunden *schriftlich mitgeteilt* werden, denn man kann nicht davon ausgehen, dass die grosse Mehrheit der Kunden regelmässig die Schalterhallen der Bank besucht und einen entsprechenden Aushang bemerkt[125]. Sodann muss die Mitteilung "unverzüglich" erfolgen. Dabei dürfte es aber genügen, wenn die Mitteilung mit dem nächsten (monatlichen[126]) Kontoauszug erfolgt und die Kündigung dazu führt, dass der Kunde den Eintritt der für ihn nachteiligen Folgen verhindern kann. Deshalb ist denn auch für die Zeit zwischen der Erhöhung und der Kündigung bloss der bisherige Zinssatz geschuldet. Entsprechendes gilt sinngemäss auch für die Herabsetzung der Habenzinsen.

---

122 Zu anderen ausserordentlichen Kündigungen von Darlehensverträgen vgl. Schärer, N 27 ff. zu Art. 318 OR; allgemein zur Zulässigkeit der Kündigung des Darlehensvertrages aus wichtigen Gründen und den unterschiedlichen Lehrmeinungen vgl. Maurenbrecher, Darlehen, 235 ff.

123 Schwarz, 172. Vgl. auch die Regelung in Deutschland: gemäss Ziff. 12 Abs. 4 AGB-Banken wird dem Kunden eine Zinssatzänderung mitgeteilt; er kann die Geschäftsbeziehung mit sofortiger Wirkung kündigen. Diese Bestimmung bezieht sich jedoch nur auf von der Bank gewährte Kredite (vgl. Ziff. 12 Abs. 3 AGB-Banken) und nicht auf dem Kunden zustehende Guthaben.

124 Vgl. zur Frist bei Erklärungsfiktionen vorne, 120 f.

125 A.M. aber Wolf, N 255 zu Anh RiLi.

126 Schwarz, 154, schränkt zu Recht ein, dass die Bekanntgabe des geänderten Zinssatzes mit dem nächsten Kontoauszug zumindest dann nicht genügt, wenn der Kontoauszug dem Kunden erst Monate nach der Zinssatzänderung zugestellt wird. Im übrigen steht dieser Autor der Orientierung durch einen Zirkularbrief kritisch gegenüber, da ein Mehraufwand entstehe, welcher letztlich wieder dem Konsumenten belastet werde (Schwarz, 171).

Diese Ausführungen lassen sich auch auf *Hypothekarforderungen* anwenden, denn gerade die Klausel, welche der Bank ein jederzeitiges Recht zur Änderung des Zinssatzes gewährt, findet sich standardmässig in sehr vielen Verträgen und wurde nicht individuell ausgehandelt. Es ergibt sich somit, dass dem Schuldner bei Erhöhung des Zinssatzes ein Kündigungsrecht auf den Zeitpunkt der Erhöhung zusteht und er die übliche Frist von drei bzw. sechs Monaten *nicht* zu beachten hat. Auf die gekündigte Geschäftsbeziehung wirkt sich die Erhöhung des Zinssatzes nicht aus.

Aus alledem folgt, dass das Schweigen des Kunden auf die Mitteilung einer Erhöhung der Sollzinsen bzw. der Bankdienstleistungspreise oder der Herabsetzung der Habenzinsen nur dann als Verzicht auf die Ausübung des Kündigungsrechtes zu verstehen ist, wenn der Kunde über sein ausserordentliches Kündigungsrecht unterrichtet wurde. Ein einseitiges Änderungsrecht, wie es die Banken heute in ihren AGB und in den erwähnten Verträgen vorsehen, hält einer richterlichen Inhaltskontrolle nicht stand, sofern es noch während einer allfälligen Kündigungsfrist Wirkungen entfalten soll. Bei Beachtung einiger formeller Voraussetzungen ist aber m.E. ein vorzeitiges Änderungsrecht der Banken durchaus zulässig.

g) Erhöhung von Depotgebühren

Vorne[127] finden sich Ausführungen zu den Folgen, die das Schweigen auf die Zustellung eines Depotverzeichnisses hat. In diesem Zusammenhang interessiert auch die Frage, wie die Banken die *Depotgebühren* erhöhen und welche Wirkung das Schweigen des Kunden darauf hat[128].

Bei der Depoteröffnung wird dem Kunden regelmässig ein Tarif ausgehändigt, welcher zur Bestimmung der Gebühr im konkreten Fall dient. Neben den AGB-Klauseln, welche eine Mitteilung der Bank bei fehlendem Widerspruch als genehmigt erklären, finden sich auch in vielen Depotreglementen Bestimmungen zur Erhöhung von Depotgebühren[129]. Gelegentlich behält sich

---

127 Vgl. vorne, 165 ff.

128 Die Konvention IV der Bankiervereinigung, welche eine einheitliche Gebührenberechnung für offene Depots vorsah und von der Kartellkommission stark kritisiert wurde (Kartellkommission, 25, 71 f.), ist nicht mehr in Kraft.

129 "Entschädigung der Bank. Die Entschädigung der Bank erfolgt nach dem jeweils geltenden Tarif. Die Bank behält sich dessen jederzeitige Änderung vor. Solche Änderungen sind dem Deponenten mitzuteilen."
"Depotgebühren. Die Bank berechnet und belastet dem Deponenten eigene und fremde Depotgebühren sowie eigene und fremde Auslagen für besondere Dienstleistungen, insbesondere die Gebühren, Kosten und Steuern für die Verwahrung und Auslieferung. ... Die Bank behält sich ferner vor, ihre Gebührensätze jederzeit zu ändern, sofern keine schriftlichen Vereinbarungen entgegenstehen, und dem Deponenten hiervon auf dem Zirkularwege oder andere geeignete Weise Kenntnis zu geben."

die Bank auch im Tarif selber das Recht vor, den Tarif jederzeit zu ändern. Die Bank scheint ein einseitiges Recht zur Erhöhung der Depotgebühren - und damit zu einer Änderung des ursprünglichen Depotvertrages - zu beanspruchen.

Die in den Depotreglementen umschriebenen Rechte der Bank erinnern an die vorne[130] erwähnten Vorbehalte, Zinssätze einseitig abzuändern. Entsprechend könnte eine solche Regelung für die Erhöhung von Depotgebühren nur dann aufrechterhalten werden, falls dem Kunden die Möglichkeit der sofortigen Kündigung des Depotvertrages zustehen würde. Nach Gesetz[131] und den meisten Depotreglementen steht dem Kunden dieses Recht auf jederzeitige Kündigung des Depotvertrages mit sofortiger Wirkung zwar zu. Beendigt aber der Kunde den Depotvertrag mit einer Bank, so wird er die Depotwerte in aller Regel in ein Depot einer anderen Bank, deren Gebühren niedriger sind, übertragen wollen. Die Auslieferung an den Deponenten selber stellt heute eine grosse Seltenheit dar. Die dabei anfallenden Übertragungsgebühren können bedeutend sein und sind vom Kunden zu tragen. Sie stellen jedenfalls einen gewichtigen finanziellen Nachteil für den Kunden dar und vermögen den Kunden trotz der Gebührenerhöhung unter Umständen davon abzuhalten, seine Wertschriften in ein Depot bei einer anderen Bank zu übertragen.

Es kann nun argumentiert werden, es reiche nicht, den Kunden bei einer Erhöhung der Gebühren auf das ihm von Gesetzes wegen zustehende Kündigungsrecht zu verweisen. Vielmehr müsse es der Bank untersagt sein, bei einer Erhöhung der Depotgebühren und anschliessender Kündigung durch den Kunden noch Übertragungsgebühren verlangen zu dürfen. Nur wenn der Kunde keine Übertragungsgebühren zu bezahlen habe, könne er den Depotvertrag ohne Nachteile beenden.

Diese Lösung ist für die Bank unbefriedigend, hat doch dann sie die Übertragungsgebühren zu tragen. Abgelehnt werden muss die Argumentation aber aus einem anderen Grunde: der Kunde kann angesichts des gegenseitigen fristlosen Kündigungsrechtes nicht auf eine Weiterführung des Depotvertrages vertrauen. Deshalb hat er jedenfalls die Gebühren zu bezahlen. Schweigt er auf die Mitteilung der Erhöhung, so verzichtet er damit auf die Ausübung

---

fern keine schriftlichen Vereinbarungen entgegenstehen, und dem Deponenten hiervon auf dem Zirkularwege oder andere geeignete Weise Kenntnis zu geben."
"Depotgebühr, Auslagenersatz und Kommission für Verwaltungshandlungen. Die Bank hat Anspruch auf eine Depotgebühr nach jeweils gültigem Tarif. Sie kann diesen Tarif jederzeit unter Mitteilung an den Deponenten ändern."
"Depotgebühr/Auslagenersatz sowie Steuern und Abgaben. Die Entschädigung der Bank bemisst sich nach dem jeweils geltenden Tarif. Dem Depotinhaber wird ein Exemplar davon ausgehändigt. Die Bank behält sich jederzeit Änderungen des Tarifs unter rechtzeitiger Mitteilung an den Depotinhaber vor."

130 Vgl. vorne, 169 f.

131 Art. 404 Abs. 1 und Art. 475 Abs. 1 OR.

seines Kündigungsrechtes und erklärt sich implizit mit der Änderung des Vertrages einverstanden.

In formeller Hinsicht hat die Bank bei Gebührenerhöhungen den Kunden auf sein Kündigungsrecht hinzuweisen (diese Pflicht wird in der Praxis selten erfüllt) und ihm eine angemessene Frist für die Ausübung dieses Rechts einzuräumen. Dieser Hinweis muss sich auch im Depotreglement finden. Für Einzelheiten kann auf die Ausführungen zur Erklärungsfiktion und zur Erhöhung des Zinssatzes verwiesen werden[132].

Es bleibt an dieser Stelle anzumerken, dass die Depotgebühr zwar von der Gebühr zu unterscheiden ist, welche der Kunde der Bank schuldet für ihre Tätigkeit im Rahmen des Vermögensverwaltungsauftrages[133]. Beide Gebühren sind aber hinsichtlich der Zulässigkeit einer Erhöhung gleich zu behandeln.

h) Banklagernde Korrespondenz

Die Banken verlangen regelmässig, dass der Kunde eine sog. Korrespondenzweisung abgibt. Dabei handelt es sich um die Instruktion des Kunden an die Bank, die Bankkorrespondenz jeweils an eine bestimmte Adresse zu senden oder sie bei sich zurückzubehalten[134]. Kunden mit einem grossem Diskretionsbedürfnis scheuen gelegentlich die Zustellung von Bankmitteilungen, um ihre Geschäftsbeziehung zur Bank nicht Unbefugten zur Kenntnis zu bringen; sie ziehen es vor, die Korrespondenz bei der Bank (also beim Absender) verwahren zu lassen. Gleiches gilt auch für Schreiben, welche von Dritten zuhanden des Kunden an die Bank gerichtet werden.

Die Banken haben für diesen Fall besondere Formulare erstellt, welche etwa vorsehen, dass ohne gegenteilige schriftliche Weisung sämtliche Korrespondenzen, Auszüge usw. bei der Bank zurückbehalten werden. Der Kunde hat auch die Erklärung abzugeben, dass alle zurückbehaltenen Schriftstücke als zugestellt gelten und er die Verantwortung übernimmt "für alle Konsequenzen und allfällige Schäden, die sich aus der Zurückbehaltung der Korrespondenzen ergeben können"[135]. Es liegt somit eine Zugangsfiktion vor; sie unterscheidet sich von den in AGB oftmals formulierten Zugangsfiktionen aber insbesondere dadurch, dass sie - wie die gesamte Aufbewahrung - ausschliesslich im Interesse des Kunden liegt. Folgerichtig erhebt die Bank eine

---

132 Vgl. vorne, 117 ff.; 170 ff.

133 Vgl. Zobl, Vermögensverwaltungsauftrag, 319 ff.; zur Vereinbarung einer Gebühr für die Verwaltungstätigkeit der Bank vgl. Zobl, Vermögensverwaltungsauftrag, 321.

134 Emch/Renz/Bösch, 98; Albisetti/Boemle/Ehrsam/Gsell/Nyffeler/Rutschi, 108. Vgl. auch Nobel, Temi, 16, wo die Korrespondenzweisung als risikoreich bezeichnet wird.

135 So im Formular "Auftrag für die Zurückbehaltung von Korrespondenzen" einer Grossbank.

besondere Gebühr als Entschädigung für die Aufbewahrung der Korrespondenz.

Die genannte Weisung stellt nach richtiger Ansicht u.a. eine Definition des Machtbereiches des Kunden dar. Der Kunde selber hat in seinem eigenen und ausschliesslichen Interesse diesen Bereich abgesteckt[136]. Die Instruktion des Kunden verdrängt die gesetzliche Regelung und stellt somit eine Sonderregelung dar. Als Zeitpunkt des Zugangs muss nicht etwa die Ablage in das entsprechende Fach bzw. Dossier gelten, sondern die *Möglichkeit* der Kenntnisnahme, welche üblicherweise nur während der Geschäftszeiten der Bank gegeben sein dürfte. Daraus ergibt sich, dass zwischen dem Zeitpunkt des Zugangs und der Möglichkeit der Kenntnisnahme zu unterscheiden ist[137]. Der Kunde, dem eine Mitteilung banklagernd in diesem Sinne zugestellt wurde, wird nicht anders behandelt als ein Kunde, dem die Mitteilung an die Zustelladresse gesandt wurde[138].

Es handelt sich hier jedoch nicht um eine Kenntnisfiktion, wie dies teilweise vertreten wird[139]. Bei mittelbaren Willenserklärungen wird die Erklärung schon mit dem Zugang wirksam; der Zugang fällt aber nicht mit der Kenntnis zusammen[140]. Die entsprechenden Bankformulare verzichten denn auch auf die Klausel, dass die Korrespondenz als zur Kenntnis genommen gelte. Demzufolge handelt es sich bei den entsprechenden Weisungen um Zugangsfiktionen. Ähnlich hat sich auch das Bundesgericht geäussert[141].

Schweigt der Kunde auf eine ihm banklagernd zugestellte Mitteilung, so ergeben sich bezüglich der Folgen des Schweigens keine Besonderheiten. Die Vereinbarung betrifft bloss die Art und den Zeitpunkt der Zustellung von Mitteilungen. Klauseln, gemäss welchen die Mitteilungen der Bank als "rechtsverbindlich anerkannt" werden, sind in diesem Sinne zu verstehen. Das Bundesgericht will in besonderen Fällen von banklagernder Korrespondenz, etwa bei Rechtsmissbrauch seitens der Bank, nach *Billigkeit* entscheiden[142]. Dies dürfte m.E. so zu verstehen sein, dass die Zugangsfiktion zwar gültig ist, die Folgen des Schweigens des Kunden jedoch nach Billigkeit und somit unterschiedlich beurteilt werden sollen. Generelle Regeln können wohl nicht aufgestellt werden[143].

---

136 Guggenheim, 230. Vgl. auch Schönenberger/Jäggi, N 45 zu Art. 9 OR (bei auf Wunsch des Empfängers postlagernd adressierten Sendungen verwirklicht sich der Zugang in dem Zeitpunkt, da die Sendung erstmals abgeholt werden kann). Vgl. auch Semjud 1985 249.

137 Vgl. zum Zugang und zur Kenntnisnahme von Willenserklärungen vorne, 90.

138 Semjud 1985 249. S. auch BGE 118 II 112 ff.

139 So jedoch Guggenheim, 230 FN 26a.

140 Vgl. vorne, 90.

141 Semjud 1985 249.

142 Semjud 1985 249 f., unter Hinweis auf Nobel, Praxis, 348.

143 Vgl. Nobel, Temi, 17.

Schliesslich sei an dieser Stelle erwähnt, dass sich Mitteilungen der Bank auch bei einer Korrespondenzvereinbarung durchaus zu Lasten der Bank auswirken können. Ein illustratives Beispiel liefert hierfür BGE 104 II 194 ff.: eine Bank musste sich den Inhalt von Mitteilungen, welche sie weisungsgemäss banklagernd zurückhielt, entgegenhalten lassen.

i) Anfrage der Bank bei der Diskontierung eines Wechsels

Benötigt ein Wechselinhaber vor der Fälligkeit des Wechsels Bargeld, so hat er die Möglichkeit, den Wechsel bei einer Bank zum Diskont einzureichen. Der Wechsel wird gegen ein Entgelt in der Höhe der um den Diskont reduzierten Wechselsumme veräussert[144]. Das Diskontgeschäft beschränkt sich zwar nicht auf Wechsel oder auch nur auf Wertpapiere, findet aber dort seine hauptsächliche Anwendung[145].

Banken, die einen Wechsel diskontieren, pflegen beim Akzeptanten anzufragen, ob der Wechsel "in Ordnung" gehe. Schweigt der Akzeptant auf eine solche Anfrage, so liegt darin *keine Genehmigung*[146]. Ist der Akzeptant Kunde der Bank, so kann eine AGB-Klausel, welche bei Schweigen des Kunden auf Mitteilungen der Bank eine Genehmigung vorsieht, nicht die darin vorgesehenen Folgen haben. Entsprechende Bestimmungen sind nämlich bloss auf den Bankkunden in dieser seiner Eigenschaft anwendbar[147]. Gleiches gilt bei Personen, die nicht Kunden der Bank sind und bei denen eine Anwendung der AGB von vornherein zufolge fehlender Übernahme ausgeschlossen ist. Hier kann die Bank nämlich nicht davon ausgehen, dass sich diese Akzeptanten ohne Gegenleistung einer Haftung aussetzen würden.

Aus alledem ergibt sich, dass das Schweigen des Akzeptanten keine Genehmigung bzw. zusätzliche Verpflichtung bewirkt.

j) Schweigen des Deponenten bei der Stimmrechtsausübung

Will eine Bank als Depotvertreterin die Stimmrechte eines Kunden ausüben, so hat sie ihn vor jeder Generalversammlung um Weisungen für die Stimmabgabe zu ersuchen[148]. Ziel der Weisungseinholungspflicht ist eine Stärkung des Aktionärsschutzes durch Verbesserung der Mitwirkungsrechte des Aktio-

---

144 Meier-Hayoz/von der Crone, 229.
145 Baumbach/Hefermehl, N 13 zu Anh Art. 11 WG.
146 Schlegelberger/Hefermehl, N 145 zu § 346 HGB; BGHZ 47, 110, 113.
147 Schlegelberger/Hefermehl, N 145 zu § 346 HGB.
148 Art. 689d Abs. 1 OR.

närs und eine stärkere Bindung an seinen authentischen Willen[149]. Der Kunde hat dafür zu sorgen, dass seine Weisung spätestens zwei bis drei Tage vor der Generalversammlung bei der Bank eintrifft[150]. Die Genehmigungsfiktion in den Banken-AGB kann m.E. nicht auf diesen Fall angewendet werden, weil sie sich auf Beanstandungen bezieht.

Schweigt der Kunde, so hat die Bank das Stimmrecht primär nach den allgemeinen Weisungen des Kunden auszuüben; fehlt es an einer Weisung, so muss die Bank den Anträgen des Verwaltungsrates zustimmen[151]. Diese Regelung kam erst nach kontroversen Diskussionen im Parlament zustande[152].

Umstritten ist nun, ob es Ausnahmen von dieser gesetzlichen Pflicht des Depotvertreters gibt, gemäss den Anträgen des Verwaltungsrates zu stimmen. Eine Lehrmeinung kritisiert zwar diese Pflicht, lehnt aber Ausnahmen ab. Sie verneint ausdrücklich die Möglichkeit der Stimmabgabe nach dem mutmasslichen Willen des Kunden zu dessen Interessenwahrung[153]. Demgegenüber lassen andere Autoren Abweichungen von der gesetzlichen Pflicht zu[154].

Diese zweite Meinung ist der erstgenannten vorzuziehen. Die auftragsrechtliche Interessenwahrungspflicht, welche im alten Aktienrecht selbstverständlich war, sollte weder gemäss der bundesrätlichen Botschaft noch nach den Beratungen im Parlament geändert werden[155]. Die Bank kann deshalb nicht in allen Fällen unbesehen den Anträgen des Verwaltungsrates zustimmen, sondern hat das Aktionärsinteresse zu beachten. Läuft somit ein Antrag des Verwaltungsrates den Interessen der Aktionäre offensichtlich zuwider und kann beim Depotkunden eine besondere Weisung nicht mehr rechtzeitig eingeholt werden, so können die Depotvertreter in Anwendung von Art. 397 Abs. 1 OR das Stimmrecht im *wohlverstandenen Interesse* des Kunden ausüben[156]. Der Depotvertreter hat jedoch den Kunden unmittelbar nach der Stimmabgabe unaufgefordert und unter Angabe der Gründe über die Stimmabgabe zu orientieren[157].

---

149 Scherrer, 169, m.w.H.

150 Scherrer, 177; Tillmann, 163.

151 Art. 689d Abs. 2 OR.

152 AmtlBull NR 1985 1728 ff.; 1990 1383 ff.; 1991 852 ff.; AmtlBull StR 1988 504 ff.; 1991 75; Böckli, N 1351 ff.

153 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 24 N 144; vgl. auch die zahlreichen Hinweise bei Scherrer, 142 FN 568.

154 Böckli, N 1352a; Schaad, N 22 zu Art. 689d OR; Scherrer, 146, 178; Schneider, 971.

155 Ausführlich hierzu Scherrer, 142 ff.

156 Schaad, N 22 zu Art. 689d OR.

157 Vgl. Tillmann, 17, welcher auf die Rechtslage in Deutschland (§ 135 Abs. 8 AktG) verweist; s. auch Schaad, N 23 zu Art. 689d OR; Scherrer, 147.

4. Teil: Zusammenfassung

§ 11 Zusammenfassung

Das Bestätigungsschreiben besitzt eine grosse Verbreitung im kaufmännischen Geschäftsverkehr, wird aber vermehrt auch unter Privatleuten verwendet. Der Hauptzweck des Bestätigungsschreibens liegt in der Absicht des Absenders, seine beweisrechtliche Position im Hinblick auf eine mögliche gerichtliche Auseinandersetzung zu verbessern. Wegen der Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit des unwidersprochen gebliebenen Bestätigungsschreibens wird in den meisten Fällen der Inhalt des Vertrages durch das Bestätigungsschreiben bestimmt werden. Diese Vermutung ist durch ein erhöhtes Verkehrsschutzbedürfnis im kaufmännischen Verkehr gerechtfertigt. Die grosse Bedeutung des Bestätigungsschreibens ergibt sich also schon aus seiner Qualität als Beweismittel.

Ein Blick in verschiedene europäische Rechtsordnungen hat ergeben, dass dem Schweigen auf ein Bestätigungsschreiben gesamthaft nur eine beschränkte materielle Wirkung zukommt. In allen untersuchten Rechtsordnungen wurde Kritik an übertriebenen Folgen des Schweigens auf ein abweichendes Bestätigungsschreiben geäussert, und es wurde postuliert, dass der schweigende Empfänger eines besonderen Schutzes vor Bestätigungsschreiben mit konstitutiven Wirkungen bedarf. Bei der Formulierung einer Lösung für das schweizerische Recht wurde diesem Anliegen Rechnung getragen. Nur bei Ergänzungen, welche die Stellung des schweigenden Empfängers nicht beeinträchtigen, soll eine Abänderung des mündlich geschlossenen Vertrages möglich sein. Dabei ist zu beachten, dass das dispositive Recht diejenigen Fragen regelt, über welche sich die Parteien in ihrem mündlichen Vertrag nicht geeinigt haben; eine neue Klausel in einem Bestätigungsschreiben kann also den schweigenden Empfänger nicht schlechter stellen als das dispositive Gesetzesrecht. Diese Regelung hat zur Folge, dass Bestätigungsschreiben das bereits Vereinbarte nur in seltenen Fällen noch abändern können, womit der schweigende Empfänger vor Überraschungen geschützt ist. Die Interessen des Absenders werden aber durch die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit des Bestätigungsschreibens ausreichend gewahrt. Hinsichtlich der dogmatischen Grundlage des Bestätigungsschreibens ist die Einbindung in die allgemeine Lehre vom Vertragsschluss der sogenannten Vertrauenshaftung vorzuziehen. Einzig hinsichtlich der Anfechtung des Schweigens auf ein Bestätigungsschreiben ist von den allgemeinen Regeln abzuweichen, was aber in der Praxis nur in seltenen Fällen nötig sein wird.

Der erwähnte Schutzgedanke findet sich auch bei der Behandlung des Bestätigungsschreibens im internationalen Privatrecht wieder. Es ist dort hinsichtlich der Wirkungen des Schweigens auf das Umweltrecht des Empfängers abzustellen. Im Wiener Kaufrecht findet das Bestätigungsschreiben keine besondere Behandlung.

In AGB finden sich häufig Klauseln, welche eine dem Schweigen auf ein Bestätigungsschreiben sehr ähnliche Situation regeln. Es wird nämlich festgelegt, welche Folgen das Schweigen des Kunden auf die Zustellung einer Erfüllungsanzeige oder Abrechnung hat. Dabei bedienen sich die AGB-Verwender häufig einer Erklärungsfiktion, worunter auch die Genehmigungsfiktion fällt.

Eine Analyse von AGB aus verschiedenen Branchen hat gezeigt, dass der Kunde oftmals von den für ihn äusserst nachteiligen Folgen von Erklärungsfiktionen überrascht wird. Durch die Formulierung formeller Voraussetzungen soll gewährleistet werden, dass der Kunde sich schon bei der Übernahme der AGB über den Mechanismus der Erklärungsfiktion im einzelnen orientieren kann und vor überraschenden Rechtsfolgen geschützt wird. Diesem Zweck dient auch das Postulat, eine detaillierte Hinweispflicht auf allen schriftlichen Mitteilungen vorzusehen, die eine Frist für eine Handlung auslösen.

Im Rahmen einer Untersuchung der Genehmigungsfiktionen in verschiedenen AGB von Banken wird geprüft, ob die entsprechenden Anforderungen an Erklärungsfiktionen in dieser volkswirtschaftlich zentralen Branche erfüllt sind. Es finden sich sowohl in den Muster-AGB der Bankiervereinigung als auch in den AGB einzelner Banken verschiedene Bestimmungen, die einer Neuformulierung - u.a. im Hinblick auf die AGB-Richtlinie der EU - bedürfen. Ergänzungen, welche die Banken mit verhältnismässig geringem Aufwand vornehmen können, sind auch nötig bei einigen schriftlichen Mitteilungen der Bank an den Kunden.

Angesichts der generellen Formulierung von Genehmigungsklauseln in zahlreichen Banken-AGB werden die Rechtsfolgen des Schweigens bei ausgewählten Mitteilungen der Banken einer genaueren Betrachtung unterzogen. Dabei zeigt sich, dass die entsprechenden Bestimmungen als Kontrollpflicht des Kunden verstanden werden können.