Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 71 (1952)

Artikel: Über Bedeutung, Herkunft und Wandlung der Grundsätze des Privatrechts

Autor: Simonius, August

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-895735

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 04.02.2026

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

AUGUST SIMONIUS

ÜBER BEDEUTUNG, HERKUNFT UND WANDLUNG DER GRUNDSÄTZE DES PRIVATRECHTS

Die Gründer dieser Zeitschrift wollten die Theorie mit der Praxis verbinden. Ihr Programm zeigt den Willen, der Anwendung des Rechts besondere Sorgfalt zu widmen, mit ihren Schwierigkeiten vertraut zu sein und auf diese Weise den Bedürfnissen, Wünschen und Nöten der Menschen gebührend Rechnung zu tragen. Zugleich offenbart es eine dem Schweizer eigentümliche Skepsis gegenüber künstlichen, in der logischen Konsequenz unbedenklichen und deshalb lebensfremden Konstruktionen, wozu sich damals die Wissenschaft des Auslandes bisweilen verleiten ließ, sei es weil sie dem Wortlaut der Gesetzestexte übertriebene Bedeutung beilegte, sei es weil sie einer aus der Gedankenwelt der Romantik stammenden Neigung zu geistiger Willkür nicht immer ganz zu widerstehen vermochte.

Deswegen sollte aber die Theorie in der Erfüllung richtig verstandener Aufgaben nicht behindert sein. Es war nicht gedacht, die Wissenschaft auf das zu beschränken, was Schnell selbst in seiner einleitenden Abhandlung Mechanismus nennt. So konnte auch kein Zweifel darüber bestehen, daß eine Besinnung auf die Grundsätze, die der geltenden Rechtsordnung innewohnen, zu jenen Aufgaben gehört.

Man wird nicht behaupten können, daß in den vergangenen hundert Jahren diese Aufgabe vergessen worden sei. Die Doktrin hat sich mit der Entstehung und der Wirkung einzelner Grundsätze befaßt[1]. Gerne wird, namentlich in der letzten Zeit, auf die fundamentalen Prinzipien nicht nur der öffentlichen, son-

1 Aus neuerer Zeit sind zu nennen: K. Oftinger, «Die Vertragsfreiheit» in «Die Freiheit des Bürgers im Schweizerischen Recht», Festgabe der juristischen Fakultäten 1948 (im folgenden zitiert «Festg. 1948»), S. 315 ff.; W. Scherrer, Die geschichtliche Entwicklung des Prinzips der Vertragsfreiheit, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Heft 20, 1948.

dern auch der privatrechtlichen Ordnung hingewiesen [2]. Ebensowenig fehlen Untersuchungen über Grundsätze, die für jedes Recht maßgebend sind und daher schon in den Bereich des Naturrechts fallen [3]. Wie stark aber ein geltendes Recht, das den Anspruch erhebt, eine richtige Ordnung zu sein, bis in alle seine Verästelungen hinein von Grundsätzen durchdrungen ist, wurde, wie es scheint, weniger beachtet.

Das gilt nicht nur von der Doktrin, sondern auch von der Rechtsprechung. Wenn eine bestimmte gesetzliche Vorschrift nicht zur Verfügung steht, und namentlich wenn ein Rechtssatz analog anzuwenden ist, zieht der Richter häufig vor, sich auf das Rechtsbewußtsein zu berufen, statt den Grundsatz zu nennen, auf dem in Wahrheit seine Entscheidung beruht [4]. Vielleicht ist diese Scheu, sich auf Grundsätze festzulegen, eine Folge der in unserem Lande herrschenden Überzeugung, daß auch im Gesetz enthaltene Rechtssätze jederzeit einer elastischen, auf den Zweck gerichteten Interpretation zugänglich sein müssen. Ein die Kodifikation durchdringendes Netz von Prinzipien könnte nun leicht den Anschein erwecken, diese Interpretation zu hemmen.

Doch ist nicht zu übersehen, daß das Rechtsbewußtsein, so unentbehrlich seine Hilfe sein mag, zuweilen einer Täuschung unterliegt, und daß deshalb juristische Überlegung auch darin besteht, Entscheidungen, die sich mehr auf das Gefühl als auf Rechtssätze stützen, dadurch auf ihre Richtigkeit zu prüfen, daß sie auf Grundsätze bezogen werden, deren Übereinstimmung mit höheren Prinzipien nachweisbar sein kann.

Darum dürfte es nicht ganz unberechtigt sein, heute, da die ZSR das erste Jahrhundert ihres Dienstes an der Rechtswissenschaft vollendet, einige Gedanken über Grundsätze des schwei-

2 Vgl. vor allem A. EGGER, Über die Rechtsethik des Schweizerischen ZGB, 1939; und «Die Freiheitsidee des Schweizerischen Zivilrechts», Festg. 1948, S. 297ff.

3 Siehe namentlich F. GUISAN, «Note sur le droit naturel», Mélanges Reymond, 1940, Revue de théologie et de philosophie, t. 28.

4 C. DU PASQUIER, Les lacunes de la loi et la jurisprudence du Tribunal fédéral sur l'article 1 CCS, Basler Studien, Heft 31, S. 45ff.; O. A. GERMANN, «Präjudizielle Tragweite höchstinstanzlicher Urteile», ZSR Bd. 68, S. 297ff.

zerischen Privatrechts zu äußern. Das vermag hier allerdings nur andeutungsweise, in schematischer Form und ohne jeden Anspruch auf Vollständigkeit zu geschehen. Unter Verzicht auf eine Aufzählung, die allerdings wohl nie erschöpfend sein könnte, und auf eine abschließende Formulierung der Grundsätze soll lediglich ihre Stellung und Funktion im geltenden Recht umrissen und damit versucht werden, an ihre Bedeutung für die Lösung rechtlicher Probleme zu erinnern. Wenn da und dort auf einzelne Grundsätze etwas näher eingetreten wird, sind diese Untersuchungen gewissermaßen als Stichproben gedacht, die immerhin in der Hoffnung vorgenommen werden, daß eine Probe auch auf dem Gebiete der Rechtswissenschaft über den ihr unmittelbar unterworfenen Gegenstand hinaus zu Erkenntnissen führt.

I. «Grundsatz» ist, wie übrigens auch das an Inhalt noch reichere französische «principe», selbst in der Rechtssprache, wo sich das Wort ausschließlich auf Regeln bezieht, kein unzweideutig bestimmter Begriff[5]. Nicht selten wird schon eine einzelne Regel Grundsatz genannt, wenn es gilt, ihre Wichtigkeit für eine bestimmte Entscheidung zu betonen. In England heißt sozusagen jeder von einem Richter festgelegte Rechtssatz «principle». Etwas anderes sind aber die für jedes Gericht verbindlichen «Principles of the Common Law». Damit sind Regeln höheren Ranges gemeint, Regeln, die für Auslegung und Anwendung vieler, wenn nicht aller Rechtssätze maßgebend sind. Diesen Sinn hat der Begriff auch bei uns, so oft die Grundsätze den einzelnen Rechtssätzen entgegengestellt werden. Somit wird hier als Grundsatz oder Prinzip eine Regel bezeichnet, deren Wirkung sich auf eine größere oder kleinere Zahl von Rechtssätzen erstreckt, die häufig zunächst dem Grundsatz gegenüber als Anwendungsfälle oder als Ausnahmen erscheinen. Im gleichen Verhältnis können wiederum Grundsätze zu allgemeineren Prinzipien stehen. Die ersten Grundsätze dieser Art,

5 J. BOULANGER, «Principes généraux du droit et droit positif», Etudes Georges Ripert, 1950, t. I, p. 51 ss., nennt noch weitere Bedeutungen.

deren Bildung als Aufgabe der Rechtswissenschaft betrachtet wurde, waren wohl die «regulae» im Recht der römischen Republik. Dagegen fallen die Grundsätze, die hier in Betracht kommen, nicht unbedingt mit den traditionellen Rechtssprichwörtern zusammen. Diese drücken zwar meistens Grundsätze aus und sind auch durchaus nicht immer veraltet. Doch ist ihre Form selten so genau, daß die Doktrin sich auf sie verlassen könnte. Die bestimmter festgelegten Grundsätze der neueren Rechtslehre sind allerdings dafür an unausgesprochen mitschwingendem Gehalt meistens ärmer als die alten Maximen[6]. Daß das moderne Privatrecht Grundsätze im vorhin genannten Sinn enthält, darf als unbestritten vorausgesetzt werden.

II. Die Funktion dieser Grundsätze vollzieht sich keineswegs notwendig dem Grade ihrer Allgemeinheit entsprechend gleichsam auf einer geraden Stufenleiter, die beim einzelnen Rechtssatz beginnt, über noch wenig allgemeine zu allgemeineren Grundsätzen führt und bei den allgemeinsten Prinzipien endet. Dem Grundsatz der Formfreiheit gegenüber ist die Vertragsfreiheit das allgemeinere Prinzip, und doch beziehen sich die dem ersten Grundsatz unterstellten Regeln über die Entstehung formloser Verträge unmittelbar auch auf die Vertragsfreiheit. Welcher von beiden Grundsätzen zuerst Beachtung verdient, hängt von der Frage ab, die gerade zu lösen ist. Betrifft sie nur die Gültigkeit einer beliebigen formlosen Erklärung, wird es das Prinzip der Formfreiheit sein, steht dagegen der maßgebliche Inhalt der Erklärung zur Diskussion, tritt bereits der Grundsatz der Vertragsfreiheit in Tätigkeit. Ein Rechtssatz kann somit gleichzeitig mehreren Prinzipien verschiedener Stufe direkt unterstehen. Die Ausnahmen, die im Gesetz sowohl Formfreiheit als Vertragsfreiheit erleiden, gehen zum Teil auf das gleiche höhere Prinzip zurück, das Prinzip, wonach der Mensch in der Betätigung seiner Freiheit wirksam zu schützen sei. Diesem entspricht, daß eine Form verlangt wird, wo Übereilung eine be-

6 K. Spiro, «Alte Rechtssprichwörter und modernes Privatrecht», ZSR Bd. 69, S. 121 ff.

sonders schwere Gefahr bedeutet, und ebenso, daß Teile eines Vertrages sich nach zwingenden Vorschriften zu richten haben, wo die Ausnützung der tatsächlichen Zwangslage droht, in der sich beim Abschluß des Vertrages der eine Kontrahent regelmäßig befindet. Hierin offenbart sich zugleich die Wirkung eines vom allgemeinen Schutzprinzip abgeleiteten Grundsatzes, des Gebotes, die eigene Freiheit Treu und Glauben gemäß auszuüben. Auf die gleichen Prinzipien sowie auf das eng damit verbundene Verbot, persönliche Rechtsgüter zu veräußern, gehen die allgemeinen Schranken der Vertragsfreiheit in ZGB Art. 27 und OR Art. 19 zurück. Die Regeln, die Ausnahmen von der Anwendung eines Grundsatzes festsetzen, beziehen sich somit auf andere Prinzipien, denen in casu der Vorrang gebührt.

Mehrere Grundsätze finden, entweder überhaupt oder wenigstens in einem Teil ihres Bereiches, unmittelbar, das heißt ohne eine Vermittlung durch einzelne Rechtssätze, Anwendung. Dahin gehören unter anderen diejenigen, die in den Artikeln 2 ZGB, 41 und 62 OR enthalten sind. Ob eine Regel noch zu den Rechtssätzen oder schon zu den Prinzipien zu rechnen sei, kann daher zuweilen fraglich sein. Ist aber ihre Tragweite bekannt, hat das nicht viel zu bedeuten[7].

Wie mannigfaltig die Funktionen der Grundsätze sind, geht auch aus der Geltung einiger Prinzipien hervor, die sich in erster Linie nicht dadurch auszeichnen, daß sie das dem Inhalt mehrerer Rechtssätze Gemeinsame in einer allgemeinen Regel zum Ausdruck bringen, sondern daß sie vorschreiben, wie bestimmte, in Regeln vorausgesetzte Tatbestände zu deuten sind. In Ermangelung eines besseren Namens sollen sie «Auslegungsgrundsätze» genannt werden, auf die Gefahr hin, daß sie mit anderen, für die Interpretation von Rechtssätzen und von Rechtsgeschäften anerkannten, jedoch nicht auf einzelne Tatbestände bezogenen

7 BOULANGER, l.c., legt stärkeres Gewicht auf die Unterscheidung und nimmt auch die Abgrenzung anders vor. Vgl. S. 55 f., «un principe est général en ce qu'il comporte une série indéfinie d'applications». Im Rahmen dieser Skizze ist eine eingehende Auseinandersetzung mit den höchst beachtenswerten, aber auch in anderen Punkten abweichenden Ansichten Boulangers nicht möglich.

Regeln verwechselt werden. Daß diese Regeln übrigens weitgehend von einzelnen jener «Auslegungsgrundsätze» abhängig sind, wird sich noch weisen.

Der erste Artikel des Obligationenrechts fordert für den Abschluß des Vertrages eine «übereinstimmende gegenseitige Willensäußerung». Jeder Jurist weiß, daß das Wort Willensäußerung verschieden aufgefaßt wird, und daß deshalb die Anforderungen an einen Consens stark voneinander abweichen können. Je nachdem Gewicht auf die Äußerung oder auf den Willen oder endlich auf den Sinn gelegt wird, den die Willensäußerung für den Empfänger haben mußte, bekennt man sich zum Erklärungs-, zum Willens- oder zum Vertrauensprinzip[8]. Jedes dieser Prinzipien stand ein oder mehrere Male im Laufe der Rechtsgeschichte an erster Stelle. Um ihre Tragweite zu ermessen, genügt es, sich daran zu erinnern, daß die Anerkennung abstrakter Rechtsgeschäfte, das sogenannte Abstraktionsprinzip, eine Auswirkung des allgemeineren Erklärungsprinzips darstellt, während der vor allem auf die Eigentumsübertragung und andere Verfügungen anwendbare Grundsatz der Kausalität eine Folge des Vertrauensprinzips bedeutet. In Art. 41 OR lautet der Tatbestand des ersten Absatzes: «Wer einem anderen widerrechtlich Schaden zufügt». Für die Deutung des Wortes «widerrechtlich» stehen zwei Prinzipien einander gegenüber, das «subjektive» und das «objektive» Widerrechtlichkeitsprinzip[9]. Sind auch diese Namen nicht einwandfrei, machen sie doch einen Gegensatz kenntlich, der sich auf dem ganzen Gebiet der unerlaubten Handlungen auswirkt. Zu den «Auslegungsgrundsätzen» ist ferner etwa das für die Bemessung eines Schadenersatzes un-

8 Das Verhältnis dieser Prinzipien zueinander habe ich an andern Orten näher erörtert, vgl. SIMONIUS, «Die Bedeutung des Vertrauensprinzips in der Vertragslehre», Festgabe der Basler Fakultät zum Juristentag 1942, Basler Studien, Heft 15, S. 235 ff., und «Du principe de la confiance», Extrait Semaine jud., 1949; vgl. ferner A. MEIER-HAYOZ, «Das Vertrauensprinzip beim Vertragsabschluß», 1948, Zürcher Beiträge, H. 151.

9 Ausführlicher SIMONIUS, «Les droits de la personnalité», ZSR Bd. 66, S. 21 ff., und «Die Persönlichkeitsrechte des Privatrechts usw.» in Festg. 1948, S. 281 ff.; über die herrschende Ansicht, OSER-SCHÖNENBERGER, Kommentar zu Art. 41 OR, N. 8 ff.

entbehrliche, in keiner Weise jedoch umstrittene Prinzip der adaequaten Kausalität zu rechnen.

III. Der Versuch ein geschlossenes System der Grundsätze aufzustellen, müßte schon daran scheitern, daß sich ihre Wirkung nicht notwendig nach dem Grad ihrer Allgemeinheit richtet, sondern oft mehrere Grade überspringt. Überdies ist nicht mit einem unveränderlichen Bestand an Grundsätzen zu rechnen. Für die Lösung einer Frage kann es sich empfehlen, einem neuen Grundsatz Form zu geben. So wäre die analoge Anwendung der Regel über die Schadenersatzpflicht des Geschäftsherrn auf den Auftraggeber, die das Bundesgericht[10] bei unentgeltlichem Mandat vorgesehen hat, von einem Grundsatz des Inhalts etwa abzuleiten, daß die unentgeltliche Besorgung eines fremden Geschäfts in jedem Falle einen unbedingten Anspruch auf Entschädigung gibt. Der neue Grundsatz bedeutet zuweilen eine Abspaltung von einem anderen Prinzip. Die Vertragsfreiheit umfaßt einerseits die Freiheit der Verfügung über Vermögensrechte und andererseits die Vertragstreue. Die Formulierung des ersten Grundsatzes läßt die Beziehung der Regeln über die Veräußerung von Rechten zur Vertragsfreiheit deutlicher hervortreten, während die Erwähnung der Vertragstreue durch Betonung einer Wirkung der Vertragsfreiheit, die dieser Begriff nicht unmittelbar kenntlich macht, das Gewicht der Regeln über die Nichterfüllung der Verträge verstärkt.

Die Einteilung der Grundsätze in Gruppen dagegen ist geeignet die Kenntnis ihrer Funktionen zu erleichtern[11]. Doch sind je nach den Besonderheiten, die gerade wichtig erscheinen, verschiedene Gruppierungen denkbar. Jede Einteilung ist darum relativ und darf Gemeinsames nicht übersehen lassen.

Seitdem GÉNY[12] den Begriff der Technik in der Rechtswissenschaft endgültig verankert hat, werden, namentlich in Frankreich, technische und nichttechnische Grundsätze unterschie-

10 BGE 61 II 97.

11 Vgl. BOULANGER, l.c., p. 57, «Essai d'une classification des principes»; DABIN, Philosophie de l'ordre juridique positif, p. 239.

12 GÉNY, La science et la technique en droit privé positif, 1921.

den[13]. In das Gebiet der Technik fällt im allgemeinen, was an Begriffen, Regeln und Einrichtungen bewußt geschaffen wurde, um Prinzipien und Rechtssätze, die auf rechtspolitischen Entscheidungen beruhen, zur Durchführung zu bringen. Demnach sind untechnisch die Grundsätze, die aus freien Erwägungen hervorgehen und daher in erster Linie den «Geist» einer Rechtsordnung bestimmen, technisch dagegen diejenigen, die lediglich für die Anwendung anderer Grundsätze gebildet wurden und sich in dieser Funktion unter Umständen durch andere zweckdienliche Grundsätze ersetzen lassen, ohne daß das ihnen übergeordnete Prinzip seine Wirkung zu verlieren braucht.

Als technischer Grundsatz gilt die Formfreiheit. Sie dient zur Durchführung der Vertragsfreiheit, die aber, wie schon das römische Recht beweist, auch mit dem entgegengesetzten Grundsatz vereinbar ist, wonach die Verträge einer Form bedürfen, und selbstverständlich ebenso mit dem englischen Grundsatz einer notwendigen consideration. Ferner ist das Traditionsprinzip ein technischer Grundsatz. Mit dem Prinzip der freien Verfügung über Eigentum und andere Rechte verträgt sich gleichfalls das in Frankreich und England geltende Konsensprinzip. Technisch sind auch die vorhin erörterten «Auslegungsgrundsätze»; für ihre Funktion stehen, wie wir sahen, oft mehrere Prinzipien gleichzeitig zur Wahl. Wollte man dagegen Vertragsfreiheit und Freiheit der Verfügung über Rechte durch einen Grundsatz der Unfreiheit ersetzen, wäre bereits das höchste Prinzip der Rechtsordnung, das Prinzip der Achtung vor der Menschenwürde, in Frage gestellt.

Liegt somit der Unterscheidung eine richtig beobachtete Abstufung im Rang der Regeln zu Grunde, darf doch ihre Bedeutung nicht überschätzt werden. Sobald es um eine Bewertung geht, tritt der Gegensatz stark zurück, denn auch der Wert eines technischen Grundsatzes ist nicht nach der Utilität, sondern nach dem Maß seiner Gerechtigkeit zu bestimmen. Wenn die Vertragsfreiheit der Gerechtigkeit entspricht, ist die Formfrei-

13 Vgl. die von BOULANGER, l.c., p.60, erwähnten «principes d'organisation de la technique juridique».

heit, sofern sie ihr besser dient als der Grundsatz des Formerfordernisses, nicht nur nützlicher, sondern auch gerechter, von den Fällen selbstverständlich abgesehen, da nach einem höheren Prinzip eine Form geboten erscheint. Werden Konsens- und Traditionsprinzip gegeneinander abgewogen, und stellt sich dabei heraus, daß das Traditionsprinzip eine Erschwerung der freien Verfügung über das Eigentum bedeutet, wird noch in Betracht zu ziehen sein, daß wiederum das Prinzip, wonach der Mensch in der Betätigung seiner Freiheit zu schützen sei, eine Publizität der Eigentumsübertragung fordern kann, weswegen dann doch das Traditionsprinzip, falls es die ihm zugedachte Schutzfunktion wirklich auszuüben vermag, als der gerechtere Grundsatz gelten muß. Für die «Auslegungsgrundsätze» trifft dasselbe zu. Dem Vertrauensprinzip wird gegenwärtig der Vorzug gegeben, weil es allein, im Sinne der Vertragsfreiheit, gestattet, nicht bloß auf die Freiheit des einen, sondern, soweit das überhaupt möglich ist, auf die Freiheit beider Kontrahenten Rücksicht zu nehmen, und weil es zugleich beide gleichmäßig verpflichtet, sich beim Abschluß des Vertrages Treu und Glauben entsprechend zu verhalten. Unter Verhältnissen wie sie heute bestehen, sind deshalb Erklärungs- und Willensprinzip nicht nur weniger, sondern überhaupt nicht gerecht. Aus der gleichen Erwägung ergibt sich die Überlegenheit des vom Vertrauensprinzip abgeleiteten Kausalitätsprinzips dem Abstraktionsprinzip gegenüber, das vom Erklärungsprinzip ausgeht. Jedenfalls ist über eine Regel, die bereits den Rang eines Grundsatzes erreicht, alles Wesentliche nicht damit gesagt, daß sie in die Technik eingewiesen wird, um so weniger als, wie sich noch zeigen wird, auch in der Art, wie technische und nichttechnische Grundsätze entstehen, ein durchgehender Unterschied nicht besteht. Anders verhielte es sich allerdings, wenn man unter nichttechnischen Grundsätzen nur unbestimmte sittliche Normen verstehen, und die Umgestaltung, deren sie bedürften, um überhaupt Rechtsregeln zu werden, bereits der Technik zurechnen wollte[14]. Dann fiele aber geradezu das ganze Recht in

14 Siehe unten Anm. 34.

den Bereich der Technik, was den Nutzen, den dieser Begriff für die Doktrin immerhin bietet, stark herabsetzen müßte.

IV. Sich allgemein über die Entstehung der Grundsätze zu äußern, ist deshalb schwierig, weil der Ursprung eines jeden Eigentümlichkeiten aufweist. Indessen begegnet man Urteilen über die Rolle der Rechtswissenschaft bei der Bildung der Grundsätze, zu denen sich Stellung beziehen läßt, ohne auf Einzelheiten näher einzugehen. Eine Ansicht[15] geht dahin, daß wenn nicht alle Grundsätze, so doch die nicht ganz allgemeinen und vor allem die technischen ausschließlich ein Werk der Wissenschaft sind. Für eine andere[16] dagegen entstehen die Grundsätze ohne Zutun der Doktrin und sind von ihr lediglich festzustellen, auszulegen und, falls es noch kein Gesetzgeber getan hat, zu formulieren.

Bedenkt man aber, daß einerseits die Geltung einer Regel und darum auch eines Grundsatzes, jedenfalls auf dem Boden des modernen Privatrechts, zum mindesten eine Entscheidung des Gesetzgebers oder des Richters voraussetzt[17], eine Entscheidung somit, die der Doktrin fremden Einflüssen ausgesetzt sein kann, und daß andererseits die Rechtswissenschaft nicht bloß, wie einzelne andere Wissenschaften, von außen an ihren Gegensatz herantritt, sondern selbst fortwährend dazu beiträgt, ihn zu gestalten, weshalb sie bei jeder Untersuchung über das Recht auf Ergebnisse ihrer eigenen Arbeit stößt, wird man geneigt sein, anzunehmen, daß die Rechtswissenschaft an der Bildung von Grundsätzen nie ganz unbeteiligt, aber auch nie ausschließlich beteiligt ist. Ein Blick auf einige Grundsätze von verschiedenem Rang scheint das zu bestätigen.

Die großen Entscheidungen zwar, die Entscheidungen für die «principes fondamentaux» der Rechtsordnung, für die Rechtsfähigkeit aller Menschen, für ihre Freiheit und damit auch für

15 P. Roubier, Théorie générale du droit, 2me éd., p. 14.

16 Boulanger, l.c., p. 57.

17 Das kann gesagt werden, ohne auf das Problem der Rechtsquellen näher einzugehen. Die Ansicht des Verfassers darüber: Simonius, Lex facit regem, Basler Studien, Heft 5; vgl. zum Text Germann, l.c., S. 429ff., K. Spiro, Über den Gerichtsgebrauch zum allgem. Teil des OR, 1948, S. 286ff.

die Vertrags- und Verfügungsfreiheit, für den wirksamen Schutz dieser Freiheit gegen Mitmenschen und auch gegen den Staat, da eine bloß privatrechtliche Freiheit letztlich in der Luft hängt, pflegt man vorwiegend nicht mit der Rechtswissenschaft in Beziehung zu setzen. Historische Ereignisse von gewaltigem Ausmaß, denen weltumspannende geistige Bewegungen vorangingen, scheinen oft eine genügende Erklärung dafür zu bilden, und deshalb kann die Rolle, die der juristischen Doktrin dabei zufiel, einem Beobachter leicht bedeutungslos vorkommen. Nun ist es aber nicht so, daß sich etwa erst Ende des 18. Jahrhunderts, alle jene Grundsätze auf einmal durchgesetzt hätten. Die privatrechtliche Freiheit war schon dem römischen Recht bekannt und ist seither zwar zeitweilig beschränkt, nie aber vollständig aufgehoben worden. Wenn sie nunmehr in einer vom geltenden Recht gewährleisteten Freiheit dem Staate gegenüber eine Sicherung erhielt, die übrigens nur für Länder des Kontinents, kaum aber für England wirklich neu war, ist jedenfalls der Gedanke an dieses Recht auf Freiheit und überhaupt an Rechte des Menschen, die der Staat zu achten hat, ebenfalls alt und, wenn nicht ausschließlich, so doch weitgehend der Rechtswissenschaft zu danken. Diese hatte seit langem die Grundsätze, auf denen solche Rechte beruhen, als Regeln erkannt, die, wie auch das positive Recht beschaffen sein mag, unbedingt verbindlich sind. Die Forderung an die geltende Ordnung, diese Grundsätze aufzunehmen, findet sich im Keim schon bei den Juristen des Altertums, und sie wird mit wachsender Deutlichkeit in der Rechtslehre des christlichen Mittelalters und später im neueren Naturrecht erhoben[18]. Ging allerdings die letzte Anregung zu einer Erklärung der Menschenrechte, wie sie zuerst in den Vereinigten Staaten und nachher in Frankreich Bestandteil der Verfassung und damit des positiven Rechts geworden ist, weniger von Juristen, als von Philosophen aus, darf nicht übersehen werden, daß unter dem Einfluß der naturrechtlichen Schule im 17. und 18. Jahrhundert allen Gebildeten zur Gewohnheit wurde, an die

18 CICERO, De legibus 1, 10, 29; BRACTON, De legibus etc. I, VI; PUFENDORF, De Jure naturae et gentium, L. III, c. 2.

Probleme, die sich dem Menschen in der Gesellschaft stellen, mit den Methoden des Juristen heranzugehen[19]. Juristisch gedacht ist es, wenn ein LOCKE den wichtigsten Grund für das Verlassen des ursprünglichen Naturzustandes in der Notwendigkeit eines unparteiischen Richters erblickt, wenn er die Menschenrechte auf einen wegen ihrer Unveräußerlichkeit selbstverständlichen Vorbehalt beim Abschluß des ersten Gesellschaftvertrages gründet und wenn er, um die Verbindlichkeit dieses Vorbehaltes dem englischen Parlament gegenüber zu verstärken, dieser sozusagen allmächtigen Körperschaft die Stellung eines Sachwalters, eines trustee, der Gemeinschaft zuweist[20]. Nicht minder verrät das Werk eines ROUSSEAU Verständnis für rechtliche Fragen. Was er etwa über den Gegenstand des Gesetzes sagt, der nur ein allgemeiner sein darf, oder über ein Abgehen vom Gesetz, das nur «les plus grands dangers» rechtfertigen können, erweckt beinahe den Anschein, als habe er bestimmte rechtspolitische Probleme unserer Zeit vorausgeahnt[21]. Die positiven Erklärungen der Menschenrechte stellen deshalb juristische Dokumente dar, die von einer während Jahrhunderten durch die Rechtswissenschaft geleisteten Arbeit Zeugnis ablegen. Wenn sie zwar kurz nach ihrer Entstehung gerade durch Rechtsgelehrte einer scharfen Kritik unterzogen wurden, richtete sich diese nicht gegen die Menschenrechte, sondern gegen die angeblich unzulängliche Form der Erklärungen, die jene Juristen fürchten ließ, daß sich die aufgestellten Grundsätze als undurchführbar und deshalb eben für die Menschenrechte als gefährlich erweisen könnten[22]. Erst in der Zeit der Romantik hat die Dialektik

19 Der Text muß sich auf zwei Beispiele beschränken.

20 J. LOCKE, Treatise of Civil Government, Works 10th ed., London 1801, vol. 5, chapt. VII, § 90, XI, § 135, XIII, § 149; dazu neuerdings, J. J. CHEVALLIER, Les grandes œuvres politiques, 1950, p. 85 ss.; LAUTERPACHT, International Law and Human Rights, 1950, p. 137 ff.

21 J. J. ROUSSEAU, Contrat social, L. II, ch. 6 (De la loi), L. IV, ch. 6 (De la dictature); vgl. auch H. NEF, «J. J. Rousseau und die Idee des Rechtsstaates», Schweiz. Beiträge z. allgem. Geschichte, Bd. 5, S. 167 ff., insbesondere S. 182 ff.

22 J. BENTHAM, «Anarchical Fallacies, being an examination of the Declarations of Rights», Works, 1843, II p. 491 ff.; BURKE, Reflections on the French Revolution, ed. 1910, p. 56; dazu und über weitere Kritiker, LAUTERPACHT, l. c., p. 123 ff.

eines Hegel die Möglichkeit einer Gesellschaftsphilosophie aufgezeigt, in der sich die ethische Frage verflüchtigt, und damit die Möglichkeit von «principes fondamentaux», die mit juristischem Denken wenig mehr zu tun haben. Zweifelhaft ist dann aber, ob die Frage nach Prinzipien überhaupt noch einen Sinn hat.

Wie die Rechtswissenschaft an der Entstehung von Grundsätzen, die weniger allgemein sind, beteiligt war, kann meistens genauer abgewogen werden. Stets handelt es sich aber auch da nur um einen Anteil und, sogar bei technischen Grundsätzen, die unvermeidlich die Spur juristischer Arbeit an sich tragen, nicht einmal notwendig um den stärksten. Wird das Verschuldensprinzip mit Recht als eine Errungenschaft der römischen Juristen angesehen, hat es sich seither derart im allgemeinen Rechtsbewußtsein verankert, daß seine Anerkennung in den modernen Rechten kaum noch eines Anstoßes durch die Wissenschaft bedurfte. Seit längerer Zeit ist diese mehr um das Prinzip einer ausnahmsweise anzuordnenden Kausalhaftung bemüht. Die Formfreiheit setzt die juristische Kunst voraus, formlose Willenserklärungen auszulegen. Die Durchführung des Prinzips aber in einem Ausmaß, das die von den Römern in dieser Richtung unternommenen Vorstöße weit hinter sich ließ, ist in erster Linie der Theologie des Mittelalters zuzuschreiben, die sich auf das sittliche Gebot der Wahrhaftigkeit und damit der Bindung an jedes gegebene Wort berief. Ähnliches gilt von den «Auslegungsgrundsätzen», wenn sich auch bei ihnen die Erinnerung an wissenschaftliche Diskussionen in besonderer Weise noch darin zeigt, daß sie oft nicht Grundsätze, sondern Theorien genannt werden. Das Erklärungsprinzip[23], in primitiven Verhältnissen eine Notwendigkeit, wurde vom römischen Recht im Bereich der abstrakten Geschäfte beibehalten, nachdem es längst, dank einer erhöhten Kunst im Auslegen der Verträge, entbehrlich geworden war, was ohne sichtbare Opposition der Juristen, aber, wie die Einstellung des praetorischen Rechts beweist, kaum auf ihr Betreiben hin geschah. Im 19. Jahrhundert allerdings wurde es von

23 Zum folgenden Text siehe Zitate Anm. 8.

den Vertretern der Pandektenschule durch die erneute Anerkennung abstrakter Geschäfte wiederbelebt. Für die teilweise Übernahme in das Obligationenrecht jedoch war mehr das Prestige dieser Schule und weniger eine überlegte Stellungnahme der schweizerischen Doktrin maßgebend. Als das eigentliche juristische Prinzip für die Behandlung von Willensäußerungen darf das Vertrauensprinzip gelten. Es scheint geradezu von jeher den Juristen vorgeschwebt zu haben. Ihm entsprachen schon die Rechtsmittel, die der römische Praetor, von der Wissenschaft unterstützt, in sein Edikt eingeführt hat, um die Folgen des Erklärungsprinzips abzuschwächen, und auf eine, zwar nicht immer ganz deutliche Vorstellung des Vertrauensprinzips stützte sich der Widerstand, dem im Mittelalter und später im Naturrecht das Willensprinzip bei Juristen begegnete. Noch in der modernen Rechtsprechung steht die Anwendung des Vertrauensprinzips unter dem Einfluß der Doktrin. Der Ursprung der langen, außerordentlich zähen Herrschaft des Willensprinzips dagegen dürfte wohl wieder bei Theologen des Mittelalters zu suchen sein. Ihnen mußte das Eingehen auf die inneren Absichten des Menschen unvermeidlich erscheinen, und wäre ihre Art zu denken nicht weiterhin anerkannt worden, hätte selbst ein Savigny kaum vermocht, aus dem Prinzip eine Lehre der Willensmängel abzuleiten, die lange über die Pandektenschule hinaus als unerschütterlich galt, auch wenn er sie im einzelnen scheinbar auf logische Gründe, wie Folgerungen aus dem Begriff der Willenserklärung, stützen konnte. Diese Willenslehre hat aus dem gleichen Grunde wie die Theorie der abstrakten Verfügung im Obligationenrecht einen Niederschlag gefunden.

Das subjektive Widerrechtlichkeitsprinzip war zunächst die als selbstverständlich angesehene und darum kaum formulierte Auslegungsregel für den durch die Artikel 1382/3 CC festgehaltenen Grundsatz[24]. Diesen hatte die vorrevolutionäre Rechtslehre Frankreichs in Anlehnung an den Tatbestand der actio Aquiliana geschaffen, um das ursprünglich kasuistische Delikts-

24 Colin, Capitant, Julliot de la Morandière, Cours de droit français, 9e éd., t. 2, No 278-287. Josserand, Cours d. dr. civil positif, 1re éd., t. 2, No 408 ss.

recht in einer Regel von möglichst großer Tragweite zusammenzufassen, und die Redaktoren des Code civil konnten ihn aus dem Werk POTHIERS beinahe unverändert übernehmen[25]. Der Grundsatz erschien dann im Obligationenrecht in der Gestalt des Art. 50, jetzt 41. Damit war in der Schweiz vorerst auch die alte Auslegungsregel anerkannt. Einen Namen erhielt sie jedoch erst, als sie anfing durch das entgegengesetzte Prinzip verdrängt zu werden, und die Doktrin sich eingehender mit ihr befassen mußte. Der Ursprung des objektiven Widerrechtlichkeitsprinzips ist bedeutend jünger, aber insofern ähnlich, als dieses Prinzip den Auslegungsgrundsatz darstellt, der dem Texte des § 823 BGB angemessen ist. Daß dieser Paragraph, der den gleichen Zweck erfüllen sollte wie die Artikel 1382/3 CC, in vorsichtiger Weise als Blankettnorm gefaßt wurde, hat einen Grund darin, daß es der Pandektenschule schwerer gefallen war, sich von den römischen Deliktklagen zu lösen, als der französischen Lehre[26], und darum die Verfasser des BGB, als schließlich doch eine allgemeine Deliktsregel aufzustellen war, den Vorteil der Präzision, den die alten Tatbestände geboten hatten, nicht ganz verlieren wollten. Ein anderer Grund ist später zu erörtern, und auch auf die Frage, ob das Bestreben von Doktrin und Rechtsprechung in der Schweiz, das für die Regel des BGB gedachte Auslegungsprinzip auf einen andersartigen, aus dem CC übernommenen Grundsatz anzuwenden, richtig war, wird noch zurückzukommen sein.

V. Nicht alle Grundsätze, die das positive Recht anerkennt, sind im Gesetz ausdrücklich erwähnt. In diesem Punkte können Kodifikationen, die zur selben Zeit gelten und die Verbindlichkeit gleicher Grundsätze voraussetzen, erheblich voneinander abweichen. Ein Grundsatz, den die eine feierlich verkündet,

25 POTHIER, Obligations No 116; die Formel findet sich aber schon bei DOMAT, Lois civiles, L. 2, titre 8, sect. 4.

26 WINDSCHEID-KIPP, Lehrb. des Pandektenrechts, 9. Aufl., Bd. 2, §§ 451 ff.; DERNBURG, Pandekten, 8. Aufl., Bd. 2 §§ 386 ff.; für die auf Erweiterung des Deliktsrechts gerichteten Bestrebungen bleibt aufschlußreich R. JHERING in Jher. Jahrb., Bd. 23, «Rechtsschutz gegen injuriöse Rechtsverletzungen».

wird in einer anderen nur nebenbei angeführt oder sogar mit Stillschweigen übergangen, ohne daß unbedingt daraus zu schließen wäre, er werde für weniger wichtig gehalten. Doch entscheidet nicht, wie es allerdings zuweilen den Anschein hat, nur der Zufall oder, besser gesagt, das Gutdünken der für die Redaktion des Gesetzes Verantwortlichen über Aufnahme oder Nichtaufnahme eines Grundsatzes. Neben anderen objektiven Gründen kann der Stand der Rechtswissenschaft im Augenblicke, da das Gesetz abgefaßt wird, dafür den Ausschlag geben.

Wenn der CC im Gegensatz zu den schweizerischen Gesetzbüchern den Grundsatz der Vertragstreue außerordentlich eindrücklich hervorhebt, «Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites», Art. 1134, spielt da, zum Teil jedenfalls, noch der naturrechtliche Gedanke mit, daß der Vertrag, wie die Menschenrechte, in Wahrheit außerhalb des positiven Rechtes liegt und sozusagen eine selbständige Rechtsquelle neben dem Gesetz darstellt, ein Gedanke, der aus der französischen Rechtslehre bis heute nicht ganz verschwunden ist[27]. Dem gegenüber war für die Verfasser des Obligationenrechts im ausgehenden 19. Jahrhundert die mit der Vertragsfreiheit unlösbar verbundene Vertragstreue so sehr zur Selbstverständlichkeit geworden, daß, im Gesetz sie besonders hervorzuheben, ihnen geradezu als eine Banalität hätte vorkommen können. Sie legten alles Gewicht auf die einzelnen Bestimmungen über die Nichterfüllung, die sie in Anlehnung an die kantonalen Rechte, an den französischen Code und namentlich an die Lehren der Pandektenschule ohne Schwierigkeit aufzustellen vermochten.

Umgekehrt erhielt der Grundsatz, daß die Persönlichkeit gegen Angriffe zu schützen sei, ein Anwendungsfall des bereits mehrmals erwähnten allgemeinen Schutzprinzips, in den schweizerischen Gesetzen eine gewichtigere Form als im Code civil und in anderen Kodifikationen. Nicht nur ist in Art. 28 ZGB von der Verletzung der persönlichen Verhältnisse die Rede, sondern das «Recht der Persönlichkeit» wird auch als Schranke der Ver-

27 Sog. Théorie de l'autonomie de la volonté, COLIN etc., Cours, t. 2, No 12ss.

tragsfreiheit in Art. 19 OR und im Marginale zu Art. 27 ZGB ausdrücklich aufgeführt, während sich der Code mit der abstrakteren Regel der Art. 1382/3 begnügt und in Art. 6 als Grenzen der Vertragsfreiheit nur die guten Sitten und den ordre public nennt, ohne daß im Recht, das gilt, ein nennenswerter Unterschied bestünde. Der schweizerische Gesetzgeber hatte wohl schon deshalb einen Grund, sich über das Persönlichkeitsrecht deutlicher auszusprechen, weil, als das ZGB vorbereitet wurde, eine Diskussion über die Persönlichkeitsrechte in der deutschen Doktrin mit der Verwerfung dieses Begriffs durch die Verfasser des BGB geendet hatte, eine Tatsache, die in Verbindung mit der gleichzeitigen Übernahme des objektiven Widerrechtlichkeitsprinzips auch in der Schweiz zu einer Verminderung des Persönlichkeitsschutzes hätte führen können[28].

Im ZGB hat das Gebot, Treu und Glauben gemäß zu handeln, das im CC, Art. 1134, als Regel für die Einhaltung der Verträge und im BGB, § 242, als Vorschrift für die Erfüllung der Schuldverhältnisse erscheint, in erweiterter Fassung einen hervorragenden Platz am Anfang des Gesetzes erhalten, wo es sich außerdem mit einem generellen Verbot des offenbaren Rechtsmißbrauchs verbindet. Das wäre kaum geschehen, wenn nicht während der vorangehenden Jahre Doktrin und Rechtsprechung mehrerer europäischer Länder im Mißbrauch einen Tatbestand erkannt hätten, der in zahlreichen Rechtsbeziehungen auftritt, und es nicht zugleich gelungen wäre, die Voraussetzungen des Rechtsmißbrauchs so zu bestimmen, daß eine Berufung darauf nicht droht, wie noch beim Inkrafttreten des ZGB einzelne Autoren fürchteten, alle auf Gesetz oder Vertrag beruhenden Rechte aus den Angeln zu heben[29]. Heute wird der Rechtsmißbrauch praeter legem fast überall in ähnlicher Weise beachtet.

Doch ist für die Wirkung eines Grundsatzes nicht in allen Fällen gleichgültig, ob er im Gesetz ausdrücklich erwähnt ist,

28 EGGER, Kommentar zu Art. 28, Nr. 1 ff.; siehe auch Zitate Anm. 9.

29 Darüber EGGER, Kommentar zu Art. 2, No 6; gegen Art. 2 II ZGB u.a. A. MARTIN, ZSR, Bd. 26, S. 71 ff.; M. STAEHELIN, ZSR, Bd. 26, S. 355 ff.

oder ob er bloß, sei es einzelnen Gesetzesbestimmungen entnommen, sei es neben dem Gesetz durchgeführt werden muß. Die Aufnahme in das Gesetz verstärkt, auf dem Kontinent jedenfalls, wo man das Recht vorwiegend im Gesetz erblickt, oft das Gefühl, durch den Grundsatz unbedingt verpflichtet zu sein. So hat der Art. 1134 CC, der den Vertrag als ein Gesetz für die Parteien bezeichnet, sicherlich dazu beigetragen, daß die französische Doktrin eine Revision der Verträge durch den Richter heute noch meistens ablehnt. In der Schweiz dagegen erwies sich gerade das gesetzliche Verbot des offenbaren Rechtsmißbrauchs als ein Mittel, um dem richterlichen Eingriff in Verträge, bei außergewöhnlicher, unvorhersehbarer Veränderung der Umstände, eine Rechtfertigung zu geben und ihm zugleich die Schranken aufzulegen, die notwendig sind, damit er das Prinzip der Vertragstreue nicht verletzt[30]. Es kommt allerdings vor, daß ein ungeschriebener Grundsatz, wenn er sich in den Denkgewohnheiten der Juristen festgesetzt hat, widerstandsfähiger ist als der eine oder andere Gesetzesartikel. Das Festhalten an der Abstraktheit der Zession, dem letzten Ableger des Erklärungsprinzips im schweizerischen Recht, ist dafür ein sprechendes Beispiel.

Eine Formulierung durch den Gesetzgeber bietet häufig auch den Vorteil, jede Diskussion über die Geltung eines Grundsatzes abzuschneiden. Die schweizerischen Gesetze kennen keine Bestimmung, die dem Art. 2 CC entspricht: «La loi ne dispose que pour l'avenir, elle n'a point d'effet rétroactif». Für die Verfasser des CC war ein Gesetz, das in der Vergangenheit begründete Rechtsverhältnisse antastet, ein «acte de despotisme», der dem Einzelnen die geschuldete Achtung versagt. In Doktrin und Rechtsprechung der Schweiz herrscht aber gegenwärtig die Meinung vor, daß das Verbot bei uns nicht bestehe, und daß die Rückwirkung nur dann unzulässig sei, wenn sie gegen die

30 Zum französischen Recht: TRAVAUX de la Semaine de Droit, Paris 1937, t. 2, La révision des contrats par le juge, Rapporteur général J. P. NIBOYET p. 1; zum schweizerischen: Travaux 1937, Rapports THILO, SIMONIUS p. 180s; Verhandlungen des Schweiz. Juristentages 1942, Berichterstatter MERZ und DESCHENAUX, ZSR Bd. 61, S. 393a ff.

in Art. 4 der Bundesverfassung garantierte Rechtsgleichheit verstößt. Doch dürfte sich wohl die Frage stellen lassen, ob nicht in einer Rechtsordnung, die wie die schweizerische bestrebt ist, dem Einzelnen eine den höchsten Prinzipien entsprechende Stellung einzuräumen, die Geltung des Verbotes selbstverständlich sein müßte, und ob nicht gerade deswegen der Zeitpunkt verpaßt wurde, an dem der Grundsatz in ein Gesetz hätte aufgenommen werden können. Die Frage scheint um so berechtigter zu sein, als die Erfahrung lehrt, daß eine Rückwirkung ohne jede Verletzung der Rechtsgleichheit kaum möglich ist, und als die kleinen échappatoires zum Beispiel, die das Bundesgericht den kantonalen Steuergesetzgebern offen hält, wenn die Ungleichheit nicht übermäßig ist, sicher keine elegantiae juris bedeuten. Ein echter Staatsnotstand könnte immer noch vorbehalten bleiben[31].

Zuweilen überläßt der Gesetzgeber, ohne selbst eine Entscheidung zu treffen, die Bildung eines Grundsatzes oder die Annahme eines anderswo anerkannten Prinzips der Doktrin und Praxis. Dafür kommen, wo eine Kodifikation besteht, wohl nur technische Grundsätze in Betracht. So gewährt der schweizerische Gesetzgeber Freiheit in der Wahl von «Auslegungsgrundsätzen». Diese Freiheit geht nach der in Wissenschaft und Rechtsprechung überwiegenden Ansicht so weit, daß der Anwendung eines Auslegungsgrundsatzes, die höheren Prinzipien der Rechtsordnung nach geboten erscheint, einzelne Gesetzesbestimmungen, die sich von einem anderen Auslegungsgrundsatz ableiten, nicht im Wege stehen. Nur vereinzelt wurde das Verlangen gestellt, die herkömmliche Auslegung des Art. 17 OR dem Art. 67 II und damit dem Erklärungsprinzip anzupassen, und vereinzelt war auch der Widerstand, der sich gegen die Anwendung des Kausalitätsprinzips auf Verfügungen mit der Begründung erhob, daß die Gesetzesartikel, die sich unverkennbar

31 Über die Einstellung des Bundesgerichts, BGE 61 I 92, 74 I 104; ein Entscheid vom 3. Oktober 1951 weicht nicht davon ab, heißt aber wegen stärkerer Rechtsungleichheit die gegen ein kantonales Steuergesetz erhobene Beschwerde gut.

auf das Abstraktionsprinzip beziehen, ihrer praktischen Bedeutung nicht beraubt werden dürfen[32]. Noch weniger sollte die traditionell gewordene Interpretation von gesetzlichen Bestimmungen, die sich auch anders deuten ließen, die Anwendung eines abweichenden Grundsatzes verhindern können, wenn sich dieser als gerecht erwiesen hat. Das betrifft unter anderem einige Irrtumsvorschriften, die noch dem Willensprinzip gemäß verstanden werden, ohne Schwierigkeit jedoch im Einklang mit dem Vertrauensprinzip auszulegen wären[33].

VI. Mit der Feststellung, daß die geltende Rechtsordnung Prinzipien von verschiedenem Rang, von verschiedener Wirkung und von verschiedener Herkunft enthält, die wie alle geltenden Regeln Anwendung finden müssen, ist noch nicht ausreichend erklärt, warum überhaupt Rechtssätze auf Prinzipien zurückgeführt werden sollen. Die Frage betrifft die Funktion der Grundsätze, die wohl als die wichtigste zu gelten hat.

Einen Schlüssel zur Antwort gibt die oben besprochene Prüfung technischer Grundsätze. Diese bestand darin, daß nach der Übereinstimmung des technischen Grundsatzes mit dem Prinzip, zu dessen Durchführung er dient, gefragt und sodann das Verhältnis dieses Prinzips zu einem höheren, von dem anzunehmen war, daß es gerecht sei, festgestellt wurde.

Endgültig allerdings entscheidet über die Gerechtigkeit nur die Übereinstimmung mit dem für alles Recht maßgebenden Prinzip der Achtung vor der Menschenwürde, mit dem Humanitätsprinzip. Da der Mensch sich selbst als ein mit Vernunft begabtes, zu eigenem Handeln fähiges Wesen erkennen und die gleichen Eigenschaften bei seinen Mitmenschen voraussetzen muß, ist die Geltung dieses Prinzips für ihn evident. Einleuchtend ist auch, daß daraus sowohl der Grundsatz der Freiheit

32 Bekannt ist die Anerkennung des abstrakten Schuldbekenntnisses und der abstrakten Tradition von Mobilien durch VON TUHR unter Hinweis auf einzelne Vorschriften des Bereicherungsrechts, siehe jetzt von TUHR-SIEGWART, Allg. Teil des OR, §§ 25, 26; dazu SIMONIUS, Bedeutung des Vertrauensprinzipes, S. 254ff., und SIMONIUS, bei HAAB, Kommentar zu Art. 714 ZGB, Nr. 36ff.

33 SIMONIUS, Principe de la confiance, S. 11f.

hervorgeht, da ein Wesen von der Art des Menschen seine Bestimmung nur durch selbstgewähltes Verhalten wird erfüllen können, als auch der Grundsatz, daß der Mensch in der Betätigung seiner Freiheit wirksam zu schützen sei. Deshalb dürfte, soweit es um die Ordnung des gesellschaftlichen Lebens, also um das Recht geht, das Humanitätsprinzip die gleichfalls evidenten sittlichen Gebote in sich aufnehmen[34]. Ob der Mensch, von einem metaphysischen Standpunkt aus betrachtet, würdig oder unwürdig ist, berührt das Prinzip nicht. Niemals ließe sich etwa von da aus eine Norm der Unfreiheit rechtfertigen. Denn kein Mensch könnte befugt sein, seinen Mitmenschen einer Unwürdigkeit wegen, die er mit ihm teilen müßte, in infimum locum zu weisen. In der Gesellschaft ist der Mensch für den Menschen ein absoluter Wert. Die letzten Gründe aber aufzudecken, weshalb dieser Satz für die menschliche Vernunft evident ist, liegt nicht mehr im Bereich rechtswissenschaftlicher Methoden und gehört darum auch nicht zum Problemkreis, der hier erörtert wird.

Da nun alle Regeln auf dem Wege über Grundsätze, denen sie unterstehen, in eine Beziehung zum Humanitätsprinzip gesetzt werden können, sind die Grundsätze das sicherste Mittel, um über die Gerechtigkeit einer Regel schlüssig zu werden. Im Grundsatz, von dem ein besonderer Rechtssatz sich ableitet, erscheint der Gehalt desselben gleichsam unter einem Vergrößerungsglas, das seine Richtigkeit oder Unrichtigkeit deutlicher hervortreten läßt. Die Vergrößerung nimmt zu, je näher man zu allgemeineren Prinzipien gelangt. Erweist sich ein Grundsatz in der Reihe als ungerecht, fehlt auch der einzelnen Regel die Rechtfertigung. Will man etwa wissen, um ein zweites Mal dieses Beispiel zu nennen, ob die ungeschriebene Regel, wonach eine Zession ohne Rechtsgrund die Forderung auf den Zessionar übergehen läßt, gerecht sei, ist die Regel zunächst

34 Auch diese höchsten Prinzipien können verschieden formuliert werden. Eine andere Frage ist ihr Verhältnis zu den ethischen Normen, worüber die Ansichten auseinander gehen. Vgl. darüber GUISAN, l.c.; RIPERT, La règle morale dans les obligations civiles, 4e éd.

auf das Abstraktionsprinzip, und dieses wiederum auf das Erklärungsprinzip zurückzuführen. Da dieses Prinzip aber, wie wir sahen, weder dem Grundsatz der Vertragsfreiheit noch dem Grundsatz von Treu und Glauben voll entspricht, kann die abstrakte Zession nicht gerecht sein. Wenn allerdings richtig wäre, was aber nicht zutrifft, daß die Abstraktheit der Zession für den Schutz des Schuldners vor doppelter Zahlung unentbehrlich ist, ließe sie sich möglicherweise aus dem allgemeinen Schutzprinzip als Ausnahmebestimmung rechtfertigen[35].

Eine Regel erweist sich auch dann als ungerecht, wenn sie sich überhaupt nicht auf einen Grundsatz beziehen und darum in keine Verbindung mit dem Humanitätsprinzip bringen läßt. Das ist namentlich bei Regeln zu beachten, die Ausnahmen von als gerecht erkannten Prinzipien festsetzen. Daß die im ZGB und im OR erwähnten Schranken der Vertragsfreiheit noch von Grundsätzen abzuleiten sind, die in das aus dem Humanitätsprinzip hervorgehende Schutzprinzip einmünden, wurde bereits gesagt. Die schwierigere Frage nach den Grundsätzen, womit sich Eingriffe des öffentlichen Rechts in Vertragsfreiheit und Vertragstreue rechtfertigen lassen, fällt dagegen nicht mehr in den Rahmen dieser Untersuchung. Nur so viel sei gesagt, daß auch da Interessen nicht mit Prinzipien verwechselt werden dürfen, daß alle Erwägungen über das öffentliche Wohl sich gleichfalls auf das Humanitätsprinzip und das in ihm enthaltene Gebot der Freiheit auszurichten haben, und daß, wo ein Staatsnotstand als einziges «Prinzip» einer Beschränkung erscheint, dieser Notstand, soll eine Verletzung des Humanitätsprinzips vermieden werden, ein echter sein muß[36].

Dem Prinzip der Vertragstreue, um noch ein Beispiel aus dem Privatrecht anzuführen, entspricht die volle Deckung des durch eine Vertragsverletzung herbeigeführten Schadens, soweit sich nicht aus einem anderen Prinzip die Notwendigkeit einer Beschränkung ergibt. Für den Umfang des anzurechnenden Schadens ist das Prinzip der adaequaten Kausalität und für die

35 Ausführlicher darüber SIMONIUS, Principe d. l. conf., S. 20.
36 Es sei hier an das Zitat aus ROUSSEAU erinnert, Anm. 21.

Exkulpation des Schuldners das Verschuldensprinzip maßgebend, das, wie übrigens auch das hier nicht eingreifende Prinzip der Gefährdungshaftung, letztlich seine Rechtfertigung im allgemeinen Schutzprinzip findet. Allerdings hängt die besondere Verteilung der Beweislast wieder mit dem Prinzip der Vertragstreue zusammen. Die Befugnis des Richters wegen eines geringen Verschuldens, Art. 43 OR, oder wegen des Umstandes, daß der Vertrag für den Schuldner keinen Vorteil bietet, Art. 99 OR, die Ersatzpflicht herabzusetzen, stützt sich auf den Grundsatz, daß Rechte nur Treu und Glauben gemäß durchzusetzen sind und schließlich auch auf das allgemeine Schutzprinzip. Weniger leicht ist dagegen das Prinzip von Ausnehmebestimmungen festzustellen, die, wie Art. 447 OR für den Frachtvertrag, eine Begrenzung des Schadenersatzes vorsehen und damit zunächst den Anschein erwecken, einzelne privilegierte Schuldner von vertraglichen Pflichten teilweise zu befreien. Für Art. 447 allerdings und auch für gewisse im Seefrachtrecht durch internationale Gewohnheiten und Abkommen bestimmte Grenzen der Ersatzpflicht ist eine prinzipielle Begründung noch möglich. Die Begrenzung entspricht althergebrachter Übung, so daß sie unter Umständen sogar nach Maßgabe des Vertrauensprinzips als stillschweigend vereinbart gelten könnte. Ferner wäre die grundsätzliche Richtigkeit einer raschen Abwicklung der Schadensfälle und, bei der Seefracht angesichts der besonderen Gefahren der Schiffahrt, auch einer Risikoverteilung denkbar. Auf diese Argumente ließe sich aber eine bedeutend stärkere Beschränkung der Ersatzpflicht aus Vertragsverletzung, wie sie jetzt der Entwurf zu einem schweizerischen Schiffahrtsgesetz für die Binnenschiffahrt vorsieht, und zwar nicht nur bei Verlust und Beschädigung des Frachtgutes, sondern auch, in der Personenbeförderung, bei Verletzung persönlicher Rechtsgüter, niemals stützen. Für rasche Auseinandersetzung in Schadensfällen genügt der Art. 447 OR; ferner besteht in der Binnenschiffahrt keine Übung, die über diesen Artikel hinausgeht, und überdies könnte der Annahme eines stillschweigenden Verzichts auf den Schutz von Persönlichkeits-

rechten Art. 27 ZGB entgegenstehen. Sollten daher die genannten Bestimmungen des Entwurfs in das Gesetz Aufnahme finden, wäre höchst wahrscheinlich eine Ausnahmeregel geschaffen, die auf keinem Prinzip beruht und deshalb ungerecht ist[37].

VII. Die Ansicht, daß die Bewertung einer Regel unmerklich über Grundsätze, die noch im geltenden Recht enthalten sind, zu Prinzipien führt, die außerhalb dieses Rechtes liegen, wird vielleicht dem Einwand begegnen, daß sie den Unterschied zwischen positivem Recht und Naturrecht verkennt. Dazu läßt sich, ohne auf das große Problem des Naturrechts einzugehen, Folgendes bemerken:

Versteht man unter Naturrecht das ideale, bis in die Einzelheiten hinein von Autoren des 17. und 18. Jahrhunderts ausgearbeitete Recht, das die zu jener Zeit geltende Ordnung einmal ersetzen sollte, kann gegenwärtig von einem absoluten Gegensatz nicht die Rede sein. Das Naturrecht in diesem Sinne ist, wie schon die Bemerkungen über die Entstehung der Grundsätze zeigen, seither zu einem großen Teil in das geltende Recht hineingewachsen. Weitgehend ist, von der jetzt geltenden Ordnung aus gesehen, das Naturrecht von gestern zum positiven Recht von heute geworden.

Auch wenn jedoch der Begriff Naturrecht, wie es neuerdings wohl richtigerweise meistens geschieht[38], auf das Humanitätsprinzip und die Grundsätze, die sich unmittelbar daraus ableiten und ebenso evident sind, bezogen wird, besteht kaum eine starre Grenze dem positiven Rechte gegenüber. Das Prinzip der Freiheit etwa, das als eine Auswirkung des Humanitätsprinzips dem Menschen ohne weiteres einleuchtet, verliert seinen unantastbaren Charakter dadurch nicht, daß es in Regeln des positiven Rechts erscheint, die seiner Durchführung dienen sollen, und daß die Freiheit in diesem positiven Recht Schranken erhält, die ihrerseits wiederum im Hinblick auf das Humanitätsprinzip auf-

37 Ungedruckter Entwurf des Eidg. Justiz- und Polizeidepartements, Okt. 1951.
38 In der Schweiz vertritt diesen Standpunkt GUISAN, l.c.

gestellt sind. Daher bilden die Grundsätze des positiven Rechts gleichsam eine offene Brücke zum Naturrecht, die bei der Bewertung von Regeln unausgesetzt in beiden Richtungen überschritten wird.

Nicht gesagt ist aber damit, daß sich das Naturrecht vom positiven Recht überhaupt nicht unterscheidet. Evidente, für den Menschen absolut verbindliche Prinzipien sind immerhin etwas anderes als die Grundsätze einer Ordnung, die zwar nicht ohne Beachtung jener Prinzipien, vorwiegend aber doch im Kampf der Interessen gestaltet wird. Daß die Grundsätze, die noch dieser Ordnung angehören, einer beständigen Neu- und Umformung, einer beständigen Ergänzung bedürfen, zeigt sich gerade bei der Betrachtung derjenigen Funktion, auf der vor allem ihre Bedeutung beruht. Eine Bewertung des positiven Rechts, die sich, um nicht auf halbem Wege stehen zu bleiben, bemüht, bis zum Naturrecht vorzudringen, ist notwendig auch eine kritische Würdigung der positiven Grundsätze.

VIII. Wenn die Auslegung eines im geltenden Recht enthaltenen Grundsatzes umstritten ist, hat die kritische Würdigung mit der Untersuchung der Frage zu beginnen, welche Deutung den höheren Prinzipien am ehesten entspricht. Erst dann kann man entscheiden, ob der Grundsatz richtig oder unrichtig ist. Wie sich eine Interpretationsfrage dieser Art lösen läßt, soll hier am Beispiel der Grundsätze gezeigt werden, die in den Artikeln 41 I und 62 I OR aufgeführt sind. Beide wurden in neuerer Zeit gebildet, um eine Reihe einzelner, aus dem römischen Recht übernommener Regeln zu ersetzen. Während aber die Voraussetzungen der alten Delikts- und Bereicherungsklagen verhältnismäßig deutlich bestimmt waren, ist der Anwendungsbereich der Grundsätze, die jene abgelöst haben, nur durch einen allgemeinen Begriff umschrieben, «widerrechtlich», wie schon wiederholt gesagt, in Art. 41, und «in ungerechtfertigter Weise» in Art. 62. Damit tauchte in beiden Fällen ein Problem auf, das früher kaum bestanden hatte, denn Begriffe, die so allgemein sind, werden leicht auf verschiedene Weise verstanden.

1. Für Art. 41 spitzt sich das Problem gegenwärtig auf die Frage zu, ob das «subjektive» oder das «objektive» Widerrechtlichkeitsprinzip den gerechteren Auslegungsgrundsatz darstellt, mit anderen Worten auf die Frage, ob es richtiger sei, die schuldhafte Zufügung eines Schadens dann als widerrechtlich anzusehen, wenn der Täter nicht im Rahmen eines ihm zustehenden Rechts gehandelt hat, oder nur dann, wenn das Verhalten des Urhebers durch eine außerhalb des Art. 41 stehende Rechtsnorm verboten war[39]. Mit der Feststellung, daß, «objektiv» ausgelegt, der Art. 41 aufhört, «la grande règle»[40] zu sein, womit die Redaktoren der Artikel 1382/3 CC bei außerkontraktlichen Schädigungen das allgemeine Schutzprinzip angemessen zur Anwendung bringen wollten, und zu einem mehr technischen Grundsatz wird, der bloß eine Rechtsfolge schadenstiftender Handlungen allgemein festlegt, ist die Frage nicht gelöst. Es wäre zunächst denkbar, daß das allgemeine Schutzprinzip mit gleichem Erfolg durch eine Reihe einzelner Verbotsnormen durchgeführt werden könnte. Dieser Meinung sind denn auch die Verfechter des objektiven Prinzips in der Schweiz, und es wurde oben angedeutet, daß gerade der Art. 28 ZGB eine Lücke in den erforderlichen Verbotsnormen schließen sollte.

Die Verfasser des deutschen BGB dachten aber offenbar anders. Wenn sie, nach Ablehnung des Gedankens an Persönlichkeitsrechte, in § 823 neben den absoluten Vermögensrechten nur solche persönlichen Rechtsgüter nannten, deren Verletzung unzweifelhaft durch andere Rechtssätze verpönt wird, und darüber hinaus allein für den Fall einer absichtlichen Schädigung gegen die guten Sitten in § 826, dem Vorbild von Art. 41 II, eine Schadenersatzpflicht vorsahen, wollten sie nicht nur, der Tradition der Pandektenschule folgend, eine präzisere, sondern bewußt auch eine engere Schutznorm aufstellen, zum Teil jedenfalls aus der Erwägung, daß ein allzu weiter Tatbestand der unerlaubten Handlung die Freiheit in Gefahr bringt. Müßte er doch, war die Meinung, da beinahe jedes Verhalten, das eine

39 Vgl. Zitate Anm. 9.
40 ROUBIER, Travaux de l'Ass. Henri-Capitant, t. 4, p. 40.

Wirkung auf andere ausübt, Ursache eines Schadens sein kann, den Menschen schließlich zur Untätigkeit zwingen. Ob nun diese Befürchtung der Regel des Code civil gegenüber berechtigt war oder nicht,wird durch sie die grundsätzliche Seite des Problems aufgedeckt. In Frage steht das Verhältnis des allgemeinen Schutzprinzips zum Prinzip der Freiheit. Wie sich die Wirkungskreise dieser Prinzipien nach Maßgabe des ihnen übergeordneten Humanitätsprinzips gegeneinander abgrenzen, ist in der Tat für die Regelung der unerlaubten Handlungen bestimmend.

Demnach wäre zu untersuchen, einmal ob das weitere Deliktsrecht des Code oder das engere des BGB sich an die gerechte Abgrenzung der Prinzipien hält, und sodann, falls das weitere Deliktsrecht den Vorzug verdient, welches Widerrechtlichkeitsprinzip besser Gewähr dafür bietet, daß die prinzipielle Entscheidung richtig durchgeführt wird. Die zweite Frage zu erörtern dürfte genügen, da ihre Lösung auch eine Antwort auf die erste gibt.

Nun konnte die «subjektive» Auslegung der Artikel 1382/3 CC nur darum dem Schutzprinzip ein weiteres Anwendungsgebiet sichern, als der «objektiv» gedeutete § 823 BGB anerkennt, weil von vornherein feststand, daß die «libertés», die, wie enger bestimmte Rechte, den Urheber eines Schadens entschuldigen, nicht nur durch einzelne Gesetzesnormen, sondern noch auf andere Art begrenzt werden. Um diese Begrenzung zu erklären, hat sich mit der Zeit der Gedanke eines Rechtsmißbrauchs, der auf objektiven Merkmalen beruht, als fruchtbar erwiesen[41]. Warum unter Umständen auch die Zufügung eines Schadens in Betätigung einer dem Urheber anscheinend zustehenden Freiheit als rechtswidrig, sein Verhalten somit als «faute» gelten mußte, war jetzt klar geworden. Der Täter hatte seine Freiheit ihrem Zweck entfremdet oder mit verwerflichen Mitteln ausgeübt und somit auf die eine oder andere Weise mißbraucht.

In der Schweiz hat die Anerkennung der Persönlichkeitsrechte die Feststellung eines Rechtsmißbrauchs nicht unwesentlich erleichtert, denn an die Stelle kaum umschriebener «libertés»

41 Siehe z. B. JOSSERAND, Cours, t. 2, No 428ss.

sind bestimmtere, zu unterscheidbaren Zwecken verliehene Rechte getreten, wie das Recht auf freie wirtschaftliche Betätigung, auf freie Verbindung mit andern oder auf freie Meinungsäußerung. Der Begriff des Rechtsmißbrauchs ist aber deshalb unentbehrlich, um die Anwendung von Freiheits- und Schutzprinzip in gerechter Weise zu verbinden, weil nur ein vorwurfsfreier Gebrauch der Freiheit durch das Freiheitsprinzip gedeckt und von jedem zu dulden ist, die Ausübung der Freiheit dagegen, die Treu und Glauben verletzt, also mißbräuchlich ist, dieser Deckung bereits entbehrt und dem Schutzprinzip nach, genau so wie die Überschreitung gesetzlicher Schranken, Anspruch gibt, vor ihren Folgen bewahrt zu werden. Eine Auslegung nach dem subjektiven Widerrechtlichkeitsprinzip vorausgesetzt, ist daher bei der Anwendung des Art. 41 zu fragen, ob dem Urheber des Schadens ein Persönlichkeitsrecht oder ein anderes Recht zustand, das geeignet ist, sein Verhalten zu rechtfertigen, und ob das Recht nicht mißbraucht wurde.

Dafür daß eine folgerichtige Anwendung des objektiven Widerrechtlichkeitsprinzips diesen Anforderungen in gleichem Maße gerecht werden könnte, fehlen Voraussetzungen, die das positive Recht, wenn es in der Regelung der unerlaubten Handlungen nicht hinter dem allgemeinen Schutzprinzip zurückbleiben will, kaum jemals zu erfüllen vermöchte. Wohl geht aus Art. 28 ZGB hervor, daß eine unerlaubte Handlung stets der Verletzung eines absoluten subjektiven Rechtes gleichkommt. Doch ist der Artikel deswegen noch keine Verbotsnorm, aus der sich mit Sicherheit die Rechtswidrigkeit eines schädigenden Verhaltens erkennen ließe[42]. Die meisten Persönlichkeitsrechte können nicht so bestimmt umschrieben werden, daß jeder Einbruch in die Grenzen, die sich aus ihrem Begriff ergeben, eine unbefugte Verletzung bedeutet. Ihrem Begriff nach überschneiden sich diese Persönlichkeitsrechte mit Rechten, die anderen zustehen, was übrigens auch für einzelne absolute Vermögensrechte zutrifft. Die Unerlaubtheit geht deshalb in diesen Fällen

42 Vgl. SIMONIUS in den Anm. 9 genannten Schriften.

doch nur aus der Feststellung hervor, daß der Urheber des Schadens nicht im Rahmen eines eigenen, ohne Mißbrauch ausgeübten Rechts gehandelt hat, was aber gerade der Frage entspricht, die bei Anwendung des subjektiven Widerrechtlichkeitsprinzips gestellt wird. Zwar nimmt das Bundesgericht im Bestreben, das objektive Prinzip zu retten, bisweilen an, die Rechtswidrigkeit einer schädigenden Handlung lasse sich, wie aus einzelnen Verbotsnormen, stets auch aus einem «allgemeinen Grundsatz der Rechtsordnung» ableiten[43]. Was dieser ungeschriebene Grundsatz eigentlich enthält, wird nicht näher ausgeführt. Er könnte ein generelles Verbot sein, absolute Rechte zu verletzen. Dann ginge er aber nicht über das hinaus, was ohnehin das Gesetz für Persönlichkeitsrechte in Art. 28 ZGB, für Vermögensrechte in zahlreichen Bestimmungen besagt, und trüge darum nichts Neues bei. Denkbar wäre auch, daß er mit dem Gebot, Rechte nur Treu und Glauben gemäß auszuüben, zusammenfällt. Doch würde er dann gerade die Betrachtungsweise verlangen, die der «subjektiven» Deutung des Art. 41 eigentümlich ist, und die Frage wäre berechtigt, ob nicht einfach dieser Artikel in seiner ursprünglichen Auslegung der allgemeine Grundsatz ist, den das Bundesgericht sucht.

Wenn allerdings der Verstoß gegen ein «allgemeines Gebot der Rechtsordnung» nicht die Widerrechtlichkeit einer Schädigung dartun, sondern erklären soll, warum nach Ansicht des Bundesgerichts die Nichterfüllung eines Vertrages gleichzeitig den Tatbestand einer unerlaubten Handlung erfüllt, wird der Hinweis auf ein allgemeines Gebot kaum anders zu verstehen sein, als daß die Nichterfüllung, neben der Forderung, auch ein absolutes Recht des Gläubigers verletzt[44]. Seinen Zweck dürfte der Hinweis aber auch da nicht ganz erreichen.

Richtig ist zwar, daß, falls diese doppelte Verletzung vorliegt, die Nichterfüllung zugleich eine unerlaubte Handlung

43 BGE 32 II 279; 45 II 647; 47 II 179.

44 BGE 64 II 254; zum Problem neuerdings R. SECRÉTAN, «Le concours de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle», ZSR 68, S. 183ff. und dort. Zitate. OFTINGER, Schweiz. Haftpflichtrecht I, S. 362ff.

darstellt; richtig ist darum auch, beide Ansprüche zuzulassen. Denn die schuldhafte Vertragsverletzung wird nicht, weil sie ein vollkommen anderer Tatbestand ist als das Delikt, im Gesetz einer Sonderregelung unterworfen, sondern weil der erschwerende Umstand, daß der Urheber des Schadens die Vertragstreue bricht, Beachtung finden muß. Deshalb gebührt dem Gläubiger, sofern die Regelung der unerlaubten Handlung in einem Punkte für ihn günstiger ist, dem Schutzprinzip gemäß auch dieser Vorteil.

Unrichtig dürfte dagegen die Meinung sein, daß diese Betrachtungsweise erlaubt, a priori Fälle festzustellen, in denen die Sonderregelung der Nichterfüllung ausschließlich gilt, eine Konkurrenz der Ansprüche somit undenkbar ist. Da zu den absoluten Rechten sämtliche Persönlichkeitsrechte gehören, läßt sich sogar dann, wenn der durch die Nichterfüllung entstandene Schaden lediglich in einem entgangenen Gewinn besteht, noch sagen, daß ein absolutes Recht des Gläubigers, und sei es auch nur sein Recht auf freie wirtschaftliche Betätigung, verletzt wurde. Doch hat in solchen Fällen ein Gläubiger nicht das geringste Interesse, Art. 41 anzurufen, weshalb nicht zu befürchten ist, daß diese unumgängliche Feststellung zwecklose Begehren fördert.

Schwieriger ist die Frage, ob und wie weit das Deliktsrecht zurückzutreten hat, wenn das Vertragsrecht für den Verletzten ausnahmsweise ungünstiger ist, weil der Vertrag selbst oder eine für diesen maßgebende Gesetzesvorschrift die Verantwortlichkeit des Schuldners, sei es begrenzt, sei es an Voraussetzungen knüpft, die das Gesetz für den Anspruch aus unerlaubter Handlung nicht vorsieht. Auch diese Frage ist noch nicht prinzipiell entschieden. Das Bundesgericht hat, 67 II 132, die Klage aus unerlaubter Handlung wegen eines Sachmangels, der nicht gerügt war, sicher zu Recht abgewiesen. Ob aber die Begründung, die auf eine besondere Natur der Vorschriften über die Mängelrüge abstellt, richtig war, ist fraglich, denn wenn der Mangel nicht bloß einen Vermögensschaden, sondern etwa den Tod des Gläubigers herbeigeführt hätte, wäre doch wohl anders

zu urteilen gewesen[45]. Nun geht es hier um die Tragweite der Verträge, daher dürfte sich allein aus dem Prinzip der Vertragsfreiheit eine Lösung ergeben. Diese wäre, daß bei einer Verletzung von persönlichen Rechtsgütern, auf die der Gläubiger nach Art. 27 ZGB nicht hätte gültig verzichten können, die Forderung aus unerlaubter Handlung ungeschmälert bleibt, daß dagegen, soweit nur absolute Rechte getroffen sind, über die dem Gläubiger die freie Verfügung zusteht, das Vertragsrecht unbedingt vorgeht.

Nach der in Frankreich gegenwärtig herrschenden Lehre, die dem Gläubiger bei Vertragsverletzung schlechthin verwehrt, einen Anspruch aus Delikt geltend zu machen, erhalten zwar die Sonderregeln über die Nichterfüllung einen ausschließlichen Anwendungsbereich, und wird jede Frage nach dem Verhältnis der Klagen zueinander abgeschnitten. Jedoch wäre im Rahmen des schweizerischen Rechts dem Schutzprinzip damit kaum Genüge getan[46].

2. Der Grundsatz des Art. 62 OR, «Wer in ungerechtfertigter Weise aus dem Vermögen eines anderen bereichert worden ist, hat die Bereicherung zurückzuerstatten», stammt nicht, wie der Art. 41, aus dem französischen Recht, sondern aus der Pandektenschule und hat ein Gegenstück im deutschen BGB § 812. Dem Umstand, daß die Digesten, 50, 17, 206, die dem Juristen Pomponius zugeschriebene Maxime überliefert haben, «iure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiorem», ist wohl zuzuschreiben, daß bereits die Pandektenschule dazu kam, das Kondiktionenrecht, im Gegensatz zum Deliktsrecht, in eine allgemeine Regel zu fassen. Obwohl die Maxime, die das Bereicherungsrecht mit dem Naturrecht in

45 Zu BGE 67 II 132 vgl. H. MERZ, Festg. Theo Guhl, 1950, S. 106; BGE 70 II 215. In Fällen, in denen das Vertragsrecht nicht ungünstiger ist, wäre m. E. das Problem weitgehend beseitigt, wenn gemäß Art. 99 III auch sämtliche Bestimmungen der Art. 45—47 auf die schuldhafte Nichterfüllung Anwendung fänden.

46 Über das Problem in Frankreich neuerdings ESMEIN, L'obligation et la responsabilité contractuelle, Etudes G. Ripert, t. 2, p. 101 ss. Vgl. auch die bei SECRÉTAN l.c. zitierten franz. Autoren.

Beziehung setzt, möglicherweise eine weitere Bedeutung hatte, bestand kein Zweifel darüber, daß «iniuria» nunmehr im Sinne des gemeinen Rechts mit «ohne rechtlichen Grund» wiederzugeben sei[47]. Dem entspricht der Begriff «ohne rechtmäßigen Grund» in a OR Art. 70, und da dieser Begriff im französischen sowohl, wie im italienischen Text nach der Revision stehen geblieben ist, da auch im zweiten Absatz des Art. 62 die früheren Beispiele wiederkehren, konnte die etwas losere Fassung des jetzt geltenden deutschen Textes zunächst kein Grund sein, die Auslegung zu ändern. Indessen sind wegen der Anwendung des Vertrauensprinzips auf sämtliche Schuldverträge und des Kausalitätsprinzips auf die meisten Verfügungen die Bereicherungsfälle etwas seltener als im gemeinen Recht[48]. Doch wird von dieser Verschiebung die Frage nach dem rechtmäßigen Grund, der eine Bereicherung rechtfertigt, nicht berührt. Eine gesetzliche Causa ist nach wie vor dann vorhanden, wenn das Gesetz den Rechtsübergang, der eine Vermögensverschiebung bewirkt, nicht bloß aus formellen Gründen, sondern als endgültig anordnet, und eine rechtsgeschäftliche Causa dann, wenn der Rechtsübergang durch den in einer vom Recht zu beachtenden Weise, meistens in einem Vertrag, geäußerten Willen des Entreicherten vollständig gedeckt ist[49].

Die Rechtsprechung zeigt sich aber gegenwärtig bisweilen geneigt anzunehmen, die Bereicherungsklage könne auch ohne Rücksicht darauf, daß eine rechtsgeschäftliche Causa vorliegt, zugelassen werden, wenn der Erwerb des Bereicherten aus irgend einem Grunde unbillig erscheint. Bisher hat diese Neigung mehr nur in obiter dictis Ausdruck gefunden[50]. Sollte sie sich aber zu einer Praxis verdichten, wäre der Sinn des in Art. 62 niederge-

47 DERNBURG, Pandekten, 8. Aufl., Bd. 2, § 393.

48 JANNER, Wandlungen der Bereicherungslehre, Basler Studien, Heft 16.

49 Wie sich der Begriff der Causa bei Anwendung des Vertrauensprinzips definieren läßt, vgl. SIMONIUS, «Der Kauf als Mittel der Eigentumübertragung usw.», Festg. Guhl, 1950, S. 44ff.

50 BGE 64 II 127; 73 II 108; 70 II 120, hier hat die leistende Frau erkennbar die nachher als ungültig erwiesene Schuld ihres Mannes erfüllen wollen. Wäre sie dagegen zum Mann im Verhältnis einer Angewiesenen gestanden, hätte ihre Leistung eine Causa gehabt und von ihr nicht kondiziert werden können.

legten Grundsatzes vollkommen geändert, und hätte sich das schweizerische Bereicherungsrecht, verglichen mit dem französischen, eigentümlicherweise gerade in der umgekehrten Richtung entwickelt.

Der Code civil erwähnt bekanntlich nur die condictio indebiti und übergeht andere Bereicherungsfälle mit Stillschweigen. Schon in der älteren französischen Lehre galten die Kondiktionen im allgemeinen als überflüssig, nachdem die Lehre von der «cause» ihren Ausbau erfahren hatte, und die abstrakten Geschäfte verschwunden waren. Das konnte um so eher richtig scheinen, als für die Leistung aus einem Vertrag, der später als ungültig erklärt wurde, die action en nullité zugleich als Rückforderungsklage diente. Bereits in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts zeigte sich jedoch das Bedürfnis, eine Bereicherungsklage auch in weiteren Fällen zuzulassen. Dafür bildete, als ein Versuch, die Klage auf die Bestimmungen über die gestion d'affaires zu stützen, gescheitert war, die als Bestandteil des geltenden Rechts anerkannte Maxime des POMPONIUS die einzige Grundlage. Die Versuchung lag aber jetzt nahe, die Bereicherungsklage in eine allgemeine Billigkeitsklage zu verwandeln, und dieser Versuchung ist die Judikatur zeitweise erlegen[51]. Um so deutlicher wurde sich die Doktrin der Notwendigkeit bewußt, die Voraussetzungen der Klage genau zu bestimmen, und heute vertritt sie überwiegend die Auffassung, daß, nicht anders als ein titre légal, ein titre contractuel jede Bereicherung rechtfertigt[52].

51 Am weitesten ging ein bekannter Entscheid des Kassationshofes von 1892. Ein Pächter hatte Düngmittel auf Kredit gekauft und war nach ihrer Verwendung auf dem Pachtgrundstück zahlungsunfähig geworden. Dem Verkäufer wurde die «action de in rem verso», die Bereicherungsklage, gegen den Verpächter gegeben, der auf Grund des Pachtvertrages das Gut wieder an sich gezogen hatte. In einem ähnlichen Fall hat das Bundesgericht, 42 II 467, anders entschieden. Die Leistung des Verkäufers hatte eine Causa, er konnte also nicht ungerechtfertigt entreichert sein. Der franz. Kassationshof ist übrigens bald von jenem Urteil abgerückt, siehe ROUBIER, Zitat Anm. 40.

52 TRAVAUX de l'Ass. Henri Capitant, t. 4: ROUBIER S. 38ff., ESMEIN, S. 91ff.; über die Anforderungen an den titre contractuel bestehen allerdings noch Meinungsverschiedenheiten, die mit der Diskussion über den Begriff der «cause» zusammenhängen.

Dieses Ergebnis drängt sich deshalb auf, weil eine Mißachtung des in der Causa zum Ausdruck gelangten Willens des Entreicherten eine Verletzung der Grundsätze der Vertragsfreiheit und der Vertragstreue bedeutet. Aus angeblichen Gründen der Billigkeit läßt sich kein Bereicherungsanspruch rechtfertigen, der in Wahrheit dem Entreicherten gestattet, sein gegebenes Wort zu verleugnen.

Um allerdings zu verhindern, daß jemals die Versuchung aufsteigt, eine Billigkeitsklage in das Gewand eines Bereicherungsanspruchs zu kleiden, hat die Art, wie der Wille des Entreicherten in der Causa zur Wirkung kommt, dem Prinzip der Vertragsfreiheit vollauf zu entsprechen. Das bedeutet, daß über Entstehung und Umfang der vertraglichen Bindung, auf der eine Bereicherung beruht, nach dem Vertrauensprinzip entschieden wird[53]. Ferner ist eine Bestimmung unerläßlich, die, wie Art. 21 OR, den beim Abschluß des Vertrages begangenen Wucher trifft. Schließlich muß auch in Beziehung auf den titre légal das Gesetz vermeiden, einen Rechtsübergang anzuordnen, der als ungerecht empfunden wird. In dieser Hinsicht fehlt im Code civil manches, was seither die schweizerische Kodifikation vorgesehen hat[54]. Die französische Doktrin tritt somit für eine strenge Auffassung des Bereicherungsrechts ein, obwohl sie offenbar mehr Grund hätte, als wir, seiner Auflösung Vorschub zu leisten. Durch Erfahrung hat sie eben gelernt, wie gefährlich auf diesem Gebiete eine Mißachtung der Prinzipien zu werden vermag.

Sobald dagegen eine Causa fehlt, ist die Zulassung des Bereicherungsanspruchs durch das allgemeine Schutzprinzip geboten. Doch macht sich eine der soeben erörterten entgegengesetzte Tendenz darin bemerkbar, daß gesetzliche Ausnahmen nicht immer unter genauer Beachtung der Grundsätze, von denen sie sich ableiten, ausgelegt werden.

53 SIMONIUS, Festg. Guhl (siehe oben Anm. 49).

54 Wichtig sind z. B. Art. 320 II OR und die Vorschriften über das Bauhandwerkerpfandrecht. Gegen Dienstherren oder Erwerber eines Baues haben franz. Gerichte ohne Rücksicht auf den titre Bereicherungsansprüche gewährt.

Selbstverständlich ist die Regel, daß das wissentlich und freiwillig zur Erfüllung einer Nichtschuld Geleistete nicht zurückgefordert werden darf, keine Ausnahme, denn diese Leistung hat eine Causa, deren Charakter sich aus dem nach dem Vertrauensprinzip zu deutenden Verhalten des Leistenden ergibt. Oft ist sie, wie schon die Römer dachten, eine Schenkung, zuweilen aber auch ein anderer Vertrag. So wird im Zweifel die Zahlung des Angewiesenen, der die Anweisung befolgt, obwohl er weiß, daß er im Deckungsverhältnis dem Anweisenden nichts schuldet, als Annahme eines Auftrages durch konkludente Handlung aufzufassen sein.

Eine Ausnahme ist jedoch der Art. 938 ZGB. Daß, entgegen einer Ansicht des Bundesgerichts, zum Nutzen, den der gutgläubige Besitzer einer fremden Sache behalten darf, nicht der aus einem Verkauf der Sache erzielte Erlös gehört, da der Grund für diese Bestimmung, den das Schutzprinzip noch rechtfertigt, nur der sein kann, dem Gutgläubigen eine schwierige Auseinandersetzung mit dem Eigentümer zu ersparen, die Abrechnung über den Verkaufserlös aber gerade nicht schwierig ist, habe ich an einem anderen Ort nachzuweisen versucht[55].

Eine weitere Ausnahme ist die aus dem römischen Recht übernommene Regel des Art. 66 OR. Sie wurde bis vor kurzem, der in der Pandektenschule herrschenden Lehre nach, dahin ausgelegt, daß nur der sogenannte Gaunerlohn, den der Empfänger als Entgelt für seine Mitwirkung am rechtswidrigen oder unsittlichen Erfolg der Absicht des Leistenden gemäß behalten soll, nicht zurückgefordert werden kann, was mit Recht ebenso von der Vindikation gilt, falls der Empfänger noch nicht Eigentümer des Lohnes ist[56]. Neuerdings hat jedoch das Bundesgericht seine Praxis geändert und die Regel auch auf das zur Durchführung eines rechtswidrigen Geschäfts, in casu eines Auftrages, Geleistete bezogen, dessen Gegenwert der Leistende hätte herausbekommen sollen[57]. Nun stützt sich die Regel des Art. 66 OR

55 SIMONIUS, Festg. Guhl, S. 60ff., zu BGE 71 II 90.
56 v. TUHR-SIEGWART, Allg. T. d. OR § 52, VI, 2.
57 BGE 74 II 23.

auf die Maxime «nemo audiatur turpitudinem suam allegans». Diese wird durch das Axiom ergänzt «in pari turpitudine melior condicio est possessoris», das eine Erklärung dafür gibt, warum der irreguläre Erwerb des Empfängers erträglich ist. Ob aber diese Erträglichkeit noch besteht, wenn von gleicher turpitudo nicht mehr die Rede sein kann, weil einerseits der Leistende mit der Rückforderung nicht, gestützt auf die Nichtigkeit des Vertrages, seine eigene Absicht verleugnet, und andererseits der Empfänger ein Wort bricht, das zwar nicht rechtsgültig ist, immerhin aber gegeben wurde, dürfte fraglich sein. Ein zweites in einem ähnlichen Fall ergangenes Urteil zeigt, daß es dem Bundesgericht schwer fällt, alle Folgerungen aus seinem ersten Entscheid zu ziehen und sich mit der Erschütterung in den Rechtsbeziehungen abzufinden, die eine Verweigerung der condictio in Verletzung des Schutzprinzips herbeiführt. Zwar wird die neue Praxis nochmals ausdrücklich bestätigt, die Klage aber trotzdem gutgeheißen, weil sie sich auf ein Schuldbekenntnis gründet, das der Empfänger dem Leistenden inzwischen ausgestellt hat. Um so urteilen zu können, mußte jedoch das Gericht eine für das schweizerische Recht neue Theorie über das Verhältnis des Schuldbekenntnisses zum Verpflichtungsgrund aufbauen, die, selbst wenn sie die Unabhängigkeit des Versprechens von der Bereicherungsschuld erwiesen hätte, noch keine Erklärung dafür gewesen wäre, wieso der Leistende, wenn er als unwürdig galt, mit der condictio richterliches Gehör zu finden, lediglich durch die Entgegennahme eines Schuldbekenntnisses dieses Gehörs würdig werden konnte[58].

IX. Daß die Erörterung jeder juristischen Frage unausgesetzt und geradezu pedantisch auf Prinzipien zurückzugehen habe, ist nicht der Sinn dieser Ausführungen. Die Würdigung der Grundsätze ist aber stets, und nicht erst als ultima ratio, unentbehrlich, sobald ein Problem der Bewertung die Grundlagen der Rechtsordnung berührt, und leicht kann sich eine Frage, die zunächst unbedeutend erscheint, als ein fundamentales Problem

58 BGE 75 II 293.

enthüllen. Die schweizerische Doktrin hat noch einen besonderen Anlaß, auf die Grundsätze zu achten. Sie genießt nicht wie andere den Vorzug, in einer alten, einheitlichen Tradition des juristischen Denkens gleichsam gebettet zu sein. Wie sich auch hier zeigte, hat sie es mit einem Rechte zu tun, dessen Grundsätze zum Teil aus sehr verschiedenen Quellen stammen und schon darum oft schwer in Einklang zu bringen sind. Deshalb ist bereits eine Sichtung erforderlich, um, zugleich mit der Einheit der Doktrin, die Einheit des Rechtes herzustellen. Diese Einheit ist aber die Vorbedingung dafür, daß im Rechte die großen Prinzipien lebendig bleiben.