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: 102 (1983)

Artikel: Hundert Jahre schweizerisches Obligationenrecht : wo stehen wir heute im Vertragsrecht?

Autor: Bucher, Eugen

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896125

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: 02.10.2025

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

Hundert Jahre schweizerisches Obligationenrecht: Wo stehen wir heute im Vertragsrecht?

Referat von Dr. iur. EUGEN BUCHER
Professor an der Universität Bern

Inhaltsverzeichnis

§ 1 **Bemerkungen zum Thema** 257

§ 2 **Würdigung der Gesetzgebung im allgemeinen** 261
I. Der Glücksfall der Verwirklichung eines ersten Stücks Rechtseinheit 261
II. Die glücklichen Grundsatzentscheidungen 262
1. Verzicht auf eine Scheidung von Zivil- und Handelsrecht . 262
2. Verzicht auf zu weit getriebene Abstraktionen 265
III. Insbesondere die Vorzüge der formalen Gestaltung 270
1. Selbstbescheidung im gesetzlichen Regelungsanspruch . . 270
2. «Elastizität»; weites richterliches Ermessen 272
IV. Ausstrahlung des OR ins Ausland 273

§ 3 **Die Pannen des Jahres 1911** 275
I. Die Revision des Jahres 1911 im allgemeinen 276
II. Negativaspekte der Neuerungen 276
1. «Fahrigkeit» der Redaktion neu eingefügter Normbereiche 276
2. Fragwürdige Einzelentscheidungen der Revision 279
3. Beifügung von Überflüssigem 284
III. Schlußfolgerungen 285

§ 4 **Das Zusammenspiel benachbarter Rechtsgebiete mit dem OR** 288
I. Allgemeines 288
II. Verhältnis zum ZGB 288
1. «Kausalitätsprinzip» 288
2. «Lösungspflicht» nach ZGB Art. 934/II 290
III. Prozeßrecht und OR (Problem allzu schematischer Kostenverlegung) 291
IV. Zwangsvollstreckungsrecht und OR 294
V. Materielles öffentliches Recht und OR 295
1. Widerrechtlichkeit des Vertrags und Vertragsnichtigkeit (OR Art. 20) 295
2. Rückforderbarkeit von im Hinblick auf unzulässige Verträge erbrachten Leistungen (Anwendbarkeit von Art. 66 ?) 297
3. Wünsche des Privatrechtlers an das künftig zu erlassende öffentliche Recht 299

§ 5 **Das Verhältnis von Doktrin und Praxis unter sich** 301
I. Der Vorrang der Wissenschaft als subsidiäre Rechtserkenntnisquelle 301

1. Fragestellung 301
2. These vom Vorrang der Wissenschaft 301
3. Positivrechtliche Begründung aus ZGB Art. 1/III 302
4. Komparatistische Beleuchtung 303
5. Folgerung: Doktrin und Judikatur als Einheit; gemeinschaftliche Verantwortung 308
6. Die Stellung und Verantwortung des Anwaltes 309
II. Nutzanwendung 311
1. Die Leitfunktion der Präjudizien 311
2. Das Verhältnis von juristischer Literatur und Unterricht zu Präjudizien 314

§ 6 **Problempunkte in der Beziehung zwischen Wissenschaft und dem Gesetz** 316
I. Fragestellung 316
II. Die verkannte Vertragstypenfreiheit 316
1. Ausgangspunkt 316
2. Die heute bestehende Methode 319
3. Die der Vertragstypenfreiheit entsprechende Methode . . 321
4. Illustration anhand des Beispiels der Behandlung auftragsähnlicher Vertragsverhältnisse 322
III. Übergewicht eines «objektiven» Vertragsverständnisses 327
IV. Das nicht bewältigte Kondiktionsrecht 330
1. Zu Unrecht Anwendung des Kondiktionsrechts 331
2. Zu Unrecht Nicht-Anwendung des Kondiktionsrechts . . 332
3. Die Überdehnung des Kondiktionsausschlusses aus OR Art. 66 334
V. Weitere unbewältigte Aspekte 334
1. Partielles Außerachtlassen des Unterschieds zwischen Verpflichtung und Verfügung 334
2. Partielles Außerachtlassen des Unterschieds zwischen Schuldverhältnis einerseits, Forderung-Schuld-Beziehung anderseits 335

§ 7 **Übertriebener «Rigorismus» in Gesetzgebung und Praxis** 337
I. Gesetzgebung 337
1. Verjährung 337
2. Rügeobliegenheit im Kaufvertrag und Werkvertrag 338
II. Gerichtspraxis 339
1. Zum Verjährungsrecht 339
2. Zur Rügeobliegenheit 342
III. Zusammenfassende Würdigung 344

§ 8 **Die durch Erlaß des Gesetzes geschaffene Gefahr der Isolierung** . . 348
I. Vorbemerkungen 348
II. Gefahren der räumlichen Isolierung 348
III. Gefahr des Ahistorismus (Isolierung in der Zeit) 354
IV. Wie stellt sich die Wissenschaft diesen Gefahren? 359

§ 9 **Schlußbetrachtungen** 362
I. Revision des Obligationenrechts? 362

II. Lehren aus der gegenwärtigen Diskussion in Deutschland um eine Schuldrechtsreform 364
III. Obligationenrecht und «soziale Verantwortung» 366
IV. Themen künftiger Grundlagendiskussion 370
V. Liste von Vorschlägen von Detail-Änderungen 373
VI. Niedergang des Vertragsrechts? 375
VII. Ausblick: Gewinnung einer neuen Beziehung zur Kodifikation als Aufgabe des zweiten Jahrhunderts ihrer Geltung 376

§ 10 Zusammenfassende Thesen 381

§ 1 Bemerkungen zum Thema

I.

Der Schweizerische Juristenverein, im Jahre 1861 mit dem erklärten Ziel gegründet, die Entwicklung eines *schweizerischen,* d.h. auf Bundesebene *vereinheitlichten Rechts* zu fördern, durfte nach zwanzig Jahren seines Bestehens die *Verabschiedung des Obligationenrechts* als den *ersten Erfolg* der in ihm verkörperten Bestrebungen feiern. Diesem ersten Schritt folgten weitere, im Jahre 1889 der Erlaß des Bundesgesetzes betr. Schuldbetreibung und Konkurs und im Jahre 1907 jener des Zivilgesetzbuches, und endlich, nach als schmerzlich empfundener Verzögerung, die Annahme des Strafgesetzbuches in den Jahren 1937/1938.

Aber keines dieser Ereignisse bezeichnet in gleichem Maß wie der Erlaß des Obligationenrechts (OR) den Beginn einer neuen geschichtlichen Ära, eben der Ära des bis dahin nicht bestehenden *schweizerischen* Rechts. Im Jahre 1983 feiern wir daher nicht nur das Zentenarium des Inkrafttretens der ältesten schweizerischen Kodifikation, sondern gleichzeitig begehen wir die *Feier hundertjährigen Bestehens von Bundesrecht,* das es bis dahin nicht gegeben hatte, wenn wir hier einmal vom bis zum Jahr 1848 zurückreichenden Verfassungsrecht und der bescheidenen Administrativgesetzgebung der ersten drei Jahrzehnte der Konföderation absehen.

Die Bedeutung des Inkrafttretens eines gesamtschweizerischen Obligationen- oder Schuldrechts einerseits, die Verdienste und Mitverantwortung des Schweizerischen Juristenvereins an diesem Ereignis andererseits, sind hinreichende, weitere Begründung erübrigende Rechtfertigung, im Jahr 1983 eine der Verhandlungen unserer Vereinigung dem Geburtstagskind zu widmen und Überlegungen anzustellen, wie sie dem historischen Ereignis angemessen erscheinen.

II.

Der Schreibende weiß sich zusammen mit Herrn Engel dem Vorstand des Schweizerischen Juristenvereins dankbar, einerseits die Anregung aufgenommen zu haben, ein Verhandlungsthema der diesjährigen Versammlung dem Obligationenrecht zu widmen und anderseits den Referenten alle Freiheit zu lassen in der Abgrenzung des Gegenstandes und der Ausrichtung ihrer Gedanken. Die gewährte Freiheit macht die Arbeit reizvoller, aber auch problembeladener. In dieser Freiheit liegt eine Aufgabe eigener Art und eigener Schwierigkeit: Vor allen Einzeluntersuchungen überhaupt erst zu sehen, welche Überlegungen am meisten not tun! Es ist deshalb vorweg zur Entlastung der Referenten festzuhalten, daß heute nicht ein einheitliches Thema gestellt ist, das systematisch oder gar abschließend behandelt werden könnte; es kann sich nur darum handeln, unter ganz verschiedenen unabhängigen Aspekten assoziativ einige Gedanken zusammenzutragen. Mehr als sonst ist durch das Thema jeder einzelne Teilnehmer des Juristentags und das juristische Publikum im allgemeinen zur Stellungnahme herausgefordert, wobei diese Stellungnahme nicht auf die von den Referenten aufgegriffenen Aspekte der gestellten Frage beschränkt ist.

III.

Läßt sich schon die Frage, welche Sachprobleme durch das Thema «Hundert Jahre Obligationenrecht» aufgeworfen sind, nicht nach objektiven Kriterien beantworten, sei in dieser Einleitung wenigstens angedeutet, welche Gegenstände der Reflexion dem Schreibenden als die vordringlichen erschienen sind.

Das Thema lädt vorab einmal zum *Rückblick* ein, der aber im Schoße unserer Vereinigung, die sich nicht die Betrachtung der Vergangenheit, vielmehr die Mitgestaltung der Zukunft unseres Rechts zur Aufgabe stellt, nur soweit zu verantworten ist, als der Blick zurück helfen kann, unsere Haltung heute und in kommender Zeit mitzubestimmen. So gesehen mag es vielleicht noch als gerechtfertigt erscheinen, einige – zur Zeit des Gesetzeserlasses nicht selbstverständliche – *Grundsatzentscheidungen des Gesetzgebers* anerkennend zu würdigen (§ 2). Wenn wir das Schicksal der Kodifikation verfolgen, erkennen wir, daß die

Revision, welcher der ursprüngliche und derzeit hundertjährige Gesetzestext im Jahre 1911 unterzogen wurde, fragwürdigen Einfluß entfaltet, der bei der Handhabung des heute geltenden Textes zu bedenken ist, wie auch bei allfälligen künftigen Gesetzesrevisionen aus den gemachten Fehlern Lehren gezogen werden sollten (§ 3). Anschließend ist zu fragen, ob die nachfolgende *angrenzende Gesetzgebung* hinreichend auf das OR abgestimmt wurde oder ob noch *Harmonisierungswünsche* bestehen (§ 4).

Da die Kodifizierung eines Rechtsgebietes niemals Selbstzweck sein kann, sondern sich das Ziel setzt, die *Rechtskultur* zu heben und zu fördern, muß, so scheint es dem Schreibenden, die *Hauptsorge des Gesetzesjubiläums* der Frage gelten, ob und in welchem Sinn dieses Ziel erreicht worden ist. Zur Umschreibung des uns aufgegebenen Problems liegt daher die Formel der Frage nahe: «Hat sich die Kodifikation bewährt?» Wenn wir jedoch bedenken, daß die Kodifikation, welche uns das Geschick (und wir dürfen dies Geschick ein *glückliches* Geschick nennen!) vor hundert Jahren beschert hat, als *gegebene historische Größe* hinzunehmen ist und Änderungen im Grundsätzlichen heute und wohl auf lange hinaus gar nicht erst erwogen werden können, wird ins Bewußtsein gebracht, daß besser als die festgefügte Größe der Kodifikation die ihr gegenübergestellte veränderbare Größe in den Blick gerückt wird und gefragt werden soll: *«Haben* wir *(d.h. alle Juristen des Landes) uns vor der Kodifikation bewährt?»* M. a. W. es ist zu erfragen, ob wir aufgrund des gegebenen Gesetzes tatsächlich zur bestmöglichen Rechtsverwirklichung gelangt sind oder wir nicht vielmehr Recht und Gerechtigkeit etwas schuldig bleiben, nach Verbesserung zu streben haben.

Bewährung oder Nichtbewährung erfolgt auf der Ebene der *Doktrin* und auf der Ebene der (Gerichts- und Anwalts-)*Praxis.* An erster Stelle mag die Frage stehen, welches deren Verhältnis sei; zur Feststellung der Verteilung der Verantwortung ist vielleicht eine *Skizze grundlegender Methodenprobleme der Gesetzesanwendung* erlaubt, deren Hauptanliegen das Sichtbarmachen der *Rolle wissenschaftlicher Argumentation* in unserem Rechtssystem ist (§ 5); anschließend sollen auf der Ebene handgreiflicher Sorgen alltäglicher Gesetzesanwendung einige Problempunkte herausgegriffen werden (§ 6), von denen die hier kurz «Rigorismus» genannte Erscheinung m. E. überspannter Anforderungen an Diligenz der Rechtswahrung (Verjährung, Prüfungs- und Rügeobliegenheit) besonders herausgestellt

werden soll (§ 7). – Der Erlaß einer Kodifikation hat in Raum und Zeit eine *«Isolierungswirkung»* in dem Sinn, daß die Verbindung zur Rechtstradition abgeschnitten und die Beziehungen zur Rechtskultur anderer Länder unterbrochen wird; diese an sich unvermeidlichen Folgen verdienen Überlegungen, die sich zum Ziele setzen, die Nachteile in Schranken zu halten (§ 8). Der Versuch einer *«Standortbestimmung»* als Abschluß wird um die Frage kreisen müssen, in welcher Richtung (Gesetzesrevision oder Neuorientierung der Praxis?) die Fortentwicklung und weitere Perfektionierung des Schuldrechts und dessen Handhabung gesucht werden soll (§ 9).

IV.

Zur Vermeidung von Mißverständnissen soll im *Negativen* vorweg noch festgestellt sein, was im Interesse der Vermeidung allzu weit ausufernder Überlegungen ausgeschlossen bleiben muß:

– das gesamte *Handels- und Gesellschaftsrecht,* das in seinem heutigen Zustand weniger auf das aOR als auf die Revision von 1935/36 zurückgeht und in seinem wichtigsten Teil, dem Aktienrecht, einer Revision unterzogen werden soll und künftig (wie bereits in der Vergangenheit) Anlaß zu Beratungen des Juristenvereins sein wird;

– das *Haftpflichtrecht* (Art. 41–61), das nicht ohne die vielfältige Haftpflicht-Sondergesetzgebung betrachtet werden kann und überdies im Jahre 1967 im Juristenverein als Sonderthema zur Debatte stand (vgl. die Referate von Emil W. Stark und François Gilliard in: ZSR 86 II, 1967, p. 1 ff. und 193 ff.);

– das in jüngerer Vergangenheit revidierte oder in Revision gezogene *Sondervertragsrecht,* d. h. insbesondere *Arbeitsvertrag, Miete* und *Pacht, Abzahlungs- und Vorauszahlungsvertrag.*

– *Sonderthemen,* wie die allfällige Schaffung gesetzlicher Regeln bezüglich *Allgemeiner Geschäftsbedingungen* oder einzelner Innominatkontrakte, wie des *Reisevertrages* usw.

Der verbleibende Bereich (das Vertragsrecht ohne die genannten Sondergebiete, das Bereicherungsrecht) ist ein Gebiet von solcher Weite, daß es auch hier nicht ohne Selbstbeschränkung abgeht, die darin bestehen muß, eine *Konzentration auf Grundsatzfragen anzustreben,* die unzähligen sich in der Handhabung des Rechts der einzelnen gesetzlichen Vertragstypen stellenden Fragen jedoch beiseite zu lassen.

§ 2 Würdigung der Gesetzgebung im allgemeinen

I. Der Glücksfall der Verwirklichung eines ersten Stücks Rechtseinheit

In nicht lange zurückliegenden Zeiten wäre ein Gesetzesjubiläum vor allem Anlaß des Feierns gewesen, Grund, die erzielten Fortschritte zu würdigen und die Verdienste der Schöpfer der Kodifikation herauszustellen. In unseren kritischen Jahrzehnten, denen es schwerer fällt, Bestehendes zu loben, verbietet sich zum vornherein eine derartige Ausrichtung der Überlegungen. Darüber bin ich nicht unglücklich; eine kritische Haltung, die danach fragt, was nicht gut, oder doch nicht so gut wie möglich ist, wird sich zwangsläufig mehr auf Gegenwart und Zukunft ausrichten und mehr Bezug zur Realität, in der wir leben, aufweisen. Trotzdem soll innerhalb eines Referats, das bewußt auf kritisches Aufsuchen von Schwachstellen im gegenwärtigen Zustand ausgerichtet ist, gewissermaßen zum Ausgleich eine Würdigung der Vorzüge vorangestellt werden.

Heute erscheint uns Nachfahren die Verwirklichung der Rechtseinheit in der Schweiz als selbstverständlich und zwangsläufig; wir können uns für heute nur schwer den Weiterbestand von kantonalem Strafrecht oder Betreibungs- und Konkursrecht und noch weniger die Herrschaft kantonalen Privatrechts vorstellen. Von den Zeitgenossen wurden die Dinge anders gesehen; für sie stellte sich die Rechtsvereinheitlichung vor allem einmal als Abschied vom Vertrauten, Bekannten, Gesicherten, ja vielleicht sogar Geliebten dar, war Aufbruch in eine ungewisse Zukunft. Damals, d. h. im ausgehenden 19. Jahrhundert stand der Wille zur Rechtsvereinheitlichung keineswegs fest. Daß die Rechtsvereinheitlichung nicht als eine historische Zwangsläufigkeit vorprogrammiert war, sondern auch hätte mißlingen können, zeigt das Schicksal des Prozeßrechts, dessen Vereinheitlichung ein durchaus auf die Linie der Vereinheitlichung des materiellen Rechts gestelltes Postulat war, dessen

Verwirklichung heute ungewisser ist als es jemals im 19. Jahrhundert scheinen konnte. Mehr als in früheren Jahrzehnten lehrt uns sodann ein Blick ins Ausland, wo allenthalben die zentrifugalen politischen Kräfte Oberhand gewinnen, Dezentralisierung und Regionalismus nie geahntes Gewicht erlangen, aber auch die trennende, desintegrierende Kraft von Sprachgrenzen schmerzlich sichtbar wird, daß die Vereinheitlichung des Kernstücks der Rechtsordnung über die Kantons-, Sprach- und Konfessionsgrenzen hinaus, die Schaffung eines zwar dreisprachigen, aber vereinheitlichten Obligationenrechts, einen Glücksfall und eine *Integrationsleistung von einmaligem Rang* darstellt.

Für die Rechtsvereinheitlichung in der Schweiz stand mit diesem ersten Schritt der Schaffung eines schweizerischen Obligationenrechts alles auf dem Spiel: Wäre dies erste Gesetz gescheitert oder hätte es in der Anwendung und Durchsetzung Ablehnung statt Zustimmung gefunden, wären wohl alle nachfolgenden Bemühungen für eine lange Zukunft aussichtslos gewesen, dies mit nicht absehbaren Konsequenzen für das Staats- und Rechtsleben im allgemeinen. Im Privatrecht hätte die andauernde Rechtszersplitterung nicht bloß im Innern alle Nachteile entfaltet, sondern auch in den vertraglichen Beziehungen zum Ausland (Erschwerung der Einführung des eigenen Rechts als Vertragsstatut usw.), wie die Erfolge, welche das schweizerische Privatrecht dank seiner Vereinheitlichung im Ausland erzielen konnte, ausgeblieben wären.

II. Die glücklichen Grundsatzentscheidungen

1. Verzicht auf eine Scheidung von Zivil- und Handelsrecht

a) Die *Vorteile des «code unique»* und des Verzichts auf eine Scheidung von Zivil- und Handelsrecht durch die Gesetzgeber des OR werden heute in der Schweiz wohl weitgehend anerkannt. In der Tat werden damit mindestens zahlreiche Abgrenzungsprobleme und sonstige Komplikationen vermieden, so daß die vorliegende Lösung meist als Glücksfall empfunden wird [1].

[1] Die Bedeutung dieser Systementscheidung soll allerdings nicht überschätzt werden. Auch die Schweiz kennt ein Handels-Sonderrecht im Recht der Handelsgesellschaften, des Immaterialgüterrechts, des Konkursrechts usw. Methodisch sollen die beiden Bereiche auch bei uns auseinandergehalten werden; vgl. dazu BUCHER, Gegensatz von Zivil- und Handelsrecht, in:

b) Die *Gründe* der Wahl des unitarischen Systems werden traditionell in einer bewußten Entscheidung des Gesetzgebers gesehen. Die für die getroffene Entscheidung als ausschlaggebend behaupteten Motive vermögen indessen insgesamt nicht zu überzeugen. Gewiß trifft es zu, daß im kantonalen Recht der Verzicht auf die Aussonderung des Handelsrechts ein Vorbild hatte. Indessen war es ja gerade das erklärte Ziel der Reform, über den bisherigen Rechtszustand hinauszukommen; der politische Start der Rechtsvereinheitlichung in der Motion von Nationalrat Curti, mit der die Schaffung eines vereinheitlichten Handelsgesetzbuches erreicht werden sollte, zeigt, daß man wenigstens in den Anfängen durchaus die Absicht hatte, nach dem ausländischen Vorbild auch bei uns das Handelsrecht als Sondergebiet auszugliedern. Die in der Botschaft angeführte Abneigung gegen berufsständisches Sonderrecht, begründet in demokratischer Staatseinrichtung und Gesinnung, ist leicht als eine bloß nachgeschobene Rechtfertigung zu erkennen, erst recht der nicht unbedenkliche, weil vielleicht einen gewissen Mangel der Rücksichtnahme auf Schutzbedürftige entlarvende Hinweis auf Bildungsstand und geschäftliche Begabung des Volkes [2]. Es würde aber auch eine Fehlinterpretation sein, wenn man in der Verschmelzung von Zivil- und Handelsrecht einen politischen Sieg eines extremen Liberalismus sehen wollte, der das auf Schutzvorschriften eher verzichtende Handelsrecht gewissermaßen zur allgemeinen Regel hätte erheben wollen [3].

Aspekte der Rechtsentwicklung, Festgabe für A. Meier-Hayoz, Zürich 1972, p. 1–14. – Auch die Nachteile sollen nicht übersehen werden; dazu zähle ich die unkritische Übertragung von Regelungen, die zwar im Handelsrecht angemessen erscheinen, den Nichtkaufmann dagegen überfordern, wie die Prüfungs- und Rügeobliegenheit des Käufers (OR Art. 201) und Werkbestellers (OR Art. 367); dazu auch unten § 7/I/2.
Die getroffene Lösung des «unitarischen» Systems findet auch im Ausland zunehmend Anhängerschaft. Selbst in den klassischen Ländern der Aussonderung des Handelsrechts, Frankreich und Deutschland, ist man wohl nicht mehr so sehr von den Vorteilen des traditionellen Modells überzeugt wie ehedem. Italien hat bekanntlich in der Reform des Jahres 1942 den Übergang zum «codice unico» vollzogen; andere Länder allerdings bleiben der Code-Civil-Tradition treu, so etwa Portugal, das 1966 das Zivilgesetzbuch erneuert hat.

[2] Vgl. dazu SCHÖNENBERGER in: SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Komm. zu OR Art. 1–17, Allgemeine Einleitung, p. 16, N. 49 mit Hinweis auf die Botschaft.

[3] Mit dieser die gesetzgeberische Grundentscheidung betreffenden Feststellung soll nicht geleugnet werden, daß in – aufs Ganze gesehen – seltenen Einzelfällen die Konzeption des «code unique» diese Wirkung hat, so im bereits genannten Fall der Rügepflicht (Art. 201, 367).

Einem ehernen Gesetz zufolge verwirklicht sich Rechtsvereinheitlichung immer in einer Abfolge, die in den weltanschaulich indifferenten Bereichen des Handelsrechts (mit dem Wechsel- und Scheckrecht als erstem Ansatzpunkt) beginnt, um über handelsrechtlich ausgerichtetes oder allgemeines Vertragsrecht zu mehr von Weltanschauung geprägten und lokalen Traditionen verhafteten Gebieten des Familien-, Erb- und Sachenrechts fortzuschreiten[4]. Vor diesem Hintergrund ist zu erkennen, daß die tatsächlich historisch entscheidenden Gründe für die Nicht-Aussonderung des Handelsrechts an ganz anderem Orte liegen als in direkt problembezogenen Überlegungen. In der ersten Phase lassen sich in der Schweiz sämtliche denkbaren Tendenzen feststellen: Von einer Ablehnung der Rechtsvereinheitlichung überhaupt bis hin zum Wunsche nach einer totalen, das gesamte Privatrecht erfassenden Kodifikation. Daß die Entscheidung schließlich zugunsten der weitergehenden Lösung ausfiel, war dem Übergewicht der «zentralistisch» ausgerichteten Kräfte zuzuschreiben; an sachlichen Überlegungen waren maßgebend die Einsicht, daß die Schaffung eines gesonderten Handelsrechts Abgrenzungsprobleme schaffen müßte und überdies die Regelung handelsrechtlicher Verträge ohne eine gesicherte Basis allgemeinen Vertragsrechts fragwürdig sei[5]. Der Einbezug des zivilistischen Vertragsrechts in dieselbe Kodifikation wie das Handelsrecht, das den Anstoß zur Kodifizierung gegeben hatte, war angesichts der beschränkten Gesetzgebungsthematik unter praktischen wie politischen Gesichtspunkten eine Selbstverständlichkeit[6].

[4] Wenigstens *partielles Weltrecht* ist heute vorab *Wechsel-* und *Scheckrecht* infolge der Genfer Abkommen von 1930/31. Wechselrecht war auch im nationalen Rahmen oft der Ausgangspunkt (vgl. etwa die deutsche Wechselordnung des Jahres 1848). In den USA ist der *Uniform Commercial Code* ebenfalls der Beginn einer Privatrechtvereinheitlichung. – In der Schweiz wurden unter dem Eindruck der deutschen Wechselordnung zuerst Versuche der Schaffung eines Wechselrechts unternommen (Entwurf von Burckhardt-Fürstenberger 1857); der weitere Weg über das Postulat der Schaffung eines Handelsrechts zum tatsächlich verwirklichten Obligationenrecht und schließlich der Schaffung des ZGB als Abschluß ist bekannt.

[5] Das haben vor allem die Vertreter *Berns* betont. Vgl. das Gutachten von Fürsprech NIGGELER, in: ZBJV Bd. 3/1867, p. 365–377 sowie die in folgender Anmerkung zitierten «Protokolle».

[6] Aus den *Materialien der Gesetzgebungsgeschichte* vgl. insbesondere *Botschaft* des Bundesrates betr. Revision der Bundesverfassung vom 1. 6. 1865; ANDREAS HEUSLER (Sohn), Der Entwurf eines schweizerischen Handelsrechts, ZSR 13/1866, p. 131 ff., bes. 142 f.; M. NIGGELER, Über die Einführung des schweizerischen Handelsgesetz-Entwurfs, ZBJV 1867, p. 365 ff.;

Als durch Schaffung des ZGB das gesamte Privatrecht durchkodifiziert wurde und an sich Anlaß geboten gewesen wäre, das Handelsrecht in ein Sondergesetz zu verweisen, war die Gewöhnung an die Verbindung von Schuldrecht und Handelsrecht derart fortgeschritten, daß eine entsprechende Forderung gar nicht erst ernsthaft aufkam. Als Resultat darf daher festgehalten werden, daß die heute in der Schweiz verwirklichte Lösung des «code unique» zur Hauptsache das Resultat der äußeren Umstände der Kodifikationsgeschichte war. Die getroffene Lösung war als «helvetischer Kompromiß» insbesondere die Folge davon, daß in einem ersten Schritt zwar nicht eine Durchkodifizierung des gesamten Privatrechts möglich war, anderseits doch die Kräfte der Rechtsvereinheitlichung zuviel Gewicht hatten, um den ersten Schritt der Vereinheitlichung auf das Handelsrecht zu beschränken.

2. Verzicht auf zu weit getriebene Abstraktionen

a) Kein «Allgemeiner Teil» («Rechtsgeschäft» nicht als Ansatzpunkt der Normierung)

Der grundlegendste Unterschied zwischen schweizerischer und deutscher Privatrechtskodifikation wird im Fehlen eines «Allgemeinen Teils» i. S. des BGB in ZGB und OR erblickt, eine Verschiedenartigkeit, die in ihrer Bedeutung allerdings nicht überschätzt werden soll. Einerseits liegt hier nur eine Besonderheit der Stoffanordnung vor, die nicht mehr als systematische Bedeutung hat: So sind die §§ 1–89 des BGB thematisch im Personenrecht des ZGB enthalten, die §§ 90–103 im Sachenrecht, während die übrigen Bestimmungen meist ihre Entsprechungen im OR finden. Anderseits hat die *Rechtsgeschäftslehre der §§ 104–185,* die recht eigentlich das Kernstück des Allgemeinen Teils darstellt, in unseren Kodifikationen keine direkten Entsprechungen. Funktional werden die fraglichen Regelungsgehalte bei uns übernommen durch die Regeln des Allgemeinen Teils des OR betreffend Willensmängel, Vertragsent-

F. v. Wyss, in: ZSR 15/1867, p. 9–40 (Referat im Schweiz. Jur. Ver.); *Protokolle* der zwei «Konferenz-Sitzungen betreffend die Einführung eines schweizerischen Handelsrechtes» von Kantonsvertretern abgehalten unter Vorsitz von Bundesrat Knüsel am 13. Dezember 1867 und 4. Juni 1868 (Bundesarchiv); *Botschaft* des Bundesrates betr. Revision der Bundesverfassung vom 17. Juni 1870; *Botschaft* des Bundesrates zu einem Gesetzesentwurf enthaltend Schweizerisches Obligationen- und Handelsrecht vom 27. November 1879.

stehung, Stellvertretung (sodann die Handlungsfähigkeitsregeln des ZGB), während einzelne Bestimmungen (etwa diejenigen über Genehmigung, §§ 182ff.) in unserer Gesetzgebung überhaupt keine Parallele haben. Im materiellen Gehalt des praktischen Ergebnisses unterscheiden sich die Regelungen, soweit sie etwa Vertragsentstehung, Willensmängel oder Stellvertretungsrecht betreffen, nur in Nebensächlichkeiten; der Kern der Verschiedenheit liegt in der *Form*, d. h. darin, daß die fraglichen Gegenstände in unserer Kodifikation als Fragen des Vertragsrechts präsentiert werden, während sie im BGB eine Abstraktionsstufe höher eingeordnet und als Probleme der Rechtsgeschäfte verstanden werden. Hervorragende Juristen wie RABEL oder HECK, selber Deutsche, aber mit unserem Recht vertraut, haben dem BGB den Vorzug gegeben[7]. Die inzwischen verflossenen Jahrzehnte haben mindestens die Rabelsche Kritik nicht bestätigt. Der Vertrag ist nun einfach unter den Rechtsgeschäften mit sehr großem Abstand die wichtigste Figur; die Sachprobleme bezogen auf den Hauptanwendungsfall zu regeln, hat zwangsläufig gleichermaßen die Vorteile der Einfachheit wie der Sachbezogenheit unter Vermeidung der im Vorgang der Abstraktion lauernden Gefahren (überschießende Verallgemeinerungen usw.). Die Behandlung der durch das Vertragsrecht nicht erfaßten einseitigen Rechtsgeschäfte durch ein Analogieverfahren hat sich als weniger problemträchtig erwiesen, als aufgrund theoretischer Überlegungen hätte erwartet werden müssen. Selbst die unglückliche, weil zu enge Fassung von ZGB Art. 7, als Verweisungsnorm an sich unentbehrlich, hat keinen größeren Schaden gestiftet. Wenn auch eine gewisse Unsicherheit bei der Behandlung einseitiger Rechtsgeschäfte zu spüren ist (in welchem Sinne dürfen Kündigungen bedingt sein? o. dgl.), würden wir hier viel eher einige diesbezügliche spezifische Sondernormen wünschen als diesen Fragen zuliebe weite Teile des Vertragsrechts in eine Rechtsgeschäftslehre einbringen wollen.

Die im BGB vollzogene Abstraktion beabsichtigt ein «vor die Klammer Ziehen» allgemeiner rechtsgeschäftlicher Gesichts-

[7] ERNST RABEL, BGB und schweizerisches ZGB, Deutsche Jur. Zeitg. 15/1910, p. 27; DERSELBE, Streifgänge im ZGB, Rhein. Zeitschr. f. Zivil- und Prozeßrecht 4/1912, p. 139f. (beide abgedruckt in E. RABEL, Gesammelte Aufsätze, Bd. I, Tübingen 1965, p. 143 bzw. 214f. PHILIPP HECK, Der Allgemeine Teil des Privatrechts. Ein Wort der Verteidigung, in: Archiv für die civilistische Praxis, Neue Folge Bd. 26/1941, p. 1.

punkte, was aber letztlich mißlingen muß, da die Gemeinschaftlichkeiten von einseitigen und zweiseitigen Rechtsgeschäften teilweise bloß scheinbare sind. Bereits in einem zentralen Bereich wie der Frage der *Auslegung* von Rechtsgeschäften kann es keine allgemein gültigen Regeln geben; der Wegfall des im Vertragsrecht in vorderster Linie stehenden Vertrauensgedankens beim Testament als wichtigstem der einseitigen Rechtsgeschäfte mag illustrieren, daß die Rechtsgeschäftsfigur zu abstrakt gewählt ist und die Betrachtung besser begriffshierarchisch eine Stufe tiefer einsetzt [8].

Dem vom BGB gewählten System der Verlegung der Regelung auf die Abstraktionsstufe des Rechtsgeschäfts wird nicht die Zukunft gehören, wie man zu Beginn des Jahrhunderts noch annehmen mochte. Auch im Recht geht die Entwicklung (unter englisch-amerikanischem Einfluß?) in Richtung eines Pragmatismus, der u. a. durch Skeptizismus gegenüber Theorie und Abstraktion geprägt ist und der von Gesetzgebung wie Wissenschaft problembezogene, d. h. in möglichste Nähe der konkreten Entscheidungssituation verlegte Stellungnahme fordert. Das BGB-Modell hat denn auch in dieser Hinsicht wenig Nachfolge gefunden [8a].

Der Verzicht auf einen Allgemeinen Teil und insbesondere auf die Herausstellung des Rechtsgeschäftsbegriffs als zentralen Ansatzpunkt rechtlicher Regelung war um die Jahrhundertwende keineswegs selbstverständlich; nicht nur übte das BGB

[8] Daß die Logik des BGB nicht ganz aufgeht, wird auch daraus ersichtlich, daß die praktisch recht bedeutsamen, wenn auch bisher wissenschaftlich kaum beachteten *«rechtsgeschäfts-ähnlichen Handlungen»* (mit den Beispielen etwa Begründung eines Wohnsitzes, Besitzerwerbshandlungen, Verzeihung gegenüber einem Erbunwürdigen oder dem ehebrecherischen Ehegatten, Entgegennahme einer Kaufsache in Kenntnis deren Mangelhaftigkeit mit den Gewährleistungs-Verwirkungsfolgen gemäß BGB § 464 usw.) überhaupt nicht erfaßbar sind und damit zwangsläufig die Frage analoger Anwendung sich auch hier stellt, während – in der Frage der Handlungsfähigkeitserfordernisse – hier beispielsweise dem ZGB eine Antwort wenigstens teilweise entnommen werden kann. Vgl. dazu auch BUCHER, in: ZBJV 1967, p. 285/6 (Besprechung von Rabels Aufsätzen).

[8a] Es findet sich eine Annäherung an das BGB im *brasilianischen Código Civil* von 1916 (art. 81–106) und *peruanischen CC* von 1936, dessen art. 1075–1135 zwar Rechtsgeschäfte im allgemeinen, nicht Verträge betreffen, jedoch im Obligationenrecht und nicht einem vorgestellten «Allgemeinen Teil» eingeordnet sind, womit ein vorrangiger Bezug zum Vertragsrecht hergestellt wird. Die nach BGB und ZGB erlassenen kontinentaleuropäischen Kodifikationen, die Neufassungen des italienischen *Codice Civile* (1942) und des portugiesischen *Código Civil* (1966) bleiben auf traditionellen Pfaden und folgen dem BGB nicht.

starken Einfluß aus, sondern diese Gesetzgebung war ihrerseits ebenfalls das Produkt einer vom allgemeinen und insbesondere auch technischen Fortschrittsglauben geprägten Zeit, welche einen Hang zum «begrifflichen Durchgestalten» des Rechts hatte. Auch hier war die *Gesetzgebungsgeschichte* Verhüter von nachträglich als Pseudo-Fortschritte erkannten Neuerungen: Das gewissermaßen aus dem Handelsrecht herausgewachsene alte OR verzichtete mit Selbstverständlichkeit auf einen allgemeinen Teil mit seiner Rechtsgeschäftsregelung i. S. des BGB, schon weil dieser über das Vertragsrecht hinaus ins allgemeine Zivilrecht hätte reichen müssen, und dafür bestand bekanntlich keine Verfassungsgrundlage; im nachhinein (d. h. durch Schaffung des ZGB) einen «Allgemeinen Teil» mit einer Rechtsgeschäfts-Normierung zu schaffen, verbot schon die Macht der Gewohnheit.

b) Keine Verschuldensabhängigkeit des Verzugsbegriffs

Viel weniger spektakulär, aber praktisch doch wichtig genug, um hier als Beispiel einer glücklicherweise vermiedenen Generalisierung genannt werden zu dürfen, ist die im BGB eingeführte Verschuldensabhängigkeit des Verzugs im Vertrag. Verzug ist für die pandektistische Literatur des 19. Jahrhunderts mehrdeutig und schließt ursprünglich das Verschuldenserfordernis nicht ein, während im Lauf der Zeit die Lesart Oberhand gewinnt, der «eigentliche» oder «juristische» Verzug (auch subjektiver Verzug) sei nur im Falle eines Verschuldens des säumigen Schuldners anzunehmen[9]. Dieses spätere Verständnis hat schließlich Eingang in das BGB gefunden mit der Wirkung, daß sämtliche Verzugsfolgen der Verschuldensvoraussetzung unterworfen werden, während das OR die ältere Lesart beibehält, Verzug als objektive Größe betrachtet und lediglich auf der Ebene der Verzugs*folgen* die Verschuldensabhängigkeit einführt (d. h. dem Schuldner zur Abwendung der Verzugsfolgen die Exkulpation ermöglicht). Die schweizerische Lösung des Verzichts auf Generalisierung und der problembezogenen Entscheidung hat den Vorteil, Differenzierungen zu

[9] Vgl. z. B. C. F. MÜHLENBRUCH, Lehrbuch des Pandektenrechts, Halle 1836, Teil II § 371, der im Sinne der älteren Lesart lediglich feststellt: «eine unverschuldete mora ist der Regel nicht nachteilig»; WINDSCHEID, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. III, §§ 276 f. (in sämtlichen Auflagen); ähnlich VANGEROW, Lehrbuch der Pandekten, Bd. III, § 588.

ermöglichen. Daß gegenüber der *Verzugszins-Forderung* die Exkulpation nach BGB zugelassen wird, ist zwar in der Theorie unverständlich [10], praktisch jedoch nicht sehr bedeutsam, da bei feststehendem Verzug die Exkulpation hinsichtlich der Nichtzahlung nur in Ausnahmefällen, wenn überhaupt, zu leisten ist. Von tiefgreifender Konsequenz ist indessen die Verschuldensabhängigkeit der *Ablehnungsandrohung nach BGB § 326* (funktional unserem Art. 107 OR entsprechend). Der Gläubiger (z. B. Käufer), der seine Leistung nicht zeitig und auch nach Ansetzung einer Nachfrist noch nicht erhält, benötigt die Möglichkeit, eine noch mehr verspätete Lieferung auszuschließen. Im Gegensatz zu OR Art. 107 gibt BGB § 326 dem Gläubiger nicht in allen Fällen die Möglichkeit, die Situation zu bereinigen und klare Verhältnisse zu schaffen; der Gläubiger, der in aller Regel nicht zu beurteilen vermag, ob sein Schuldner schuldhaft oder schuldlos nicht erfüllt, bleibt im Ungewissen, ob er noch wird die verspätete Lieferung entgegennehmen müssen; wird die Leistung nach Ablehnungserklärung i. S. von § 326 angeboten, wird es ihm oft unmöglich sein, zu entscheiden, ob der Schuldner den Verzug schuldhaft zu vertreten hat, er selber damit die Annahme rechtens verweigert oder nicht [11].

[10] Wenn Verzugszinse schon keinen Schadensnachweis voraussetzen, sondern auf einer praesumptio iuris et de iure beruhen, daß das Verfügen über geschuldetes Geld per se einen Vorteil, das Entbehren eines zustehenden Geldbetrages eine auszugleichende Benachteiligung darstelle, ist nicht zu ersehen, weshalb dieser Ausgleich nur im Verschuldensfall geschuldet sei, liegt doch ein kondiktionsähnlicher Sachverhalt vor.

[11] Es kann hier nicht allen Schwierigkeiten nachgegangen werden, welche die Verschuldensabhängigkeit des Verzugsbegriffs der deutschen Doktrin und Praxis bereiten, indessen darf auf die Gründe dieser gesetzgeberischen Fehlleistung hingewiesen werden: Die Ablehnungserklärung von BGB § 326 hat keine Basis in der pandektistischen Tradition, sondern beruht wohl einerseits auf dem Vorbild von aOR Art. 122 (Vorläufer von rev. OR Art. 107) und ist anderseits inspiriert vom franz. Code Civil, dessen art. 1184 («La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement.») bereits das OR beeinflußt hat. Es wurde nun verkannt, daß die Aufnahme dieser außerhalb des Pandektenrechts gewachsenen Einrichtung nachträglichen Rücktritts vom Vertrag bzw. nachträglichen Abschneidens der Vertragserfüllung dem Verzug einen zusätzlichen, das Bisherige an Bedeutung weit übertreffenden neuen Anwendungsbereich gab, in welchem die Verschuldensabhängigkeit sachlich gänzlich verfehlt ist.

III. Insbesondere die Vorzüge der formalen Gestaltung

1. Selbstbescheidung im gesetzlichen Regelungsanspruch

Eine der wichtigsten Grundsatzentscheidungen des Gesetzgebers hat zu bestimmen, bis zu welchem Grade das Gesetz in Einzelheiten gehen und Sonderumständen Rücksicht tragen soll. Diese Entscheidung wird meist unbewußt gefällt bzw. ist durch die gegebenen Umstände, d.h. die Modellvorstellung von Gesetzgebung, welche die gesetzgebenden Instanzen beherrscht, im voraus bestimmt. Der Gesetzgeber des Allgemeinen Landrechts Preußens strebte noch möglichste Vollständigkeit und Erfassung aller Eventualitäten an und schuf daher ein Werk von einmaliger Vollständigkeit und betulicher Breite, landesväterliche Besorgtheit ausstrahlend. Die andere Extremposition wird vom ganz knappen, «unterkühlt» wirkenden französischen Code Civil vertreten, der sich weitgehend in brillant formulierten Allgemeinheiten erschöpft, welche die konkreten Einzelentscheidungen häufig genug offen lassen.

Diesen beiden Extrempositionen innerhalb der naturrechtlichen «Kodifikationen der ersten Generation» entspricht in stark abgeschwächter Form der Gegensatz zwischen BGB und OR: das deutsche Gesetzgebungswerk den Gesetzgebungsauftrag ernst nehmend und bestimmt vom Bestreben, wenigstens die wichtigsten gesetzgeberischen Entscheidungen auf klare, möglichst eindeutige Weise zu formulieren, das OR demgegenüber wesentlich knapper und zurückhaltender in der Aussage, oft bewußt eine heikle Frage nicht entscheidend und deren Beantwortung künftiger Wissenschaft und Praxis überlassend, noch häufiger wohl auch gar nicht die Summe der möglichen Problemstellungen überblickend bzw. überblicken wollend. Diese Konzeption relativer Sparsamkeit der Aussage und Zurückhaltung im Regelungsanspruch hat eine gewisse Affinität zum Code Civil und reflektiert wohl auch etwas dessen Einfluß.

Im aOR als erstem großen Kodifikationswerk des schweizerischen Bundesstaates wurde gleich auf Anhieb der Stil gefunden, der während Jahrzehnten für die schweizerische Gesetzgebung maßgebend bleiben sollte. Mit *«Klarheit der Ausdrucksweise»* oder *«Einfachheit der Darstellung»* ist diese Besonderheit zwar nicht falsch, aber nur unzulänglich umschrieben, denn dasselbe konnten auch die wichtigen Vorläufer, das Zürcher PGB und der Dresdner Entwurf, für sich beanspruchen. Aber gerade der Vergleich zeigt hier einen wesentlichen Fortschritt: Eine beträchtliche Konzentrierung und Verkürzung der Dar-

stellung gegenüber dem Dresdner Entwurf, eine beträchtliche inhaltliche Erweiterung bei gleichzeitig deutlicherer Heraushebung der entscheidenden Anordnungen gegenüber dem PGB. Mit dieser Feststellung soll die Wertschätzung dieser beiden Vorläufer nicht relativiert werden, ganz im Gegenteil; ohne sie wären OR wie auch ZGB in der vorliegenden Gestalt nicht denkbar. Aber es liegt ein Fortschritt vor, dessen Kern darin ist, daß ein *sinnvolles Gleichgewicht zwischen Aussage und Verschweigen* gefunden wurde. Man verliert sich nicht in Einzelheiten wie das Allgemeine Landrecht Preußens, ein Zug, der sich auch im (von dieser Kodifikation beeinflußten) zürcherischen PGB gelegentlich noch findet, ohne daß man sich im Sinne des französischen Code Civil auf Allgemeinheiten zurückziehen würde, deren direkte Anwendung auf den Einzelfall Schwierigkeiten bereiten muß. Das OR formuliert nicht abstrakte theoretische Prinzipien (wie oft der CC), sondern konkret anwendbare Einzelanordnungen, diese sind aber doch vom Einzeltatbestand abstrahiert und verallgemeinert gefaßt. Wenn das OR den «großen Abstraktionen» auf der Ebene des Begrifflichen abhold ist (vgl. das zum Rechtsgeschäft oben Ziff. II/2 Gesagte), ist umgekehrt die relative Einfachheit und Kürze des Gesetzes nur wiederum möglich infolge eines vergleichsweise *hohen Abstraktionsgrades* auf der *Stufe der materiellen Anordnung*. Diese Ausgewogenheit des OR im hier beschriebenen Sinn beeinflußt die Nachfolgekodifikationen, das SchKG und besonders das ZGB, dessen formale, darstellerischen Vorzüge auch oft genug beachtet wurden, wobei an dieser Stelle festgehalten werden darf, daß das ZGB in dieser Hinsicht gegenüber dem OR keine Neuerung brachte, sondern eine bereits bewährte Tradition fortsetzte.

Je mehr die Zeit fortschreitet, um so eher treten die Vorzüge der *«Kunst des Verschweigens»* hervor; je ausführlicher eine Kodifikation ist, um so schwerer setzt ihr das Alter zu. Das Überleben des französischen Code Civil (und ähnlich des österreichischen ABGB) erklärt sich nur durch die Kürze, die der Gegenwart Freiheit läßt. Je mehr sich der Schwerpunkt der Verankerung des gelebten Rechts aus der Kodifikation heraus in Wissenschaft und Praxis verlagert, um so dankbarer ist man für alles Nichtgesagte. Dieser Sachverhalt, der mit fortschreitender Zeit der schweizerischen Kodifikation gegenüber dem deutschen BGB einen Vorteil zu verschaffen scheint, darf allerdings nicht übersehen lassen, daß die «helvetische Kürze» nur deshalb praktikabel ist, weil Wissenschaft und Rechtsprechung auf einen traditionellen Fundus rechtlicher Ordnung

zurückgreifen können. Zu diesem Fundus gehört (im Bereich des OR) vorab die pandektistische Tradition; sie beeinflußt in den Anfängen des OR die schweizerische Juristenschaft und erleichtert entscheidend Verständnis und Anwendung der Kodifikation.

Auch das BGB, seinerseits Kind der gleichen Wissenschaftstradition wie das OR, kann als zusätzliche Informationsquelle herangezogen werden. Damit sollen – als Warnung vor selbstgenügsamer Überheblichkeit – die Verdienste der «helvetischen Kürze» relativiert werden: Wir können uns den Luxus dieser Kürze nur leisten, weil im Hintergrund die gesamte gemeinrechtliche Überlieferung (und hier eingeschlossen auch der Dresdner Entwurf und das BGB) steht, auf die im Bedarfsfall zurückgegriffen werden kann und aus der denn auch Generationen von Kommentatoren und Dissertanten ihre besseren Einsichten geschöpft haben.

2. «Elastizität»; weites richterliches Ermessen

Mit dem Gesagten hängt auch zusammen, daß der schweizerische Privatrechtsgesetzgeber großes Zutrauen zum Richter hat und ihm vergleichsweise einen großen Spielraum des Ermessens beläßt. Zu ergänzen ist, daß in dieses Zutrauen auch die Wissenschaft eingeschlossen bleibt, der immer wieder unter Entlastung des Gesetzes die Entscheidung heikler Fragen überlassen ist.

Als Beispiel eines grundlegenden legislatorischen Fortschritts darf die Regel von OR Art. 43/I (oder aOR Art. 51/I) betrachtet werden, wonach die Schadenersatzpflicht je nach den Umständen und insbesondere nach der Größe des Verschuldens differenzierend bestimmt wird und insbesondere bei leichtem Verschulden unterhalb des vollen Ersatzes bleiben kann (was gemäß OR Art. 99/II und III auch im vertraglichen Bereich gilt). Wenn man berücksichtigt, wie fließend die Grenze zwischen Verschulden und Nicht-Verschulden (und insbesondere auch zwischen Verschuldensfähigkeit und Nicht-Verschuldensfähigkeit, d. h. Urteilsunfähigkeit) verläuft, wird man für diesen Anwendungsfall richterlicher Freiheit – um die uns das Ausland beneidet – dankbar sein. Es wird hier in einem ganz zentralen Punkt das – als solches gemeinhin zu wenig deutlich erkannte – Postulat verwirklicht, daß die Rechtsordnung das «Alles-oder-Nichts-Prinzip» nur in den Fällen sachlogischer Notwendigkeit statuieren soll[12], in den anderen Fällen jedoch

[12] Diese Fälle sind häufig genug; das Vertragsrecht, das notgedrungen i. d. Regel nur entweder Vertragsgültigkeit oder -ungültigkeit anerkennen kann, ist weitgehend dem Gegensatz des Ja oder Nein ausgesetzt; dazu auch unten § 9/IV bei Anm. 127.

anstelle des sprunghaften Wechsels vom Nichts zum Alles und vom Alles zum Nichts soweit möglich fließende Übergänge treten sollen. De lege ferenda wird zu fragen sein, ob nicht dieser eindeutige Fortschritt des OR verallgemeinerungsfähig wäre, d.h. noch auf weitere vergleichbare Sachverhalte übertragen werden könnte[13].

In anderen Bereichen ist man nicht ganz so sicher, ob der von der Gesetzgebung gelassene Freiraum, der punktuell die Postulate der «Freirechtler» vorwegnimmt, nur segensreich sei. Nur zwei dieser Problemfälle seien genannt:

– Die Möglichkeit von OR Art. 205/II, dem Käufer auf Wandelungsklage (trotz ausgewiesener Sachmängel) bloß Preisminderung zuzugestehen. An anderer Stelle habe ich darauf hingewiesen, daß auf der Ebene der in den meisten Kantonen vorherrschenden Prozeßkostenverlegung aus der Anwendung dieser dem Verkäufer mangelhafter Ware an sich sinnvoll entgegenkommenden Norm Konsequenzen inakzeptabler Benachteiligung des Käufers entstehen[14]. Bedenklich ist darüber hinaus das Versagen von Wissenschaft wie Praxis gegenüber der Aufgabe, hier klare Gesichtspunkte der Abgrenzung herauszuarbeiten, d.h. jenen Raum abzusichern, in dem der Käufer Gewißheit haben darf, nicht vom Richter um seinen Wandelungsanspruch gebracht zu werden.

– Die Möglichkeit von OR Art. 373/II, im Werkvertrag den Werklohn über die fest vereinbarte Summe hinaus zu erhöhen, wenn durch «außerordentliche Umstände» Mehraufwendungen veranlaßt waren[15], stellte ein wertvolles Sicherheitsventil dar, erscheint aber als gefährlich; jedenfalls ist es Lehre und Praxis noch nicht ganz gelungen, diese Auflockerung des Prinzips der Vertragstreue an klare materielle Voraussetzungen zu knüpfen (zum Ganzen unten § 6/III und Anm. 80, 81).

IV. Ausstrahlung des OR ins Ausland

Der Erfolg des *ZGB* im Ausland ist viel beachtet und besprochen worden. Dabei übersah man meist, daß zwar die verbale

[13] In BGE 102 II 267 E. 4 hat das Bundesgericht auf der Linie dieser Überlegungen eine graduelle Abstufung der Urteilsfähigkeit (als Verschuldensfähigkeit) angenommen und damit einen wichtigen Schritt in der richtigen Richtung getan.

[14] BUCHER, Der benachteiligte Käufer, SJZ 1971, p. 1 ff., 17 ff., bes. p. 21–24 (Ziff. II) und dazu unten § 4/III.

[15] Eine Regel, für die es weder im BGB noch im österreichischen ABGB, wohl aber (unter klarem Einfluß des OR) in art. 1664 des italienischen Codice Civile eine Entsprechung gibt.

Anerkennung des Auslandes (hier hauptsächlich des deutschsprachigen Auslandes) vorab dem ZGB galt, der tatsächliche Einfluß (verstanden als Rezeption in ausländischen Rechtsordnungen) des OR jedoch wohl größer war. Wenn man von der «Rezeption des ZGB» in der *Türkei* spricht, erfaßt diese Rechtsübernahme auch die vertragsrechtlich-zivilrechtlichen Bestimmungen des OR; lediglich das Handels- (Gesellschafts-) Recht der Schweiz wurde nicht übernommen, sondern hier dem deutschen Vorbild gefolgt. Darüber hinaus läßt der im Jahre 1942 in Kraft getretene Codice Civile *Italiens* in vielen Einzelanordnungen des Vertragsrechts einen Einfluß des schweizerischen Vertragsrechts erkennen [16], der im Bereich des Schuldrechts vermutlich stärker war als in Familien-, Erb- oder Sachenrecht.

Der wichtigste Einfluß des OR wirkt sich im *Schuldrecht des deutschen BGB* aus, während hier dem ZGB als Nachfolgekodifikation eine Wirkung zum vornherein versagt war. Die Annäherung der Lösungen des OR und des BGB, die oft bis zur Identität hingehen, beruhen allerdings im Kern auf einer Übereinstimmung der Basis beider Kodifikationen (gemeinrechtliche Überlieferung, Dresdner Entwurf, zürcherisches PGB usw.); trotzdem wäre ein direkter Einfluß des OR wohl in vielfacher Hinsicht nachzuweisen. Ohne daß hier Nachforschungen im einzelnen unternommen werden könnten, darf doch mit Bedauern festgehalten werden, daß diese verwandtschaftlichen Beziehungen besonders in Deutschland gerne verkannt werden [17].

[16] Art. 1664 (als Gegenstück zu OR Art. 373/II, oben Anm. 15 genannt) stellt eines unter wohl zahlreichen Beispielen dar.

[17] Dabei spielt der äußere Umstand, daß infolge der Revision das geltende OR formell als *Gesetz des Jahres 1911* gilt und damit optisch zu unrecht gegenüber dem BGB in eine Nachfolgeposition gerät, eine erhebliche Rolle. Das mag illustriert werden durch Hinweis auf die während des Verfassens dieser Zeilen erschienenen Abhandlung von W. MÜLLER-FREIENFELS, Stellvertretungsregelungen in Einheit und Vielfalt, Frankfurt/M. 1982, wo p. 13 zur Trennung von Vollmacht und Grundgeschäft (z. B. Auftrag) ausgeführt wird, diese sei erstmalig konsequent vom BGB verwirklicht worden, dem sich das «schweizerische OR von 1911« angeschlossen habe. Wer schloß sich wem an? Das «OR von 1911» ist in allen hier interessierenden Gesichtspunkten mit jenem von 1881/83 identisch; die Bevollmächtigung wird – obwohl in die Regelung des Vertragsrechts und nicht in jene einer Rechtsgeschäftslehre eingebettet – klar als Sachverhalt eines einseitigen Rechtsgeschäfts konzipiert und vom Grundgeschäft unabhängig gemacht. Diese in Deutschland erst später zur Herrschaft gelangte – hier zu unrecht oft als eine Erfindung LABANDS hingestellte – Lösung ist nicht nur im aOR von 1883 anzutreffen, sondern überdies bereits im Zürcher PGB (§§ 949 ff., in Kraft getreten 1855) vorgezeichnet.

§ 3 Die Pannen des Jahres 1911

I. Die Revision des Jahres 1911 im allgemeinen

Das gegenwärtig geltende OR datiert formell vom *30. März 1911*. Das heutige Begehen eines Zentenariums unterstellt stillschweigend, daß diesem Datum keine wesentliche Bedeutung zukomme, die historisch maßgebliche Entscheidung mit der Schaffung des ursprünglichen OR (des *«aOR»*) gefallen sei. Diese in der Sache völlig zutreffende Gewichtung darf nicht übersehen lassen, daß die Revision des Jahres 1911 einen einschneidenden Eingriff im «Leben» der Kodifikation darstellte. Nur schon die äußere Tatsache der Neudatierung ist in ihrer Bedeutung nicht zu unterschätzen: Sie verstellt dem nicht näher Eingeweihten den Blick für die historischen Zusammenhänge und gibt einen falschen Eindruck davon, wo die Kodifikation ihre Wurzeln hat [18]. Die Neuerungen ihrerseits sind, auch wenn sie den Grundhabitus des Gesetzes nicht angreifen, in Einzelheiten doch einschneidend; das Jubiläumsjahr der ursprünglichen Kodifikation wird zum Anlaß der Ehrenrettung der Väter dieses ursprünglichen Gesetzeswerkes genommen werden dürfen, indem gefragt wird, welche als problematisch empfundenen Aspekte des gegenwärtigen Gesetzestextes nicht ihnen, sondern den für die Revision Verantwortlichen anzulasten sind (dazu Ziff. II). Anschließend (Ziff. III) ist aber auch zu zeigen, daß das Nebeneinanderbestehen von zwei «Textschichten» mit potentiell verschiedenem Aussagegehalt eine Problematik ganz eigener Art schafft: Welches ist das Verhältnis des jüngeren zum älteren Text? Will eine abweichende Formel etwas Neues bringen oder bloß das Bisherige bestätigen?

[18] So wird damit die *Zeitpriorität gegenüber dem deutschen BGB* verschleiert und beim Betrachter der Eindruck geweckt, es handle sich um eine dem deutschen Schuldrecht nachfolgend geschaffene Kodifikation. Vgl. dazu auch oben § 2/IV und Anm. 17.

Wenn in der folgenden Kritik die negativen Aspekte der Revision herausgestellt werden, geschieht dies vor dem Hintergrund der Annahmen, daß einerseits eine gewisse Anpassung des OR durch den Erlaß des ZGB notwendig gemacht war (Streichung von Gegenständen, die ins ZGB übergeführt werden mußten), und daß wenigstens ein Teil der Neuerungen der Revision erwünschte und wertvolle Bereicherungen darstellen. Der heute gebotene Anlaß rechtfertigt aber wohl, diese den Nachteilen gegenübertretenden Vorteile nicht weiter darzulegen[19]; dagegen müssen uns die eindeutig auszumachenden Negativaspekte beschäftigen, deren Auswirkungen zu minimieren der Wissenschaft aufgegeben ist.

II. Negativaspekte der Neuerungen

1. «Fahrigkeit» der Redaktion neu eingefügter Normbereiche

Die Revision brachte die Normierung einiger bisher nicht geregelter Bereiche: Die Regeln über die «Schuldübernahme» (OR Art. 175–183), Grundstückkauf (OR Art. 216–221), Versteigerung (OR Art. 229–236), Schenkung (OR Art. 239–252), Mäklervertrag (OR Art. 412–418), Lagergeschäft (OR Art. 482–486), Verpfründung (OR Art. 521–529). Gesamthaft gesehen kann der Eindruck nicht verscheucht werden, daß diese Einfügungen das juristische Niveau, wie es sonst in der Kodifikation zum Ausdruck gelangt, nicht zu halten vermögen und entsprechend der wissenschaftlichen Bearbeitung besondere Schwierigkeiten entgegenstellen. Dieser Vorbehalt trifft allerdings nicht in allen Bereichen gleichermaßen zu.

[19] Immerhin sollen hier die wichtigsten der eindeutig wertvollen Neuerungen innerhalb des allgemeinen Teils stichwortartig vermerkt werden: Im Rahmen von Art. 20 die ausdrückliche Vermerkung der Möglichkeit der Teilnichtigkeit (Abs. II) wie auch die Abtrennung der (im BGB § 138 unsachgemäß vermischten) Sondertatbestände von ZGB Art. 27 und OR Art. 21; die ausdrückliche Vermerkung des Grundlagenirrtums (Art. 24 Ziff. 4) wie auch Art. 25 und 27; ausdrückliche Zulassung der über den Tod hinauswirkenden Vollmacht (Art. 35/I); von besonderem Gewicht die zahlreichen Differenzierungen des Deliktsrechts (Art. 41/II, 42, 44 usw. sowie die Verweisung auf Deliktsgrundsätze im vertraglichen Schadenersatzrecht, Art. 99/III); Ausweitung der Vertragshaftung für Hilfspersonen im Rahmen von Art. 101; Schutz gegenüber vertraglichem Zessionsverbot des aufgrund einer Schuldurkunde erwerbenden Zessionars nach Art. 164 Abs. II.

Die Regeln über die *Schuldübernahme (OR Art. 175–183)* wird man insgesamt als harmlos bezeichnen dürfen; das meiste des in der Novelle Formulierten folgt bereits aus allgemeinen Grundsätzen bzw. Regeln, die das Gesetz andernorts aufstellt[20]. Während das Definitorische und Deskriptive bei den verschiedenen «Schuldübernahme-Tatbeständen» (Art. 175–180) überwiegt und die Anwendung dieser Bestimmungen wenig Judikatur veranlaßt hat, regeln die Art. 181–183 die gänzlich verschiedenen (vom Marginale «Schuldübernahme», Art. 175, nicht gedeckten) Sachverhalte der *Vermögens-* und *Geschäftsübernahme*. Nicht nur werden hier neben Passiven auch Aktiven übertragen, sondern es wird ein als «Universalsukzession» zu bezeichnender Mechanismus eingeführt, in dessen Rahmen nicht bloß isolierte Forderungen bzw. Pflichten, sondern die *Vertrags*beziehungen des Veräußerers übertragen werden. Es handelt sich hier um ein dogmatisch wenig durchgearbeitetes Gebiet, und die in zwei Artikeln gegebene Lösung kann nicht beanspruchen, die komplexe Materie (deren Beziehung insbesondere zum Recht der Personengesellschaften viele Fragen aufgibt) auch nur in einer Annäherung erschöpfend geregelt haben.

Erheblich schwerer fallen Mängel der Regelung der *Schenkung (OR Art. 239–252)* ins Gewicht. Der Versuch, die in allen Teilen als Vorbild dienende Regelung des BGB (§§ 516–534) in etwas einfachere und eingängigere Form zu bringen, kann nicht als gelungen gelten. Der Terminus «Schenkung» bezeichnet bald das Verfügungsgeschäft (Art. 239), bald das Verpflichtungsgeschäft (Art. 242, 245), bald das Schenkungsobjekt (Art. 241/I). Unglücklich und verwirrlich ist die Gegenüberstellung von (formfreier) Handschenkung und (formbedürftigem) Schenkungsversprechen (Art. 242 und 243)[21]; die sinnvolle und

[20] So etwa Art. 175/II, wo nur das auch aus OR Art. 82 sich Ergebende formuliert wird. Ebenso folgt wohl bereits aus dem Begriff der Schuldübernahme die in OR Art. 179/I und II festgehaltene Regeln, daß die bisherigen Einreden auf den neuen Schuldner übergehen, wenn sie der Schuld immanent, nicht dagegen, wenn sie «persönliche» sind (Verrechnungsmöglichkeit usw.).

[21] Es könnte gefolgert werden, daß ein gültiger Vertrag nur zustande kommt, wenn entweder bei der Konsensbildung auch gleich das Geschenkte übergeben oder aber eine Schenkungsurkunde unterzeichnet wird. Wenn nun aber die Tante mit ihrem Neffen mündlich übereinkommt, ein Klavier zu schenken, und dieses tags darauf geliefert wird, könnte der Beschenkte mangels gültigen Grundgeschäfts kein Eigentum erwerben. Diese Lösung kann nicht der Absicht des Gesetzgebers entsprechen. Genau dieses Prinzip wird jedoch

wohl auch vom Gesetzgeber gewollte Lösung läßt sich einfach dahin umschreiben, daß die Schenkung grundsätzlich der allgemeinen Regel der Formfreiheit unterliegt, mit der einzigen Einschränkung, daß eine *Klage auf Ausrichtung einer zugesagten, aber noch nicht ausgeführten Schenkung nur gestützt auf eine schriftliche Schenkungsurkunde möglich ist.*

«Fahrigkeit» der Gesetzesredaktion springt etwa in *Art. 242/II* geradezu in die Augen. Soll hier «Schenkung», die bezüglich Grundstücken angeblich erst mit Grundbucheintrag «zustande kommt», das Verfügungsgeschäft (Eigentumsübergang) bedeuten, so ist nicht zu ersehen, weshalb diese Selbstverständlichkeit überhaupt erwähnt wird. Sollte mit Schenkung aber die Verpflichtung gemeint sein, gelangen wir zu einem sachlich unsinnigen (und wohl auch nicht gewollten) Resultat, nämlich, daß die Schenkungsverpflichtung, obwohl öffentlich beurkundet, nicht klagbar ist. Eine weitere Unstimmigkeit im Recht der Schenkung von Grundstücken beruht darin, daß in Art. 243/II so nebenbei für Schenkung von «dinglichen Rechten» generell öffentliche Beurkundung verlangt wird, womit auch die Verträge zur Einräumung von Dienstbarkeiten erfaßt werden, die gemeinhin nur einfache Schriftlichkeit voraussetzen (ZGB Art. 732)[22].

Die Liste der offenkundigen Mängel der Redaktion des Schenkungsrechts ließe sich verlängern; hier sei lediglich noch illustriert, daß es seine Tücken hat, wenn man zwar das Vorbild des BGB befolgt, vermeintlicher Vereinfachung zuliebe sich aber dann doch vom Vorbild entfernt. In BGB § 534 wird Widerruf und Rückforderung nach Schenkungsprinzipien ausgeschlossen, wenn die Zuwendung sittlicher Pflicht entsprach. Daraus ist *Art. 239/III* («Die *Erfüllung einer sittlichen Pflicht* wird nicht als Schenkung behandelt») geworden. Durch diese

vom Bundesgericht im unten § 6/IV/2 noch zu besprechenden BGE 105 II 105 (hier bes. 109 unten) dem Entscheid zugrundegelegt (und so anscheinend auch die erste Instanz). Nachdem die Zuwendung einmal erfolgt, d.h. die geschenkte Summe ins Vermögen des Empfängers übergegangen war, dieser keine Ansprüche stellt, darf das Formerfordernis des Schenkungsversprechens nicht mehr aufgebracht werden.

[22] Die gesetzgeberische Überlegung, daß insbesondere in bäuerlichen Verhältnissen für die Einräumung von Wegrechten die kostenverursachende Verurkundung erspart bleiben soll, gilt wohl in erster Linie auch gerade für die unentgeltlichen Dienstbarkeiten. Mit LIVER, Komm. ZGB 732 N. 102 und N. 108–117, ist zu fordern, daß die Praxis sich hier von strikter Textanwendung entferne und auf die öffentliche Beurkundung auch bei Unentgeltlichkeit verzichte.

Verallgemeinerung wird nun aber nicht bloß Widerruf oder Rückforderung ausgeschlossen, sondern im Falle sittlicher Pflicht das Formerfordernis beseitigt, so daß eine formlose Zusage bereits den Versprechenden bindet, was rechtspolitisch bedenklich und vom Gesetzgeber wahrscheinlich gar nicht beabsichtigt ist.

Die Schenkung ist wohl das deutlichste Beispiel gesetzgeberischer Nachlässigkeit der Revision von 1911; in ähnlichem Sinn dürfte aber immerhin noch etwa der *Steigerungskauf (Art. 229–236)* genannt werden. Die *Unüberlegtheit vieler Modifikationen von Einzelheiten* (kleine Retuschen, vermeintliche Verdeutlichungen usw.) ließe sich durch eine lange Reihe von Beispielen illustrieren[23].

2. Fragwürdige Einzelentscheidungen der Revision

Hier seien einzelne Neuerungen, die fragwürdig sind bzw. sich in der Handhabung als fragwürdig erwiesen haben, kurz enumeriert, wobei diese Kritikpunkte, die keinen inneren Zusammenhang aufweisen und sehr unterschiedliche praktische Bedeutung haben, in der Reihenfolge des Ablaufs des Textes angeführt werden:

[23] Hier nur die folgenden Hinweise. Ob die Regel von *Art. 165/I* («Die Abtretung bedarf zu ihrer Gültigkeit der schriftlichen Form») gegenüber aOR Art. 184, der zwischen Innenwirkung und Wirkung gegenüber Dritten unterschied und nur für letztere Schriftform voraussetzte, wirklich ein Fortschritt und nicht eher ein Verlust an Differenzierung darstellt, kann bezweifelt werden. Der – unter dem Einfluß von BGB § 406 eingefügte – Absatz II von *Art. 169* bringt eine Beschränkung der Verrechnungsmöglichkeit auf bei Abtretung *fälligen* Gegenforderungen, die sachlich fragwürdig ist (dazu BUCHER, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht [zit. OR AT], Zürich 1979, § 31/IV und Anm. 130–132). – Der neu beigefügte *Absatz III zu Art. 152* ist im wörtlichen Textverständnis widersinnig: Sind Verfügungen, welche gegen unbedingte Pflichten des Verfügenden verstoßen, uneingeschränkt gültig, kann es offensichtlich keinen Sinn haben, solche, die mit *bedingten* Verpflichtungen kollidieren, in Frage zu stellen. Erst der Blick auf das Vorbild in BGB § 161 macht klar, daß nur der Fall *bedingter Verfügungen* betroffen sein soll. – Die Formulierung von aOR Art. 392/I, wonach der Auftrag «nach dem Willen des Auftraggebers» zu besorgen sei, ist sachgerechter und treffender als das «vertragsgemäß» von OR Art. 394/I, wird doch im Mandat die Ausführungspflicht im einzelnen, wie jeder Anwalt es täglich erlebt, nicht durch eine einmalige Vertragsabsprache, sondern durch den jeweiligen Willen des Mandanten während des gesamten Auftragsverhältnisses determiniert. – Die Liste könnte verlängert werden.

a) Im *Stellvertretungsrecht* ist in *OR Art. 32/II,* wonach der Vertretene unmittelbar berechtigt und verpflichtet wird, wenn er auf das Vertretungsverhältnis schließen mußte, der Zusatz eingefügt: *«oder wenn es ihm gleichgültig war, mit wem er den Vertrag schließe».* Dieser Zusatz ist problemlos, soweit er die Beziehung zwischen Drittem und Vertretenem betrifft (der eine von diesen den anderen belangt); in der vorliegenden «überschießenden» Formulierung könnte sich indes auch der *Vertreter,* der sich nicht als solcher zu erkennen gegeben hat, darauf berufen und, vom Dritten belangt, Stellvertretung einwenden und sich der Verpflichtung entschlagen, ohne daß der Dritte, der die Interna zwischen Vertretenem und Vertreter vielleicht nicht kennt, dies voraussehen und entsprechend den Vertretenen belangen konnte. Ohne daß das Bundesgericht – soviel bekannt – je in diesem verfehlten Sinn entschieden hätte, besteht die Befürchtung, daß in Entscheidungen unterer Instanzen diese den Wortlaut des Gesetzes ernst nehmende, sachlich jedoch unhaltbare Auffassung wohl ihren Niederschlag gefunden hat[24].

b) In *OR Art. 67* werden die *Bereicherungsansprüche* einer einjährigen Verjährungsfrist unterstellt, während unter aOR (wie heute noch nach deutschem BGB) mangels Sondervorschrift die ordentliche zehnjährige (nach BGB: dreißigjährige!) Frist galt. Man muß davon ausgehen, daß nicht eine legislatorische Wertentscheidung vorliegt, sondern eine Einfügung aufgrund reiner Systemüberlegungen: Die Kondiktion wird als «Quasi-Delikt» verstanden und soll aus diesem Grund der eingebürgerten Deliktsverjährung unterworfen werden. Bereits der Entwurf von 1905 enthält diese Neuerung (Art. 1075), wobei die dortigen Formulierungen das Verständnis als Deliktstatbestand deutlich genug zeigen[25]. Die Neuerung von Art. 67 gehört zu den bedauerlichsten und verhängnisvollsten Fehlleistungen der Gesetzesrevision. Die Kondiktion gehört, abgesehen von der vergleichsweise wenig bedeutsamen, im Gesetz nicht einmal ausdrücklich genannten Eingriffskondik-

[24] Vgl. zum ganzen BUCHER, OR AT § 33/V/3 p. 566ff. und Anm. 70, 71.

[25] «Kenntnis von ... der Person des *Fehlbaren*» (welche Vorstellung nur gerade beim Ausnahmetatbestand der Eingriffskondiktion paßt). Abs. II enthielt in Analogie zu OR Art. 60/II eine Erstreckung auf die Dauer strafrechtlicher Verjährung, eine Differenzierung, die in der Folge fallengelassen wurde, jedoch bei Eingriffskondiktionen auch heute noch berücksichtigt werden sollte.

tion ganz in den Umkreis der Verträge; die wichtigste Gruppe, die Tatbestände der Leistungskondiktion sind meist durch Leistungen im Hinblick auf vermeintliche Vertragsbeziehungen veranlaßt. Die ohnehin zu kurze Einjahresfrist[26] ist hier deshalb unerträglich, weil dem Bereicherten, der im Hinblick auf einen Vertrag leistete, das Bewußtsein fehlt, nach nichtvertraglichen Grundsätzen zurückfordern zu müssen. Im Falle der Zession ist dem Nichtjuristen (und wohl auch einigen Juristen) nicht klar, daß bei Hinfälligkeit des Anlasses der Zession eine Rückzession erfolgen muß (die man unglücklicherweise ebenfalls der Schriftform unterstellt)[27]. Zudem kann man oft darüber streiten, ob eine Rückleistungspflicht nach vertraglichen oder kondiktionsrechtlichen Grundsätzen zu beurteilen ist[28]. Alle diese Schwierigkeiten entstehen erst durch die kondiktionsrechtliche Sonderverjährung von Art. 67, welche Bestimmung uns gewissermaßen durch den Zufall beschert worden ist, läßt sich doch in den Materialien keine Begründung für deren Einführung, in den Protokollen kein Hinweis auf eine Aussprache zur Sache finden.

c) *OR Art. 107* betr. *Rücktrittsmöglichkeit infolge Verzugs* macht nicht nur den Studierenden Kopfzerbrechen. Die Doppelspurigkeit der möglichen Rechtsfolgen, die mit dem Ausschluß der verspäteten Leistung gekoppelt werden können («Rücktritt» i. S. eines «Ungeschehen-Machens» des Vertrages mit Beschränkung des Verletzten auf das negative Interesse gegenüber dem theoretischen Festhalten am Vertrag unter Verzicht auf die verspätete Leistung) ist von der Sache her so wenig einleuchtend, daß auch der geschäftserfahrene Nichtjurist sie nicht voraussehen wird, so daß beispielsweise die Erklärung, man wolle infolge Nichterfüllung binnen der Nachfrist «zurücktreten», nicht im technischen Sinn verstanden werden darf, eine Behaftung des Erklärenden meist nicht angängig ist. Aber auch die «raison d'être» dieser allzu subtilen (da dem Publikum nicht einleuchtenden) Unterscheidung zwischen Rücktritt und Leistungsverzicht unter Festhalten am Vertrag, nämlich die Verschiedenheit des Schicksals der eigenen Leistungspflicht, ist in dem Moment in sich zusammengesunken,

[26] Vgl. die Kritik unten § 7/1.

[27] BUCHER, OR AT § 31/III/2/c p. 498, § 34/VIII/1 p. 638.

[28] In BGE 107 II 220 unterstellt das Gericht sogar einen eindeutig vertraglichen Anspruch Kondiktionsprinzipien und insbesondere Art. 67; dazu unten § 6/IV/1.

als die – sachlich begründete – Auffassung sich zunehmende Anerkennung verschafft, daß selbst bei der Variante «Festhalten» die eigene (nicht-geldwerte) Leistung in einen Rechnungsposten in Geld zu konvertieren sei, der infolge Verrechnung die Leistungserbringung erübrigt[29]; die sog. *Differenztheorie* ist das heute überwiegend anerkannte Modell, das den umfassenden Schadenersatzanspruch der Variante «Festhalten am Vertrag» mit der Möglichkeit der Nichterbringung der eigenen Leistung nach der Variante «Rücktritt» verbindet[30].

Die heutige Formulierung von OR Art. 107 geht auf die Revision zurück, wobei auch hier ein klarer materieller Reformwille nicht zu erkennen ist und begriffsjuristische Überlegungen bzw. der Einfluß des deutschen BGB, das in § 326 die gleiche Polarität «Festhalten am Vertrag unter Verzicht auf verspätete Leistung» und «Rücktritt» statuiert, ausschlaggebend waren. In der Sache selbst liegt ein *Rückschritt* vor, da die an den historischen Ursprung («condition résolutoire» des Code Civil, art. 1184) anknüpfende Formulierung von aOR Art. 122 («... Androhung, daß mit Ablauf dieser Frist der Vertrag aufgelöst sei») zwar vordergründig nur die Rücktrittsvariante eröffnet, diese im Kontext der generellen Regel voller Schadenersatzpflicht (aOR Art. 110 entsprechend OR Art. 97) aber der Praxis in der Entwicklung überzeugender Lösungen weit weniger Schwierigkeiten bereitete als der neue Text[31].

[29] Oder anders herum argumentiert: Es ist nicht einzusehen, weshalb der Gläubiger, der den ihm nach allgemeinen Grundsätzen (OR Art. 97) zustehenden vollen Schadenersatz (Erfüllungsinteresse) haben will, die eigene Arbeits- oder Sachleistung soll erbringen müssen auf das Risiko hin, daß beim ohnehin mit seiner Geldleistung säumigen Vertragspartner der Gegenwert nicht geholt werden kann.

[30] Vgl. dazu sowie zur Entwicklungsgeschichte BUCHER, OR AT § 20/VI/1 und 7, p. 321 f. und 332 ff.

[31] Die Zukunft muß in der Richtung eines Verzichts auf begriffsjuristische Gegensatzbildung «Weitergeltung – Nicht-Weitergeltung des Vertrags» liegen; bleibt auch binnen Nachfrist die Leistung aus, soll dem beeinträchtigten Vertragspartner gleichermaßen voller Schadenersatz (positives Interesse) wie auch Entbindung von der eigenen Leistungspflicht zugestanden werden. Der säumige Vertragspartner hat keinen Anspruch, bereits nach Fristablauf zu erfahren, ob er auf Ersatz positiven oder negativen Interesses belangt werden wird; allerdings ist sicherzustellen, daß er umgehend Mitteilung erhält, daß ihm die nachträgliche Leistungserbringung abgeschnitten ist, sowie, falls gegeben, daß er die (nicht geldwerte) Leistung des Partners nicht erhalten wird.

d) Eine grundlegende gesetzgeberische Entscheidung ist mit der Einführung der *Möglichkeit der Realexekution der Verträge* gefallen; damit wird dem Vertrag eine zusätzliche, vorher nicht gegebene Bindungswirkung verliehen. Im revidierten Text ist die Neuerung nur in Art. 97/II sichtbar, der eine Verweisung auf das kantonale Prozeßrecht enthält; die Regel von *aOR Art. 111* («Jede Verbindlichkeit etwas zu thun löst sich, wenn die Nichterfüllung dem Schuldner zur Last fällt, in einer Verbindlichkeit zum Schadenersatze auf ...»), in der sich Code Civil art. 1142 spiegelte («Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur»), ist beseitigt worden. Auch wenn man die Bedeutung der Frage nicht überschätzen darf, da im Rahmen von Stückschulden wohl auch nach altem Recht auf Realexekution geklagt werden konnte [32], muß diese unter dem Einfluß des deutschen Rechts eingeführte und in der Revision sachlich kaum ausdiskutierte Neuerung als fragwürdig bezeichnet werden. Tröstlich ist, daß aufgrund der Regel «nemo praecise cogi potest ad factum» eine Anwendung vergleichsweise selten möglich ist; gerade dies hätte aber Beibehaltung des bisherigen Zustandes empfohlen. Eine Anwendung wird z. B. bei *Vorverträgen* in Betracht gezogen, womit aber dieses Institut (in der Revision in Art. 22 deklaratorisch ins Gesetz eingeführt) fragwürdig in der Handhabung und von der Interessenlage der Parteien her weitgehend zwecklos wird [32a].

e) Nach *OR Art. 119/II* muß der Schuldner, der infolge unverschuldeter *nachträglicher Unmöglichkeit* von der Erbringung seiner Leistung befreit wird, die ihm bereits zugegangene Ge-

[32] Anders hier das englische Recht, das die Realexekution dem Grundsatze nach ausschließt und sie – auf der Ebene des equity-Rechts – im wesentlichen nur im Sonderfall der Eigentumsübertragung an Grundstücken gewährt.

[32a] Erst die Annahme, daß durch den Abschluß eines Vorvertrages statt des Hauptvertrages eine reduzierte Bindung der Parteien geschaffen wird (nur Schadenersatz-Sanktion, keine Realexekution), läßt einen Sinn erkennen, nicht bereits den (hier als möglich vorausgesetzten) Hauptvertrag zu schließen. Ich schlage daher vor, im Regelfall des Vorvertrages einen *stillschweigenden vertraglichen Ausschluß der Realexekution* (d. h. der schon verfahrensmäßig schwierigen Klage auf Abschluß des Hauptvertrages) und damit vertraglichen Beschränkung auf Schadenersatz anzunehmen. Dazu BUCHER, Die verschiedenen Bedeutungsstufen des Vorvertrages, in: Berner Festgabe zum Schweiz. Juristentag 1979, p. 169–195. – Zur Frage der Realexekution im allgemeinen weitere Hinweise in BUCHER, OR AT § 20/I/4 p. 294 ff. und BGE 32 I 661 f., BGE 15 p. 770 E. 4.

genleistung nach Bereicherungsgrundsätzen zurückerstatten, während nach aOR Art. 145/II «die *bereits empfangene Gegenleistung»* herauszugeben war. Diese (unkritisch aus BGB § 323/III übernommene) Neuerung kann nicht als Fortschritt betrachtet werden, ist doch eine Rechtfertigung nicht zu ersehen, daß der befreite Schuldner die *Entreicherungseinrede nach Art. 64* soll erheben und damit dem ohnehin durch Nichterhalt der unmöglichen Leistung betroffenen Partner noch ein weiteres Risiko aus dem Bereich des Schuldners zuschieben dürfen.

3. Beifügung von Überflüssigem

Ist das Postulat der «Ökonomie» der Anordnungen einer der wichtigsten der an den Gesetzgeber hinsichtlich der formalen Gestaltung zu stellenden Ansprüche, muß jede entbehrliche, da selbstverständliche bzw. sich bereits aus dem Kontext ergebende Regel weggelassen werden. Die Revision muß sich vorwerfen lassen, einige Dinge ausdrücklich zu sagen, die ungesagt hätten bleiben dürfen, ohne daß sich am Ergebnis etwas ändern würde. Im einzelnen sind in dieser Frage des Ermessens natürlich verschiedene Auffassungen möglich; hier soll sie auch nicht vertieft werden. Während die Einfügung von OR Art. 25 (Ausschluß der Berufung auf Irrtum unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmißbrauchverbots) noch als sinnvoll erscheint, obwohl der normative Gehalt durch ZGB Art. 2 bereits abgedeckt ist, erscheint OR Art. 19 als entbehrlich: Die Freiheit der Gestaltung des Vertragsinhalts (Abs. I) ergab sich bereits vorher aus der Tatsache der Abwesenheit inhaltlicher Schranken, während die die Abänderung dispositiver Normen betreffende Regel von Abs. II sich hinreichend (wie im aOR) aus Art. 20 ergibt und auch in der Praxis keinerlei Bedeutung erlangt hat. Die teilweise Entbehrlichkeit der Regeln von OR Art. 175 ff. wurde bereits erwähnt. Vom Besonderen Teil sei nur Art. 396/II («Insbesondere ist in dem Auftrag auch die Ermächtigung zu den Rechtshandlungen enthalten, die zu dessen Ausführungen gehören») genannt, welche Regel sich einmal von selbst versteht und sodann, da sie nicht das Auftragsrecht, sondern Stellvertretungsrecht betrifft, wenn schon in das Gesetz eingefügt, im Allgemeinen Teil (zusammen mit Abs. III des gleichen Artikels) ihren Platz gehabt hätte.

III. Schlußfolgerungen

Die vorgehenden Hinweise haben den Zweck, ins Bewußtsein zu heben, daß unser gegenwärtiges Obligationenrecht ein Gesetzgebungswerk ist, das aus zwei Textstufen besteht, die beide ihre Eigenart haben, und daß erst die Berücksichtigung dieser Zweistufigkeit ein unverfälschtes Textverständnis ermöglicht. Praktisch bedeutet dies eine vermehrte Berücksichtigung des ursprünglichen Gesetzeswortlauts, des aOR[33]. In vielen Fällen bringt bereits Kenntnis davon, daß eine bestimmte Norm im Jahre 1911 neu eingefügt wurde, einen neuen Blickpunkt[34].

Ein «textkritisches» Verständnis wird die *Eigentümlichkeiten der Revision* zu berücksichtigen haben. Diese sind hauptsächlich dadurch gekennzeichnet, daß zwar eine gesetzgeberische Aufgabe in Angriff zu nehmen war, daß aber (soweit nicht die durch den Erlaß des ZGB notwendig gewordenen technischen Anpassungen in Frage stehen) keine klare Zielrichtung der anzustrebenden Neuerungen, kein artikulierter Reformwille bestand, bis zu einem gewissen Grad die *Reform um des Reformierens* willen geschah. Neben den bereits erwähnten neu eingefügten Materien und einigen klar definierten materiellen Ergänzungen (Auslobung, Art. 8; Übervorteilung, Art. 21 usw.) bestand auf weiten Strecken eingestandenermaßen lediglich die Absicht, unter Beibehaltung des bisherigen Rechtszustandes die Dinge etwas vollständiger oder deutlicher zu sagen; zahlreich sind sodann die rein kosmetischen stilistischen Verbesserungen oder Modernisierungen des Textes. Aber gerade auch hier zeigt sich, daß Form und Inhalt nicht ganz zu trennen sind, und daß sich unweigerlich von Fall zu Fall die Frage stellt, ob mit der Textänderung eine Änderung oder wenigstens Nuancierung des Inhalts oder aber bloß dessen Bestätigung beabsichtigt war. Gerade in der *Ungewißheit des materiellen Gestaltungswillens* liegt nun die Schwierigkeit des Verständnis-

[33] In allen juristischen Bibliotheken ist dieser Wortlaut verfügbar. Trotzdem besteht der Wunsch, daß in einem fotomechanischen Nachdruck, wie er heute von vielen historisch wichtigen Kodifikationen besteht, der Text auch über den Buchhandel zugänglich gemacht werde.

[34] Aus diesem Grund besitzt die von a. Bundesrichter SCHÖNENBERGER betreute Textausgabe mit ihrer Tradition, bei jedem Artikel die Artikel-Nummer des aOR zu erwähnen (bei deren Fehlen die Einfügung in der Revision als solche erkennbar wird), besondere Verdienste. Nachahmung wäre erwünscht.

ses des erneuerten Textes. Diese Schwierigkeiten sind ein Mahnmal für die Zukunft: Keinerlei Textänderung ohne klaren materiellen Änderungswillen und Verzicht auf jegliche bloß kosmetischen Retuschen oder Änderungen um des Änderns willen.

Berücksichtigt man neben der Tatsache des auf weiten Strekken fehlenden Reformwillens noch weiter die äußeren Umstände der Revision, die in äußerster Eile und mit einem Minimum an wissenschaftlicher Vorbereitung und Kommissionsarbeit über die Bühne ging[35], gelangt man zur Feststellung, daß der in der Revision neu geschaffene Text im allgemeinen nicht den gleichen Respekt verdient wie der Text der ursprünglichen Kodifikation.

Das Gesagte an zwei praktischen Beispielen verdeutlichend, kann man etwa sagen, daß allein die Tatsache, daß die Bestimmung von *Art. 21 (Übervorteilung)* in der Revision eingefügt worden und diese Einfügung allein durch das Vorbild von BGB § 138 veranlaßt war, ohne daß sich in den Materialien beim historischen Gesetzgeber ein Wille grundlegender Vertragsrechtsreform nachweisen ließe, es ausschließt, dieser Norm eine mehr als marginale Tragweite zuzuerkennen, wie dies in der Literatur teilweise postuliert wird[36].

In *BGE 104 II 110* wird zur Begründung der Auffassung, daß der *Auftrag* ein «geschlossener», keine Zwischenlösungen zulassender Typus sei, der sämtliche nicht auf bestimmte Zeit geschlossenen oder einem sonstigen Typus zuzuordnenden Verträge erfasse, *Absatz II von Art. 394* großes Gewicht beigemessen. Wie man auch immer sich in der Sachentscheidung einstellen will[37]: Jedes andere Argument ist tauglicher als die Berufung auf diese Gesetzesbestimmung, die in der Revision eingeführt wurde mit der Absicht der Verdeutlichung, nicht der materiellen Neugestaltung, was schon darin zum Ausdruck gelangt, daß die Aufnahme dieser Bestimmung nicht vom

[35] Die Revision vollzog sich in zwei Etappen: Der erste Versuch in den Jahren 1904 und 1905 mit der Absicht, den Text zusammen mit dem ZGB (und in dieses äußerlich integriert) zu erlassen, scheiterte insbesondere an den weitergehenden Reformwünschen im Bereich des Dienstvertrags. Erneute Beratung in einer bundesrätlichen Expertenkommission 1908/1909 und Botschaft vom 1. Juni 1909. In beiden Abschnitten war die Beratung eine summarische; von den Beratungen der ersten Phase (sog. Langenthaler Kommission) besteht nur ein nichtssagendes Beschlußprotokoll.

[36] Hinweise in BUCHER, OR AT § 14 p. 200–208.

[37] Zur Kritik im Methodischen (Verkennung der Vertragstypenfreiheit) vgl. unten § 6/II/4 und Anm. 74.

Redaktor ausging, sondern in der Beratung der bundesrätlichen Expertenkommission durch eine beiläufige Anregung eines Kommissionsmitglieds veranlaßt wurde, die – nach dem Protokoll zu urteilen – keinerlei Beratung, jedenfalls aber keine formelle Abstimmung auslöste[38].

[38] Es handelt sich um die Sitzung vom 9. März 1909, die von 9 Uhr bis 12 Uhr 45 dauerte und an der die Schlußberatung betr. Dienstvertrag durchgeführt und sodann der gesamte Werkvertrag und das gesamte Auftragsrecht einschließlich Anweisung und Kreditbrief/Kreditauftrag behandelt wurde. Von den zwölfeinhalb engbeschriebenen Protokollseiten sind gerade vier Zeilen der Bemerkung von Grenier «qu'il aurait utilité de préciser... comme suit» gewidmet. – Die in der Botschaft gegebenen Argumente müssen wohl als nachgeschoben betrachtet werden; danach soll Distanz vom BGB geschaffen werden, demzufolge wegen der Unentgeltlichkeit des Mandats die liberalen Berufe auf Dienst- oder Werkvertragsrecht ausweichen müssen. Die heute vom Bundesgericht angenommene zwingende Natur der ganzen Ordnung findet hier keine Stütze und wäre wohl dem historischen Gesetzgeber auch eher fremd.

§ 4 Das Zusammenspiel benachbarter Rechtsgebiete mit dem OR

I. Allgemeines

Die Rechtsordnung eines bestimmten Staates wird vom Bürger als etwas Ganzheitliches empfunden und muß auch theoretisch als ein geschlossenes System gedeutet werden. Durch praktische und historische Notwendigkeit bestimmt, erfolgt der Bau dieser Gesamtordnung in kleinen und größeren Abschnitten, und in Gesetze und Gesetzbücher zerlegt stellt sich das staatlich geschaffene Recht dem Betrachter dar. Es muß deshalb gefragt werden, ob dieser zentral wichtige Teilabschnitt genannt «Obligationenrecht» sich den übrigen Teilen der Rechtsordnung befriedigend einfüge oder, da dem Obligationenrecht gegenüber den meisten übrigen Gesetzen Zeitpriorität zukommt, ob sich die angrenzende Gesetzgebung dem Obligationenrecht angemessen anpasse. Im allgemeinen wird diese Frage bejahend zu beantworten sein, so daß im folgenden lediglich einige Negativpunkte unzulänglicher Abstimmung zu nennen sind. Die folgenden Hinweise sind durch Zufälligkeiten persönlicher Erfahrung bestimmt; von der Diskussion ist eine Erweiterung des Spektrums zu erhoffen.

II. Verhältnis zum ZGB

Es sind einige wenige (aufs Ganze gesehen mehr untergeordnete, auf der Ebene einer korrigierenden Rechtsprechung zu bewältigende) Punkte zu erwähnen, in denen *sachenrechtliche Anordnungen* nicht hinreichend auf das OR abgestimmt erscheinen:

1. «Kausalitätsprinzip»

Das sog. *Kausalitätsprinzip,* durch BGE 55 II 306 für die Eigentumsübertragung an Fahrnis und in ZGB Art. 974/II, III für die Rechtsübertragung und -begründung an Grundstücken einge-

führt, bedingt einige Unstimmigkeiten im Bereich des Obligationenrechts, das ganz auf die frühere, mindestens bezüglich der Fahrnis vorherrschenden Konzeption der abstrakten Rechtsübertragung abgestimmt ist[39].

Die Kausalität bzw. Abstraktheit der Rechtsübertragung spielt im Falle der Ungültigkeit des Grundgeschäfts ihre Rolle. Wenn nun bei zweiseitigen und beidseits erfüllten Verträgen diese Ungültigkeit gegeben ist und – wie meist – der eine Partner eine Sache, der andere Geld geleistet hat, *stehen sich ein Vindikations- und ein Kondiktionsanspruch gegenüber:* Nach dem Kausalitätsprinzip ist der «Verkäufer» Eigentümer der von ihm gelieferten Sache geblieben, gleichzeitig jedoch Eigentümer des ihm zugekommenen Preises geworden. Gegenüber seinem Vindikationsanspruch hat der «Käufer» ein Retentionsrecht (ZGB Art. 895 ff.) an der Kaufsache bis zur Rückbezahlung des Preises, der «Käufer» dagegen könnte seinen Preis zurückverlangen, ohne daß der «Verkäufer» die Zahlung von der Rückgabe der Sache abhängig machen könnte. Noch weit unbefriedigender wäre die Lösung im Falle der *Vertragsnichtigkeit infolge Unsittlichkeit (OR Art. 20)*, z. B. bei Lieferung pornographischer, aber vielleicht hoch gehandelter Werke[40], wo die Rückforderung des bezahlten Preises nach Kondiktionsgrundsätzen an Art. 66 vielleicht scheitern müßte, jedoch dem dinglichen Vindikationsanspruch des Verkäufers keine Art. 66 funktionell entsprechende Norm entgegenstünde, der Verkäufer daher zwar den bereits kassierten Preis behalten, aber dem Buchstaben des Gesetzes zufolge trotzdem die von ihm gelieferte sittenwidrige Ware zurückfordern kann.

Beide Konsequenzen sind sachlich inakzeptabel. Eine Korrektur kann in der Praxis erreicht werden, indem man dem

[39] Die durch das ZGB Art. 974 bzw. BGE 55 II 306 eingeführte Systemerneuerung hat insbesondere auch die Diskussion veranlaßt, ob die *Abtretung* als eine kausale (d. h. in ihrer Wirksamkeit von der Gültigkeit des Grundgeschäfts abhängige) Verfügung zu verstehen sei. Auf dieses Problem soll hier nicht eingegangen werden; es sei lediglich festgehalten, daß ein Bedürfnis der «Harmonisierung» nicht besteht, und daß bei sachenrechtlicher Eigentumsübertragung und schuldrechtlicher Forderungsübertragung verschiedene Verhältnisse bestehen (bei letzterer fehlt insbesondere ein Schutz des gutgläubigen Erwerbers; das Schwergewicht des Parteiwillens liegt bei der Zession im Verfügungsgeschäft, bei der Eigentumsübertragung – i. d. Regel durch Kauf – auf dem Verpflichtungsgeschäft usw.). Vgl. im übrigen dazu BUCHER, OR AT § 31/III/4.

[40] Da die Umschreibung unsittlicher Vertragsinhalte weiter gefaßt ist als diejenige strafrechtlicher Poenalisierung (etwa StGB Art. 204), ist auch in Fällen von Straffreiheit Vertragsungültigkeit gemäß Art. 20 denkbar.

Verkäufer gegenüber dem Preiserstattungsanspruch ein «obligatorisches Retentionsrecht» zuerkennt, das schon in anderen Bereichen ohne direkte gesetzliche Grundlage (entsprechend BGB § 273) anerkannt worden ist[41]; im Falle der sittenwidrigen Lieferung müßte man dem «Verkäufer», der zwar die gelieferte Pornographie vindizieren will, gegenüber dem Preis-Rückerstattungsanspruch jedoch OR Art. 66 einwendet, die Vindikation gestützt auf ZGB Art. 2 abschneiden.

2. «Lösungspflicht» nach ZGB Art. 934/II

Die *«Lösungspflicht»* des Eigentümers, der eine abhanden gekommene Sache von einem Erwerber vindizieren will, der diese auf dem Markt usw. erworben hat, ist nicht abgestimmt auf das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht. Der seine eigene Sache durch Erstattung des Preises in gewissem Sinne zurückkaufende Eigentümer müßte in die Gewährleistungsansprüche des Käufers eintreten («subrogieren»). Es ist schlechterdings undenkbar, daß der auslösende und damit den Käufer der gestohlenen Sache schadlos haltende Eigentümer den Schaden tragen muß, während der Verkäufer – und zwar auch der bösgläubige Verkäufer, der Hehler – den Kaufpreis behalten könnte. Überhaupt ist ganz allgemein das Eintreten des lösenden Eigentümers in die Käuferansprüche aus Rechtsgewährleistung (d. h. selbst für den Fall des guten Glaubens des Verkäufers) zu fordern, da sonst eine unbegründete Besserstellung der Kaufleute und Marktverkäufer gegenüber den sonstigen (privaten) Verkäufern eintreten würde, da sie zur Hauptsache infolge der Lösungspflicht des Eigentümers von Rechtsgewährleistungsansprüchen verschont blieben. Zu beachten ist sodann, daß der Veräußerer, wenn die Sache von ihm vindiziert worden wäre, vielleicht keinen Lösungsanspruch besessen hätte, er aus der Veräußerung aber keinen Vorteil soll erlangen können. Läßt sich die hier postulierte Subrogation nicht direkt aus dem Gesetz ableiten, können dem Gesetz selber auch keine Gegenargumente entnommen werden. Es liegt eine echte Gesetzeslücke vor, die der Richter im Sinne von ZGB Art. 1 auszufüllen hat[42].

[41] Vgl. die Hinweise bei BUCHER, OR AT § 18/IX/3.

[42] Die Subrogation wird, anders als hier, abgelehnt von STARK, Komm. ZGB 934 N. 45.

III. Prozeßrecht und OR (Problem allzu schematischer Kostenverlegung)

Der Prozeß stellt nicht Selbstzweck dar, sondern dient der Verwirklichung des materiellen Rechts. Daher ist die Frage aufgeworfen, ob das schweizerische Prozeßrecht dem gestellten Anspruch in bezug auf das OR gerecht wird. Im allgemeinen ist diese Frage zu bejahen. Vom Gesagten macht eine Ausnahme die *Verlegung der Gerichtskosten* und die damit prarallel gehende Zusprechung einer Entschädigung für *außerprozessuale Kosten* (Parteikosten, Umtriebsentschädigung)[43]. Es sind in den meisten Prozeßordnungen generelle Sicherheitsventile enthalten etwa in dem Sinn, daß nur *«in der Regel»* die Kosten der unterliegenden Partei aufzuerlegen seien[44]. Dies genügt jedoch nicht, um die Gewißheit zu wecken, daß tatsächlich in hinreichendem Umfang vom Grundsatz abgewichen wird. Die vergleichsweise beiläufige Behandlung der eminent praktischen Frage in der Lehrbuch- bzw. Kommentarliteratur vermag die aus praktischer Erfahrung geschöpften Zweifel nicht zu zerstreuen. Eine vergleichende Darstellung der prozeßrechtlichen Vorschriften der Kantone und erst recht eine Einzeluntersuchung der Praxis der kantonalen Gerichte muß hier unterbleiben; die folgenden Hinweise beruhen z. T. auf den zufälligen persönlichen Beobachtungen des Schreibenden, die zur Hauptsache aus dem Zürcher Prozeß und einigen Erfahrungen im Kanton Bern geschöpft sind:

– *Kostenverlegung im Falle des richterlichen Billigkeitsentscheides gem. OR Art. 205/II* (Minderung statt Wandelung)[45]. Hat der Käufer mangelhafter Ware auf Wandelung geklagt (d. h. praktisch: die Forderung auf Preisrückerstattung eingeklagt), findet der Richter jedoch, mit Preisminderung sei den

[43] Wenn im folgenden von «Kostentragung» im allgemeinen gesprochen wird, ist das Gesagte gleichermaßen auf die Tragung der Gerichtskosten wie auch auf die korrespondierende Zusprechung von Parteientschädigungen bezogen.

[44] So etwa ZPO/ZH § 64/II, ZPO/BE Art. 58/I. Beachtenswert ZPO/AG § 54, wonach die unterliegende Partei teilweise von der Kostentragung entlastet werden kann «wenn die Streitsache nach dem Ermessen des Richters derart ist, daß die unterliegende Partei in guten Treuen zur Führung des Rechtsstreites veranlaßt war» bzw. wenn letztere «... die Tatsache, die den Grund des Urteils ausmacht, nicht kannte und zu kennen nicht verbunden war.»

[45] Vgl. dazu auch BUCHER, SJZ 1971, p. 1 ff., 17 ff., bes. 21–24 (Ziff. II).

Interessen des Käufers hinreichend Rechnung getragen, so unterliegt der Käufer zur Hauptsache und obsiegt nur im Umfang der ihm zugestandenen Preisminderung. Eine Kostenverlegung nach dem Schema macht ihn – trotz erwiesener Sachmängel – in meist überwiegendem Umfang kosten- und entschädigungspflichtig, was bei kleineren und mittleren Streitwerten leicht den Preisminderungsanspruch aufwiegen oder auch übersteigen kann. Diese im Kanton Zürich und wohl in der Mehrzahl der Kantone herrschende Praxis zu Art. 205/II [46] läßt einmal außer acht, daß hinter der Entscheidung über die Kaufpreisforderung ebenfalls die Entscheidung über das Schicksal der Kaufsache steht, die im Falle des Wechsels von Wandelung zu Minderung beim Käufer verbleibt. Entscheidend ist, daß nach dieser Praxis auf dem Umweg über die Kostenregelung recht eigentlich der bundesrechtliche Grundsatz des Rechts des Käufers der *freien Wahl zwischen Wandelung und Minderung in Frage gestellt* wird, kann es sich doch der Käufer in allen Zweifelsfällen gar nicht leisten, sich für Wandelung zu entscheiden, sondern ist gezwungen, zum vornherein sich auf die Preisminderung zu beschränken. Das weltweit (d. h. in allen zivilisierten Ländern des nicht-englischsprachigen Raums) mit Selbstverständlichkeit gewährte, in der Tradition der actio redhibitoria bzw. actio quanti minoris des römischen Rechts stehende Wahlrecht des Käufers muß in der Schweiz auch dann noch sichergestellt sein, wenn der Gesetzgeber den Richter ermächtigt, i. S. eines Entgegenkommens statt auf Wandelung auf Minderung zu erkennen. Dieses auf der Ebene des materiellen Rechts liegende Zugeständnis geht schon weit genug (und begründet einen «Sonderfall Schweiz»), als daß noch auf der Ebene des Prozeßrechts nachgedoppelt werden dürfte mit der Wirkung des Verlusts eines echten Wahlrechts und des Zwangs des Käufers, im voraus zu erahnen, ob der Richter wirklich die angestrebte Wandelung schützen werde. Wenn die Kaufsache erhebliche Mängel hat, so ist der kaufrechtliche Gewährleistungstatbestand verwirklicht; ist der Käufer zur Klage gezwungen und wird der Sachmangel und damit der Gewährleistungstatbestand im Prozeß bewiesen, hat der Käufer als obsiegende Partei (und entsprechend der Verkäufer nach dem Veranlassungsprinzip als kostenpflichtig) zu gelten selbst dann, wenn

[46] Anders sollen die Gerichte im Kanton Basel-Stadt verfahren, wie ich einer Zuschrift eines Gerichtspräsidenten als Anlaß der Publikation in SJZ (oben Anm. 45) entnehmen durfte.

der Richter glaubt, dem Verkäufer entgegenkommen zu sollen, um ihm die einschneidende Folge der Rückabwicklung des Geschäfts zu ersparen.

– *Vermehrte Kostenverlegung nach dem Veranlassungsprinzip.* Der Grundsatz, daß die Verfahrenskosten im weiteren Sinn weniger von der unterliegenden Partei als vielmehr von jener Partei zu tragen sind, welche das Verfahren veranlaßt hat (was oft, aber nicht immer, die unterliegende Partei ist), muß als Richtschnur gelten; nur er verhindert eine Verfälschung des materiellen Rechts. Im Haftpflichtprozeß und verwandten Tatbeständen beginnt sich die Regel einzubürgern, daß ein gewisses Maß an «Überklagen» dem Kläger nicht schaden (d. h. keine Kostentragungspflicht bei ihm auslösen) soll, wenn ihm die genaue Bezifferung des Schadens bei Prozeßeinleitung nicht möglich war[47]. Derartige Fälle der Unmöglichkeit präziser Bezifferung seiner eigenen Forderung vor Klageeinleitung dürften häufiger sein als deren angemessene Berücksichtigung in der Praxis. Zu denken ist nicht nur an (deliktische oder vertragliche) Schadenersatzprozesse, bei denen der Schädiger die Haftungsursache gesetzt hat und daher selbst bei einem mäßigen, bona fide erfolgten Überklagen nach materiellem Recht die vollen prozessualen und außerprozessualen Kosten tragen sollte; eine ähnliche Situation kann sich – unter umgekehrten Parteirollen – bei Vertragsansprüchen ergeben, die der Beklagte bestritten hat, weil der materiellrechtlich aufklärungspflichtige Kläger vorprozessual seine Ansprüche zwar behauptet, nicht jedoch nachgewiesen hat, während der Beklagte mit Fortgang des Prozesses im Umfang geleisteter Nachweise die klägerische Forderung anerkennt.

Noch einschneidender muß vom Prinzip der Kostentragung durch den Unterliegenden abgewichen werden, wenn die das Unterliegen begründende Rechtslage erst kurz vor dem Urteil bzw. dem Klagerückzug bzw. -anerkennung eintrifft: Das Fehlen der vom Beklagten bestrittenen Aktivlegitimation wird erst im Lauf des Prozesses durch Zession des Anspruchs an den Kläger hergestellt oder umgekehrt, die eingeklagte Forderung, bei Klageeinleitung begründet, erlischt während des Prozesses[48].

[47] Auf diesen Tatbestand nimmt z. B. ZPO/ZH § 64/III Bezug. Vorbild ist deutsche ZPO § 92/II.

[48] Letzterer Sachverhalt kann eintreten, wenn die eingeklagte Forderung pendente lite verjährt (an sich ein Unding; vgl. dazu die Bemerkungen unten § 7/I/1), die Forderung durch Dritte befriedigt wird (im Falle einer Befriedi-

Falls die Rechtslage vor der Urteilsfällung geklärt wird und die Unklarheit nicht in dem richterlichen Ermessen selber begründet ist, kann die hier postulierte Kostenverlegung nur dann Platz greifen, wenn die Partei, zu deren Ungunsten die Klärung eingetreten ist, binnen nützlicher Frist die Konsequenz zieht und die Klage (ganz oder teilweise) zurückzieht bzw. anerkennt; unterläßt sie dies, wird die Vermutung begründet, sie hätte es auf den Prozeß auch dann ankommen lassen, wenn sie zum vornherein ihr späteres Wissen besessen hätte, so daß vom Grundsatz der Belastung des Unterliegenden mit den Kosten nicht abgewichen werden muß, d. h. dieser sich in Dekkung mit dem zugrundeliegenden Prinzip der Kostenverlegung nach dem Verursacherprinzip befindet.

IV. Zwangsvollstreckungsrecht und OR

Die Frage, ob das Schuldbetreibungs- und Konkursrecht hinreichend auf das OR abgestimmt sei, kann angesichts der in Vorbereitung befindlichen Revision des SchKG hier offen bleiben. Nur am Rande sei immerhin das Problem der Aufrechterhaltung des Zug-um-Zug-Leistungsaustausches im Betreibungs- insbesondere Rechtsöffnungsverfahren erwähnt. BGE 79 II 281 heißt zutreffend eine Aberkennungsklage gut, wenn nicht die im Austausch geschuldete Ware ihrerseits hinterlegt ist und damit dem Schuldner Gewißheit gegeben ist, daß er nach Zahlung auch die Ware bekommt. Nicht zutreffen kann indessen die beiläufige Bemerkung p. 283, daß die Hinterlegung gem. OR Art. 91/92 vor Einleitung der Zwangsvollstreckung erfolgen müsse. Hiezu darf der Sachleistungsschuldner (d. h. der den Kaufpreis betreibende Verkäufer) unter praktischen Gesichtspunkten und nach m. E. richtiger Interpretation von OR Art. 82 erst auf Einrede hin gezwungen werden; es muß dem Verkäufer daher auch während des Aberkennungsprozesses noch Hinterlegung möglich sein, wobei die Vertragskonformität des Hinterlegten im Aberkennungsprozeß zu prüfen ist[49].

gung durch den beklagten Schuldner selber wäre darin wohl eine Klageanerkennung zu erblicken, so daß der Beklagte ohnehin kostenpflichtig würde) oder der Beklagte die Forderung durch Ausübung einer erst während des Prozesses erworbenen Verrechnungsmöglichkeit zu Fall bringt. Weitere Tatbestände sind infolge der Parteirollenvertauschung insbesondere im *Aberkennungsprozeß* denkbar.

[49] Vgl. dazu auch JEANPRÊTRE, Remarques sur l'exception d'inexécution, in: Festgabe für H. Deschenaux, Fribourg 1977, p. 271–305, der sich mit den durch BGE 79 II 281 aufgeworfenen Fragen auseinandersetzt.

Ob die – vergleichsweise seltene – Vollstreckung vollstreckbarer, aber nicht auf Geldleistung gerichteter obligatorischer Ansprüche nach den Regeln der kantonalen Prozeßrechte Unvollkommenheiten aufweist, welche die Verwirklichung des materiellen Rechts in Frage stellen, vermag der Schreibende mangels diesbezüglicher persönlicher Erfahrungen nicht zu beurteilen.

V. Materielles öffentliches Recht und OR

1. Widerrechtlichkeit des Vertrags und Vertragsnichtigkeit (OR Art. 20)

An dieser Stelle soll nicht das vielbeachtete Phänomen der Zurückdrängung des Obligationenrechts oder sonstigen Privatrechts durch öffentliches Recht diskutiert werden, sondern die inhaltliche Abstimmung der beiden Rechtsgebiete.

Das allgemeine Vertragsrecht statuiert in OR Art. 20/I den allgemeinen Vorbehalt, daß Verträge nur dann Gültigkeit haben, wenn sie nicht «widerrechtlich» sind, d. h. gegen Rechtsnormen (die ihrerseits wesensmäßig zur Hauptsache dem öffentlichen Recht zuzurechnen sind) verstoßen. Bei dieser Regel konnte die Praxis nicht stehenbleiben. Die heute maßgebende, in zahlreichen Entscheiden wiederholte Formel geht dahin, daß «ein Rechtsgeschäft, das gegen eine Norm des Gesetzes verstößt, nur insoweit nichtig (ist), als die Norm diese Folge ausdrücklich vorsieht oder der Sinn und Zweck der Vorschrift sie mit Rücksicht auf die Bedeutung des zu bekämpfenden Erfolges verlangen» [50]. Der Ausgangspunkt dieser Entwicklung weg von einer schematischen Gleichstellung von Widerrechtlichkeit und Vertragsnichtigkeit liegt im Kriegswirtschaftsrecht des Ersten Weltkrieges. Es mußte klarwerden, daß insbesondere Preislimiten, deren Mißachtung den fraglichen Kaufvertrag an sich zum widerrechtlichen Geschäft machen, ihren Zweck verfehlen würden, wenn durch sie der Kauf im Falle des Verstoßes verhindert würde. Im bahnbrechenden Entscheid i. S. Pfister gegen Rieder & Matti *(BGE 47 II 464)* hat das Bundesgericht denn auch im Falle einer Verletzung von Höchstpreisvorschriften die die zulässige Limite übersteigende Kaufpreis-

[50] BGE 96 II 20 mit Hinweis auf BGE 81 II 619, 82 II 132, 84 II 427, 86 II 450, 95 II 538. Weiterhin können genannt werden BGE 45 II 551, 47 II 464, 60 II 315, 80 II 329. Neuerdings sodann BGE 102 II 404.

forderung zwar abgewiesen, im übrigen jedoch den Vertrag aufrecht erhalten (d. h. die Kaufpreisforderung im Umfang des zulässigen Preises geschützt). Uns beschäftigen hier die Motive, die in der Richtung weisen, daß die Nichtigkeit dort beginne, wo die Zulässigkeit des Vertragsinhalts aufhöre, so daß der Preis auf das zulässige Maß zu reduzieren sei. Genau besehen ist dies ein unzulässiges Scheinargument, denn ein vereinbarter Preis stellt einen einheitlichen Konsensinhalt dar und darf nicht in einen zulässigen und einen unzulässigen Anteil zerlegt werden. Die zutreffende Begründung dieses richtigen Urteils hätte ungefähr in folgender Argumentenkette laufen müssen: «Es ist der Widerrechtlichkeit statuierende öffentlichrechtliche Erlaß, der auch die privatrechtlichen Rechtsfolgen des Normverstoßes zu statuieren hat. Das in Frage stehende Gesetz – eine kantonalbernische Verordnung – sagt hiezu nichts aus, so daß der Richter lückenfüllend die dem Zweck des Erlasses konforme Rechtsfolge zu ermitteln hat, die in casu nur darin bestehen kann, daß unter Aufrechterhaltung des Vertrages und des Leistungsaustausches der Preis auf das zulässige Maß herabgesetzt wird».

Dieser Entscheid signalisiert einen potentiellen Koordinationsmangel, darin bestehend, daß der öffentlichrechtliche Erlaß, der Verträge mit bestimmten Inhalten als unzulässig erklärt, keine Aussage darüber enthält, welche Rechtsfolgen ein Normverstoß nach sich zieht; es ist zwar die Primärnorm statuiert, fehlt jedoch an der Sekundär- oder Sanktionsnorm. Gegenwärtig scheint infolge der gegenüber Kriegszeiten ruhigen Zeitläufe dieser Koordinationsmangel vergleichsweise geringe Aktualität zu besitzen. Immerhin zeigt *BGE 102 II 404 E. 3* zur VO über Kredit- und Abzahlungsgeschäfte vom 10. 1. 1973 Unsicherheit in der Frage, ob Unzulässigkeit der Modalitäten der Darlehensgewährung bloß Strafsanktionen auslöse oder auch zivilrechtliche Ungültigkeit des Darlehensvertrags bedeute[51]; damit wird illustriert, daß auch heute

[51] Dabei gelangt das Bundesgericht entgegen dem Zürcher Obergericht zur Annahme der Vertragsnichtigkeit. Die angeführten Gründe vermögen nicht zu überzeugen; sie scheinen mehr von der traditionalen schematischen Gleichsetzung der Widerrechtlichkeit mit Vertragsnichtigkeit bestimmt (der auch OFTINGER, auf den sich das Bundesgericht stützt, noch stark verhaftet war) denn von wertender Sachbeurteilung. Diese hätte zu berücksichtigen, daß Allgemeininteressen eher durch Strafsanktionen denn durch zivilrechtliche Rechtsfolgen zu wahren sind und gerade hohe Strafsanktion die Entbehrlichkeit zivilrechtlicher Folgen bedeuten kann. Zivilsanktionen haben es in sich, in hohem Maße von Zufälligkeiten abhängig zu sein, so daß sachunangemessenes Statuieren von Zivilsanktionen in Bereichen wie den

durchaus eine Aktualität der aufgezeigten Problematik besteht[52].

2. Rückforderbarkeit von im Hinblick auf unzulässige Verträge erbrachten Leistungen (Anwendbarkeit von Art. 66?)

Art. 66 versagt die Rückforderung einer Leistung, wenn diese «in der Absicht, einen rechtswidrigen oder unsittlichen Erfolg herbeizuführen, gegeben worden ist.» Während die Praxis gegenüber OR Art. 20 – sachlich richtig und notwendig, aber genau besehen contra legem – zu einer gewaltigen Einschränkung der Nichtigkeitsfolge gelangt ist, wird umgekehrt OR Art. 66 über den Wortlaut hinaus ausgedehnt[53]. Wenn sich die Frage stellt, ob eine im Hinblick auf einen verbotenen Vertrag erbrachte Leistung zurückgefordert werden kann oder nicht, kann ähnlich wie bei Art. 20 auch im Zusammenhang von Art. 66 angenommen werden, daß eigentlich die öffentlichrechtliche Sondernorm, welche bestimmte Transaktionen untersagt, einen allfälligen Ausschluß der Rückforderung statuieren müßte. Dabei ist eine Umkehrung der Ausgangssituation festzustellen: Während der Wortlaut von Art. 20 Vertragsnichtigkeit vorschreibt und daher vielleicht eine gesetzliche Vermutung der Nichtigkeitsfolge anzunehmen wäre, kann aus OR Art. 66 nicht eine Vermutung abgeleitet werden, daß eine Rückforderung ausgeschlossen sei, wenn der ursprünglich intendierte Vertrag verboten ist. Dieses Verbot macht noch nicht den «angestrebten Erfolg» zum rechtswidrigen i. S. von OR Art. 66, wie es auch gerade der Sinn der Verbotsnorm sein kann, allenfalls erfolgte Erfüllung rückgängig zu machen[54].

hier besprochenen leicht zu einer institutionalisierten Willkür wird. – Der genannte BGE wird allerdings erst im Kontext der anschließenden bereicherungsrechtlichen Entscheidung in vollem Gewicht stoßend; dazu folgende lit. 2.

[52] Die gegenwärtigen Bestrebungen über die Erfassung *unerlaubter Insider-Geschäfte* hat ebenfalls die hier diskutierte Dimension. Die Annahme der Vertragsnichtigkeit unzulässiger Verkäufe oder Käufe scheint sich von selbst auszuschließen, womit immer noch die Frage anderer Zivilsanktionen (Schadenersatz?) gestellt bleibt.

[53] Zum geschichtlichen Hintergrund dieser Norm und zur Kritik der gegenwärtigen Praxis vgl. BUCHER, OR AT § 34/V p. 620 ff.

[54] BGE 102 II 404 verweigerte gestützt auf Art. 66 die Rückforderbarkeit eines Darlehens, das in Verletzung der genannten VO über Kleinkredit- und Abzahlungsgeschäfte gewährt worden war, obwohl dieser Erlaß nicht einmal Vertragsnichtigkeit und schon gar nicht Ausschluß der Kondiktion, sondern lediglich Strafsanktionen (Haft oder Buße bis Fr. 100000.–) sta-

Eine Ausnahme stellt auch hier der BB über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland dar, der in Art. 20 die Rückforderbarkeit bereits erbrachter Leistungen ausdrücklich statuiert und damit eine Argumentation aus OR Art. 66 zum vornherein ausschließt.

Es stellt sich aber auch die umgekehrte Frage, ob das in die Vertragsfreiheit eingreifende Sonderrecht, um dem verfolgten Zweck gerecht zu werden, nicht umgekehrt eine Rückforderung statuieren sollte, wo diese nach allgemeinen Kondiktionsprinzipien (unabhängig von OR Art. 66) zu verweigern wäre. Die Frage stellt sich einmal bei allen Höchstpreisvorschriften. Nach Bereicherungsrecht wäre in den meisten Fällen die Rückforderung der Preisdifferenz oder eines zuviel bezahlten Mietzinses zu verweigern, weil es am Irrtumserfordernis fehlt, der Zahlende bei Zahlung Kenntnis von der fehlenden Zahlungspflicht besitzt[55]. Von der Sachlogik her ist ein Rückforderungsanspruch indessen – will man schon die immer fragwürdige öffentlichrechtliche Preiskontrolle akzeptieren – wohl oft zielkonform und in bescheidenem Umfang (z. B. innerhalb einer Einjahresfrist, die heute nach OR Art. 67 bereicherungsrechtliche Norm ist) vertretbar. Sie ist aber z. B. im BB über Maßnahmen gegen Mißbräuche im Mietwesen vom 30. 6. 1972 (SR 221.213.1), der zwar eine richterliche Kontrolle von Mietzinsen vorsieht, nicht statuiert, so daß die Frage als offen gelten muß, ob zuviel Bezahltes zurückgefordert (bzw. mit laufenden Zinsen verrechnet) werden kann, wenn es an der bereicherungsrechtlichen Voraussetzung des Irrtums im Zeitpunkt der Zahlung fehlt. In ähnlichem Sinn war die Rückforderbarkeit von Mehrleistungen über den erlaubten Pachtzins hinaus zu beurteilen in BGE 98 I a 189, der zusammen mit BGE 93 II 107 die Nachteile einer vom Gesetzgeber nicht hinreichend geordneten Rechtslage illustriert.

tuierte. In OR AT p. 623 versuchte ich zu zeigen, daß in derartigen Fällen OR Art. 66 keine Basis für einen Kondiktions-Ausschluß abgibt; eine solche könnte in der genannten VO liegen, was aber einer expliziten gesetzlichen Anordnung bedürfte.

[55] Vgl. etwa BGE 93 II 107; 85 IV 105 f.; JEANPRÊTRE, Le contrôle des fermages agricoles et le droit civil, in: Mélanges R. Secrétan, Montreux 1964, p. 139–149.

3. Wünsche des Privatrechtlers an das künftig zu erlassende öffentliche Recht

Es wäre nicht sachgemäß, die Folgen von Verletzungen öffentlichrechtlicher Normen, die in die Vertragsinhalts-Freiheit eingreifen, vom Standpunkt des Privatrechts aus und in einer Pseudo-Auslegung schuldrechtlicher Generalklauseln wie OR Art. 20 und OR Art. 66 ableiten zu wollen. Die Verhältnisse sind zu verschiedenartig, als daß sich allgemeine Regeln aufstellen ließen. Die zivilrechtlich inter partes platzgreifenden Folgen unzulässigen Vertragsschließens lassen sich nur aus dem Sachzusammenhang der Normen determinieren, welche das fragliche Kontrahieren untersagen.

Ist eine allgemeine Regelung der Sanktionen im Falle der Mißachtung von Vorschriften, welche bestimmte Vertragsinhalte bzw. Vertragsschließungen untersagen, weder möglich noch erwünscht, so läßt sich doch in Umrissen ein Frageschema aufstellen, das die Tatbestände umschreibt, die in der Praxis auftreten können. Aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsstaatlichkeit, aber auch aufgrund der Erfahrung, daß die Praxis allzu schematischem Vorgehen zuneigt, ist zu erwarten, daß der die Vertragsfreiheit beschränkende Gesetzgeber seinerseits die entsprechenden Sanktionsnormen künftig konsequenter als bisher formuliere.

Als erstes ist die *Frage der Vertragsgültigkeit* zu entscheiden. Soll der Vertrag, dessen Abschluß in geschehener Form hätte unterbleiben sollen, nachdem er normwidrig geschlossen wurde, trotzdem als Vertrag aufrecht bleiben? Bejahendenfalls ist zu entscheiden, ob der Vertrag mit einem veränderten (dem Gesetz entsprechenden Inhalt) gelten soll (Beispiel der Preisanpassung), wobei das Aufrechtbleiben des Vertrages mit verändertem Inhalt auch von dem zustimmenden Willen desjenigen Vertragspartners, zu dessen Lasten die Vertragsänderung geht, abhängig gemacht werden kann, wie auch eine Rückleistung einer Leistung, die in unzulässigem Umfang erbracht wurde, angeordnet werden mag. Die Frage der Vertragsgültigkeit könnte differenzierend beantwortet werden je danach, ob der Vertrag bereits ganz oder teilweise erfüllt worden ist.

Im Falle der *Statuierung der Vertragsnichtigkeit* ist zu entscheiden, ob und unter welchen Voraussetzungen allenfalls erbrachte Leistungen *zurückzuerstatten* sind. Die *bloß von einem Partner erbrachte Leistung* kann im Normalfall zurückgefordert werden; der Gesetzgeber wird hier nicht ohne über-

zeugende Rechtfertigung eine Lösung anordnen, derzufolge es dabei bleibt, daß zwar die eine, nicht aber die andere Partei ihre Leistung hingegeben hat. Da ein allgemeiner Rückforderungsausschluß auch im Falle von Vertragsnichtigkeit richtigerweise nicht in Art. 66 hineinprojiziert werden kann, bedarf es einer expliziten öffentlichrechtlichen Sondernorm, wenn diese Folge ausnahmsweise eintreten soll.

Im Falle *beidseitiger Erfüllung* ist selbst unter Annahme von Vertragsnichtigkeit ein Kondiktionsanspruch dem Grundsatze nach nicht gegeben [56]. Es sind nun aber leicht Fälle denkbar, die von der Sachlogik her eine ganze oder teilweise Rückabwicklung erfordern, die indessen durch explizite gesetzliche Sondernorm anzuordnen ist. Auf dieser Linie statuiert der BB über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland in Art. 20 die Rückforderbarkeit der bereits erbrachten Leistungen, womit die wünschbare Klärung geschaffen ist. Anderseits fehlt diese Klärung im Rahmen des BB über Maßnahmen gegen Mißbräuche im Mietwesen vom 30. 6. 1972 (SR 221.213.1), der nicht statuiert, ob zuviel bezahlte Mietzinse zurückgefordert werden können (bzw. mit laufenden Zinsen verrechenbar sind). Hier (wie bei allen eventuellen Preisvorschriften) wäre eine gesetzgeberische Entscheidung erwünscht, die auch den Umfang der Rückforderbarkeit (z. B. Rückwirkung für ein Jahr o. dgl.) anzuordnen hätte; aus allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen ist eine Sachentscheidung nicht abzuleiten [57].

[56] Als Leistungsgrund hat im synallagmatischen Vertrag das Erhalten der Gegenleistung zu gelten: Man leistet weniger im Bewußtsein seiner vertraglichen Leistungspflicht als im Hinblick darauf, für seine eigene Leistung im Austausch die Gegenleistung zu erhalten, welcher Leistungsgrund auch im Falle der Annahme der Vertragsnichtigkeit aufrecht bleibt. Jedenfalls fehlt es an der bei allen Leistungskondiktionen bestehenden *Voraussetzung des Irrtums:* Gerade weil maßgebendes Motiv jeder Vertragsleistung die Erlangung der Gegenleistung ist, die bei der Erbringung der eigenen Leistung gehegte Erwartung erfüllt ist, wenn man die Gegenleistung erhält, besteht kein die Kondiktion rechtfertigender Irrtum. Vgl. dazu auch BUCHER, OR AT § 34/IV/2 und Anm. 52 p. 611.

[57] Vgl. in diesem Zusammenhang etwa BGE 93 II 107 und 85 IV 105 f.; JEANPRÊTRE, a. a. O. (Anm. 55).

§ 5 Das Verhältnis von Doktrin und Praxis unter sich

Eine Gesetzgebung kann nicht losgelöst von der Doktrin, welche diese wissenschaftlich bearbeitet, und der Gerichtspraxis, welche sie im Rechtsalltag anwendet, betrachtet werden. Eine Frage, die aus Anlaß des Zentenariums aufzuwerfen ist, muß daher dahingehen, welches Auskommen Lehre und Rechtsprechung mit der Kodifikation gefunden haben (dazu anschließend § 6). Dem vorgeordnet erscheint noch die davon nicht zu trennende andere Frage, ob Lehre und Rechtsprechung unter Herrschaft und Einfluß des Gesetzes das richtige Verhältnis zueinander haben, was hier folgend untersucht werden soll.

I. Der Vorrang der Wissenschaft als subsidiäre Rechtserkenntnisquelle

1. Fragestellung

Während der grundsätzliche Vorrang des Gesetzes als Rechtserkenntnisquelle vor Doktrin und Judikatur außer Diskussion steht und lediglich das Maß und der Charakter der Gebundenheit an das Gesetz Überlegungen veranlassen kann, bleibt die Frage offen, ob hinter dem Gesetz der Doktrin oder der Judikatur der Primat unter den ergänzenden Rechtserkenntnisquellen zukommt.

2. These vom Vorrang der Wissenschaft

Traditionellerweise werden Doktrin und Judikatur oder Wissenschaft und Gerichtspraxis als zwei wesensmäßig verschiedene und bei der Rechtsinhaltsermittlung als Orientierungspunkte in Konkurrenz stehende Dinge verstanden. Dieses Verständnis hat scheinbar im Gesetz eine Stütze, spricht doch der Gesetzgeber in ZGB Art. 1/III selber von «Lehre und Über-

lieferung», an der sich der Richter im Falle des Schweigens des Gesetzes zu orientieren habe[58].

Ebenso traditionellerweise wird im Konfliktfall – und der Konfliktfall kann zwangsläufig eintreten zwischen verschiedenen Wegweisern, als die Doktrin und Praxis verstanden werden – mehr oder weniger explizit der Judikatur der Vorrang eingeräumt, was darin zum Ausdruck kommt, daß den gerichtlichen Entscheidungen eine präjudizielle, d. h. eben mehr oder weniger verbindliche Bedeutung beigemessen wird; man spricht zwar von Bindungswirkung von Präjudizien, nicht aber von Bindungswirkung wissenschaftlicher Äußerungen[59].

Im Folgenden soll gegenüber dieser Konzeption hier die *Gegenthese* in die Diskussion eingeführt werden:

Bei der Rechtsinhaltsermittlung bedeutet Wissenschaft alles, richterliches Präjudiz – hier als bloße Tatsache der Fällung eines bestimmten Urteils verstanden – an sich nichts; die (als solche hier keineswegs in Frage gestellte) «präjudizielle» Wirkung richterlicher Entscheidungen liegt in deren Argumentationsgehalt und damit im wissenschaftlichen Bereich, nicht dagegen in der formellen Tatsache, daß eine bestimmte Rechtsfrage richterlich in bestimmtem Sinn entschieden worden ist.

3. Positivrechtliche Begründung aus ZGB Art. 1/III

Die einzige der in dieser methodischen Grundsatzfrage in Betracht fallende Norm, ZGB Art. 1/III, spricht gegen die herrschende Doktrin und für die hier aufgestellte These: Werden «Lehre» und «Überlieferung» als verschiedene Dinge betrachtet und überdies «Überlieferung» so verstanden, daß damit, wenn nicht ausschließlich, so doch *auch* die Gerichtspraxis gemeint sei[60], so ergibt sich aus der verwendeten Formel ein

[58] Statt vieler vgl. MEIER-HAYOZ, Komm. ZGB 1, der «bewährte Lehre» (dazu die N. 428–465) und «bewährte Überlieferung» (dazu N. 466–525) als unabhängige und gegeneinander abgegrenzte Größen versteht, die beide verschiedenen Grundsätzen unterliegen.

[59] Vgl. hier wiederum MEIER-HAYOZ, a. a. O. (Anm. 58) und weiterhin etwa GERMANN, Präjudizielle Tragweite höchstinstanzlicher Urteile, insbesondere der Urteile des schweiz. Bundesgerichts, ZSR 68/1949, p. 297–332, 423–456.

[60] Aber auch der Terminus «Überlieferung», der offenbar bewußt anstelle der sich ebenfalls anbietenden Ausdrücke «Gerichtsgebrauch» o. dgl. gesetzt ist, deutet eine Abstandnahme von einer Konzeption der Präjudizienbindung an: Überliefert wird nicht schlechthin alles, was passiert, sondern nur das, was der Überlieferung würdig ist. Auch hier ein Prinzip materialer

Vorrang der Wissenschaft, nicht nur weil diese an erster Stelle genannt ist und ihr die «Überlieferung» nachfolgt, sondern vor allem infolge des vom Gesetzgeber statuierten zusätzlichen Erfordernisses, daß es sich um *«bewährte»* Überlieferung/Gerichtspraxis handeln müsse[61]. Diese Einschränkung verweist auf rational-bewertende, d.h. wissenschaftliche Überprüfung der Präjudizien und schließt nicht nur eine formell und zwingend verstandene Pflicht deren Befolgung ausdrücklich aus, sondern untersagt im Gegenteil geradezu eine Präjudizienbefolgung, wenn das fragliche Präjudiz – immer in der Sicht des urteilenden Richters – keine argumentative Überzeugungskraft besitzt.

Die von MEIER-HAYOZ hier verwendete Formel von der «beschränkten Befolgungspflicht gegenüber den Präjudizien»[62] umschreibt zwar anschaulich das sich in der Praxis ergebende Resultat, verfehlt aber doch den zutreffenden Ansatzpunkt[62a]: Es bestehen vielerlei Gründe, den im Gerichtsurteilen enthaltenen Argumenten besondere Aufmerksamkeit zu geben (dazu näher unten Ziff. II/1), jedoch vermögen diese *keine Pflicht* der Befolgung im eigentlichen Wortsinn auszulösen; erst recht ist eine – z.B. überhaupt ohne Begründung bleibende – richterliche Entscheidung als solche nicht bindend.

4. Komparatistische Beleuchtung

Da ein zentrales Methodenproblem angesprochen ist, das nicht bloß theoretisches Interesse beansprucht, sondern dessen Beantwortung in einem weiteren Sinn auf das allgemeine Rechtsverständnis zurückwirkt, sei hier ein Blick in die Vergangenheit geworfen, um sich die Bedeutung der Wissenschaft einerseits, der Judikatur anderseits für die Entwicklung des kontinentalen Rechts zu vergegenwärtigen und die Verhältnisse sodann mit

Selektion und noch einmal die Aufforderung an den Richter, wertend zu entscheiden, ob das vorgefundene Präjudiz so viel Überzeugungskraft besitzt, daß es sich in die Rechtstradition integriert und als ihr Ausdruck gelten kann.

[61] Die grammatikalisch an sich zulässige Lesart, das Erfordernis «bewährt» nur auf das nächstliegende Substantiv, nämlich die Lehre, nicht aber auf die Überlieferung zu beziehen, wird kaum vertreten. Dem Element des «Bewährtseins» wird zu Recht, auch bezogen auf die Überlieferung, entscheidendes Gewicht beigelegt; vgl. MEIER-HAYOZ, a.a.O. (Anm. 58), N. 472 und Nr. 435–439.

[62] MEIER-HAYOZ, a.a.O. (Anm. 58), Titel vor N. 274.

[62a] Kritik auch bei R. BÄR, Praxisänderung und Rechtssicherheit (in Festschrift Meier-Hayoz, Bern 1982), S. 14.

dem *englischsprachigen Raum* zu vergleichen, in dem das Modell der Bindung an die Präjudizien verwirklicht ist.

Wenden wir uns vorerst dem Kontinent zu, zeigt der Blick in die Vergangenheit, daß die *Ursprünge unseres Rechts ganz in der Wissenschaft* ruhen und die Gerichtspraxis an der Entwicklung des Rechts (wenn wir die bis in unsere Tage überkommenen Traditionen betrachten und die inzwischen verkümmerten oder abgestorbenen, nur historisch interessierenden Kräfte ganz außer Betracht lassen) keinen nennenswerten Anteil hatte. Ja, die Anfänge unseres Rechts, wenn wir diese mit dem Beginn der Rezeption des römischen Rechts gleichsetzen, sind geradezu durch das Fehlen geordneter und gesicherter Gerichtsbarkeit im Mittelalter geprägt: An den neu entstehenden Universitäten bzw. Rechtsfakultäten wird nicht irgend ein nationales Recht gelehrt (das es nicht gibt) noch die Praxis bestimmter Gerichte untersucht und dargestellt (da es eine gesicherte und damit untersuchungswürdige Praxis vorerst ebenfalls meist nicht gibt): Gegenstand des Rechtsunterrichts ist ein *Idealrecht,* das um seiner selbst willen und seines Bildungswertes wegen doziert und studiert wird [63].

Dieses an den Universitäten gelehrte *Modellrecht* hat im Lauf der Jahrhunderte in dem als «Rezeption des römischen Rechts» bezeichneten Vorgang sich zunehmend auch in der Praxis durchgesetzt; aus dem ursprünglich mindestens teilweise bloß aus antiquarischem Interesse und aus Gründen der Allgemeinbildung studierten Recht ist ein *postuliertes,* schließlich ein *geltendes* Recht geworden. Die Wandlungen, die dieses Modellrecht seinerseits im Lauf dieser Jahrhunderte durchgemacht hat, dürfen hier nicht interessieren; an dieser Stelle ist nur der wissenschaftliche, ja in gewissem Sinne *utopische Ursprung* unseres Rechts festzuhalten.

Wenn wir uns nun vergegenwärtigen, daß unser heutiges Recht in erster Linie kodifiziertes Recht ist und auf Gesetzen beruht, so wird die Verwurzelung des Rechts in der Wissenschaft noch einmal deutlich. Die *«Kodifikationsidee»* ist ihrer-

[63] Es ist vor allem RENÉ DAVID, der in seinem Werk «Les grands systèmes de droit contemporains» (1. Aufl., Paris 1964; seither weitere deutsche Ausgabe von G. Grasmann: DAVID/GRASMANN, Einführung in die großen Rechtssysteme der Gegenwart, München/Berlin 1966) aufzeigt, in welchem Maß die kontinentale Rechtstradition im Gegensatz zur englischen Entwicklung durch ein Fehlen verläßlicher Gerichtsbarkeit bestimmt wurde, was zu einer Verlagerung des Objekts der Betrachtung hin zu den römischen Quellen und damit zur Entwicklung einer Rechtswissenschaft führte.

seits ein Kind der Aufklärungsphilosophie und Ausfluß theoretischen Denkens. Das Postulat der «Durchkodifizierung» des Rechts hat nur Erfolg haben können angesichts des in der Aufklärungszeit bereits traditionellen Einflusses wissenschaftlich-theoretischer Rechtsbetrachtung. – Jegliche Kodifizierung setzt lange wissenschaftliche Tradition voraus, dazu weiterhin ein theoretisches (in den Ursprüngen oft mit philosophischer Spekulation Hand in Hand gehendes) Systemdenken und Begriffsdenken; die Kodifikation ist nicht nur von der zeitgenössischen Wissenschaft weitestgehend inhaltlich vorprogrammiert, sondern sie ist vor allem ohne lange wissenschaftliche Vorbereitung und ohne «wissenschaftliche Konditionierung» des juristischen Denkens im allgemeinen schlechterdings nicht vorstellbar.

Die hier bloß ganz grob angedeutete Verwurzelung unseres Rechts in der Wissenschaft – die im Obligationenrecht am größten ist – wird besonders eindrücklich demjenigen, der als Gegenposition das *englisch-amerikanische* Recht betrachtet, wo die Verhältnisse in jeder Beziehung genau umgekehrt liegen. Während sich auf dem Kontinent das ganze Rechtsdenken und der universitäre Unterricht nach einem theoretischen Idealrecht (zuerst verkörpert in den römischen Quellen) ausrichtet und diese Ausrichtung ihren Ursprung in einer unsicheren und wenig Vertrauen einflößenden Gerichtsbarkeit hat, ist in *England* jeder Gedanke an wisschenschaftliche Durchdringung des Rechts verbannt: Die stramme Gerichtsbarkeit, welche die normannischen Könige gleich nach der Eroberung Englands einrichten, läßt die Praxis der Gerichte von Anfang an als das allein Maßgebliche erscheinen. Die insbesondere vom System der Klageformulare herkommenden Schwierigkeiten der Rechtsverfolgung[64] lassen bald den Berufsstand des *barristers* aufkommen, der die beträchtlichen Tücken des Prozesses beherrscht und die in den writs enthaltenen Klagemöglichkeiten kennt. Diese Praktiker (aus deren Kreis in der Folge auch die Richter sich rekrutieren) werden in einer praktischen Lehre nach utilitaristischen Ansprüchen des Berufs ausgebildet im

[64] Erst eine königliche Jurisdiktions-Anordnung («writ», «breve») läßt eine Klage vor den königlichen Gerichten zu. Dieses Erfordernis, in der Auseinandersetzung mit der nach der normannischen Eroberung vorerst weiterbestehenden Gerichtsbarkeit der übrigen Fürsten geschaffen, schränkt die Möglichkeit der Klagen auf bestimmte Klage-Typen ein. Vgl. dazu H. PETER, Actio und Writ, Tübingen 1957.

Hinblick auf die Bewältigung der Verfahrensschwierigkeiten und Kenntnis der Praktiken der Gerichte; eine Wissenschaft, die diesen Namen verdient, kann sich nicht entwickeln. Wie auf dem Kontinent das Wachsen der Rechtswissenschaft entscheidend durch das Fehlen einer geordneten und gesicherten Gerichtsbarkeit veranlaßt ist, schließt die in England frühzeitig verwirklichte Festigung der Gerichtsbarkeit das Entstehen der Rechtswissenschaft aus. Die Gegenüberstellung der kontinentalen und der englischen Rechtsentwicklung illustriert, daß Präjudizienbindung einerseits, Ausrichtung des Rechts nach vorprozessual bestehenden materialen Gesichtspunkten anderseits (seien diese nun wissenschaftlich entwickelt oder in Gesetzgebung niedergelegt, ist einerlei) zwei verschiedene Grundkonzeptionen darstellen, zwischen denen ein Kompromiß nur schwer denkbar ist.

Diese geschilderte Grundkonstellation besteht bis heute fort; der Umstand, daß das englische Recht (und heute auch das Recht der USA und fast aller englischsprechenden Länder) zur Hauptsache Präjudizienrecht ist und eine Durchkodifizierung eines bestimmten Rechtsgebietes nach kontinentalem Muster überhaupt nicht, auch nicht in Ansätzen, festzustellen ist, hängt untrennbar mit dem bis heute fortbestehenden Faktum zusammen, daß eine Rechtswissenschaft in unserem Sinne nicht besteht und nicht bestehen kann, da angesichts der Verlagerung des Rechts, der Rechtserkenntnis und der Rechtsfortbildung auf die Gerichtsentscheidungen keine Möglichkeit der wissenschaftlichen Bearbeitung des Rechts besteht[65].

Je mehr man sich mit dem Recht des englischen Sprachkreises befaßt, um so mehr wird einem die unermeßliche Bedeutung der Wissenschaft für unser Recht bewußt: Das Fehlen aller differenzierten Systematik, die völlige Abwesenheit einer technisch durchgebildeten Begrifflichkeit, das verwirrliche Ineinanderspielen verschiedener Rechtssysteme (neben dem *Common Law* als dem eigentlichen Kernbereich ein historisch sich unabhängig und in gewissem Sinne inhaltlich widersprüchlich entwikkelndes *Equity*-Rechtssystem und schließlich das Statute-Law,

[65] Deskriptive Sichtung und Darstellung der Gerichtspraxis zu bestimmten Sachbereichen kann nicht als Wissenschaft im kontinentalen Sinn gelten; sie wendet sich auch nicht an den zünftigen Juristen (welcher dieser Art von Literatur mit Mißtrauen begegnet bzw. sie nicht zur Hand nimmt), sondern ist als Einführung des Nichtjuristen gedacht. Wenn einzelne «Klassiker» etwas aus diesem Schema herausragen, so handelt es sich um Ausnahmen, welche die Regel bestätigen.

das in Gesetzeserlassen enthaltene Recht, das jedoch weniger als abschließende und in sich selber ruhende Regelung eines bestimmten Rechtsgebietes sich versteht, sondern vielmehr eine Modifikation und Ergänzung des ungeschriebenen bzw. in den Gerichtsentscheiden sich manifestierenden Richterrechts darstellt), ergibt eine Summe von für uns manchmal fast unfaßbaren Absonderlichkeiten, wie sie sich bei einem von keinen theoretisch-wissenschaftlichen Leitideen geprägten historischen Wachstum eines Rechts anscheinend zwangsläufig einstellen. Diese historisch bedingten Absonderlichkeiten illustrieren das Beharrungsvermögen rechtlicher Konzepte und Institutionen, deren Betrachtung führt uns aber auch ins Bewußtsein, wie tiefgreifend die Wissenschaft auf dem Kontinent das Recht und dessen Darstellung umgestaltet hat, wie stark die formenden Kräfte der Rechtstheorie waren.

Die Betrachtung des angloamerikanischen Rechts zeigt, daß ein echtes Entweder-Oder besteht: Wird die Gerichtspraxis als primäre Rechtsquelle eingesetzt und die Judikatur zum maßgeblichen Orientierungspunkt bei der Rechtsforschung, besteht kein Raum für Wissenschaft und kein Boden, auf dem Kodifikationen wachsen könnten. Ist aber umgekehrt das Recht primär nach «nichtjudiziellen» Polen auszurichten, wird also den Gerichten aufgegeben, sich am Gesetz und der mit ihm untrennbar verbundenen Wissenschaft zu orientieren, bedeutet dies zwangsläufig nicht nur Primat des Gesetzes, sondern auch Primat der Rechtswissenschaft, darüber hinaus aber auch im Negativen, daß Präjudizien um ihrer selbst willen keinen Anspruch auf Befolgung erheben können.

Derartige Zusammenhänge hier in Erinnerung zu bringen, scheint gerechtfertigt zu sein, weil sie das Besondere und Unverwechselbare unserer kontinentalen Rechtsordnung, das gleichzeitig auch das Unverlierbare sein sollte, bewußt zu machen vermögen. «Das Gesetz, nach dem sie angetreten», bestimmt auch die Rechtskulturen. Die grundlegende Verschiedenheit der Wege, welche die Rechtsentwicklung in den englischsprachigen Ländern einerseits, den kontinentalen Rechtsordnungen anderseits genommen hat, läßt sich auf die – hier natürlich allzusehr vereinfacht dargestellte – «historische Zufälligkeit» zurückführen, daß in den ersten Jahrhunderten unseres bald dem Ende zuneigenden Jahrtausends zwar in England, nicht aber auf dem Kontinent mit einer zuverlässigen Gerichtsbarkeit (und Vollstreckungsmöglichkeit) gerechnet werden konnte: Das Rechtsverständnis richtet sich dann entweder nach

der Praxis der Gerichte aus oder aber nach einem theoretischen Modell, einem (vorläufig) nicht erreichten Idealrecht. Dieser utopische, manchmal fast eschatologische Zug, der den Anfängen des kontinentalen Wissenschaftsrechts anhaftet, kann auch im heutigen Rechtsverständnis wiedererkannt werden, wenn wir Recht und Gerechtigkeit als Ideale betrachten, die zu verwirklichen nie vollständig, sondern *immer nur in Annäherung* möglich ist. Das Bewußtsein eines *Spannungsverhältnisses* zwischen dem, was tatsächlich ist, und dem, was sein sollte, ist für uns heutige kontinentale Juristen immer noch eine Realität. Diese Spannung darf nicht verloren gehen; ein resigniertes Akzeptieren dessen, was uns Gerichtspraxis (und auch Gesetzgebung) beschert, wäre der Verlust unseres wichtigsten rechtlichen Erbes. Wenn in einem durchkodifizierten Bereich das Gesetz infolge seiner Lückenhaftigkeit keine Entscheidgrundlage bietet, muß immer noch nach vorgegebenen Maßstäben gesucht werden, darf nicht der Rückzug auf das Präjudiz um des Präjudizes willen erfolgen, muß m. a. W. wissenschaftliche Betrachtung einsetzen.

5. Folgerung: Doktrin und Judikatur als Einheit; gemeinschaftliche Verantwortung

Die wissenschaftliche Ausrichtung unseres Rechts führt zu einem Vorrang wissenschaftlich-argumentativer Betrachtung, dies aber nicht im Sinne besonderer Autorität der Literaturgattung rechtswissenschaftlicher Publikationen oder der wissenschaftlichen Autoren als deren mehr oder weniger professionelle Produzenten. Wenn oben entwickelt wurde, daß Gerichtsentscheidungen Einfluß haben nicht kraft der Tatsache, daß ein Gericht entschied, sondern des Umstandes, daß dieses Gericht aufgrund bestimmter wissenschaftlicher Sachargumente zu seinem Urteil gelangte, so ist damit gleichzeitig gesagt, daß die *Richter an der Wissenschaft* teilhaben, die Argumentation der Urteilsgründe nicht als etwas von wissenschaftlicher Überlegung Abgesondertes betrachtet werden soll. Das Verständnis von Lehre und Rechtsprechung als zweier wesensmäßig verschiedener, sich konkurrierend entgegentretender Elemente, schafft insbesondere ein falsches Rollenverständnis des Richters. Die Aufgabe des Richters, soweit diese im Finden und Begründen der Antwort auf eine Rechtsfrage besteht, unterscheidet sich nur durch den äußeren Anlaß, nicht dagegen durch die Art des Argumentierens von der Wissenschaft. Der

Richter betreibt Wissenschaft, wenn auch Wissenschaft «ad hoc», d.h. nicht auf Vorrat, sondern zur Entscheidung eines ihm vorliegenden Falles. Das Finden und Begründen eines Gerichtsentscheids muß vom Akt der Entscheidfällung selber unterschieden werden; während in einem System der Präjudizienbindung (wie in der englisch-amerikanischen Rechtstradition) die Tatsache der Entscheidfällung als solche für die künftige Rechtsentwicklung maßgeblich ist, muß bei uns primär die Art und Weise, wie der Entscheid gefunden und begründet ist, als das die künftige Entwicklung beeinflussende Element gelten.

Die Auffassung der Wissenschaft und der Rechtsprechung als zweier getrennter Disziplinen lehne ich vor allem auch deshalb ab, weil sie die Verteilung der *Verantwortung* für den Gang der Dinge verdunkelt; für den Gang der Gerichtspraxis und deren Irrungen und Wirrungen ist nicht allein der Berufsstand der Richter verantwortlich; jegliches Fehlurteil signalisiert immer ein Defizit der Wissenschaft im fraglichen Bereich.

Die hier behauptete Führungsrolle der Wissenschaft bedeutet, daß Verdienst und Schuld am Gang der Dinge primär in der Wissenschaft zu suchen sind und die Verantwortung für diesen Lauf der Dinge bei jenen liegt, welche für die Wissenschaft die Verantwortung tragen. Das sind nach dem Gesagten gleichermaßen Richter wie Wissenschafter. Die *Verantwortung des Richters* kommt von zwei Seiten her: Einmal ist er, als Urteilsfällender, den Parteien für seinen Entscheid verantwortlich, zum andern, als Richter-Wissenschafter, der Allgemeinheit für die dem Entscheid zugrundeliegende Begründung, welche die künftige Entwicklung mitbestimmen wird. Daneben besteht eine *Mitverantwortung des «Nur-Wissenschafters»* (d.h. des juristischen Schriftstellers, des akademischen Lehrers) für Entwicklungen und Fehlentwicklungen der Rechtsprechung. Der Entscheid des Richters ist nicht nur dessen persönliche Leistung oder Fehlleistung, sondern gleichzeitig auch Leistung oder Fehlleistung der gesamten Juristenschaft des Landes.

6. Die Stellung und Verantwortung des Anwaltes

Wenn hier bisher, um die Beteiligung der sog. «Praktiker» an der Wissenschaft darzutun und deren Verantwortung für die hiesige Rechtskultur zu illustrieren, vorab vom Richterstand die Rede war, geschah dies zur Vereinfachung und anknüpfend an die Problematik der Einordnung der «Überlieferung». Zur

Vervollständigung muß aber der *Anwaltsstand* einbezogen werden, dem eine Rolle vergleichbarer Bedeutung zukommt. Die Anwaltschaft eines Landes macht die zahlenmäßig stärkste Gruppe der in der juristischen Arbeit i.e. S. Stehenden aus; deren Einfluß auf die Handhabung des Rechts und damit deren Verantwortung kann nicht hoch genug veranschlagt werden. Die Gerichtsbarkeit ist zwar die augenfälligste Stätte der Verwirklichung des Rechts, aber nicht die einzige. Der Normalfall der Durchsetzung der Rechtsordnung ist die automatische, oft unbewußte Verwirklichung rechtlicher Grundsätze durch die Beteiligten. Von den als Problemsituationen empfundenen Fällen, die bereits als Ausnahme gelten müssen und daher dem pathologischen Bereich zuzurechnen sind, werden wiederum die wenigsten vor die Gerichte getragen, sondern die meisten aus Einsicht in die Rechtslage und in Antezipation des im Prozeßfall zu erwartenden Urteils einvernehmlich geregelt; vor Gericht gelangen nur die aufs Ganze gesehen seltenen gewissermaßen extrempathologischen Fälle. Die einvernehmlichen Regelungen beruhen meist auf sachkundigem Rat; der Anteil der Anwaltschaft an extraprozessualer Rechtsanwendung ist dominierend, entsprechend hoch die Verantwortung der Anwaltschaft für diese Art der Rechtsverwirklichung.

Aber auch im *Prozeß* hat der Anwalt *Einfluß auf die Rechtsfindung* und ist mit in der Verantwortung. Ohne hier auf die traditionelle Diskussion eingehen zu wollen, inwieweit die Formel vom Anwalt als einem Organ der Rechtspflege und einem Gehilfen des Gerichts realistisch sei, darf hier wohl ohne weiteres angenommen werden, daß die von den Parteien bzw. deren Vertretern im Prozeß eingenommenen rechtlichen Standpunkte die rechtlichen Überlegungen des Gerichts erheblich beeinflussen[66].

Auch wenn die eigenen anwaltlichen Erfahrungen den Schreibenden vor der Illusion bewahren, die Erfolgsaussichten anwaltlicher Überredungskünste allzu hoch einzuschätzen,

[66] Das in der Tradition des gemeinrechtlichen Prozesses früher angetroffene Verbot rechtlicher Ausführungen in den Parteivorträgen mindestens erster Instanz (heute noch im österreichischen Prozeß überlebend; vgl. ZPO vom 1.8.1895 § 78 Abs. 2) dürfte in den kantonalen Prozeßrechten seltene Ausnahme sein (vgl. aber ZPO des Kantons Graubünden, Art. 96 Abs. 3). Die Tendenz geht wohl in der Richtung, daß die Gerichte richtigerweise zunehmend von den Parteivertretern erwarten, daß diese das «juristische Material», d.h insbesondere Literatur und Judikatur zu einer durch das Verfahren aufgeworfenen Rechtsfrage ihnen vorstellen.

muß man sich vergegenwärtigen, daß der Anwalt es mindestens in der Hand hat, das *«argumentative Schlachtfeld»* zu bestimmen, und daß er damit entscheidenden Einfluß auf den Gang des Verfahrens und die Entscheidung des Gerichtes nehmen kann, daher eine entscheidende Mitverantwortung nicht nur für den Ausgang des Verfahrens im besonderen, sondern für die Verwirklichung und Weiterentwicklung des Rechts im allgemeinen trägt.

II. Nutzanwendung

Im Folgenden wird versucht, die aufgrund der vorstehend getroffenen Feststellungen sich aufdrängenden praktischen Schlußfolgerungen zu skizzieren:

1. Die Leitfunktion der Präjudizien

Die den Entscheidungen der Gerichte zukommende Bedeutung kann nur dann ohne Widersprüchlichkeit beschrieben und bestimmt werden, wenn man zwei in jeder Entscheidung enthaltene Elemente unterscheidet: Einerseits die Tatsache autoritativer richterlicher Beantwortung einer Rechtsfrage im Rahmen einer *Urteilsfällung,* und sodann anderseits die Tatsache der *Begründung* der gegebenen und dem Urteil zugrundegelegten Antwort. Es ist die Unterscheidung zwischen dem Formalen und dem Materialen.

a) Die Tatsache, daß ein Gericht im Rahmen eines Prozesses eine bestimmte Rechtsfrage in einem bestimmten Sinn entschieden hat, hat in einem *formellen Sinn* für sich genommen in der Schweiz keinerlei Bedeutung, d. h. kein Gericht, weder das entscheidende noch eine andere Instanz, sind durch diese Tatsache gebunden; es kann die gleiche Rechtsfrage bei nächster sich bietender Gelegenheit in anderem Sinne entschieden werden [67]. Diese Feststellung des Fehlens einer formellen Bindung an Präjudizien ist unbestreitbar und auch unbestritten: Die Formel einer «beschränkten Befolgungspflicht» kann und will

[67] Art. 16 des Organisationsgesetzes schreibt ein besonderes Verfahren der Abstimmung vor, wenn eine Abteilung des Bundesgerichts eine von einer anderen getroffene Entscheidung einer Rechtsfrage nicht befolgen will, eine Regel, welche als bedingte Ausnahme hiezu die grundsätzliche Nichtbindung an Präjudizien voraussetzt.

nicht als Antwort auf die Frage einer formellen Befolgungspflicht verstanden werden (denn in einem formellen Sinn kann es so etwas wie «beschränkte» Pflichten nicht geben). – Damit unterscheidet sich die schweizerische bzw. kontinentale Konzeption grundlegend von den Auffassungen im englisch-amerikanischen Bereich, wo eine eigentliche Befolgungspflicht besteht: Präjudizien sind im Rahmen ihres Entscheidgehaltes wenigstens für untere Gerichte bindend; teilweise sind die verschiedenen Instanzen an ihre eigenen Entscheidungen formell gebunden und können sich von ihrer eigenen Praxis nicht befreien[68].

b) Die den Präjudizien zuzuerkennende (und hier nicht im geringsten bestrittene) Bedeutung liegt nicht in der formellen Tatsache der Entscheidfällung, sondern vielmehr im *Materiellen,* d. h. in den der Entscheidung zugrundeliegenden *sachlichen Argumenten.* Dieser materiale Aspekt, d. h. der argumentative Gehalt eines Urteils ist es, der die künftig folgenden Urteile beeinflussen soll und tatsächlich beeinflußt. Innerhalb aller denkbaren wissenschaftlichen Äußerungen nehmen nun die Motive von Gerichtsentscheidungen (und hier sind selbstverständlich die Entscheidungen des Bundesgerichts an erster Stelle gemeint) einen *Vorzugsplatz* ein, der ein *hohes Maß von Beachtung* sichert:

– das Ansehen des Amtes wird bis zu einem gewissen Grad auf die wissenschaftlichen Auffassungen des Amtsinhabers übertragen;

– es handelt sich nicht um die Meinung eines einzelnen, sondern bei den die Regel bildenden Kollegialgerichten um eine Personenmehrheit, welche die im Urteil zum Ausdruck gelangenden Rechtsauffassungen trägt;

– die argumentative Stellungnahme ist in Anschauung einer konkreten Entscheidsituation getroffen und mit der Verantwortung für den konkreten Entscheid belastet, was ihr erhöhtes Gewicht gibt;

– da die Konstanz der Rechtsprechung im Hinblick auf die Voraussehbarkeit und Kalkulierbarkeit der Rechtsverhältnisse

[68] So hat das *House of Lords* früher seine eigene Stellung verstanden, mit dem «Practice Statement» des Jahres 1966 indessen diesen Standpunkt aufgegeben, wobei seither Abweichungen von Präjudizien selten zu sein scheinen. Der *Court of Appeal* ist nach wie vor dem Grundsatz nach an seine eigenen Präjudizien gebunden; Ausnahmen hievon sind beschränkt auf Fälle von Widersprüchen zwischen mehreren Präjudizien, offensichtliche Unhaltbarkeit (bei sog. «per incuriam», aus Versehen ergangenen Entscheidungen).

einen Eigenwert darstellt, werden die Gerichte im Zweifel bisher befolgte Entscheidungstraditionen weiterführen;

– bei allen nicht letztinstanzlich entscheidenden Gerichten kommt hinzu das Bestreben, das vor der obersten Instanz zu erwartende Urteil vorweg zu nehmen, um den Weiterzug zu erübrigen.

Die obigen Gründe, welche den Stellungnahmen von Gerichten gegenüber sonstigen literarischen Äußerungen erhöhte Beachtung sichern, dürfen nicht übersehen lassen, daß letztlich allein der argumentative Überzeugungsgehalt maßgebend ist, daß Präjudizien nur kraft ihrer materiellen Überzeugungskraft und nicht kraft formeller Präjudizienbindung Einfluß haben dürfen. Wenn man nach einer Kurzformel zur Umschreibung der Vorzugsbeachtung wissenschaftlicher Argumentation innerhalb von Gerichtsentscheidungen sucht, kann man am ehesten von einer *Leitfunktion* sprechen[69].

Betrachtet man nun die Praxis der Gerichte und insbesondere jene des Bundesgerichts, so darf man wohl feststellen, daß in der Sache weitgehend diese Linie verfolgt wird. Nicht nur kommen explizit als solche deklarierte Praxisänderungen vor und sind verdeckte Modifikationen der Praxis wohl noch häufiger. Wichtiger ist, daß das Bundesgericht und ähnlich wohl meistens auch die kantonalen Gerichte ständig die Bereitschaft aufbringen, sich mit Gegenargumenten auseinanderzusetzen, seien diese Gegenargumente ad hoc im Prozeß entwickelt oder aber von der juristischen Literatur vorgebracht. Natürlich sind die Verweisungen auf frühere Entscheidungen, die nicht von weiteren Sachargumenten begleitet sind, sehr häufig. Aber es lassen sich nur selten Beispiele finden, in denen dieses Vorgehen nicht ohne weiteres als gerechtfertigt erscheint: Es handelt sich entweder um Rechtsfragen, die unter Kundigen nicht im Ernst kontrovers sein können, wo die Verweisung auf frühere Entscheidungen mehr zur Abrundung des Bildes erfolgt und eine

[69] Die von MEIER-HAYOZ geprägte eingängige Formel vom *«Richter als Gesetzgeber»* umschreibt zwar anschaulich das in ZGB Art. 1 Abs. 2 niedergelegte Prinzip, wonach der Richter bei der «Lückenfüllung» (wie auch der Auslegung) nicht bloß den zur Entscheidung anstehenden Einzelfall betrachtet, sondern eine generalisierungsfähige Regel aufstellen soll. *Mißverständlich* ist diese Formel aber insofern, als sie von der Art des Vorgehens auf das Resultat übertragen werden kann und dann besagen würde, daß die vom Richter statuierte und dem Entscheid zugrundegelegte Regel gesetzesgleiche generelle Geltung i. S. echter Präjudizienwirkung hätte, die ihr nicht zukommt.

Begründung vielleicht überhaupt entbehrt werden könnte, oder die Verweisung ist eine Verweisung auf früher entwickelte Argumentation, die zu wiederholen keine Notwendigkeit besteht.

2. Das Verhältnis von juristischer Literatur und Unterricht zu Präjudizien

Wenn festgestellt werden konnte, daß den Gerichten der Vorwurf eines verfehlten Abstellens auf Präjudizienbindung im allgemeinen nicht gemacht werden darf, ist die Lage in Unterricht und juristischer Literatur nicht gleich eindeutig. Wenigstens in Ansätzen macht sich die Tendenz bemerkbar, im Rahmen der Abhandlung irgendwelcher Sachthemen die bundesgerichtliche Judikatur zwar als solche zu beschreiben und darzustellen, jedoch auf eine kritische Bewertung zu verzichten. Damit ist eine gefährliche Entwicklung eingeleitet, weil der falsche Eindruck geweckt wird, daß die einmal gefällten Gerichtsentscheide um ihrer selbst willen Beachtung und Befolgung beanspruchen würden. Vor allem aber kann eine Literatur, welche fremde wissenschaftliche Meinungsäußerungen (als die sich auch die Gerichtsentscheidungen darstellen) lediglich referiert, nicht selbst wiederum als Wissenschaft gelten. *Wissenschaft heißt Argumentation, nicht Deskription*[70]. Mit dieser Feststellung soll nicht die praktische Nützlichkeit und oft Unentbehrlichkeit der Darstellung der Gerichtspraxis in Kommentar- und Lehrbuchliteratur bestritten werden. Aber es wird ein falsches Bild (nämlich das Bild einer sich selbst genügenden und als solchen verbindlichen Judikatur) entwickelt und darüber hinaus auch dem Richter das Gespräch versagt, auf das dieser angewiesen ist: Der Richter, der aus der Anschauung der konkreten Entscheidsituation heraus zur Stellungnahme berufen ist – eine Ausgangslage, die als privilegierend und die Überzeugungskraft erhöhend bezeichnet wurde; vgl. oben lit. b –

[70] Wenn es auch bereits eine wissenschaftliche Leistung ist, eine Frage als Frage zu erkennen, kann doch nicht als Wissenschaft gelten, wenn auf eine Frage zwar eine Antwort, jedoch keine Begründung hiezu gegeben wird. Nicht von Sachargumenten gestützte Stellungnahmen juristischer Autoren sollen daher auch nur ausnahmsweise, d. h. wenn keinerlei sonstige Sachargumente erkennbar sind, Berücksichtigung finden. – Zu sehr stellt auch das Bundesgericht oft einfach darauf ab, ob eine bestimmte Lösung Zustimmung oder Widerspruch findet, bestimmte Auffassungen vertreten werden, ohne hinreichend zu erwägen, ob sachliche Argumente angeführt sind und welches deren Gewicht ist.

bedarf der Konfrontation mit einer Wissenschaft, welche nach dem entgegengesetzten Pol sich ausrichtet und die von einer generalisierenden Fragestellung ausgeht.

Während in England eine rechtspolitische Bewertung des Rechts als subjektiv und damit fragwürdig empfunden wird, gehört sie auf dem Kontinent untrennbar zur Rechtsidee. Bei jedem praktischen Resultat sind die Beteiligten in der Mitverantwortung, der sich niemand mit dem Spruch «communis error facit ius» entschlagen kann. – Literatur, die nicht das Recht als solches, sondern die Gerichtspraxis in den Vordergrund stellt und diese als Gegebenheit undiskutiert hinnimmt, ist nicht nur keine Wissenschaft, sondern verfehlt das Wesentliche des Gegenstandes. Ebenso der akademische Unterricht, der sich nicht auf das Erkennen der Rechtsordnung (mit dem Gesetz als wichtigstem, aber nicht einzigem Ausdruck) ausrichtet, sondern die Darstellung der Gerichtspraxis als seine primäre Aufgabe versteht. Gerichtspraxis ist das Sein, die Rechtsordnung aber ein (immer nur in Annäherung erkennbares) Sollen, um dessen Verwirklichung zu kämpfen Aufgabe der Wissenschaft ist, die gegen den Geist sündigt, wenn sie nicht ihre Aufgabe aus dem Spannungsverhältnis schöpft, das zwischen dem anzustrebenden Gerechtigkeitspostulat einerseits und dessen nie ganz zu erreichenden Verwirklichung in der Praxis besteht.

§ 6 Problempunkte in der Beziehung zwischen Wissenschaft und dem Gesetz

I. Fragestellung

Im Folgenden sei gefragt, welches Auskommen Doktrin und Praxis (welche beide, wie vorstehend § 5/I zu zeigen versucht wurde, als einheitliches Phänomen aufgefaßt und der Einfachheit halber als «Wissenschaft» bezeichnet werden mögen) mit dem Gesetz gefunden haben.

Am Anfang steht die Feststellung, daß im großen und ganzen das Gesetzgebungswerk sich in der Anwendung hervorragend bewährt hat und daß die Anwendung des Gesetzes diesem gerecht geworden ist. Es ist den mit der Handhabung des OR Betrauten gelungen, eine einen hohen Grad der Differenziertheit und der sachlichen Angemessenheit erlangende Schuldrechtspraxis zu entwickeln.

Bei dieser selbstzufriedenen Feststellung werden wir uns nicht lange aufhalten wollen. Vielmehr muß hier die Frage aufgeworfen werden, wo Schwachstellen und Möglichkeiten der Verbesserung auszumachen sind. Eine derartige Frage kann vom einzelnen Betrachter zwangsläufig nur aus subjektiver Sicht beantwortet werden. Die nachfolgende Zusammenstellung einiger Beobachtungen mag daher weder einem Anspruch auf Vollständigkeit noch auf Objektivität der Auswahl der Gesichtspunkte genügen; das Folgende ist nicht mehr als ein Versuch, die wissenschaftliche Diskussion in Grundsatzfragen anzuregen.

II. Die verkannte Vertragstypenfreiheit

1. Ausgangspunkt

Zu den Fundamentalprinzipien der schweizerischen Schuldrechtskodifikation gehört die Vertragsfreiheit. In Art. 19/I nur unzulänglich formuliert, folgt dieser Grundsatz vor allem aus

der Tatsache, daß das Gesetz keine inhaltlichen Gültigkeitserfordernisse statuiert und Verträge allein aufgrund des Vertragswillens der Parteien Geltung haben.

Nun ist «Vertragsfreiheit» eine vieldeutige Vorstellung. Die *landläufige Inhaltgebung* kann hier mit den Worten OFTINGERS charakterisiert werden, der schreibt: «Der Gehalt der Vertragsfreiheit ist vierfach: Die Freiheit 1. einen Vertrag abzuschließen oder nicht; 2. der Wahl der Gegenpartei; 3. der Gestaltung des Vertragsinhalts; 4. der Aufhebung des Vertrags. Der Ausdruck ‹Vertragsfreiheit› formuliert demnach das Prinzip, es sei dem Belieben der Partei überlassen, ob sie einen Vertrag eingehen will, mit wem, worüber und ob oder wann der Vertrag wieder beseitigt oder wenigstens abgeändert werden soll.» Mit diesem Vierpunkteprogramm sind indessen nicht alle Aspekte der Vertragsfreiheit erfaßt, ja man darf feststellen, daß diese vergleichsweise uninteressant sind, da sie als allgemeine Prinzipien nicht bestritten werden und die in Randbereichen notwendigen Einschränkungen der Vertragsfreiheit – etwa unter dem Gesichtspunkt des Persönlichkeitsschutzes von ZGB Art. 27 oder aber vertragsrechtlicher Sondergesetzgebung wie des Arbeitsvertrags- oder Mietrechts – um ihrer selbst willen zu erörtern sind, da aus dem Gegenpol der Vertragsfreiheit keine inhaltliche Konkretisierung zu erwarten ist. Den Vertragsrechtler müßte eine andere Facette der Vertragsfreiheit mehr interessieren: Die Vertrags*typen*freiheit. Damit ist ein echtes, bisher wenig erörtertes Methodenproblem umschrieben, das vom Begriff der Vertragsinhaltsfreiheit im landläufigen Verständnis nicht erfaßt wird.

Das *römische Recht* und die in dessen Tradition stehende gemeinrechtliche Doktrin verwirklicht das der Vertragstypenfreiheit entgegengesetzte System des *Typenzwangs:* Vollgültige (d. h. klagbare) Verträge sind nur die *Kontrakte,* d. h. die Verträge, die einem der im Kontraktsystem vorgesehenen Typus entsprechen[71].

Die Gültigkeit von Verträgen unabhängig von deren Zurechenbarkeit zu einem bestimmten Vertragstypus, die in die

[71] Hier vorab zu nennen die durch bloßen Konsens zu schließenden *Konsensualkontrakte* (Kauf, Miete einschließlich Werk- und Dienstmiete, Mandat, Sozietät) und die erst mit der Übergabe der vertragsgegenständlichen Sache zustandekommenden *Realkontrakte* (vor allem Darlehen, Pfandbestellungsvertrag und Hinterlegungsvertrag). Daneben die wesensmäßig eine einseitige (vorwiegend abstrakte) Schuldpflicht begründenden *Verbal-* und *Litteralkontrakte.*

Formel *«pacta sunt servanda»* gekleidete Vertragstypenfreiheit, ist (unerachtet von Vorläufern im kanonischen Recht und humanistischen Gedankengut) vorab ein *Produkt des Rationalismus der Aufklärungszeit;* die in alle modernen Kodifikationen des kontinentaleuropäischen Rechtskreises aufgenommene Vertragstypenfreiheit steht in dieser Tradition der Naturrechtsphilosophie der Aufklärung.

Im OR findet die *Vertragstypenfreiheit der Aufklärungs*philosophie ihren sinnfälligen Ausdruck im *«Allgemeinen Teil»*, der Zustandekommen und Wirkung der Verträge allgemein und ohne Rücksicht auf den Inhalt des jeweiligen Vertrags normiert. Ihm tritt der *«Besondere Teil»* an die Seite, der seinerseits *romanistische Tradition* verkörpert. Damit ist das *Spannungsverhältnis* signalisiert, das in der Anlage der Kodifikation enthalten ist: Einerseits wird jedwedem Vertrag unerachtet seines Inhalts gleichermaßen volle Geltung zuerkannt, anderseits vom Gesetzgeber trotzdem ein Typenkatalog gegeben, der aus einem System des Typenzwangs stammt und nur dort seine klar definierte Funktion besitzt. Es werden zwei Prinzipien miteinander kombiniert, die nicht gerade wie Feuer und Wasser unvereinbar erscheinen, aber trotzdem nicht ohne weiteres miteinander in Harmonie zu bringen sind; Konzessionen sind unvermeidlich. Diese Konzessionen können nur auf der Seite des «Besonderen Teils» gemacht werden in dem Sinne, daß die gesetzlich normierten Vertragstypen nicht mehr als zwingend verstanden werden. Was dies praktisch bedeutet, ist bisher zu wenig bedacht worden. Ganz allgemein wird man sagen dürfen, daß der Akt des Erlasses der Kodifikation – dies gilt in der Schweiz für das OR bzw. seine allfälligen kantonalen Vorläufer wie in Deutschland für das BGB – nicht zum Anlaß methodischer Neubesinnung genommen wurde, wie dies in verschiedener Hinsicht geboten gewesen wäre[72]. Die vertragsrechtliche Literatur des 19. Jahrhunderts war im deutschsprachigen Raum zur Hauptsache romanistische Literatur. Die gewohnte Methode wird in der Folge auch auf die wissenschaftliche Bearbeitung des Vertragsrechts der Kodifikation übertragen;

[72] Zum Gesichtspunkt, daß in einer vorkodifikatorischen Ära ein bestimmtes Maß *begriffsjuristischer Argumentation* unvermeidlich ist, während die gleiche Methode an die Auslegung einer Kodifikation nicht herangetragen werden darf, vgl. BUCHER, Was ist «Begriffsjurisprudenz»?, ZbJV 1966, p. 274–304.

von einer Umstellung im Methodischen keine Spur. Gewohnte Fragestellungen werden an den neuen Untersuchungsgegenstand herangetragen, was zum wenig erstaunlichen Phänomen führt, daß auf viele Fragen auch die alten Antworten erteilt werden[73].

Zur einen Hälfte wird die Vertragstypenfreiheit verwirklicht: Niemand bestreitet, daß jeglicher Vertrag von im übrigen zulässigem Inhalt auch dann gültig ist, wenn er sich keinem gesetzlichen Vertragstypus zuordnen läßt (was die Typenabweichungen, Typenverbindungen wie auch Innominatkontrakte oder Verträge «sui generis» möglich macht). Die andere Hälfte des Prinzips ist jedoch nicht erkannt worden, daß nämlich ein solcher Vertrag auch nicht mit Gewalt einem bestimmten Typus zugeordnet werden darf, sondern so akzeptiert werden muß, wie er von den Parteien gewollt war. Vertragstypenfreiheit bezieht sich nicht nur auf die Phase der Entstehung des Vertrages und die Frage der Vertragsgültigkeit, sondern gleichzeitig auch auf dessen rechtliche Beurteilung im Streitfall: Typenfreiheit bedeutet, daß der Vertragsschließende erwarten darf, daß der von ihm im Grenzbereich verschiedener Kontraktstypen geschlossene Vertrag mit all seinen Eigentümlichkeiten akzeptiert und nicht dem Zwang einer Qualifizierung i. S. der gesetzlichen Typen unterworfen wird.

2. Die heute bestehende Methode

Die Frage der Zuordnung eines konkreten Vertrages zu einem bestimmten gesetzlichen Vertragstypus stellt sich unter dem Gesichtspunkt der Anwendbarkeit der einzelnen für den fraglichen Typus statuierten Rechtsregeln. Dieses Problem ist durch die gesetzliche Statuierung von Vertragstypen vorgegeben und unvermeidlich. Man kann sich ihm methodisch auf verschiede-

[73] Als Beispiel einer unter veränderten Verhältnissen unverändert beibehaltenen Fragestellung kann der Begriff der *essentialia negotii* genannt werden. Im System des romanistischen Typenzwangs bedeutet dies die Summe der Konsens-Elemente, welche die Zuordnung zu einem bestimmten Vertragstyp ermöglichen und damit die Gültigkeit des Vertrags ausmachen. Unter einem System der Typenfreiheit muß der Sinn des Begriffs sich verändern und sich auf den Begriff eines «Konsens-*Minimums*» reduzieren. Vgl. dazu BUCHER, Skriptum zum Obligationenrecht. Besonderer Teil (zit. OR BT), Zürich 1981 (2. Aufl. 1983, in Vorbereitung). § 2/I/2/c–bb.

nen Wegen nähern. Nach der heute *herrschenden Methode wird gefragt, zu welchem gesetzlichen Typus der zu beurteilende Vertrag die engste Beziehung aufweise,* um ihn dann den enstprechenden Vorschriften zu unterwerfen. Dieses Vorgehen steht in der Tradition der oben erörterten Typengebundenheit. Es weist in *dreierlei Hinsicht Nachteile auf:*

1. Nachdem Verträge außerhalb jeder Typenbeziehung ihre Geltung behalten, ist es widersprüchlich, Verträge, die nur teilweise einem gesetzlichen Typus entsprechen, trotzdem vorbehaltlos allen Vorschriften dieses Typus zu unterwerfen. Zwischen voller Typenkonformität eines konkret vorliegenden Vertrages und dessen totaler Beziehungslosigkeit zum fraglichen Typus ist in einem System der Typenfreiheit jegliche Zwischenform möglich. Der Sprung vom Nichts (im Falle nicht hinreichender Beziehung) zu voller Unterwerfung unter den Typus ist nicht zu rechtfertigen; der graduellen Annäherung des Vertrags an den gesetzlichen Typus entspricht eine kasuelle Unterwerfung unter einzelne dessen Bestimmungen.

2. Es besteht kein Grund, ein und denselben Vertrag nur einem einzigen Typus zu unterwerfen, was insbesondere bei Verträgen, die zwischen zwei Typen stehen, von Bedeutung wird. Bei einem Vertrag, der die gesonderte Fertigung des Vertragsobjekts vorsieht und aufgrund aller Umstände in der Mitte von Kauf und Werkvertrag anzusiedeln ist, mögen die Umstände sehr wohl dergestalt sein, daß eine Unterwerfung unter das kaufrechtliche periculum emptoris (OR Art. 185) sich nicht rechtfertigt, ohne daß deshalb aus der diesbezüglichen Qualifizierung als «Nicht-Kauf» die Anwendbarkeit sämtlicher werkvertraglicher Bestimmungen (z. B. der die Preiserhöhung zulassenden Norm von OR Art. 373/II) gefolgert werden sollte.

3. Die feste Zuordnung bzw. Nichtzuordnung zu Typen verzichtet vorschnell auf die Möglichkeit, bezüglich nicht im eigentlichen Sinn einem Typus zuzuordnenden Verträgen bei aufkommenden Rechtsfragen trotzdem analogieweise auf die Vorschriften einzelner Vertragstypen zurückzugreifen, wenn eine wertende Betrachtung dies nahelegt.

3. Die der Vertragstypenfreiheit entsprechende Methode

Ausgangspunkt muß die Feststellung sein, daß die den einzelnen Vertragstypen gewidmeten Rechtsregeln in einem System der Typenfreiheit ihren bisherigen Charakter verändern, daß insbesondere diesen Typen eigentümliche Regeln nicht in gleichem Sinn verbindlich sind wie unter der Herrschaft des Typenzwangs. Das ist ohne weiteres einsichtig bei den – die große Mehrzahl der Vorschriften des «Besonderen Teils» ausmachenden – dispositiven Normen: Kann die Anwendung einer bestimmten Vorschrift eines Vertragstypus vertraglich wegbedungen werden, muß im Umstand, daß nach dessen inhaltlicher Ausgestaltung der Vertrag nur noch teilweise dem in Frage kommenden Typus zugeordnet werden kann, eine stillschweigende Wegbedingung eines Teils dessen dispositiver Normen gesehen werden. Aber auch hinsichtlich zwingender Normen liegen die Verhältnisse nicht grundlegend anders: Die Freiheit der Parteien, außerhalb der gesetzlichen Typen zu kontrahieren, impliziert grundsätzlich auch die Freiheit, sich den – ohnehin nur selten anzutreffenden – zwingenden Gesetzesvorschriften zu entziehen. Genauer gesagt: im Falle eines dem fraglichen gesetzlichen Typus nicht voll entsprechenden Vertrages kann von einer direkten Anwendbarkeit der zwingenden Norm in einem formellen Sinn nicht die Rede sein; die Anwendbarkeit der fraglichen Norm kann nicht formal festgestellt, sondern nur aus der Überlegung gefolgert werden, daß die der Norm zugrundeliegenden legislatorischen Wertungen die Anwendung gerade im vorliegenden Fall verlangen.

Die der Typenfreiheit angemessene Methode sehe ich bei allen Verträgen, deren Zuordnung zu einem bestimmten gesetzlichen Vertragstypus nicht ohne Vorbehalte möglich ist (sei es, daß der betreffende Vertrag zu mehreren Typen Beziehungspunkte aufweist oder aber, daß sich nur gerade zu einem einzelnen Typus Beziehungen herstellen lassen), nicht in einer pauschalen Zuordnung zum nächstliegenden Typus, sondern auf der *Stufe der gesetzlichen Einzelanordnung*. Es wird nicht gefragt, ob der zu beurteilende Vertrag eher dem Vertragstypus A, B oder C entspreche als vielmehr, ob, bezogen auf die konkrete Sachproblematik, die Regel X des Vertragstypus A anwendbar sei oder nicht.

Eine Methode, derzufolge die wertende Zuordnung nicht auf der übergeordneten Stufe der Vertragstypen, sondern der untergeordneten Stufe der Einzelanordnungen vorgenommen

wird, hat den Vorteil direkter Sach- und Problembezogenheit. Dabei bleibt die Möglichkeit offen, einerseits nicht sämtliche Einzelregeln eines bestimmten Vertragstypus auf den zu beurteilenden Vertrag anzuwenden (wenn schon ein atypischer, d. h. nicht vom Gesetzgeber vorausgesetzter Fall vorliegt, brauchen auch nicht alle gesetzgeberischen Anordnungen ihm angemessen zu sein), anderseits aber auch, falls der zu beurteilende Vertrag eine Beziehung zu mehreren gesetzlichen Typen aufweist, einzelne Regeln verschiedener Typen als geltend aufzufassen.

Der Vorschlag, mit Bezug auf atypische Verträge das Denken in festgefügten Schemata aufzugeben und anstelle dieses «Schubladendenkens» die Argumentation wie die Entscheidung über die Anwendbarkeit der Normen des «Besonderen Teils» auf die Ebene der gesetzlichen Einzelanordnungen zu verlegen, wird dem Vorwurf des «Aufweichens» festgefügter Kategorien und der Befürchtung eines Verlustes der Rechtssicherheit begegnen. Dem kann entgegengehalten werden, daß ein als solcher nicht bestreitbarer Verlust an Rechtssicherheit bereits die Folge der Abschaffung des romanistischen Vertragstypen-Zwanges ist. Die Zulassung atypischer Verträge schafft zwangsläufig eine Gruppe von Verträgen, die zum vornherein zu Problemfällen bestimmt sind: Einerseits als gültig anerkannt, anderseits infolge ihrer Atypizität nicht gesetzlich geregelt. Die herkömmliche Methode, solche Verträge, soweit überhaupt möglich, kurzerhand einem der gesetzlichen Vertragstypen zuzuordnen, schafft eine Pseudo-Sicherheit, denn diese Zuordnung ist zwangsläufig wertungsbedingt und daher mit allen Unsicherheiten eines Wertungs-Entscheides belastet. Diese werden nicht verstärkt, sondern wohl eher vermindert, wenn der Wertungs-Entscheid nicht auf der Stufe der generellen Zuordnung des fraglichen Vertrages getroffen, sondern vielmehr gefragt wird, ob eine bestimmte Norm eines bestimmten gesetzlichen Typus auf den konkret vorliegenden Vertrag angewendet (dieser unter die betreffende Norm subsumiert) werden könne.

4. Illustration anhand des Beispiels der Behandlung auftragsähnlicher Vertragsverhältnisse

Im Folgenden soll das Gesagte am Beispiel des Auftrags insbesondere der Anwendung des Widerrufsrechts gem. OR Art. 404 auf atypische Verhältnisse illustriert werden, zu welchen Fra-

gen bekanntlich grundlegende bundesgerichtliche Judikatur besteht.

a) In *BGE 98 II 307, bes. 310* wird der *«Architekten-Vertrag»* in Abgrenzung gegenüber Werkvertrag als Auftrag qualifiziert; Zweck dieser Qualifikation ist die Unterstellung unter OR Art. 404, der ein jederzeitiges Widerrufsrecht des Auftraggebers statuiert. Auf ähnlicher Linie wird in *BGE 104 II 110* ein *«Managements-Vertrag»,* mit dem eine angehende Künstlerin das «Management» ihrer Karriere einer Dritten übertrug, in Abgrenzung insbesondere gegen Gesellschafts- und Agenturvertrag als Auftrag qualifiziert und OR Art. 404 angewendet. In *BGE 106 II 158* wird schließlich ein Vertrag über die *Verwaltung einer Liegenschaft* in Abgrenzung gegen Arbeitsvertrag bzw. «Vertrag sui generis» dem Mandatsrecht und damit OR Art. 404 unterstellt.

Im praktischen Ergebnis verdienen insbesondere die beiden zuletzt genannten Entscheidungen vorbehaltlose Zustimmung. Nicht dagegen vermag die Begründung zu überzeugen, da diese nicht aus der ratio legis der in casu in Frage stehenden Regel von Art. 404, sondern aus irgendwelchen Kriterien genereller Zurechnung der in Frage stehenden Verträge zum Typus des Auftrags abgeleitet wird. Das traditionelle, d. h. im römischen Recht verwurzelte Widerrufsrecht ist gerechtfertigt einmal durch das für das Mandat charakteristische *Vertrauensverhältnis* (mandatum von «manum dari», die Hand geben zum Ausdruck dieses Vertrauens), sodann zweitens durch den Gesichtspunkt der Wahrung der *Entscheidungsfreiheit* des Mandanten, was in dem Umfang Gewicht gewinnt, als das Mandat (was meist zutrifft) die Gestaltung seiner persönlichen oder vermögensmäßigen Verhältnisse zum Gegenstand hat. Wo eine Rechtsbeziehung einerseits auf einer Vertrauensgrundlage beruhen muß und der Mandatar mit seiner Tätigkeit nicht seine eigenen Interessen, sondern jene des Mandanten wahrnimmt, muß an dieser Widerruflichkeit aus einleuchtenden Gründen festgehalten werden. Das sind die maßgebenden Gesichtspunkte, die wohl auch für die genannten Bundesgerichtsurteile im Grunde ausschlaggebend waren, jedoch eher beiläufig erwähnt werden. Warum nicht den ausschlaggebenden Gedanken offen in den Mittelpunkt der Begründung stellen? Der Grund wird einmal in dem traditionellen Vertragstypendenken liegen, anderseits in der Abneigung, eine Wertungsentscheidung offen als solche zu deklarieren. Beide Gründe sind nicht überzeugend.

Die Verlagerung der Diskussion weg vom entscheidenden Gesichtspunkt des Vertrauensverhältnisses und der Freiheit des zu schützenden Vertragspartners hin zu theoretischen Argumenten der Vertragsqualifikation bringt nur eine Pseudo-Objektivität i. S. der Verschleierung der tatsächlich maßgebenden Gründe; es wird weder ein erhöhtes Maß an Rechtssicherheit noch Glaubwürdigkeit der Argumentation gewonnen. In BGE 104 II 110 hätte wohl der «Managements-Vertrag» mit ebenso guten Gründen als Gesellschaftsvertrag qualifiziert werden können (der Manager hatte ja immerhin seinerseits Leistungen zu erbringen, deren Entschädigung nur in der weiteren Abwicklung des Vertrages gewonnen werden konnte); die Entscheidung zugunsten der Anwendung von OR Art. 404 läßt sich nicht mit der Natur der beidseitigen Leistungen begründen, sondern allein unter dem Gesichtspunkt der Bewahrung der persönlichen Entfaltungsfreiheit, wie sie in OR Art. 404 wie auch in ZGB Art. 27 verwirklicht werden soll (welch letztere Bestimmung vom Bundesgericht denn auch richtigerweise als Ergänzung angerufen wird; E. 5). Offensichtlich unhaltbar ist jedoch die im Hauptpunkt angewendete Ausschlußmethode: Weil weder Gesellschaft noch Agenturvertrag vorliege, bleibe nur Auftrag (Seite 110 und 115 E. 4); einmal ist die These, gemäß OR Art. 394/II sämtliche auf Arbeitsleistung gerichteten Verträge, die nicht einem anderen gesetzlichen Sondertypus zuzuordnen sind, als Auftrag zu behandeln, höchst fragwürdig[74], zum andern kann man – immer den Angaben des publizierten Entscheides folgend – wohl nicht von einem reinen Vertrag auf Arbeitsleistung sprechen: Das Vermitteln von Engagements bedeutet nicht bloß Mühewaltung, sondern wohl gleichzeitig auch Einsetzen persönlicher Beziehungen u. dgl.; von einem «Vertrag auf Arbeitsleistung» zu sprechen, geht an der Sache vorbei.

Die Ansiedlung der Argumentation auf der Ebene der Vertragstypenqualifizierung bringt schließlich die richterliche wie doktrinelle Wissenschaft um die Chance, den Gedanken des Vertrauensschutzes und des Freiheitsschutzes, wie er in OR Art. 404 und angrenzend in ZGB Art. 27 niedergelegt ist, in

[74] Abs. II von OR Art. 394 wurde anläßlich der Revision des Jahres 1911 ins Gesetz aufgenommen (vgl. dazu im allg. oben § 3/III und Anm. 38). Soweit man dem Protokoll entnehmen kann, war damit eine Verdeutlichung (Gewährleistung der Widerruflichkeit bei der «Verrichtung wissenschaftlicher Arbeiten durch Ärzte, Anwälte und dergl.») der nach aOR bestehenden Rechtslage, jedoch keine Rechtsänderung beabsichtigt.

seiner vollen Bedeutung und im Zusammenhang zu erfassen und einer differenzierenden Betrachtung zu unterwerfen. Gerade wenn man, wie der Schreibende, das in OR Art. 404 niedergelegte Prinzip für wichtig hält und eine in einen weiteren Bereich ausstrahlende Anwendung erhofft (eine Anwendung, die das Bundesgericht denn auch im Ergebnis auf höchst anerkennenswerte Art verwirklicht), kann man mit der traditionellen Argumentationsweise nicht glücklich werden, die, statt der Kraft des Gedankens von OR Art. 404 und ZGB Art. 27 zu vertrauen, sich formalistisch und pseudologisch in überholten Argumenten der Vertragsqualifikation verliert.

b) Das Ausweichen auf die scheinbar «objektivierende» Frage der Typenqualifizierung hat schließlich den Nachteil, durch zu verallgemeinerte Feststellungen für künftige in anderen Zusammenhängen zu treffende Entscheidungen Fehlerquellen zu schaffen. Von einem *«Architekten-Vertrag»* zu sprechen sollte man sich versagen, denn es gibt einen derartigen Vertrag als einheitlichen Typus sowenig als es einen «Anwaltsvertrag» (oder «Juristen-Vertrag»), «Arztvertrag» o. dgl. gibt; sachlogisch muß zwischen Beratung, Bauleitung, Ausarbeiten von Plänen u. dgl. unterschieden werden. Ist nicht die Widerruflichkeit im Streit, sondern die Frage, wodurch und in welchem Zeitpunkt der Lohn des Architekten verdient ist, dann kann sich der Werkvertrag in den Vordergrund schieben: Falls der Architekt beispielsweise durch höhere Gewalt am Fertigstellen von Plänen gehindert wird und dem Besteller keine Leistung zukommt, wird man wohl nach Werkvertragsgrundsätzen annehmen müssen, daß kein Lohn verdient sei. Man wird sich allerdings auch fragen müssen, ob die Regel von Art. 404 hier paßt: Mit dem Ausarbeiten von Planskizzen greift der Architekt nicht in die Sphäre des Bestellers ein, wie sich dieser vor der «Auftragserteilung» überlegen soll, ob er dem Fachkönnen des Architekten vertraut oder nicht. Es scheint mir, daß die Entscheidung nur von Fall zu Fall aufgrund der Umstände getroffen werden sollte nach dem Gesichtspunkt, ob nach der Vertragsmeinung der Parteien das Widerrufsrecht als gewahrt oder als ausgeschlossen zu gelten hat. Eine Anwendung von Art. 404 im eigentlichen Wortsinn ist m. E. – wenigstens wenn man diese Norm als zwingend versteht – ausgeschlossen; angesichts des Fehlens eines eigentlichen Vertrauensmoments wie auch des «Nichtbetroffenseins» des Bestellers durch die Tätigkeit des Architekten scheint mir die Freiheit der Parteien selbstver-

ständlich zu sein, ihre Beziehung (wenigstens in diesen hier diskutierten Punkten) werkvertraglich auszugestalten, was heißt: Kein Widerrufsrecht (nach OR 404) seitens des Bestellers, Lohn des Architekten erst mit Ablieferung der Pläne.

Im übrigen sind keine sachlich zwingenden oder überzeugenden Gründe zu ersehen, weshalb die Anwendung bzw. Nichtanwendung von OR Art. 404 im Gleichlauf mit der auftragsrechtlichen bzw. werkvertragsrechtlichen Beantwortung der Frage einhergehen müsse, ob der Lohn aufgrund des Tätigwerdens oder aufgrund eines abgelieferten Erfolges verdient sei. Das Gesagte kann an einem für den Leser naheliegenden Beispiel noch verdeutlicht werden: Die vertragsrechtliche Behandlung der *Erstattung eines juristischen Gutachtens*. Über die Frage: «Werkvertrag oder Auftrag?» (in Deutschland infolge der Unentgeltlichkeit des Auftrags: «Werkvertrag oder Dienstvertrag?») ist schon viel geschrieben worden. Aber gerade der Umstand, daß eine Frage immer erneut aufgeworfen wird, beweist, daß die gegebenen Antworten nicht befriedigen. Vielleicht ist die Frage falsch gestellt. Es liegt nicht die Alternative Werkvertrag *oder* Auftrag vor; viel eher wäre zu fragen: Welche Vorschriften des Auftragsrechts, welche des Werkvertragsrechts sind anwendbar? Um beim Ergebnis zu beginnen und eine Lösung im Ansatz zu skizzieren, könnte man annäherungsweise sagen, daß zwischen den Vorschriften beider Vertragstypen zu wählen ist, wobei jeweilen die für den Besteller des Gutachtens günstigere, für den Gutachter ungünstigere Lösung als angemessen, d. h. dem Parteiwillen entsprechend scheint. So wird man dem Besteller ohne weiteres zugestehen wollen, den Auftrag zu widerrufen; der Gutachter wird ohne Murren und ohne eine Begründung zu verlangen jederzeit diesen Widerruf hinnehmen und nur für bereits gemachte Aufwendungen Honorar verlangen; die Berufung auf den werkvertragsrechtlichen Grundsatz des Rücktritts bloß gegen «volle Schadloshaltung» (d. h. Vergütung des gesamten positiven Vertragsinteresses; OR Art. 377) wäre dem Gutachter fremd[75].

Umgekehrt gesehen wird sich der Gutachter nicht auf Auftragsrecht stützen wollen, wenn es um die Frage geht, in welchem Zeitpunkt das Honorar verdient sei. Wäre der Gutachter durch in seiner Person liegende Umstände gehindert, das Gut-

[75] Umgekehrt wird sich der Gutachter für zu gut halten, einen einmal übernommenen «Gutachterauftrag» zurückzugeben, weil ihm die Lust an der Begutachtung aus irgendwelchen Gründen vergangen ist. Aber dies ist vielleicht eher ein moralischer denn ein rechtlicher Standpunkt.

achten abzuliefern, würde er wohl für bereits geleistete Arbeit keinerlei Honoraransprüche stellen, d. h. werkvertragsrechtlich überlegen (nach auftragsrechtlichen Prinzipien würden Lohnansprüche im Umfang der aufgewendeten Zeit bestehen).

Die genannte Ausrichtung nach je einem Fundamentalprinzip von zwei in mancherlei Hinsicht antagonistisch wirkenden Vertragstypen ist nichts als die Folge der Freiheit der Parteien, ihre Beziehungen auch außerhalb der gesetzlichen Vertragstypen frei zu regeln. Nichts hindert die Partner, durch ausdrückliche Abrede Elemente verschiedener Typen zu verbinden. Ist dies so, dann darf auch nicht davor zurückgeschreckt werden, eine derartige Verbindung auch mangels ausdrücklicher Abrede anzunehmen, wenn dies nach Auffassung der beteiligten Kreise die angemessene Lösung ist, die von allen korrekten Partnern als maßgeblich akzeptiert wird.

III. Übergewicht eines «objektiven» Vertragsverständnisses

Wenn im Zusammenhang der Handhabung eines Vertrages eine Rechtsfrage aufkommt, kann die Antwort an zwei verschiedenen Orten gesucht werden. Man kann fragen: «Was sagt der *Gesetzgeber?*» oder aber: «Was haben die *Parteien* gewollt?» Meist ist die eine oder andere Frage als Pol der Orientierung eindeutig gegeben. Aber es gibt einen Zwischenbereich, in dem, so scheint mir, statt nach dem subjektiven Vertragswillen der Parteien zu unrecht nach objektivierenden Gesichtspunkten, d. h. dem angeblichen Willen des Gesetzgebers, der «Natur des Vertrages» o. dgl. gefragt wird. Auch in dieser Ausrichtung darf vielleicht ein methodisches Weiterwirken des romanistischen Kontraktsystems gesehen werden, das dem Willen der Parteien weniger Spielraum läßt und für die sich stellenden Rechtsfragen entsprechend primär eine Antwort des objektiven Rechts bereithält. Einige Beispiele mögen dies verdeutlichen.

Die Frage, ob eine *Annahmepflicht des Käufers* besteht, ist traditioneller Diskussionsgegenstand der kaufrechtlichen Literatur. Was hier interessiert, sind weniger die von den einzelnen Autoren vertretenen praktischen Ergebnisse als die Art der Begründung, die nach einer «eigentlichen» kaufrechtlichen Lösung sucht, der gegenüber dann allerdings nach Interessenlage bzw. Parteiabsprache Abweichungen möglich sind. Eine realistische Betrachtung wird sich demgegenüber einzugestehen haben, daß in dieser Frage alles vom Parteiwillen ab-

hängt[76], daher unerachtet der unglücklichen Vorschrift von OR Art. 211/I (oder BGB § 433/II), die eine Abnahmepflicht des Käufers festzuschreiben versucht, jegliche generelle Regel am Problem vorbeigeht, die Pflichten des Käufers nur aufgrund des konkreten Vertrags der Parteien zu bestimmen sind. Im statistisch häufigsten Fall, dem Konsumkauf, ist jeglicher Gedanke an eine Annahmepflicht zum vornherein abwegig[77], welche Feststellung bereits für sich genommen hinreichend rechtfertigt, entgegen dem Wortlaut von Art. 211/I eine Abnahmepflicht als allgemeines Element des Kaufvertrags abzulehnen. Von einer *«Obliegenheit»* der Annahme zu sprechen, mag angehen, um die im Falle der Nicht-Annahme der Sache drohenden Nachteile des Gläubigerverzugs zu signalisieren. Dabei wird man im Regelfall stehen bleiben dürfen. Unter besonderen Voraussetzungen mag dem Parteiwillen als Zwischenlösung zwischen Pflicht und Nichtpflicht die Annahme einer «Nebenpflicht» angemessen sein, deren Verletzung zwar nicht einen Anspruch auf Realexekution oder die Verzugsfolgen von OR Art. 107, wohl aber Schadenersatzpflicht auslösen würde. Wenn indessen der Verkäufer ein manifestes Interesse an der Abnahme hat oder diese ausdrücklich vereinbart ist, entspricht dem Parteiwillen wohl bloß die Deutung der Abnahmepflicht als vollgültige Leistungspflicht, deren Verletzung sämtliche vertraglichen Nichterfüllungsfolgen auslöst. Derartige Verabredungen kommen unter besonderen Verhältnissen vor (Verkauf eines Hauses auf Abbruch, Verkauf des Löwen eines zu liquidierenden Zirkus usw.), sind aber für den Kauf atypisch und Ausfluß einer zum Kauf hinzutretenden *Zusatzabsprache*. Was auch immer von einer An- oder Abnahmepflicht bei einem konkreten Kaufvertrag sich sagen läßt, immer wird die Aussage nur aus der Interpretation des Parteiwillens, niemals aber aus allgemeinen kaufrechtlichen Überlegungen abzuleiten sein.

[76] *«Parteiwille»* heißt gleichzeitig auch: *Interessenlage des Verkäufers*, die gebieterisch Wegnahme der Sache verlangt und gleichzeitig dem Käufer bei Vertragsschluß erkennbar ist, so daß dieser nach dem Vertrauensgrundsatz nicht einen Vertrag schließen darf, ohne sich der Interessenlage des Partners zu unterwerfen.

[77] Auch der skrupulöseste Käufer, der die Kaufsache im Laden liegen ließ, wird seine Entscheidung, ob er die Sache abholen werde, allein vom Abwägen des Nachteils des Verlusts der Sache oder seiner Zeit abhängig machen, niemals aber an eine Abholungspflicht denken, während er im Falle eines zu wenig bezahlten Batzens keine Mühe scheuen würde, die Angelegenheit zu bereinigen.

Praktisch bedeutsamer als die genannte kaufrechtliche Kontroverse ist die Frage, ob eine *Konkurrenzverbots-Entschädigung auch beim Dahinfallen des Konkurrenzverbots* geschuldet sei oder nicht. In *BGE 78 II 233* hat das Bundesgericht bei einem arbeitsvertragsrechtlichen Konkurrenzverbot zwar zutreffend eine Klage auf Ausrichtung der Entschädigung trotz Entfallens des Konkurrenzverbots abgewiesen, dies jedoch bloß, weil eine explizite Vertragsklausel dies (mit Einhaltung einer dreimonatigen «Kündigungsfrist») entsprechend vorsah; dagegen wird als obiter dictum p. 239/40 ausgeführt, daß der Arbeitgeber sich durch Verzicht auf das Konkurrenzverbot nicht aus Pflicht der Zahlung der Verbotsentschädigung befreien könne; das ergebe «sich aus dem Wesen des entgeltlichen Konkurrenzverbots als eines zweiseitig verpflichtenden Vertrages» [78]. Aus dem «Wesen des Vertrages» läßt sich aber gar nichts ableiten, sondern nur aus dem Parteiwillen. Können die Parteien ein Konkurrenzverbot dem Grundsatze nach überhaupt ohne Verbotsentschädigung vereinbaren, steht es ihnen auch frei, die vereinbarte Verbotsentschädigung vom Bestehen des Verbots (das der Arbeitgeber sachlogisch zwingend jederzeit durch entsprechende Erklärung beseitigen kann) abhängig zu machen [79]. Ob sie dies getan haben oder nicht, läßt sich nur in Auslegung des konkreten Vertrages entscheiden. Ein «Wesen des Vertrags» gibt es nicht. Wenn man schon vom Parteiwillen abstrahierend überlegen wollte, ließe sich höchstens sagen, daß eine «Entschädigung» begrifflich einen Schaden voraussetzt und ohne Konkurrenzverbot ein solcher nicht gegeben sein kann. Diesem Gesichtspunkt darf man jedoch nicht zuviel Gewicht geben, da derartige Überlegungen nicht notwendig auch Überlegungen der Parteien sind. Auf den Parteiwillen ausgerichtet, läßt sich abstrakt (d.h. ohne Bezugnahme auf den konkreten Vertrag) höchstens feststellen, daß beim Arbeitsvertrag von der Interessenlage her eher die Vermutung besteht, die für ein Konkur-

[78] Dieses obiter dictum des Bundesgerichts hat z.T. in der Literatur Gefolgschaft gefunden und beeinflußt jedenfalls in der Praxis die Auseinandersetzung zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern in den nicht seltenen Fällen der Vereinbarung eines Konkurrenzverbots und der nachfolgenden Entlassung hieraus.

[79] Hier allerdings wohl unter Vorbehalt einer Kündigungsfrist, da dem Belastete nach vorzeitigem Dahinfall des Verbots Gelegenheit zum Schaffen seiner Betätigungsmöglichkeit verbleiben muß. Wenn aber dem Arbeitnehmer gleichzeitig mit der Kündigung des Arbeitsverhältnisses das Dahinfallen des Konkurrenzverbots eröffnet wird, ist er gleichgestellt, wie wenn ein solches nie stipuliert worden wäre.

renzverbot ausgesetzte Gegenleistung sei in Abhängigkeit vom Bestand des Verbots gesetzt und nicht eine verbotsunabhängige Abgangsentschädigung (was zu einer sachwidrigen Gleichstellung der Entlassung aus dem Konkurrenzverbot mit dem Fall der Belassung in diesem führen würde). Die umgekehrte Vermutung besteht vielleicht aber bei Konkurrenzverboten außerhalb des Arbeitsverhältnisses, solchen, die z. B. mit der Abtretung eines Geschäfts verbunden sind, in welchem Fall oft Konkurrenztätigkeit vom Belasteten im vornherein nicht beabsichtigt war und daher die für das Konkurrenzverbot ausgesetzte «Entschädigung» in die Gesamtvergütung einzurechnen ist.

Das Gesagte gilt bis zu einem gewissen Grad auch bei der *Auslegung und Anwendung einzelner Gesetzesbestimmungen;* diese sind oft unter Rückgriff auf den Parteiwillen zu handhaben. Als eines unter vielen Beispielen sei *OR Art. 373/II* genannt, welche Bestimmung unter gewissen Voraussetzungen eine *Erhöhung eines fest vereinbarten Werklohnes* ermöglicht. Bei aller Bedeutung der objektiven Umstände[80] sollte das entscheidende Gewicht auf das subjektive Element gelegt werden: Maßgebend ist zu wissen, in welchem Umfang die Parteien bei Vertragsschluß eine Übertragung des Risikos der Mehraufwendung auf den Unternehmer gewollt haben und welche Risiken umgekehrt von dieser Risikoübertragung nicht als erfaßt gelten können[81].

IV. Das nicht bewältigte Kondiktionsrecht

Von der allgemeinen Feststellung, daß die Praxis mit der Kodifikation ihr gutes Auskommen gefunden hat und hohes Niveau verwirklicht, möchte ich das Kondiktionsrecht ausnehmen, in

[80] Hier fällt etwa in Betracht die Frage, ob die unvorhergesehenen kostenerhöhenden Umstände sich im Bereich des Unternehmers oder aber – z. B. bei Baugrund – in jenem des Bestellers befinden, ob die kostenerhöhenden Faktoren jeden anderen Unternehmer gleich betroffen hätten usw. Eine hinreichende Doktrin zu diesen Fragen fehlt bis heute.

[81] Die häufig anzutreffende Formel, OR Art. 373/II sei *«dispositiver»* Natur, ist im praktischen Ergebnis richtig gemeint, jedoch unscharf gedacht: Art. 373/II als Ermächtigung an den Richter ist unabdingbar; indessen haben es die Parteien in der Hand, durch mehr oder weniger weitgehende Zuteilung der Risikotragung an den Unternehmer den Anwendungsbereich der Norm weiter oder enger zu gestalten (eine völlige Ausschließung kommt dabei theoretisch nicht in Betracht, da sich nicht alle Risiken, deren Folgen der Unternehmer tragen soll, im voraus übersehen lassen, und für unvorhergesehene Fälle Art. 373/II anwendbar bleibt).

welchem Bereich sich eine ungewohnte Konzentration von Fehlentscheiden findet. Das mag mit der Schwierigkeit des Gegenstandes zusammenhängen, ist aber auch durch die hier nicht besonders glückliche Ausgestaltung des Gesetzes bedingt. Drei Aspekte seien herausgegriffen: Zu Unrecht Anwendung oder aber Nichtanwendung des Kondiktionsrechts (Ziff. 1 und 2), ungerechtfertigte Kondiktionsverweigerung aus OR Art. 66 (Ziff. 3).

1. Zu Unrecht Anwendung des Kondiktionsrechts

In BGE *107 II 220* wird neuestens entschieden: «Der Anspruch auf Rückerstattung des zuviel bezahlten Werklohnes ergibt sich nicht aus Vertrag, sondern aus Art. 62 ff. OR» (so das Rubrum). Im Rahmen eines Werkvertrages waren einem Unternehmer *Akonto-Zahlungen* geleistet worden; die Abrechnung des Unternehmers ergibt einen Saldo zugunsten des Bestellers. Wegen diesbezüglicher Meinungsverschiedenheiten wird nur ein Teil des vom Unternehmer geschuldeten Betrags ausbezahlt. Die Klage auf Rückerstattung wird nicht als Vertragsklage, sondern als Kondiktion behandelt und gestützt auf OR Art. 67 wegen Verjährung abgewiesen. Auf Bereicherungsrecht ist ein Anspruch nur soweit zu stützen, als keine vertragliche Basis besteht. Die Partei, die im Rahmen eines (wie auch immer zu qualifizierenden) Vertragsverhältnisses Akonto-Zahlungen entgegennimmt, übernimmt durch stillschweigende vertragliche Nebenabrede die Pflicht, über die Verwendung der Akonto-Zahlung Rechnung zu legen (daher der Name «a conto») und einen allfälligen Überschuß herauszugeben. Wird im Rahmen eines Vertragsverhältnisses, gestützt auf entsprechende Parteivereinbarung und im Hinblick auf die Vertragsabwicklung eine Zahlung geleistet, bleibt eine allfällige Rückabwicklung innerhalb der vertraglichen Pflichten; in diesem praktisch wichtigen, da häufig und in den verschiedensten Zusammenhängen vorkommenden Tatbestand auf Bereicherungsrecht auszuweichen, ist nicht nur wegen der für die Parteien im Vertrag völlig unerwarteten, daher inakzeptabel kurzen Verjährungsfrist von OR Art. 67 abzulehnen, sondern weil dadurch auch materiell den Beziehungen der Parteien Gewalt angetan wird: Würde der eine Partner aus irgendwelchen Gründen (z. B. aus Gutmütigkeit oder momentaner «Überliquidität») eine überschießende Akonto-Zahlung leisten im Bewußtsein, daß diese durch die Leistungen des Partners nicht voll beansprucht werden wird, hätte er nach Kondiktionsrecht bereits seinen Rückforderungs-

anspruch eingebüßt (*Fehlen des Irrtumserfordernisses* im Rahmen einer Leistungskondiktion; OR Art. 63/I); weiterhin wäre jeder, der eine Akonto-Zahlung leistet, der *Entreicherungseinrede von Art. 64* und damit Risiken von Zufälligkeiten im Bereich des Empfängers ausgesetzt, was unmöglich dem Sinn der Akonto-Zahlung entsprechen kann[82].

2. Zu Unrecht Nicht-Anwendung des Kondiktionsrechts

Im Sachverhalt *BGE 105 II 105* war in Ausführung einer mündlich vereinbarten Schenkung ein Zahlungsauftrag an eine Bank erteilt worden. Zwei Tage nachher und eine Woche vor der Gutschrift auf dem Konto des Begünstigten starb die Schenkerin. An sich zutreffend stellt das Bundesgericht fest, daß der Zahlungsvorgang nach Grundsätzen des Anweisungsrechts zu beurteilen ist und demzufolge im Zeitpunkt des Todes die Schenkung noch nicht vollzogen war, da die Anweisung damals noch hätte widerrufen werden können. Daraus wird gefolgert, daß der Vorgang nicht als Schenkung von Hand zu Hand betrachtet werden kann, was zur Ablehnung eines gültigen Schenkungsvertrags führt (die Schriftform eines Schenkungsversprechens war nach Auffassung des Bundesgerichts nicht gewahrt)[83]. Die Verkennung des Kondiktionsrechts, die hier dessen Nichtanwendung bedeutet, liegt darin, daß aus der Nichtexistenz eines Schenkungsvertrags ohne weiteres der

[82] Die Begründung des genannten Entscheids wird nicht besser, wenn (Seite 221) auf nicht einschlägige Präjudizien verwiesen wird: BGE 64 II 135 betrifft den Fall eines wegen Irrtumsanfechtung aufgehobenen Vertrags, was klarerweise einen Vertragsanspruch ausschließt und auf Kondiktion verweist; in BGE 52 II 232 war über die Rückerstattung zuviel bezahlter Darlehenszinse zu entscheiden, wobei das Bundesgericht über den vom Kläger eingeklagten und vom Beklagten bestrittenen Bereicherungsanspruch zu befinden hatte, ohne angesichts der Gutheißung des Anspruchs dabei zur Frage Stellung zu nehmen, ob dieser nicht richtigerweise als vertraglicher hätte qualifiziert werden sollen.

[83] Hier wohl auch eine Fehlüberlegung unter *erbrechtlichen* Gesichtspunkten. Wenn man noch darüber streiten kann, ob eine Handschenkung voraussetzt, daß nicht bloß die die Vermögensübertragung auslösende Handlung, sondern auch deren Erfolg eingetreten ist, kann man nicht mehr darüber diskutieren, daß nach dem erbrechtlichen Fundamentalgrundsatz der *Universalsukzession* die Erben unter allen Gesichtspunkten in die gleiche Rechtsstellung eintreten, in der sich der Erblasser befand und diese fortsetzen, wie wenn der Tod nicht eingetreten wäre. Wie die Schenkerin hätten die Erben die Anweisung widerrufen und damit den Vollzug der Schenkung hindern können. Nachdem dies nicht geschehen ist, haben sie die Schenkung zu akzeptieren wie dies der Erblasser selber hätte tun müssen.

Rückleistungsanspruch abgeleitet wird nach dem Motto: Wo kein Vertrag, muß zurückgeleistet werden. Zu beurteilen war der Tatbestand einer *Leistungskondiktion,* die nur unter der Voraussetzung des *Nachweises eines Irrtums des Leistenden* gegeben ist (OR Art. 63/I). Im vorliegenden Fall ist nicht nur nie ein Irrtum der Schenkerin behauptet worden, sondern diese wollte – so muß man die Fakten interpretieren – den Erfolg der Anweisung, die Begünstigung des Empfängers, was eine Leistungskondiktion zum vornherein ausschließt. Anlaß zum Übersehen dieses grundlegenden Sachverhalts ist die unglückliche, viel zu allgemein gefaßte Normierung von OR Art. 62, was die haarsträubende Formulierung indiziert: «Der Ausgang des Prozesses hängt somit davon ab, ob der Beklagte einen gültigen Grund im Sinne von Art. 62 Abs. 2 nachzuweisen vermag» (Seite 106 E. 2 in fine). Demnach müßte derjenige, der eine empfangene Leistung behalten will, im Rückforderungsprozeß den Grund des Behaltens nachweisen, nicht der Rückfordernde den Grund der Rückforderung. Damit würde jeder Empfänger einer Leistung gezwungen, sich den Beweis des Grundes des Empfangens zu sichern, was in das Schuldrecht eine Unstabilität brächte, die wohl noch schlimmer wäre, als wenn man im Sachenrecht die aus dem Besitz fließende Eigentumsvermutung abschaffen würde. Wollte man mit BGE 105 II 105 Ernst machen, würde dies bedeuten, daß der Kondizierende zur Begründung einer Klage nichts zu beweisen hätte als gerade die Tatsache, daß er die zurückgeforderte Leistung erbracht hat, während der Grund des Behaltens vom Empfänger nachzuweisen wäre. Erst das Erfordernis des Irrtumsnachweises[84] schließt diese unhaltbare (wohl nirgends auf der Welt verwirklichte) Lösung mit all ihren Konsequenzen aus[85].

[84] Die Kondiktionstypen des römischen Rechts haben im wesentlichen die Funktion, je nach eigentümlichen Regeln diesen Irrtumsnachweis zu ermöglichen (bei *condictio indebiti* z. B. ist zu leisten der Nachweis, daß man anläßlich der Leistung zu Unrecht glaubte, eine Schuld zu begleichen, bei *condictio ob causam datorum* der Nachweis, daß die Leistung im Hinblick auf eine zugesagte, aber in der Folge nicht erbrachte Gegenleistung erfolgte usw.). Auch wenn der Gesetzgeber auf eine abschließende Aufzählung der Kondiktionstypen verzichtet und diese exemplifikativ nennt, bleibt doch die rechtliche Grundstruktur erhalten, daß Rückforderung den Irrtumsnachweis voraussetzt. Vgl. weiterhin auch BUCHER, OR AT § 34/IV.

[85] Das Requisit des Irrtumsnachweises ist übrigens auch Ausfluß des Rechtsmißbrauchsverbots: Rechtsmißbräuchlich i. S. eines venire contra factum proprium ist es, eine Leistung zurückzufordern, die man freiwillig und irrtumsfrei (d. h. in Kenntnis der Nichtschuld) dem Empfänger zukommen ließ.

Auf den Entscheid BGE 105 II 105 hätte hier nicht eingegangen werden müssen, wenn es sich um einen einmaligen Ausrutscher handeln würde; tatsächlich setzt er aber ein bereits in mehreren (hier im einzelnen nicht zu erörternden) strukturell gleichgelagerten Entscheidungen sich manifestierendes contra legem Judizieren fort: Vgl. BGE 69 II 308, BGE 52 II 369 und evtl. weitere dort genannte[86]. Es handelt sich regelmäßig um Sachverhalte aus dem Bereich der Schenkung und der Einschaltung von Dritten in deren Abwicklung, was in besonderem Maße geeignet zu sein scheint, den Fehlschluß zu induzieren, daß das Nichtzustandekommen des Vertrags (Schenkung) bereits Rückforderbarkeit der Leistung bedeute.

3. Die Überdehnung des Kondiktionsausschlusses aus OR Art. 66

Art. 66 OR hat zu einigen den Grundsatz des Kondiktionsausschlusses überdehnenden Entscheidungen Anlaß gegeben. Aus Ungültigkeit eines Vertrages wegen Sittenwidrigkeit oder Widerrechtlichkeit darf nicht generell der Kondiktionsausschluß gefolgert werden. Daß dies im Falle der Widerrechtlichkeit dem Sinn der den fraglichen Vertrag untersagenden Norm zuwiderlaufen kann, wurde oben (§ 4/V/2) gezeigt. Auf die dortigen Ausführungen kann hier verwiesen werden[87].

V. Weitere unbewältigte Aspekte

Ohne daß irgendwie Vollständigkeit angestrebt werden kann, seien im Folgenden in Ergänzung des bereits Gesagten noch zwei weitere Punkte erwähnt, in denen vielleicht die Wissenschaft dem Gesetz nicht ganz gerecht geworden ist.

1. Partielles Außerachtlassen des Unterschieds zwischen Verpflichtung und Verfügung

Daß nicht bloß die Theorie, sondern auch der Gesetzgeber selber auf der Unterscheidung zwischen Verpflichtungsgeschäften und Verfügungsgeschäften aufbaut, ist unbestritten. Dagegen wird in Sonderfragen diese Unterscheidung außer

[86] Vgl. dazu im übrigen BUCHER, OR BT (2. Aufl.), § 6/III/2.
[87] Weitere Ausführungen sodann bei BUCHER, OR AT § 34/V.

Betracht gelassen. Dies scheint mir z. B. im *Zessionsrecht* der Fall zu sein. Wenn die Zulässigkeit der Abtretbarkeit künftiger Forderungen diskutiert und eine Umschreibung der zur Gültigkeit der Abtretung geforderten hinreichenden Bestimmtheit gegeben wird [88], macht man nicht deutlich, ob sich die Aussage auf das pactum de cedendo, die Zession selber oder gleichermaßen auf Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft bezieht. Vorbehaltlos zuzustimmen ist der vom Bundesgericht verwendeten Formel bloß bezüglich des Verpflichtungsgeschäfts. Die sich unkritisch ausbreitende Anerkennung von Zessionsverfügungen, die sich auf erst künftig entstehende Forderungen beziehen, mag eine Ursache darin haben, daß Grundsätze, die bezogen auf das Verpflichtungsgeschäft angemessen sind, unreflektiert auch auf die Zessionsverfügung übertragen werden [89].

In ähnlichem Sinn leidet auch die Diskussion um die *Haltbarkeit von Globalzessionen* unter dem Aspekt von *ZGB Art. 27* (Persönlichkeitsschutz) daran, daß nie ganz klar ist, ob die vorgetragenen Argumente sich auf Verpflichtung (pactum de cedendo) oder die Zession selber beziehen.

2. Partielles Außerachtlassen des Unterschieds zwischen Schuldverhältnis einerseits, Forderung-Schuld-Beziehung anderseits

Als Ergebnis eines langen Evolutionsprozesses wird heute auseinandergehalten die durch Vertrag begründete schuldrechtliche Beziehung einerseits und die einzelnen in ihr enthaltenen Forderungsbeziehungen zwischen den Partnern. Erst diese Unterscheidung macht die Abtretung möglich, denn dem debitor cessus ist es zwar zuzumuten, einen neuen Gläubiger, nicht jedoch einen neuen Partner in der Vertragsbeziehung zu erhalten; durch Zession einer Kaufpreisforderung wird zwar der Zessionar zum Gläubiger, während alle anderen Merkmale der Verkäuferstellung beim Verkäufer bleiben.

Diese Unterscheidung, als solche nicht bestritten, gerät in besonderen Zusammenhängen in Gefahr, außer Betracht gelas-

[88] BGE 84 II 366 und dort zit. 57 II 539: Abtretung einer künftigen Forderung ist gültig, wenn «die abzutretende Forderung hinsichtlich der Person des debitor cessus, Rechtsgrund und Höhe hinreichend bestimmt wird oder wenigstens bestimmbar ist».

[89] Weitere Ausführungen dazu bei BUCHER, OR AT § 31/II/3 und DERSELBE in: Probleme der Kreditsicherung, Rechts- und wirtschaftswiss. Fakultät der Universität Bern (Berner Tage für die juristische Praxis 1981), Bern 1982, p. 19 ff. mit Literaturhinweisen in Anm. 9.

sen zu werden. Als einziges Beispiel sei hier genannt die Diskussion um die *Wirkungen der Novation (Neuerung)*, bei der nicht durchwegs gesehen zu werden scheint, daß die Novierung zwar die fragliche Forderung/Schuld auf eine neue rechtliche Grundlage stellt, nicht jedoch notwendigerweise das die fragliche Forderung-Schuld-Beziehung begründende Schuldverhältnis tangiert: Die Umwandlung einer Kaufpreisschuld in eine Darlehensschuld bedeutet zwar, daß der fragliche Betrag aus Darlehen auch dann noch geschuldet ist, wenn der Kauf infolge Wandelung rückgängig gemacht wurde, impliziert jedoch nicht per se einen Verzicht auf Gewährleistungsansprüche: Novation bedeutet vorerst lediglich, daß die Kaufpreisschuld (durch Begründung der Darlehensschuld) getilgt wurde, ohne daß damit im Falle der Wandelung die Rückforderung des bereits geleisteten Kaufpreises ausgeschlossen sein müßte[90]. Mit dieser Feststellung soll nicht ausgeschlossen werden die Möglichkeit, daß der Neuerungsvertrag sämtliche aus einem bestehenden Schuldverhältnis fließenden Ansprüche in sich aufnehmen und das bisherige Schuldverhältnis erledigen soll, welche Variante aber durch den landläufigen und in OR Art. 116/I einfließenden Begriff der Novation («Tilgung einer alten Schuld durch Begründung einer neuen») nicht gedeckt ist. Ob das eine oder andere gewollt ist, kann nur durch Auslegung ermittelt werden, was nicht immer hinreichend beachtet wird[91].

[90] Die Verschlechterung der Käuferstellung besteht demnach hauptsächlich darin, daß der Käufer bei Mangelhaftigkeit der Kaufsache nach Ablauf der einjährigen kaufrechtlichen Verjährungsfrist gemäß Art. 210 den (durch die Darlehensaufnahme getilgten) Kaufpreis nicht zurückfordern kann, jedoch weiterhin das Darlehen zurückzahlen muß, während gegenüber der Kaufpreisforderung selber (rechtzeitige Mängelrüge vorausgesetzt) ihm die unverjährbare Einrede gemäß Abs. II zur Verfügung gestanden hätte.

[91] Der *Abschluß eines Vergleichs* ist, anders als die Novation, die Vereinbarung, mit der nicht eine Forderung-Schuld-Beziehung, sondern ein ganzes Schuldverhältnis durch Begründung eines neuen erledigt werden soll.

§ 7 Übertriebener «Rigorismus» in Gesetzgebung und Praxis

Im Folgenden soll ein für die schweizerische Gesetzgebung wie auch die Praxis eigentümlicher und im Ausland nicht angetroffener Zug wenigstens erwähnt werden: Es ist die *außergewöhnliche Verjährungsfreundlichkeit* und die *Statuierung bzw. Handhabung von Rügeobliegenheiten.* Das Problem ist so vielschichtig, die praktische Tragweite so groß, daß im Folgenden keine erschöpfende Behandlung, sondern nur fragmentarische Hinweise möglich sind. *Der Gegenstand würde es verdienen, selbständig zum Thema der Beratungen eines Juristentages gemacht zu werden.*

I. Gesetzgebung

1. Verjährung

Es sei hier einfach konstatiert, daß die allgemeine subsidiäre Verjährungsfrist von zehn Jahren (Art. 127/I) wie auch die Einjahresfrist der Deliktsverjährung (Art. 60/I) in dem Sinn als Extrempositionen anzusprechen sind, als sich im Ausland nur ausnahmsweise bzw. überhaupt nicht ebenso kurze Fristen finden[92]. Eine absolute Singularität ist die (erst in der Revision

[92] Der schweizerischen *Zehnjahresfrist* steht im Ausland in den älteren Kodifikationen regelmäßig die (die Tradition der spätrömischen longi temporis praesriciptio fortsetzende) *Dreißigjahresfrist* gegenüber, so insbesondere franz. Code Civil (art. 2262), österreichisches ABGB (§ 1478) und BGB (§ 195). Jüngere Kodifikationen tendieren zu einer Verkürzung (Código Civil von Portugal, art. 309: zwanzig Jahre); von diesen folgt m. W. einzig der *italienische Codice Civile* dem schweizerischen Vorbild bis hin zu einer Verkürzung auf 10 Jahre (CC it. art. 2949), welche Regelung aber nicht mit der schweizerischen verglichen werden darf, da als Verjährungsunterbrechung bereits jede schriftliche Zahlungsaufforderung anerkannt ist (CC it. art. 29/IV in Verb. mit art. 1219/I), damit eine grundlegende Entschärfung des Instituts erfolgt. – Die hier behauptete Extremposition des schweizeri-

des Jahres 1911 eingeführte) Einjahresfrist bei der Kondiktion (Art. 67), was nicht nur zu unhaltbaren Unbilligkeiten führt, da dem Kondiktionsanspruch oft der Anlaß eines (wenn auch mißlungenen) Vertragsschlusses zugrunde liegt[93] oder den Parteien, wenn sie nicht über höchstentwickelte Rechtskenntnis verfügen, der Kondiktionstatbestand gar nicht bewußt ist[94].

Inakzeptabel erscheint auch die *Kargheit der verjährungshemmenden bzw. -unterbrechenden Tatbestände*. Jedenfalls ist schwer zu schlucken, daß Rechtshängigkeit nicht Stillstand der Verjährung bedeutet (so dem Grundsatze nach BGB § 211), die Verjährung damit unter der Hand des Richters (der z. B. mit zu viel Geduld auf das Gutachten eines Schadenexperten wartet oder selber den Fall zu lange liegen läßt) eintreten kann. So war zu entscheiden in BGE 106 II 34 E. 4. Ein gesetzestreues Urteil zwar, aber deshalb immer noch ein unerträgliches Urteil.

2. Rügeobliegenheit im Kaufvertrag und Werkvertrag

Art. 201 statuiert eine Obliegenheit des Käufers, den empfangenen Kaufgegenstand zu prüfen und allfällige Mängel zu «rügen»; bei Unterlassen der Rüge sind sämtliche Ansprüche wegen Sachmängelgewährleistung verwirkt (Abs. II). Im Werkvertragsrecht wird eine entsprechende Prüfungsobliegenheit des Bestellers statuiert (OR Art. 367) und im Falle erst nachträglichen Sichtbarwerdens der Mängel «sofortige» Rüge ver-

schen Rechts wird auch von F. PETERS/R. ZIMMERMANN (in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. I, p. 268 ff.) vollauf bestätigt, wobei allerdings angesichts der erklärten Absicht dieser Autoren, eine extreme Fristverkürzung (Vorschlag: Zweijahresfrist als allgemeine Regel, p. 296, unter gleichzeitiger gläubigerfreundlicher Ausgestaltung der Regelung des Beginns des Fristenlaufs sowie der Hemmung, Unterbrechung usw.) beliebt zu machen, diese Extremposition nicht kritisiert wird.

[93] Das führt zum leidigen (und in BGE 107 II 220 falsch gelösten) Problem der Abgrenzung zwischen Vertrags- und Bereicherungsanspruch; vgl. dazu oben § 7/IV/1. Ganz allgemein wird dem Publikum wenig einleuchten, daß das, was im Hinblick auf einen vermeintlich bestehenden Vertrag geleistet wurde, unter außerkontraktlichen Verjährungsfristen soll zurückgefordert werden; ein stoßendes Beispiel hiezu neben vielen anderen der Tatbestand nach BGE 106 II 33.

[94] Hier das Hauptbeispiel der *gegenstandslosen Zession:* Das pactum de cedendo ist ungültig, die Forderungsübertragung jedoch, angesichts der Abstraktheit der Zession, trotzdem wirksam. Oder (wohl häufiger): Der Anlaß der Zession ist erledigt (z. B. die zu sichernde Schuld getilgt, das Inkassomandat widerrufen). Die Parteien verzichten auf Retrozession, weil sie nicht wissen können, daß der ursprüngliche Zedent nur durch erneute Zession wieder zum Gläubiger wird.

langt, will der Besteller nicht seiner Ansprüche verlustig gehen (OR Art. 370/II und III).

Rechtsvergleichend betrachtet stellen diese Vorschriften weitgehend Unikate dar; das deutsche HGB hat das schweizerische Vorbild zwar für den Handelskauf wörtlich übernommen (§ 377), nicht jedoch das BGB für den nichtkaufmännischen Kauf. Im *Werkvertragsrecht* finden sich im Ausland überhaupt kaum entsprechende Rügeobliegenheiten.

II. Gerichtspraxis

Allgemein läßt sich sagen, daß die Praxis nicht nur nicht die Singularität der hier besprochenen Regelungen erkannt hat, um sie mit um so größerer Zurückhaltung anzuwenden, sondern in entgegengesetzter Tendenz die Dinge häufig genug auf die Spitze treibt, so daß eine Karikatur resultiert.

1. Zum Verjährungsrecht

Auch wenn man sich voll bewußt ist, daß die Regelung der Verjährung ein formales Recht darstellt, das für Differenzierungen innerhalb des gesetzlichen Rahmens nicht allzu viel Raum läßt, sind doch in Grenzbereichen Entscheidungen für oder gegen Verjährung möglich. Die folgend genannten Judikate sind weniger um ihrer selbst willen interessant; sie werden angeführt, weil sie als bedenkenerregende Symptome einer unkritischen und unausgewogenen verjährungsfreundlichen Tendenz gelten müssen.

In den folgenden Entscheidungen wurde *anstelle der allgemeinen zehnjährigen* Verjährungsfrist eine Einjahresfrist gesetzt mit jeweiliger Wirkung des Anspruchsverlusts des Klägers:

BGE 104 II 94 führt aus, daß die *Haftung des vollmachtlosen Stellvertreters* gemäß OR Art. 39 eine «responsabilité précontractuelle» sei, die aus «culpa in contrahendo» abgeleitet werde und daher der einjährigen Deliktsverjährung unterliege. Der Ausgangspunkt ist richtig, die Schlußfolgerung falsch. Abgesehen davon, daß die culpa in contrahendo-Theorie JHERINGS gerade die Tendenz verfolgt, *vertragliche* Haftungsgrundsätze auf extrakontraktuelle Sachverhalte anwendbar zu machen, sind im vorliegenden Zusammenhang historische Argumente verfehlt: Das Verjährungsrecht ist zugunsten des Bestandes der Forderungen formalistisch zu handhaben, d. h. (methodisch

ähnlich wie im Strafrecht) ist die Ableitung eines Verjährungstatbestandes aus außerhalb des Gesetzes liegenden Gesichtspunkten abzulehnen. Nachdem die Sonderverjährungsbestimmung von Art. 60 von jedem unbefangenen Leser nur auf die aus Art. 41–59 statuierten Ansprüche bezogen werden wird, nicht dagegen auf die im Rahmen des Vertragsrechts statuierte Haftung aus OR Art. 39, darf auf die Haftung aus vollmachtloser Vertretung nur die subsidiäre Generalnorm der Zehnjahresfrist angewendet werden; Ansprüche aus OR Art. 39 sind so eindeutig als nur möglich «Forderungen, für die das Bundeszivilrecht nicht etwas anderes bestimmt» (OR Art. 127), die der Zehnjahresfrist unterliegen.

Zur ungerechtfertigten Anwendung der einjährigen Kondiktionsverjährung auf Forderungen der Rückerstattung von Akonto-Zahlungen in *BGE 107 II 220* (statt vertragliche Verjährung nach OR Art. 127) siehe oben § 6/IV/1.

In *BGE 99 II 188* wurde zwar gegen die Verjährung erkannt und der *Verzicht auf die* vom Schuldner erklärte *Verjährungseinrede,* wie es wohl auch nicht anders möglich war, als gültig betrachtet. Nachdenklich muß indessen stimmen, daß es zur Begründung dieser Selbstverständlichkeit vieler Worte bedurfte (ganz zu schweigen davon, daß die Vorinstanz Wege gefunden hatte, den Eintritt der Verjährung zu bejahen). Und bezeichnend ist es, daß das Bundesgericht eine vor Eintritt der Verjährung abgegebene Verzichterklärung nur in Fällen nichtvertraglicher Verjährung zulassen will und annimmt, der eine Verlängerung der Verjährungsfristen ausschließende Art. 129 OR würde eine Anerkennung derartiger Erklärungen verunmöglichen. Daß die praktische Vernunft sie fordert, die entsprechende Möglichkeit im Interesse aller liegt, bestreitet nicht einmal das Bundesgericht. Ein argumentativer Ausweg aus der durch OR Art. 129 geschaffenen Lage könnte einmal dadurch eröffnet werden, daß eine derartige Verzichterklärung als Unterbrechungstatbestand der Anerkennung der Forderung i. S. von OR 135 Ziff. 1 betrachtet würde[95]. Statt langer Ausführungen, daß eine Verzichterklärung im Rahmen der im 3. Teil

[95] Mit der Verzichterklärung anerkennt man, wenn nicht den Bestand der fraglichen Forderung selber, so doch den Bestand eines der Regelung bedürftigen Rechtsverhältnisses, und dies auch dann noch, wenn die Verzichterklärung mit der Bestreitung der Forderung verbunden wird. – Diese Lesart hat allerdings die sachlich vielleicht nicht restlos befriedigende Konsequenz, daß die Verzichterklärung eine volle neue Frist eröffnet und nicht bloß für die vom Erklärenden genannte Frist wirkt.

des OR geregelten Verjährungstatbestände (Zehnjahresfrist) vor OR Art. 129 nicht standhalte, hätte der Hinweis genügt, daß derjenige, der einen kürzer befristeten Verzicht auf die Geltendmachung der Verjährung ausspricht, dann aber in Widerspruch hiezu sich auf Verjährung beruft, jedenfalls – unerachtet der unglücklichen Vorschrift von OR Art. 129[96] – gegen *ZGB Art. 2* verstößt und nicht gehört werden kann, da sein Verhalten in *pessima forma* als *venire contra factum proprium* zu betrachten wäre. Schließlich stünde auch nichts im Wege, dem von niemandem bestrittenen praktischen Bedürfnis durch Annahme einer *Gesetzeslücke* abzuhelfen (Ergänzung der in OR Art. 135 erwähnten Unterbrechungstatbestände durch den weiteren Unterbrechungstatbestand der Verzichterklärung im Umfang dieser Erklärung, jedoch höchstens bis zur Länge der gesetzlichen Frist).

Der hier genannte Entscheid regt zum Nachdenken an, nicht weil die Beurteilung des konkreten Sachverhalts zu beanstanden wäre, sondern weil er unterschwellig schwer verständliche Verjährungsfreundlichkeit signalisiert. Die Ängstlichkeit in der Annahme verjährungsausschließender Tatbestände kontrastiert in grotesker Weise mit der Unbedenklichkeit, mit der fünf Jahre später im oben genannten *BGE 104 II 94* entgegen dem klaren Wortlaut des Gesetzes ein Verjährungstatbestand herbeigezaubert wurde. Das ist nun wirklich die verkehrte Welt. Weiterbestand einschließlich Klagbarkeit einer einmal entstandenen Forderung ist Normalfall, Dahinfallen der Klagbarkeit Ausnahme, die, da ihrerseits durch keinerlei materielle Rechtfertigung getragen, nur durch unzweideutigen formellen Spruch des Gesetzgebers ausgeschaltet werden kann. Das müßte zur umgekehrten methodischen Orientierung führen: Ängstlichkeit in der Annahme eines Verjährungstatbestandes, relative Unbekümmertheit dagegen in der Annahme eines die Verjährung ausschließenden Grundes.

[96] Auch diese mißglückte Regel wie so manch andere ein Produkt der Revision des Jahres 1911; aOR Art. 148 hatte noch gelautet: «Die in diesem Kapitel festgesetzten Verjährungsfristen können durch Vertrag nicht abgeändert werden». Damit war einerseits klargestellt, daß nur Verjährung vertraglicher Ansprüche betroffen werden und in diesem Zusammenhang lediglich eine «auf Vorrat», d.h. im ursprünglichen Vertrag, vor Streitentstehung ausgesprochene Fristverlängerung ausgeschlossen bleiben soll. Nichts würde hindern, die Auslegung wieder zu diesem guten ursprünglichen Sinn zurückzuführen.

2. Zur Rügeobliegenheit

Jeder Praktiker wird die Annahme bestätigen, daß ein namhafter Bruchteil sämtlicher kaufrechtlicher Sachgewährleistungsansprüche wie auch werkvertragsrechtlicher Gewährleistungsansprüche am Versäumnis der rechtzeitigen Mängelrüge bzw. der Unmöglichkeit, die Erhebung der Mängelrüge nachzuweisen, scheitert. Der Praktiker wird dem Schreibenden auch nicht widersprechen, wenn er seinen Studenten die aus dem Gerichtspraktikum wie der Tätigkeit als Anwalt oder Schiedsrichter geschöpfte Erfahrung wie folgt wiedergibt: «Ich weiß nicht, was für eine Sache verkauft wurde und kenne weder Käufer noch Verkäufer noch den Richter, der die Klage aus Sachgewährleistung zu beurteilen hat. Aber ich weiß, daß die erste Amtshandlung des Richters, wenn ihm die Akten auf den Tisch gelangen, darin besteht, zu untersuchen, ob nicht wegen versäumter Mängelrüge die Klage ohne weiteres abgewiesen werden kann.» Es dürfen daher die Art. 201 (Kaufvertrag) bzw. Art. 367 und 370/III (Werkvertrag) unter praktischen Gesichtspunkten als die eigentlichen *Zentralnormen des Gewährleistungsrechts* betrachtet werden.

An anderer Stelle hat der Schreibende zu zeigen versucht, daß die vom Gesetz in Art. 201 statuierte *kaufrechtliche Rügeobliegenheit,* die das Schicksal so vieler Gewährleistungsansprüche besiegelt, wenigstens im nichtkaufmännischen Verkehr nicht gerechtfertigt ist[97]. Auf die dortigen Ausführungen darf aus Platzgründen verwiesen werden. Dagegen muß hier ein neuester Entscheid erwähnt werden, der im Bereich des *werkvertragsrechtlichen Gewährleistungsrechts* die Rügeobliegenheit des Bestellers auf unerhörte Weise überspitzt: *BGE 107 II 174* liegt der Sachverhalt zugrunde, daß die bei einem Neubau von einer Spezialfrima angebrachte Dachisolierung dem Regen nicht standhält. Der Besteller behauptet, daß Mitte Oktober erstmals Wassereinbrüche stattgefunden hätten, während am 4. November ein Augenschein der beteiligten Unternehmer stattgefunden hat, an dem der Verantwortliche teilnahm. Es wurde ein Bericht der Meteorologischen Zentralanstalt zu den

[97] BUCHER, Der benachteiligte Käufer, SJZ 1971, p. 1–6, 17–24. Der fragwürdigen Rügepflicht überlagert sich die käuferfeindliche Norm von OR Art. 205/II, die das Wahlrecht zwischen Wandelung und Minderung vor allem in der heute vorherrschenden Handhabung der Gerichte in unzulässiger Weise relativiert. Dazu a. a. O., p. 21–24.

Akten erhoben, wonach es lediglich vor dem 11. Oktober und dann wieder nach dem 25. Oktober starke Niederschläge gegeben habe. Das Bundesgericht nimmt übereinstimmend mit der Vorinstanz an, der Besteller habe den Nachweis rechtzeitiger Mängelrüge nicht erbracht, da nicht feststehe, daß die Wassereinbrüche nicht bereits früher, d. h. vor dem 11. Oktober stattgefunden hätten. Unter konsequenter Vermeidung jeglicher Diskussion in der Sache, wenn auch unter Anführung zahlreicher Autoren[98] wird nicht nur der Grundsatz statuiert, es seien die Anforderungen an die Rechtzeitigkeit der Mängelrüge hoch anzusetzen, sondern darüber hinaus erkannt, daß der Käufer/Besteller für die *Rechtzeitigkeit* der Mängelrüge *beweispflichtig* sei. Wenn das notfalls für Mängel, die bei Abnahme des Werks bzw. Lieferung der Kaufsache erkennbar waren (sog. offene Mängel) angehen kann, ist dieser Grundsatz nicht mehr vertretbar bei nachträglich zum Vorschein kommenden Mängeln. Denn dieser Nachweis kann nur geführt werden durch den oft genug unmöglich zu erbringenden Beweis, daß die Mängel *vor* einem bestimmten Zeitpunkt nicht erkannt waren (*«negativa non sunt probanda»:* negative Sachverhalte können und müssen nicht bewiesen werden)[99]. Die Berufung auf ZGB Art. 8 geht deshalb fehl; die Verspätung der Mängelrüge ist rechts*hindernd,* nicht deren Rechtzeitigkeit rechtsbegründend[100].

Ist das Mängelrüge-Erfordernis bereits beim Kaufvertrag bloß schwer zu rechtfertigen, fällt diese Rechtfertigung beim

[98] Nur ein Teil dieser Verfasser stützt die Auffassung des Bundesgerichts, und diese wiederum geben kaum sachliche Argumente. Als maßgeblich erscheinen vor allem zwei neuere Autoren zum Kaufvertragsrecht (mit keinem Wort wird begründet, weshalb die kaufrechtlichen Grundsätze von Art. 201 unverändert auf die Mängel beim Werkvertrag übertragen werden dürfen).

[99] Das hätte eigentlich gerade durch den zu beurteilenden Sachverhalt bewußt gemacht werden sollen: Woher können z. B. die Zeugen genommen werden, wenn in fraglicher Fabrikhalle noch nicht gearbeitet wurde, die beweisen, daß die aufgetretenen Wasserschäden in einem früheren Zeitpunkt noch nicht vorhanden gewesen waren?

[100] Diese Unterscheidung ist allerdings nicht formal, sondern nur wertend zu treffen; die Wertung kann aber aufgrund des Satzes «negativa non sunt probanda» nicht anders ausfallen. Mein verehrter Kollege KUMMER wird vom Bundesgericht (a. a. O.) zu Unrecht in Anspruch genommen; es beruft sich auf dessen N. 277 zu Art. 8 ZGB, während die folgende N. 278 explizit den hier eingenommenen Standpunkt vertritt. – Wenn es Schule machen sollte, rechtshindernde zu rechtsbegründenden Faktoren zu machen, wäre etwa damit zu rechnen, daß es künftig genügt, seine eigene Urteilsfähigkeit in Abrede zu stellen, um dem Vertragspartner, der einen Vertragsanspruch geltend macht, die Beweislast für die eigene Urteilsfähigkeit zuzuschieben.

Werkvertrag noch schwerer, hat doch hier der Unternehmer einen bestimmten Erfolg zu prästieren, und zwar dauernd zu prästieren, während im Kaufvertrag Sacheigenschaften nicht zu den Leistungspflichten i. e. S. gehören. Eine Begründung von der Sache her, weshalb der Besteller seinen Anspruch verloren haben soll, wenn er sich einige Wochen Zeit läßt, um an den Unternehmer zu gelangen, wird schwerlich zu finden sein; eine Erschwerung der Rechtsstellung des Unternehmers durch Zuwarten tritt nicht ein. Die SIA-Normen, denen bisher noch nie der Vorwurf übermäßiger Konsumentenfreundlichkeit gemacht worden ist, verzichten denn auch auf das Erfordernis der Sofortigkeit der Mängelrüge und lassen diese während der ganzen Garantiezeit zu (vgl. die Hinweise in BGE 107 II 178). Ein Unternehmer, der etwas auf sich hält, wird bei Mangelhaftigkeit seines Werks sich nicht mit der Behauptung der Verspätung der Rüge der Verantwortung entschlagen wollen. Stellt die Berufung auf OR Art. 370/III das *«Privileg» des Unanständigen* dar, ist um so schwerer zu ertragen, daß das Bundesgericht durch eine Umkehrung der Beweislast die Möglichkeiten mißbräuchlicher Berufung der Verspätung der Mängelrüge ausweitet und dazu einlädt, aus einem Beweisnotstand des Bestellers Vorteil zu ziehen.

III. Zusammenfassende Würdigung

Das Zentenarium des OR darf Anlaß zur Besinnung sein, ob dieser rechtsvergleichend betrachtet singuläre «Rigorismus», mit dem der Träger von Forderungsrechten in der Schweiz belastet wird (d. h. die Schneidigkeit, die man von ihm in der Wahrung seiner obligatorischen Rechtspositionen erwartet), wirklich dem entspricht, was wir brauchen. Es müßte nachdenklich stimmen, daß die Schweiz weltweit gesehen eine *Extremposition* einnimmt [101]. Extrempositionen sind *in moralibus*

[101] Vgl. die Hinweise oben Ziff. I. Im Falle der Mängelrüge beim *Kaufvertrag* sind die nach Kenntnis des Schreibenden der hiesigen Rechtslage am nächsten kommenden Kodifikationen der *portugiesische Código Civil* (art. 916) und der *italienische Codice Civile* (art. 1495), die jedoch im Gegensatz zum schweizerischen Vorbild die Frist mit 30 bzw. 8 Tagen explizit fixieren; nach beiden Kodifikationen läuft die Frist zur Rügeerklärung *ab Kenntnis der Mängel,* ohne daß eine eigentliche Prüfungspflicht statuiert wäre, die erst dem Problem die volle Schärfe gibt.

selten das Richtige; die Tugend liegt, wie bereits ARISTOTELES mit seiner «μεσότης» lehrt, in der Mitte zwischen den entgegengesetzten Übertreibungen.

Die vom Gesetzgeber wohlmeinend eingefügten Regeln haben eine *Eigendynamik* entwickelt; das vorliegende Resultat wurde wohl kaum vorausgesehen. Was besonders nachdenklich stimmt, ist die auf jede bewertende Beurteilung verzichtende Argumentation der Wissenschaft, wobei Doktrin und Praxis sich hier gleichtun. Wenn im oben genannten *BGE 106 II 34* (wo ein Kondiktionsanspruch nach durchgeführtem Prozeßverfahren wegen verzögerter Urteilsfällung unter der Hand des Richters verjährte) das Bundesgericht glaubte, nicht anders als in geschehenem Sinn entscheiden zu können, wäre wenigstens ein Wort des Bedauerns am Platze gewesen. Damit wäre gegenüber der unterliegenden Partei und dem allgemeinen Publikum klargemacht worden, daß das Gericht wenigstens dem Grundsatze nach erkennt, daß seine Aufgabe die Aufgabe ist, *Recht* zu sprechen, und diese Aufgabe größer, umfassender, höher ist als bloße mechanische Gesetzesapplikation.

Weniger beim Bundesgericht als bei unteren Instanzen kann sich der Zuschauer sodann nur schwer des Eindrucks erwehren, daß der hier angeprangerte «Rigorismus» seine stärkste Triebfeder in der *Bequemlichkeit des Richters* hat, der durch Annahme der Klageverjährung oder Verspätung einer Rüge sich auf einfache Weise der Mühen der Sachprüfung entledigt.

Der Hauptvorwurf trifft indessen die *Doktrin*. Sie ist zuallererst mit der Aufgabe belastet, Sinnigkeit oder Unsinnigkeit gesetzlicher Anordnungen zu reflektieren. Ihre Sache wäre es, aus der Dürftigkeit der für die Rügeobliegenheit sprechenden Gründe Vorschläge zu möglichster Einschränkung der praktischen Konsequenzen zu machen. Wenn nun aber Autoren der kaufrechtlichen Spezialliteratur für die Frage der Mängelrüge nur gerade Anlaß zur nicht weiter begründeten Behauptung finden, es sei die Regel von OR Art. 201 streng zu nehmen, ohne aber in eine sachliche Wertung einzutreten, kann angesichts des Umstandes, daß ganz grob gerechnet vielleicht die Hälfte der Sachgewährleistungsansprüche an der Rechtzeitigkeit der Rüge scheitern mag, der Vorwurf der Wertblindheit nicht erspart werden. Für die Zukunft sollte gesehen werden, daß eingebürgerte Formeln wie «die vom Gesetz gestellten Anforderungen müssen ernst genommen werden», zwar gut tönen, angesichts des offenen «contra-legem-Judizierens», das gerade im Kaufrecht üblich und weitgehend akzeptiert

ist[102], jedoch nicht mehr denn Ausflüchte sind, mit denen der Verzicht auf sachliche Auseinandersetzung, wertende Beurteilung und persönliche Stellungnahme verdeckt wird.

Die hier angeprangerte Entwicklung zu einem «Rigorismus» steht in seltsamem Kontrast zu den *sonstigen rechtspolitischen Tendenzen unserer Jahrzehnte*. Diese sind dadurch gekennzeichnet, möglichst keine Unbill bei demjenigen zu belassen, den sie getroffen hat; zu jedem Schaden soll ein Schadenersatzpflichtiger gefunden werden. Im Kaufvertragsrecht ist Kennzeichen dieser Tendenz eine Ausweitung der Verkäuferhaftung über die traditionellen Wandelungs- und Minderungsbehelfe hinaus durch Erstreckung der allgemeinen Nichterfüllungs-Haftung von OR Art. 97 ff. auf das Vorliegen von Sachmängeln. Kann hier von einer gewissen *«Weichherzigkeit» im Materiellen* gesprochen werden, wird diese auf seltsame Weise kontrastiert durch *Hartherzigkeit im Formellen*.

Heute werden die Anliegen des *Konsumentenschutzes* auch in die vertragsrechtlichen Beziehungen hineingetragen. Die *«Allgemeinen Geschäftsbedingungen»* werden als problematisch und besondere Schutzvorkehren als notwendig empfunden (was in Deutschland und Österreich bereits zu weitausholenden Sondergesetzen, in der Schweiz zu lebhafter wissenschaftlicher Diskussion geführt hat; auch hier ist die Frage einer Gesetzesnovelle gestellt). In Sonderbereichen wie dem *«Reisevertragsrecht»* besteht die Tendenz eines ausweitenden Schutzes des Konsumenten; auch hier detailreiche Sondergesetzgebung in Deutschland. All das soll Unbilligkeiten glätten, den Schwächeren oder Unerfahrenen schützen, für Sauberkeit in den geschäftlichen Beziehungen sorgen, die materielle Gerechtigkeit der kommerziellen Beziehungen i. S. eines angemessenen Äquivalenzverhältnisses der Leistungen der Parteien gewährleisten. In diese Landschaft der Besorgtheit und des Bestrebens, die Rechtsordnung mit möglichst weitgehender Fürsorge für das «kontraktuelle Wohlergehen» des Bürgers zu betrauen, paßt es schlecht, wenn mit viel Mitgefühl und Argumentationskunst aufgebaute materielle Ansprüche an nichtigen Formalien zum Scheitern gebracht werden. Und mit der erfreulichen Tendenz, im Geschäftsverkehr Fairneß zu verlangen, läßt sich der geschilderte helvetische Rigorismus schlecht vereinbaren,

[102] Zu nennen vor allem die Annäherung der Behandlung von Sachmängeln an die Nichterfüllung i. S. von OR Art. 97 ff. (die vom Schreibenden als solche keineswegs mißbilligt wird).

denn dessen Lehren laufen im Einzelfall immer darauf hinaus, daß derjenige, der sich auf Korrektheit des Partners verläßt und auf Regelung der Probleme in Übereinstimmung mit moralischen Kategorien hofft, in seinen Erwartungen von der Rechtsordnung nicht geschützt wird; diese stellt umgekehrt Mechanismen zur Verfügung, die, als Fallstricke für den materiell Benachteiligten ausgestaltet, demjenigen, der nicht korrekt erfüllt hat, es oft allzu leicht machen, sich der geschuldeten Verantwortung zu entziehen.

§ 8 Die durch Erlaß des Gesetzes geschaffene Gefahr der Isolierung

I. Vorbemerkungen

Bei aller Anerkennung der Vorteile kodifizierten Rechtes (dazu oben § 2) dürfen die Gefahren und Nachteile nicht übersehen werden, welche mit dem Akt der Durchkodifizierung eines Rechtsgebietes gegeben sind. Diese Nachteile und Gefahren sind mit dem Geltungsanspruch des Gesetzes selber verbunden und können daher nicht umgangen, sondern nur nach Möglichkeit in Schranken gehalten werden. Dieser Geltungsanspruch ist einerseits zwangsläufig *lokal begrenzt,* anderseits bedeutet er wenigstens vordergründig die Ausschaltung aller anderen Rechtserkenntnisquellen, insbesondere auch ein *Verdrängen* der gesamten *bisherigen Rechtstradition* und ein Abschneiden des nach Erlaß des Gesetzes geltenden Rechts von der Geschichte. Nationale Isolierung und Geschichtslosigkeit des Rechtsverständnisses sind der Preis, der für die Durchkodifizierung des Rechts bezahlt werden muß; das bedeutet Verlust von Tiefendimension der Betrachtung, Verengung des Blickfeldes, Verlust der Verwertung des juristischen Anschauungsmaterials und rechtlicher Erfahrung anderer Zeiten und Länder. Ist die Münze, in der bezahlt werden muß, vorbestimmt, so doch nicht die Höhe des Preises, der von jeder Generation glücklicherweise neu ausgehandelt werden kann. Je weiter wir uns vom Akt der Gesetzgebung entfernen, um so eher ist es erlaubt und notwendig, dessen Isolierungseffekte zu überwinden versuchen. Überwindung der Isolierung heißt *«komparatistische Betrachtung»* des Rechts, komparatistisch im Raum, komparatistisch in der Zeit.

II. Gefahren der räumlichen Isolierung

In der vorkodifikatorischen Ära stellte das Recht auf dem europäischen Kontinent und in den von ihm beeinflußten Gebieten

trotz aller lokalen Besonderheiten weitgehend *ius commune* dar, das im Vertrags- und Obligationenrecht wohl die am weitesten gehende Einheitlichkeit besaß. Der Erlaß nationaler Kodifikationen in den zurückliegenden zwei Jahrhunderten hat diesem Zustand ein Ende gesetzt und zu einer Parzellierung des Rechtsraumes geführt. Dieser Vorgang hat nicht primär deshalb Gewicht, weil dadurch Rechts-Uneinheit gefördert worden wäre (einmal sind die Verschiedenheiten weniger bedeutsam als der bloß sein eigenes System kennende Jurist anzunehmen geneigt ist, zum andern bestanden die in die Kodifikationen einfließenden Eigentümlichkeiten schon vorher, und zum letzten ist das Nebeneinander-Bestehen verschiedenartiger rechtlicher Lösungen für sich genommen noch kein Übel); das Unglück liegt vielmehr in der zwangsläufigen Tendenz der nationalen Isolierung, Verlust des Interesses an den Entwicklungen im Ausland und Verlust der Fähigkeit, die dortigen Lösungen zu verstehen und zu verwerten.

Wie man auch immer die Nachteile derartiger Isolierung veranschlagen will: Jedenfalls müssen wir uns Rechenschaft geben, daß in einem globalen Vergleich die Schweiz zu einer kleinen Gruppe von Ländern gehört, in denen die nationale *Abkapselung* einen *Maximalstand* erreicht hat. Ein Blick auf die Weltkarte bringt in Erinnerung, daß im Rechtsraum der Tradition Englands und der Vereinigten Staaten (d. h. praktisch im gesamten englischsprachigen Raum) diese Abkapselung nicht besteht, vielmehr eine gegenseitige Beeinflussung stattfindet und gesucht wird. Das Bewußtsein, im gleichen Erdreich zu wurzeln und im Prozeß des «finding the law» letztlich dasselbe «law» zu suchen, schafft über alle Landesgrenzen und nationalen Gegensätze hinweg das Gefühl, an einer großen übernationalen Rechtskultur teilzuhaben. So groß das gegenseitige Verstehen der englischsprachigen Länder unter sich ist, so gering, oder besser gesagt inexistent ist allerdings dort die Fähigkeit, die kontinentale Rechtstradition zu verstehen. Wenden wir uns diesem letzteren Bereich und vorab den Ländern des spanischen und portugiesischen Sprachbereichs zu, treffen wir ähnliche Verhältnisse an: Zwar haben diese Länder sich durchwegs nationale Kodifikationen gegeben, was indessen nicht das Weiterbestehen des Interesses am Ausland gehindert hat. Auch hier besteht das Bewußtsein einer gemeinsamen Rechtskultur, bedingt durch die Identität der Ursprünge (das Recht der kolonisierenden Mächte, der – bei uns an Bedeutung überschätzte – Einfluß des französischen Code Civil, der – bei uns weitgehend

unbekannte – Einfluß der Pandektistik des 19. Jahrhunderts); die nationalen Gesetze werden vorab in den grundlegenden Bereichen, d. h. dem Schuldrecht, wie Variationen zu ein und demselben Thema verstanden; die Doktrin zu den ausländischen Kodifikationen erfordert daher Berücksichtigung beinahe wie jene zum eigenen nationalen Gesetzt[103]. Jedenfalls sind die hispano-lusitanischen Länder in einem Maß für fremdes Recht interessiert, das hierzulande unbekannt ist[104]. Verlassen wir diese für den Rechtsvergleicher paradiesischen Gefilde und wenden wir uns unseren Nachbarstaaten zu, so gilt für Frankreich, daß hier vom juristischen Ausland wenig Notiz genommen und das vom Ausland Frankreich entgegengebrachte Interesse nicht erwidert wird. Wesentlich mehr Offenheit besteht in Italien. In Deutschland hat sich nach dem Krieg das Interesse vor allem nach den USA gewendet, welche Öffnung unter verschiedensten Aspekten erfreulich ist, jedoch für die privatrechtliche Alltagsarbeit beinahe nur ausnahmsweise fruchtbar gemacht werden kann. Je größer und volkreicher ein Raum, um so weniger schwer wiegen die Nachteile des Abschlusses nach außen; immerhin wird in Frankreich auch der von dieser Rechtstradition faszinierte Betrachter die dort sich abzeichnende Gefahr der Stagnation nicht verkennen können.

Die Schweiz, global gesehen ein sehr kleiner Raum, entbehrt heute der Einbettung in einen umfassenderen juristischen Kulturkreis, wie sie auch größeren Ländern des englischsprachigen Raums oder des romanischen Sprachkreises durchwegs geläufig ist. Die früher, d. h. vor und bei Erlaß des Obligationenrechts selbstverständliche Integration in die Überlieferung der gemeinrechtlichen Wissenschaft des deutschen Sprachraumes wurde in Frage gestellt durch den Vorgang der Kodifizie-

[103] Diese Haltung wird ermöglicht durch die ursprünglich stark *naturrechtliche Ausrichtung* dieser Länder, in denen (hier ähnlich wie in Frankreich) insbesondere im Vertragsrecht die Meinung vorherrscht, die rechtliche Ordnung sei durch rationale Deduktion aus wenigen formalen Prinzipien zu gewinnen. Daher die Vorstellung, daß eine Konsens- oder Irrtumslehre, die Regeln betreffend bedingte Verträge usw., ohne direkte Abstützung auf eine nationale Kodifikation entwickelt werden könnten und diese keine abschließende Regelung geben würde.

[104] Dieses Interesse bezieht sich nicht bloß auf die spanische bzw. portugiesische Literatur sowie jene Frankreichs und Italiens, sondern auch auf die deutschsprachige. Es ist für den Schweizer Juristen eindrücklich, in Fachbuchhandlungen Spaniens oder Lateinamerikas alten Bekannten in Übersetzung zu begegnen und sich bestätigen zu lassen, daß z. B. die im Regal stehende spanische Ausgabe von v. TUHR, Schweizerisches OR, immer wieder einen Käufer findet.

rung des Rechts, wobei hier nicht bloß der Erlaß der eigenen Kodifikation, sondern ebensosehr der Erlaß des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches im Jahr 1896 für die Zäsur verantwortlich ist. Die Ereignisse seit Ausbruch des ersten Weltkrieges bis zur Jahrhundertmitte haben eine entscheidende Loslösung von der Rechtstradition Deutschlands und damit bis zu einem gewissen Grad den Verlust der Integration in einen größeren Rechtskreis gebracht. In den vergangenen Jahrzehnten ist eine Reintegration nur teilweise erfolgt. Dabei muß gesehen werden, daß die Rechtstradition des heutigen Westdeutschland nicht die gleiche Weite verkörpern kann wie die gemeinrechtliche Rechtstradition der Vorkriegszeit bzw. der vorkodifikatorischen Ära.

Das Gesagte soll unsere gegenwärtige Situation illustrieren und die ihr anhaftenden Nachteile zeigen. Von «Gefahren» zu sprechen, ist vielleicht etwas zu sehr dramatisierend; das mindeste, was jedoch genannt werden muß, ist das Risiko, jener Vorteile verlustig zu sein, welche die Verwurzelung in einem größeren Raum bringt. In zweierlei Hinsicht könnte Besinnung und Neuorientierung hilfreich sein:

Erstens ist das *Verhältnis zur BGB-Tradition* zu überdenken. Im Bereich des Schuldrechts besteht bei allen äußerlichen Unterschieden und beidseitigen Stil-Besonderheiten eine sich der Identität annähernde Ähnlichkeit der gesetzlichen Regelung. Dies begründet nicht bloß die Berechtigung, sondern die Pflicht der schweizerischen Wissenschaft, die BGB-Wissenschaft zum Schuldrecht mitzuberücksichtigen. Diesem Standpunkt begegnet, wie sich der Schreibende wohl bewußt ist, vielerorts Widerspruch. Es wird die Gefahr des *Verlustes der Selbständigkeit* i. S. übertriebener Anlehnung an ausländische Vorbilder beschworen. Das ist nicht das Ziel dieses Vorschlags. Es geht nicht um unkritisches Übernehmen fremden Gedankenguts als vielmehr um die Auseinandersetzung mit praktischen Erfahrungen von Problemstellungen und Lösungsvorschlägen, die im umfassenderen Raum in größerem Umfang verfügbar sind als im beschränkten Raum der Schweiz[105].

[105] Wo schweizerische Besonderheiten bestehen, ist bessere Kenntnis des deutschen Rechts in einem gewissen Sinn Voraussetzung der Bewahrung der Eigenständigkeit: Insbesondere in «zweitrangiger» Literatur etwa in Gestalt mittelmäßiger Dissertationen war es in der Vor- und Zwischenkriegszeit ein geläufiges Phänomen, daß in Deutschland gegebene Fragestellungen unkritisch an das schweizerische Recht herangetragen wurden und gerade infolge mangelnder Kenntnis des deutschen Rechts mit äußer-

Abgesehen davon erscheint der Kampfruf nach Bewahrung der Selbständigkeit mehr Ausfluß des Kleinmuts und mangelnden Selbstbewußtseins zu sein als die Frucht ernsthafter Überlegung. Ist ein Recht besser, weil es anders ist als anderswo? Der Bürger will nach einleuchtenden Grundsätzen seine Angelegenheiten und Geschäfte abwickeln und erwartet, in der Krisensituation des Prozesses diese nach einleuchtenden Grundsätzen beurteilt zu sehen; ob diese Grundsätze typisch schweizerisch seien, wird ihn dagegen wenig kümmern. Zudem muß man sich eingestehen, daß es ein typisch schweizerisches Schuldrecht nicht gibt. Bei allen Vorzügen, die einigen Elementen des OR zukommen (diese zusammengestellt oben § 2), bleibt die Kodifikation als Ganze eingebettet in die gemeinrechtliche Tradition des 19. Jahrhunderts, an deren Ausgestaltung zwar Schweizer maßgeblich teilgehabt haben[106], die aber als Ganzes einen Bruch mit älteren lokalen Traditionen bedeutet und nichts spezifisch Schweizerisches an sich hat. Und wo Besonderheiten in der Kodifikation gegeben sind, müssen sich diese den Vergleich mit auswärtigen Lösungen gefallen lassen; in einer Zeit globaler Konvergenz und langsamer, aber doch spürbarer Annäherung in Grundsatzfragen des Vertragsrechts ist *Eigen*ständigkeit immer auch mit dem Verdacht der *Rück*ständigkeit belastet. Eigenständigkeit, die auf bewußter Abwägung beruht, ist schön, dagegen sollten wir uns Eigenständigkeit, die bloß auf Unkenntnis anderer Lösungsmöglichkeiten beruht, versagen. Infolge weitgehender Identität der Grundlagen von OR und BGB stellt das deutsche BGB (hier gedacht an die Materien mit obligationenrechtlichem Bezug, d. h. der Allgemeine Teil und das Schuldrecht) ein Vergleichsobjekt ersten Ranges dar, dem (selbstverständlich unter dem allgemeinen Vorbehalt kritisch-wertender Überprüfung) geradezu der Rang einer *subsidiären Rechtserkenntnisquelle* zuzuerkennen ist. Dabei sollte man sich weniger von der Vorstellung leiten lassen, daß im Falle der Berücksichtigung einer Norm des BGB ausländisches Recht in

licher (und wohl oft unbewußter) Anlehnung an die deutsche Literatur der schweizerische Gegenstand verfehlt wurde.

[106] Vor allem zu nennen die Namen von FRIEDRICH LUDWIG v. KELLER (1799–1860) und JOH. CASPAR BLUNTSCHLI (1808–1881), dessen Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich gleichzeitig das erste Gesetzbuch des deutschen Sprachraums darstellt, das unter Verwertung der gemeinrechtlichen Lehren *pragmatisch* ausgerichtet ist (d. h. sich von der rationalistisch-theoretischen Ausrichtung der Naturrechtskodifikation abwendet) und damit gleichermaßen zum Vorbild von OR wie vom BGB geworden ist.

der Schweiz übernommen werde; näher kommt der Sache das Bild, daß damit auch in der Schweiz von je geltendes (wenn auch im Gesetz bloß lückenhaft formuliertes) Recht zur Anwendung gelangt [107].

Unsere welschen Miteidgenossen betrachten das Interesse des Deutschschweizers für das BGB mit besonderem Mißtrauen, weil sie nicht bloß die helvetische Eigenständigkeit bedroht, sondern auch die zwar nicht fundamentalen, aber immerhin spürbaren *Einflüsse der französischen Tradition* im OR in Gefahr sehen. Diese Befürchtung kann niemals Grund sein, die Beschäftigung mit dem deutschen Recht zurückzudrängen, sondern vielmehr Anlaß, sich *vermehrt mit der französischsprachigen Rechtstradition* zu beschäftigen und diese für die hiesige Handhabung des Vertragsrechts fruchtbar zu machen. Nachdem hier eine gewisse Arbeitsteilung nach Sprachkreisen naheliegt, ist der Vorwurf übermäßiger Berücksichtigung der deutschsprachigen Wissenschaft im Grunde der *Vorwurf nicht hinreichender Beschäftigung mit dem französischen Recht,* ein Vorwurf, der in erster Linie an die welschen Kollegen zu richten wäre. Der Jurist der alemannischen Schweiz wird für jeden Apport aus dem französischen Sprachbereich dankbar sein. In der Tat ist der Vorrat an Problemstellungen und Lösungen auch aus diesem Bereich zu verwerten, wenn auch infolge der im Vergleich zum BGB größeren Entfernung des französischen CC von unserem OR die Inbeziehungsetzung der beiden Rechtsordnungen weniger häufig und weniger leicht möglich sein wird. Der Rechtsvergleicher muß darüber hinaus die Hoffnung formulieren, es sei die Wissenschaft des *gesamten romanischsprachigen Rechtskreises* zu berücksichtigen, also die Literatur all jener Länder, die mehr oder weniger

[107] So erscheint die Regel von BGB §§ 679 und 683 – (Ersatzanspruch des Geschäftsführers bei entgegen dem Willen des Geschäftsherrn erfolgter Intervention, falls diese in öffentlichem Interesse lag oder zur Erfüllung von durch den Geschäftsherrn nicht wahrgenommenen Unterhaltspflichten dient) – als sinnvolle Präzisierung des schweizerischen Rechts, ebenso wie die Regel von HGB §§ 377/IV (Ergänzung der – nach dem Vorbild von OR Art. 201 eingeführten – Regel über die Rügepflicht des Käufers durch den Grundsatz, daß die Rügeerklärung nicht auf Gefahr des Käufers reist). Erst recht wird etwa deutsches Recht herangezogen werden dürfen, wenn die schweizerische Regelung erklärtermaßen unter deutschem Einfluß eingeführt wurde und bei der Redaktion des hiesigen Textes mehr eine Vereinfachung der Darstellung denn eine sachliche Änderung beabsichtigt war (vgl. das in der Revision unter dem Einfluß des BGB eingeführten Schenkungsrechts, Art. 239–252 und dazu die Bemerkungen oben § 3/II/1 bei Anm. 21/22).

vom französischen Recht beeinflußt sind. Da indessen die spanisch- und italienischsprachige Rechtstradition bereits selber das Ergebnis einer komparatistischen Auswertung verschiedener Einflußlinien darstellt, steht sie in vielem dem schweizerischen Recht sogar deutlich näher als das französische Recht, was eine Fruchtbarmachung erleichtert und eine vermehrte Berücksichtigung zum Gebote macht.

III. Gefahr des Ahistorismus (Isolierung in der Zeit)

Das den modernen kontinentalen Kodifikationen zugrundeliegende Konzept ist vom Rationalismus der Aufklärungszeit entwickelt worden und damit Kind einer extrem geschichtsfeindlichen Epoche. So ist denn auch die Ausgestaltung: Das Gesetz gibt sich völlig ahistorisch, d. h. verlangt Geltung um seiner selbst willen unter Ausschluß aller anderen Rechtserkenntnisquellen, womit insbesondere formell jede Bezugnahme auf vorbestehende Rechtstraditionen abgeschnitten ist, der Erlaß des Gesetzes einen Neubeginn des Rechts markiert. Das damit geschaffene Recht seinerseits ist bei dieser formalen, d. h. den Gesetzgeber beim Wort nehmenden Betrachtung unveränderlich und festgefroren, so wenigstens bis zum nächsten, das bisherige Gesetz ändernden oder aufhebenden Gesetzeserlaß.

Naive Gemüter – und dazu sind insbesondere viele Nichtjuristen zu zählen – nehmen diesen formal unbestreitbar gegebenen umfassenden Geltungsanspruch des Gesetzes ernst und finden sich in der Tat bereit, Recht mit dem Gesetz zu identifizieren. Der avertierte Zeitgenosse, die Mehrzahl der Juristen und am meisten die Erfahrenen unter ihnen, geben sich allerdings Rechenschaft, daß abgestützt auf den bloßen Wortlaut des Gesetzes das Recht eine armselige Sache bliebe, mit der nicht auszukommen wäre. Der Gesetzgeber des ZGB hat in Art. 1 die Lückenhaftigkeit des Gesetzes (und zwar nicht bloß des ZGB, sondern auch des in dieses formal integrierten OR) ausdrücklich anerkannt. Trotz alledem nimmt die Vorstellung, daß das Recht schlechthin im Gesetz verkörpert sei, zu großen Raum ein. Dies ist daran zu erkennen, daß die Entscheidung von Zweifelsfragen nicht als ein Vorgang der Rechtsfindung außerhalb des Gesetzes, sondern als ein Vorgang der *Gesetzesauslegung* verstanden wird, obwohl die zur Entscheidung führenden Argumente nicht dem Gesetzestext selber entnommen werden. Es kann hier keine Auseinandersetzung mit der sich zu einer

eigenen Literaturgattung entwickelten modernen Auslegungslehre unternommen werden. Aber die eine Bemerkung ist nicht zu umgehen: Der Begriff der *«Auslegung»* spiegelt eine überholte gesetzespositivistische Haltung, welche dem Grundsatz nach das Gesetz als einzige Rechtserkenntnisquelle installiert und auch dann noch die Antwort aus dem Gesetz herauslesen will, wo das Gesetz keine (oder, was dasselbe ist, bloß eine unklare) Antwort gibt[108]. Der Begriff der Auslegung trägt gewissermaßen den Widerspruch in sich selber, indem er gleichzeitig das Gesetz als einzige Erkenntnisquelle voraussetzt und doch die Unzulänglichkeit dieser Erkenntnisquelle eingesteht (weil sonst Auslegung, wenn damit mehr als grammatikalische Sinnerklärung verstanden sein soll, nicht notwendig wäre)[109]. Statt von «Auslegung» zu sprechen, orientiert man das Denken besser an der Vorstellung, daß unsere Aufgabe die *Aufgabe der «Rechtsinhaltsermittlung»* ist, bei deren Erfüllung der Gesetzestext zwar den primären, nicht aber den einzigen oder allein maßgeblichen Pol der Orientierung gibt.

[108] Der der Auslegung oft entgegengesetzte Begriff der *«Lückenfüllung»* (wie er auch ZGB Art. 1 zugrunde liegt) hat den Vorzug, richtig zum Ausdruck zu bringen, daß die Maßstäbe der Entscheidung nicht dem Gesetz selber zu entnehmen sind, sondern andernorts gesucht werden müssen. Aber auch er verleugnet seinen gesetzespositivistischen Ursprung nicht, indem er unterstellt, daß die Beantwortung der anstehenden Fragen im Regelfall dem Gesetz zu entnehmen sei, während das Schweigen des Gesetzes die Ausnahme darstelle. Das Gegenteil ist die Wahrheit: Ein großer Bruchteil aller der von den Gerichten beantworteten und als problematisch empfundenen Rechtsfragen im Bereich des Vertragsrechts ließen sich aufgrund allein des Gesetzestextes entweder nicht beantworten oder es könnte die umgekehrt lautende Antwort mit dem Gesetzestext ebenso gut – oft sogar besser! – vereinbart werden.

[109] Die methodentheoretische Literatur zur Gesetzesauslegung krankt zumeist daran, daß sie eine *einheitliche Methode* für die Auslegung jedweden Gesetzes zu entwickeln versucht, während die Methode dem Gegenstand der «Auslegung» anzupassen wäre. Grundfrage jeder derartigen Methodenlehre muß dahin gehen, in welchem Umfang eine Interpretation auch gegen den äußeren Wortlaut des Gesetzes möglich ist oder in welchem Umfang ohne ausdrückliche Grundlage im Gesetz rechtliche Folgen abgeleitet werden dürfen (kurz: Wie ernst das Gesetz genommen werden muß und wie eng man sich an dessen Wortlaut halten soll). Und diese Grundfrage ist im Privatrecht unter ganz anderen Voraussetzungen gestellt als im öffentlichen Recht (wo insbesondere Steuer- und Strafgesetzgebung extrem «positivistisch» verstanden werden muß als Magna Charta des Rechtsunterworfenen, der nur bei klar erkennbarer und voraussehbarer Statuierung eines Steuer- oder Straftatbestandes belastet werden darf). Und innerhalb des Privatrechts ist wiederum sehr zu unterscheiden, wie der Gesetzgeber seine Aufgabe gesehen hat: Rechtsbewahrung oder Rechtsneuschöpfung. Dazu das Folgende.

Wie auch immer man die hier als maßgeblich bezeichnete Frage nach der Methode der Rechtsgewinnung im Fall des Schweigens oder der Unklarheit des Gesetzes beantworten will, jedenfalls steht fest, daß vielleicht der wichtigste der verfügbaren Orientierungspole die *Rechtstradition* ist, die vor Schaffung der Kodifikation bestand und die in die Kodifikation einfloß. Im Folgenden darf uns allein die Frage beschäftigen, wie das Verhältnis des OR zu dieser Rechtstradition sich darstellt.

Obwohl die moderne Gesetzgebungskonzeption im Ansatz *revolutionär-innovative Ausrichtung* hat und mit ihrem absoluten Geltungsanspruch die bisherige Rechtstradition formell abschneidet[110], kann sich auch hier hinter der innovativen Präsentation eine konservierende Grundhaltung verbergen: Die Gesetzgebung will zwar Vereinheitlichung bringen, d. h. unter verschiedenen überlieferten Lösungen auswählen oder Streitfragen entscheiden und das bisher nur in Doktrin und Praxis sichtbarwerdende Recht in einem Kodex verkörpern, im übrigen aber keinen eigentlichen Neubau des Rechts schaffen und schon gar nicht alles von vorne beginnen. Vor Verallgemeinerung muß man sich auch hier hüten: von Gesetz zu Gesetz sind die beiden Komponenten (Innovation oder Konservation) anders gemischt. Während beispielsweise die Familienrechtsreformen dieser Jahre in der Schweiz wie anderswo ganz auf Innovation ausgerichtet sind, d. h. die Absicht besteht, mit der Vergangenheit Schluß zu machen und einen Neubeginn zu verwirklichen, konnte das nicht die Absicht des historischen Gesetzgebers des Obligationenrechts sein. Im traditionsreichsten aller Rechtsgebiete, das seinerseits auf eine zweitausend-

[110] Anders die «Gesetze» der Digesten JUSTINIANS, welche die entgegengesetzte Zielrichtung hatten: Erhalten und Sichtbarmachen des Überlieferten, nur zum kleinsten Teil Einbringen von Neuerungen. Ebenso der *Sachsenspiegel* und die übrigen Deutschenspiegel, die als private Rechtssammlungen nicht Rechtsänderung anstreben konnten. So heute wiederum die *«Kodifikationen»* insbesondere der *Vereinigten Staaten,* die mehr eine zusammenfassende Darstellung der bisherigen Praxis, denn eine Neuschöpfung des Rechts sein wollen. Das wird an dem kasuistischen, jeder Abstraktion, Generalisierung oder Systembildung abholden Gesamthabitus sichtbar. Der *Uniform Commercial Code* als wichtigstes Beispiel einer derartigen «konservierenden» Kodifikation wird bezeichnenderweise weniger als zwei Jahrzehnte nach der Übernahme einer Modernisierung unterzogen, nicht weil dessen Väter von sich aus eine Neufassung als notwendig erachten, sondern weil die Praxis in Spezialfragen über die Kodifikation hinausgegangen ist, es diese auf den Stand der Zeit zu bringen gilt. Die «Kodifikation» folgt der Gerichtspraxis, nicht die Gerichtspraxis der «Kodifikation».

jährige Geschichte oder mehrhundertjährige Entwicklung zurückblickt (die romanistische bzw. die rationalistisch-naturrechtliche Überlieferung; vgl. dazu oben § 5/I/4) bleibt für große Sprünge ohnehin kein Raum; jedes Weiterschreiten kann sich nur in kleinen behutsamen Schritten vollziehen. So haben auch die Väter des OR ihre Aufgabe gesehen: Unter den von der zeitgenössischen Rechtstradition angebotenen Lösungen die überzeugendsten auszuwählen und sie in möglichst einfache Gesetzesform bringen.

Die Rechtstradition des 19. Jahrhunderts ist daher unter einem doppelten Aspekt Bestandteil der Kodifikation bzw. des heute geltenden Rechts geworden: Einmal ist das Gesetz Ausdruck der Wissenschaft des 19. Jahrhunderts und ohne diesen Hintergrund vielfach überhaupt nicht verständlich[111]. Zum anderen kann man oft nicht annehmen, der Gesetzgeber habe wirklich eine selbständige Regelung und deren abschließende Formulierung im Gesetz geben wollen. Vielmehr sind die Dinge so vorzustellen, daß im Gesetzestext zwar eine rudimentäre Umschreibung des Geltenden gegeben, gewissermaßen ein «pro memoria-Posten» eingeführt wird, dies in der Meinung, damit am gegenwärtigen Rechtszustand nichts zu ändern. Die Knappheit oder gar Unzulänglichkeit der zum Gesetz erhobenen Formulierung wird bewußt oder auch unbewußt mit der Annahme gerechtfertigt, die Praxis, ohnehin zum Weiterfahren in bisherigen Geleisen neigend, werde selbstverständlich den Text im Lichte der überkommenen Lehre und Praxis lesen.

Als Beispiel darf ein ganzes einen Entstehungsgrund von Obligationen regelndes Rechtsgebiet genannt werden: Das *Bereicherungsrecht* der Art. 62 bis 67 (aOR Art. 70–75). Das System der Kondiktionstatbestände des römischen Rechts stellt die umfassendste und gleichzeitig differenzierteste Lösung dieser legislatorischen Aufgabe dar, die je bestanden hat (das Recht des englischen Sprachraums kennt lediglich in verschiedenen Rechtsbereichen angesiedelte Einzeltatbestände, die gesamthaft wesentlich weniger weit gehen; auch der französische Code Civil ist noch restriktiver). Es kann nun nicht ernsthaft in Zweifel gezogen werden, daß das OR (genau wie das

[111] Selbst wenn man am Begriff der «Auslegung» festhalten will, kann dies wiederum oft genug nur bedeuten, daß man zum Verständnis des Textes wie auch des vom Text Verschwiegenen (das, was nicht gesagt, weil als selbstverständlich vorausgesetzt ist) auf die Rechtstradition zur Zeit der Ausarbeitung des Gesetzes zurückgreift.

BGB) das Kondiktionsrecht des römischen Rechts im Verständnis des ausgehenden neunzehnten Jahrhunderts zur Hauptsache unverändert ins Gesetz überführen wollte. Am einfachsten, besten (und vielleicht auch am liebsten) hätten die Verfasser des Gesetzes geschrieben: *«Als Bereicherungsrecht soll gelten, was allgemein anerkannter, guter Pandektentradition entspricht»*. Aber so durfte es nicht sein. Also haben sich die Väter der Kodifikation hingesetzt und einen Text entwickelt, der nach ihrer Auffassung die elementarsten Prinzipien dieser gemeinrechtlichen Tradition auf eine kurze Formel bringen sollte. Was resultierte und heute noch Gesetz ist, kann nur als eine rudimentäre und simplifizierte, fragmentarische und in der Auswahl der Gesichtspunkte ziemlich willkürliche Skizze betrachtet werden, die als solche es nicht verdient, sehr ernst genommen zu werden. Diese Feststellung ist in keiner Weise als Vorwurf an die Adresse der Gesetzesredaktoren gemeint; angesichts der Komplexität des Gegenstandes ist im Rahmen von einem halben (oder auch ganzen) Dutzend von Artikeln schlechterdings keine substanzhaltige Darstellung möglich; es können nicht einmal die wichtigsten der unbestrittenen Grundsätze des Kondiktionsrechts im herkömmlichen Verständnis dargestellt werden, geschweige denn, daß auch (was an sich Aufgabe des Gesetzgebers wäre) zu ungeklärten und kontroversen Fragen der Lehre des Bereicherungsrechts (deren es in der Tat viele gibt) Stellung genommen werden könnte. Es geht hier einzig darum, zuhanden der Wissenschaft zu illustrieren, daß der Gesetzestext als solcher keine Aufmerksamkeit verdient und eine *«Auslegung»* des Textes sinnloses Unterfangen ist. Da keine «innovative», sondern «deklaratorisch-konservierende» Gesetzgebung vorliegt, muß jede vertiefte Untersuchung des Bereicherungsrechts bei der romanistischen Tradition des Kondiktionsrechts einsetzen, die im Ganzen gesehen nicht abgeschnitten werden wollte[112].

[112] Erst in zweiter Linie wird die – bis heute noch sehr wenig unternommene und hauptsächlich auf die Materialien abzustützende – wissenschaftliche Untersuchung sinnvoll, in welchem Sinne im Akt der Gesetzgebung eine «prise de position» für die eine oder andere der möglichen Positionen zu erblicken ist oder ob gar der Gesetzgeber sich in der Tat in einzelnen Aspekten von der romanistischen Tradition distanzieren wollte.

IV. Wie stellt sich die Wissenschaft diesen Gefahren?

Wird die Wissenschaft (welche die Praxis einschließt) den Ansprüchen, die sich aus den genannten Gefahren ergeben, gerecht? Wird den der Durchkodifizierung eines Rechtsbereichs immanenten Gefahren hinreichend gegengesteuert? Die Frage kann gestellt, aber nicht abschließend beantwortet werden. Gewiß ist, daß noch viel zu tun bleibt, um das Bewußtsein der Notwendigkeit komparatistischer Betrachtung im hier genannten Sinn hinreichend zu verankern. Das immer noch starke Desinteresse der Studenten an historischen Fächern[113] wie auch die Vernachlässigung der Rechtsvergleichung in den Studienplänen der Fakultäten sind ein ernstes Mahnmal, das vor Augen führt, daß juristische Ausbildung immer noch allzu sehr nach gesetzespositivistischen Konzepten ausgerichtet ist und das Ziel gewissermaßen darin sieht, Gesetzeskunde zu vermitteln, während ihre eigentliche Aufgabe höher wäre und dahin ginge, juristisches Denken zu schulen und Verständnis für das Phänomen Recht im weitesten Sinn zu schaffen, was nur mit komparatistischer Betrachtungsweise im hier beschriebenen Sinn und unter relativer Distanznahme vom positiven Gesetz möglich ist.

Auch hier wird man unkritische Verallgemeinerung vermeiden müssen. In Bereichen *«innovatorischer»* Gesetzgebung (mit dem Beispiel der Familienrechtsreformen) wird komparatistische Betrachtung dem Gesetzgeber selber zu empfehlen sein, während nach Erlaß des Gesetzes man dieses als Ausdruck gesetzgeberischen Gestaltungswillens hinzunehmen hat, es daher relativ weitgehend aus sich selber heraus verstanden werden muß und die Möglichkeiten komparatistischer Betrachtung vergleichsweise bescheiden sind. Das Obligationenrecht steht am entgegengesetzten Pol: Wenn wir einmal von Sonderbereichen wie Arbeitsrecht, Wohnungsmiete, Kleinkredit und Abzahlungskauf usw. absehen, handelt es sich um eine äußerst traditionsgebundene, weltanschaulich weitestgehende indifferente, dafür jedoch hochkomplizierte und diffizile Sozialtechnik, deren Möglichkeiten von der Sachlogik her vorge-

[113] Ein Desinteresse, das in zurückliegenden Jahrzehnten angesichts der extrem *antiquarisch-historischen Ausrichtung* vieler Vertreter dieser Disziplinen und des Verzichts auf jede Inbezugsetzung zum geltenden Recht bis zu einem gewissen Grad verständlich war, beim heutigen Unterricht jedoch nicht mehr zu entschuldigen ist.

zeichnet sind und die vom Gesetzgeber nicht neu geschaffen wird. Leistung des Gesetzgebers ist in weit geringerem Maß als anderswo die Rechtsgestaltung als vielmehr die Rechts*darstellung*. Dabei kann diese Darstellung gewissermaßen bloß eine approximative und vorläufige sein, die auf Ergänzung aus Geschichte und Vergleichung ausländischer Lösungen angewiesen ist.

Richten sich die hier formulierten Postulate in erster Linie an die Wissenschaft im engeren Sinn (die Verfasser von Traktaten und Kommentaren, Dissertanten usw.), könnte die Praxis durch ein (heute nicht immer gewährleistetes) Mindestmaß komparatistischer Betrachtung eine Rückversicherung gegen grundlegende Fehlentscheidungen gewinnen, was hier vielleicht doch anhand weniger Beispiele illustriert werden darf:

– In BGE 95 II 448 *(«Prospera GmbH»)* hat das Bundesgericht eine Auffassung entwickelt, wonach eine juristische Person durch eigennützige treuewidrige Handlungen eines Organs nicht verpflichtet werde. Sowohl Berücksichtigung der Geschichte (germanistische Organschaftslehre) oder aber auch ein Blick ins Ausland, wo sich das Sachproblem unter genau denselben Aspekten stellt wie in der Schweiz, hätte die Unhaltbarkeit dieses (inzwischen wohl durch BGE 105 II 295 E. 7 aufgegebenen) Standpunktes bewußt machen müssen [114].

– *BGE 105 II 105* statuiert das Prinzip, daß derjenige, der eine Leistung erhalten hat, zur Abwendung des Rückforderungsanspruchs den «Grund des Behaltens» nachzuweisen habe (dazu einläßlich oben Ziff. IV/2). Ein Blick in die Geschichte hätte gezeigt, daß dieses Prinzip der Tradition des Kondiktionsrechts widerspricht, ein Blick ins Ausland, daß sich nirgends auf der Welt eine derartige Lösung verwirklicht findet, was Zusatzüberlegungen veranlaßt und gezeigt hätte, daß dieses Prinzip, konsequent angewendet, zu unhaltbaren Resultaten führen würde und daher nicht verallgemeinerungsfähig ist (und übrigens gemeinhin auch in der Schweiz nicht angewendet wird).

– *BGE 107 II 174* überspannt die Anforderungen an die *Rügeobliegenheit des Bestellers im Werkvertrag* (dazu auch oben § 7/II/2); das Bewußtsein, daß eine OR Art. 367 und

[114] Vgl. dazu auch BUCHER, OR AT § 33/VI/3 p. 574 und DERSELBE, Organschaft, Prokura, Stellvertretung, in: Festgabe für W. F. Bürgi, Zürich 1971, p. 39–64, bes. 55f., 62f.

370/III entsprechende Norm der romanistischen locatio conductio operis fremd ist, auch im Zürcher PGB (dessen § 1577 im übrigen als Vorbild diente) keine Entsprechung hat und nirgends im Ausland in vergleichbarer Form angetroffen wird, hätte vielleicht doch zu größerer Zurückhaltung gemahnt und die Überspannung der Rügeobliegenheit im geschehenen Sinn verhindert.

§ 9 Schlußbetrachtungen

I. Revision des Obligationenrechts?

Auch wenn man von «Fortschritt» im Privatrecht, der traditionsreichsten aller Wissenschaften, nicht zu sprechen wagt, ist ein steter Kampf um Verbesserung trotzdem zur Aufgabe gemacht. Denn Stillstand bedeutet Absinken; wer nicht das Bessere anstrebt, wird auch das Gute nicht verwirklichen. Der hundertjährige Bestand des Obligationenrechts ruft daher zwangsläufig der Frage, ob nicht das Gesetz zu revidieren (heißt: zu verbessern) sei.

Auf diese Frage kann heute nur mit einem NEIN geantwortet werden. Gesetzesrevision wie die ursprüngliche Gesetzgebung läßt sich nicht dekretieren; sie ist nur als *Ergebnis wissenschaftlicher Evolution* möglich, die den Inhalt der Gesetzgebung bzw. der Gesetzesänderung vorbestimmt (zur näheren Begründung kann auf das oben § 5/I/4 Gesagte verwiesen werden)[115]. Der

[115] Wenn hier dem Privatrechtler ein Seitenblick auf die Bestrebungen vergangener Jahre der *Neuschöpfung der Bundesverfassung* gestattet ist: Die Tatsache, daß nicht ein bestimmtes sachliches Anliegen und klar definierte Revisionspostulate (wie etwa die Bestrebung nach Stärkung des Bundes in der Revision von 1872/74) die Revisionsbemühungen ausgelöst haben, sondern der Wunsch nach Revision um des Revidierens willen, die Absicht der Änderung der Form ohne klare Zielrichtung der anzustrebenden materiellen Änderungen, macht das Unternehmen nicht bloß politisch chancenlos, sondern juristisch gesehen zu einem Fehlunternehmen vom Ansatzpunkt her.

Der von der Expertenkommission 1977 vorgelegte Verfassungsentwurf stellt nicht (wie der Terminus «Totalrevision» vermuten ließe), eine Weiterentwicklung der bisherigen Verfassung, sondern ein *völliges Neukonzept* dar. Eine derartige Neuschöpfung zur rechtlichen Grundlage des Staates zu erheben, fällt nur in Betracht, wenn dieser Staat selber von Grund auf neu gestaltet werden soll, wie dies in der Schweiz im Jahre 1848 und in Deutschland im Jahre 1949 der Fall war; heute fehlt in der Schweiz ein entsprechender revolutionärer Reformwille. Die Promotoren einer Verfassungs-Neugestaltung müssen sich den Vorwurf mangelnden Respekts vor der Überlie-

heute noch allzusehr vorherrschende Gesetzespositivismus, hier verstanden als kritikloses Hinnehmen der vorgefundenen und in traditionellem Verständnis gedeuteten Gesetzeslage, schließt eine Revision für die nächste Zeit aus. Sie kann nur die Frucht klar artikulierter und auf breiteste Grundlage abgestützter Gesetzeskritik sein, die heute fehlt.

Nun steht im Grunde für jedermann (und selbstverständlich auch für den Schreibenden) fest, daß zu Unzufriedenheit im Prinzipiellen kein Anlaß besteht. Die Grundanlage der Kodifikation beruht auf während Jahrzehnten oder Jahrhunderten bewährten Prinzipien wie sie ähnlich in der großen Rechtsfamilie der kontinentaleuropäischen Tradition verwirklicht sind; soweit nationale Besonderheiten bestehen, sind diese den möglichen Alternativen ebenbürtig oder, wie wir meinen, oft sogar überlegen; jedenfalls ist keine Ursache zu ersehen, das Gewohnte zu verlassen. Damit wird der Gegenstand möglicher Verbesserung in Randbereiche verwiesen. Das darf wiederum kein Anlaß zu Desinteresse sein. Nicht nur steckt der Teufel, den soweit als möglich zu verbannen unsere Aufgabe ist, bekanntlich im Detail. Für den durch eine unsachgerechte Lösung betroffenen Bürger ist es einerlei, ob wir die ihm zum Verhängnis gewordene Regel im Zentrum oder an der Peripherie des Systems ansiedeln. Es darf uns daher das Bewußtsein, daß an den überlieferten Grundstrukturen unseres Schuldrechts nichts geändert werden kann, nicht vom «soigner le détail» abhalten.

Gewarnt werden muß auch an dieser Stelle vor einem generellen *«streamlining»* der Kodifikation, d. h. vor einer Generalrevision nach dem fragwürdigen Muster des Jahres 1911 (dazu oben § 3). D. h. es ist der bisherige Text überall zu belassen, wo nicht eine klare Absicht der Rechtsänderung besteht; kosmetische Rücksichten können vor dem Postulat der Kontinuität

ferung und dem gewachsenen Recht gefallen lassen; praktisch hätte der Erlaß einer neuen Verfassung infolge des Abschneidens der bisherigen Tradition auf Jahre und Jahrzehnte hinaus eine Verminderung der Rechtssicherheit und Berechenbarkeit rechtlicher Verhältnisse zur Folge, ohne daß diesem Nachteil erkennbare Vorteile gegenüberstünden. Gründe auf der Ebene eines *Verfassungsaesthetizismus* können nicht ernsthaft in Betracht gezogen werden (so aber weitgehend der Bericht der Expertenkommission, p. 6 ff.). Der Glaube, daß mit einem neugestalteten Verfassungstext einer «Staatsverdrossenheit», dem «Malaise» bzw. dem Mißtrauen gegenüber politischen Institutionen gesteuert werden könne (Bericht p. 12 f.), dürfte im wesentlichen auf den Kreis der Verfassungsrechtler beschränkt sein.

und der Sicherheit des Rechts bzw. der Forderung möglichst eindeutiger Aussage des Gesetzes keinen Bestand haben.

II. Lehren aus der gegenwärtigen Diskussion in Deutschland um eine Schuldrechtsreform

Ein Blick auf die gegenwärtig in der deutschen Bundesrepublik angestellten Überlegungen zur Frage einer Reform des Schuldrechts [116] vermag der Erhellung der schweizerischen Situation dienen. Zwar hat das in Deutschland erhobene Postulat der Rückführung von in Spezialgesetzgebung verstreutem Recht in das Gesetzbuch in der Schweiz weniger Aktualität, und der Wunsch nach «Verstärkung des Sozialbezuges» dürfte eher eine unverbindliche Blankoformel darstellen denn von konkreten Reformanliegen getragen sein (dazu auch unten Ziff. III und Anm. 120). Von hohem Interesse ist jedoch, daß, von Reformvorschlägen in Sonderfragen abgesehen, im Rahmen der Einzelgutachten wie auch der wissenschaftlichen Diskussion [117] am nachhaltigsten zu wirken scheint das Anliegen, die *Gesetzgebung näher an die Rechtswirklichkeit heranzubringen:* Es sollen «richterliche Rechtsfiguren und andere wesentliche Weiterentwicklungen ... in den Wortlaut ... des BGB eingearbeitet werden» [118]; es soll dort, wo die Praxis sich vom Gesetz entfernt hat, dieses der Praxis angepaßt werden.

Diese Postulate verdienen deshalb höchste Aufmerksamkeit, weil sie eine *Umdeutung der Funktion der Privatrechtsgesetzgebung signalisieren:* Es ist nicht mehr das Gesetz, das der Praxis den Weg weist, sondern die Praxis (hier einschließend auch die Wissenschaft) geht voran, das Gesetz wird nachgezogen. Damit wird das Gesetz von einem *vor*schreibenden zu einem *be*schreibenden Institut; die imperative Funktion des Gesetzes wird durch eine *deskriptive* abgelöst. Der Wandel, der sich damit abzeichnet, ist in seiner Tragweite offenkundig noch nicht erkannt worden.

[116] Vgl. Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, 2 Bde., hg. vom Bundesminister der Justiz, Köln 1981 (Bundesanzeiger Verlagsges. m. b. H.) sowie eine Sammlung von Aufsätzen in: Neue Juristische Wochenschrift 1982, Heft 27, p. 2017 ff.

[117] Hier vor allem zu nennen die Sondertagung der Deutschen Zivilrechtslehrervereinigung (28./29. Januar 1983 in Stuttgart).

[118] Gutachten Bd. I, p. XII.

Der Plan, durch eine Gesetzesrevision Gesetz und Recht wieder in Deckung zu bringen, ist von der «klassischen» Gesetzgebungskonzeption her nicht zu rechtfertigen, da diese Gesetzgebung sich als Rechts*schöpfung*, nicht als Rechts*beschreibung* versteht [119].

Der Plan ist auch von seinen Zielen her nicht klar begründet: Soll die Revision gewährleisten, daß der *Informationsgehalt* des Gesetzes besser sei? So gesehen müßte entgegengehalten werden, daß das Gesetz die Informationsfunktion von jeher nur fragmentarisch erfüllte; die Informationsaufgabe wird von anderen Mitteln (Entscheidpublikationen, die abundant vorhandene deskriptive juristische Literatur) erfüllt. Oder soll die *«imperative Funktion»* des Gesetzes wiederhergestellt werden? Diese Absicht wäre illusorisch: Wenn schon der aktuelle Rechtszustand sich vom Gesetz entfernt hat, so könnte eine Anpassung des Gesetzes die Deckung von Gesetz und Recht höchstens vorübergehend wiederherstellen und vermöchte eine erneute Entfernung des gelebten Rechts vom Gesetz nicht zu verhindern. Vielleicht würde die «Anpassung des Gesetzes an den tatsächlichen Rechtszustand», obwohl nicht von der Absicht der Rechtsänderung geleitet, vielleicht doch diese Wirkung haben: Die Praxis, durch ein Spannungsverhältnis zwischen Gesetz einerseits, den Entwicklungstendenzen anderseits im heutigen Gleichgewicht gehalten, könnte durch ein Nachgeben des Gesetzes und damit Aufhebung dieses Spannungsverhältnisses in schnellere Bewegung gesetzt werden.

Die in Deutschland im Gange befindliche Diskussion beweist deutlicher als alles Bisherige, daß die klassische kontinentale Privatrechtsgesetzgebung im Grunde nicht das geleistet hat, was sie zu leisten versprach: Eine abschließende Regelung privatrechtlicher Verhältnisse zu geben. Das Recht ist stärker als das Gesetz. Es scheint nun zwecklos, zur Verschleierung dieses Sachverhaltes das Gesetz dem Recht anzupassen; das Gesetz würde damit zu einer «deklaratorischen» Größe gemacht, was auf die Dauer dem Respekt vor dem Gesetz als eines Ordnungsfaktors nicht nützen, sondern abträglich sein würde. Auch hier muß der Satz gelten, daß Gesetzesrevision als ein Akt der Gesetzgebung nur dort ihren Platz haben kann, wo eine Rechts*änderung* angestrebt wird; Gesetzgebung, die nicht die-

[119] Auch hier kann das Vergleichsmodell des englisch-amerikanischen Rechts zur Verdeutlichung dienen: Vgl. oben Anm. 110 (Anpassung des Uniform Commercial Code an die Rechtsentwicklung).

ses Ziel verfolgt, hat nicht nur keine Daseinsberechtigung, sondern stellt die Achtung vor dem Gesetz in Frage.

Unter großer historischer Perspektive erscheint es überhaupt als fraglich, ob Privatrechtsgesetzgebung im klassischen Verständnis eine Zukunft hat: So sehr einerseits die Erwartung besteht, daß Gesetzgebung im Bereich des öffentlichen Rechts weiterhin an Bedeutung zunehmen und im Bereich des ZGB oder Handelsrechts seine Bedeutung mehr oder weniger wahren wird, so ungewiß ist es, ob im Kernbereich des Privatrechts, dem allgemeinen Vertragsrecht – d. h. dort, wo weniger gesetzgeberischer Gestaltungswille als juristische Sachlogik das Feld beherrscht – Gesetzgebung ihren bisherigen Sinn wird behalten können. Vielleicht ist die Durchkodifizierung des allgemeinen Vertragsrechts, wie sie in Frankreich und Österreich zu Beginn, in der Schweiz und Deutschland am Ende des vorigen Jahrhunderts verwirklicht wurde, ein einmaliges Phänomen, dessen unschätzbare Vorteile (Auswahl zwischen verschiedenen traditionellen Lösungen, Befreiung von ungeliebter Tradition, Verwirklichung geschlossener Systeme oder wie man auch immer diese Vorteile umschreiben will) sich in der erst- und einmaligen Verwirklichung erschöpfen. Vielleicht ist hier Gesetzgebung wie geschehen in Grundsatzfragen heute und künftig weder möglich noch notwendig, sind die der Gesetzgebung überhaupt möglichen Leistungen ein für allemal erbracht. So gesehen wäre künftige Gesetzgebung verwiesen auf punktuelle Modifikationen in jenen Teilbereichen, in denen die Praxis allein den Weg nicht finden kann, vielmehr der gesetzgeberischen Entscheidung und Unterstützung bedarf. Wobei es zu den großen Aufgaben künftiger Theorie gehören würde, zu ermitteln, in welchen Bereichen Gesetzgebung bzw. Gesetzesänderung notwendig und hilfreich, in welchen Bereichen sie entbehrlich und ergebnislos ist.

III. Obligationenrecht und «soziale Verantwortung»

Wird eine Gesetzesrevision aus juristisch-intrasystematischen Gründen (d. h. dem Fehlen konkretisierter und auf breiten Konsens abgestützter Reformpostulate im Grundsätzlichen) abgelehnt, so bleibt doch die Frage gestellt, ob der Gesetzestext noch den heutigen Auffassungen *gesellschaftlicher Verantwortung* entspreche.

Vor allem in den Jahrzehnten der Nachkriegszeit mußten sich die Privatrechtskodifikationen gefallen lassen, am Puls gefühlt

und danach untersucht zu werden, ob sie in hinreichendem Maße «soziale Gesinnung» (was das auch immer heißen möge) verwirklichen würden. Die gegebenen Antworten zielten in der Richtung, daß der historische Gesetzgeber seine soziale Verantwortung verkannt habe; weniger wohlmeinende Beurteilungen liefen im Ergebnis darauf hinaus, den für die Gesetzgebung Verantwortlichen die egoistische Vertretung von Klasseninteressen anzulasten [120].

Mit derartigen Pauschalurteilen ist wenig anzufangen. Sie kranken daran, vom «Gesetz» als einer einheitlichen Größe auszugehen. Dabei kann die Forderung des «Sozialen» (als solche wiederum eine bis zur Sinnentlehrung verallgemeinernde Formulierung) nur an konkrete Anordnungen, und dies zudem nur in wenigen Teilbereichen des Gesetzes, gerichtet werden; als wichtigste Beispiele erscheinen das Arbeitsvertragsrecht und das Mietrecht.

Niemand wird bestreiten, daß in Bereichen wie dem «Dienstvertragsrecht» der Gesetzgeber seinerzeit Schutzpostulate, die heute als allgemein anerkannt und selbstverständlich gelten können, nicht verwirklicht, teilweise nicht einmal erkannt hat. Nachdem aber die Bereiche des Vertragsrechts, die diesen «sozialen Bezug» aufweisen, wiederholten tiefgreifenden Revisionen unterworfen worden sind und heute teilweise (z. B. das Arbeitsvertragsrecht) einen breit abgestützten Konsens gefunden haben oder (wie das Mietrecht) in erneute Revision gezogen sind und hier nicht zur Debatte stehen, bleibt für Kritik unter dem «sozialen Gesichtspunkt» kaum noch Raum; allgemeines Vertragsrecht (aber auch Kaufrecht, Werkvertrags- oder Auftragsrecht) oder Zessions- oder Bereicherungsrecht haben im eigentlichen Wortsinn keine «soziale Dimension». Dies folgt schon allein aufgrund der Tatsache, daß der Gesetzgeber nicht wissen kann, welche der Parteien (Offerent oder Akzeptant, Irrender oder Irrtumsgegner, Zedent oder Zessionar, Käufer oder Verkäufer, Mandant oder Mandatar, Gläubiger oder Schuldner usw.) die schwächere und schutzwürdigere ist; infolge der Abstraktheit der Rechtsregeln und damit der relativen Unbestimmtheit des zu ordnenden Sachverhaltes ist aus sachlo-

[120] Statt vieler Beispiele dieser pauschalierenden Kritik sei nur das genannte «Gutachten» (zit. Anm. 116) erwähnt, das als eines der Anliegen der Revision die Verstärkung des bis anhin *«vernachlässigten Sozialbezugs des Privatrechts»* anführt (Bd. I, p. XII); in dem hier untersuchten Bericht des allgemeinen Vertragsrechts kann ich jedoch keine konkreten Vorschläge in Richtung der «Verstärkung des Sozialbezugs» erkennen.

gischen Gründen eine «Parteinahme zugunsten des Schwächeren» ausgeschlossen [121]. In diesem Sinne gibt es in den genannten zentralen Bereichen des Vertragsrechts (oder Bereicherungsrechts, Zessionsrechts usw.) kein soziales, sondern nur *entweder gutes oder schlechtes* Recht. Die *«Güte»* des Rechts kann nur kasuell diskutiert werden; als allgemeine Gesichtspunkte lassen sich etwa herausstellen das Postulat, daß die Parteien ein differenziertes Spektrum privatautonomer Rechtsgestaltung haben, im Falle der Nichtkonformität der Erfüllung vertraglicher Absprachen ein angemessenes Szenario von Schutzbehelfen des Verletzten vorfinden und vor allem, daß der Gesetzgeber sie nicht – im Bereich der von der Rechtsordnung supplierten Regeln des dispositiven Rechts – mit Lösungen überrascht, die von ihnen nicht vorausgesehen und erwartet werden. Die Rücksichtnahme auf Schutzbedürftige kann nicht auf das «soziale Umfeld» der Parteien bezogen werden, sondern spielt nur gewissermaßen «intrasystematisch», d. h. innerhalb der schuldrechtlichen Regeln selbst, die nicht an kleine Schwächen unverhältnismäßige Rechtsfolgen (meist negativ i. S. des Verlustes von Anspruch und Rechtsschutz) knüpfen dürfen. In § 7 wurde unter dem Stichwort des «übertriebenen Rigorismus» versucht, in dieser Hinsicht «intrasystematische soziale Kritik» am gegenwärtigen Rechtszustand zu üben.

Die hier behauptete weitgehende Neutralität und Wertindifferenz des allgemeinen Vertragsrechts unter dem «sozialen Gesichtspunkt» findet ihre Bestätigung in der Tatsache, daß selbst im *Rechtskreis der sozialistischen Länder* soviel ersichtlich keine grundlegend anderen Vertragsmodelle entwickelt wurden. Zwar ist der Anwendungsbereich des Vertragsrechts kleiner, da die Wirtschaftsverfassung privatautonomer Regelung Privater wenig Raum läßt; wo indessen Vertragsrecht spielt, ist es vom hierzulande Gewohnten nicht grundlegend verschieden. Nichts vermag dies besser zu illustrieren als die Tatsache, daß die Wirtschafts- und Außenhandelsunternehmen von Ostblockländern nicht nur im Verkehr mit dem Westen bereit sind, den Vertragsbeziehungen das Recht westlicher Staaten zugrunde zu legen, sondern daß sogar in den Vertragsbeziehungen zwischen den Außenhandelsunternehmen zweier Ostblockländer die Wahl schweizerischen Rechts als Vertragsstatut (z. B. verbunden mit der Vereinbarung eines schweizerischen Schiedsgerichts) vorkommt.

[121] Weitere Ausführungen bei BUCHER, OR AT § 1/I.

Nun trifft es allerdings zu, daß im *Institut des Vertrags an sich* der Ansatz einer Gefährdung des Schwächeren gesehen werden kann, wobei hier weniger an den wirtschaftlich Schwächeren als an den hinsichtlich der Geschäftserfahrenheit Schwächeren zu denken ist: Die Beispiele der finanziell wie geistig wenig bemittelten, sprachunkundigen ausländischen Küchenhilfe, die zur Unterzeichnung eines Aussteuersparvertrages in hohen Summen, oder des durch Delikt Geschädigten, der zum Abschluß eines unangemessenen Vergleichs überredet wird. Bei voller Kenntnis derartiger Mißbrauchsmöglichkeiten und bei Anerkennung der Notwendigkeit, in derartigen Zusammenhängen so weit als möglich Schutz zu gewähren, wird man niemals deshalb die heutige vertragliche Privatautonomie als umfassende rechtsgeschäftliche Selbstverantwortung in Frage stellen wollen. Was ernsthaft (und in Zukunft vielleicht noch ernsthafter als bisher) erwogen werden muß, sind die Möglichkeiten der *Mißbrauchsverhinderung in Sondersituationen:* Die Regelung der Abzahlungs- und Vorauszahlungsverträge sowie des Kleinkredits durch Spezialgesetzgebung[122], sodann durch liberale Anwendung allgemeiner vertragsrechtlicher Behelfe. Unter diesen haben vorab Bedeutung die Vorschriften über die *Willensmängel* (Art. 23 ff. OR), die *Übervorteilung* (Art. 21 OR) sowie die *Generalklausel von Art. 27 ZGB,* mit welcher jedermann vor übermäßiger vertraglicher Bindung geschützt wird; für Rechtsfortbildung besteht in diesen Bereichen noch erheblicher Raum, wobei hier Fortschritt nur in Kleinarbeit an Detailproblemen erreicht werden kann[123].

[122] Solche besteht derzeit in Art. 226–228 OR und früher gestützt auf den Bundesbeschluß über Geld- und Kreditpolitik vom 19. 12. 1975; eine Neuregelung des ganzen Gebiets wird angestrebt durch das gegenwärtig in parlamentarischer Beratung stehende Konsumkreditgesetz.

[123] Der *Übervorteilungs-Tatbestand von Art. 21,* der hier auf den ersten Blick im Vordergrund zu stehen scheint, muß allerdings mit Vorsicht gehandhabt werden (vgl. auch den Hinweis zur Entstehungsgeschichte oben § 3/III bei Anm. 36). Es kann sich nicht darum handeln, materielle Vertragsgerechtigkeit zur allgemeinen Gültigkeitsvoraussetzung von Verträgen zu erheben oder eine «Preisgerechtigkeit» verwirklichen zu wollen, wie vereinzelt postuliert wird (vgl. Hinweise bei BUCHER, OR AT § 14/IV). Das Schwergewicht muß auf der *subjektiven Seite* (d. h. der durch Unerfahrenheit u. dgl. getrübten Willensbildung) liegen. Durch das Beispiel der Küchenhilfe wie auch anderer denkbarer Fälle der Verleitung Unerfahrener zu für sie sinnlosen Anschaffungen usw. wird überdies bewußt gemacht, daß selbst bei nicht zu beanstandender Wertäquivalenz in Extremfällen eine Anfechtung ermöglicht werden sollte, was mangels Fehlens des objektiven Elementes nicht über den traditionellen Übervorteilungstatbestand, sondern nur in Ausweitung der Willensmängel-Anfechtung erreicht werden könnte.

IV. Themen künftiger Grundlagendiskussion

Im Folgenden werden einige Themen skizziert, die im Bereich des allgemeinen Vertragsrechts (unter Ausschluß von spezielleren Sonderfragen) in der letzten Zeit besonderes Gewicht erlangt haben. Damit sollen unerachtet möglicher Änderung des Gesetzes einige Brennpunkte tatsächlicher oder doch wünschbarer rechtlicher Entwicklung signalisiert werden, dies in der Meinung, daß die Diskussion in genannten Fragen eine weitere Differenzierung bringen sollte.

– Die Figur der *culpa in contrahendo,* von JHERING 1861 geprägt, hat bereits im Gesetz in einigen Zusammenhängen ihre positivrechtliche Verwirklichung erfahren [124]; die Tragweite der die weiterhin denkbaren Tatbestände erfassenden Generalklausel (wie auch die Verjährungsfrage) bedarf weiterer Überlegung [125].

– Die Figur der *faktischen Vertragsverhältnisse,* von G. HAUPT 1941 in die wissenschaftliche Diskussion eingeführt, leistet Hilfe bei der Erfassung von Tatbeständen, die sachlogisch richtig nur nach vertraglichen Grundsätzen behandelt werden können, obgleich ein Vertragsschluß stricto sensu nicht vorliegt [126].

– *Vertragsänderung aufgrund von Willensmängeln oder bei Übervorteilung?* Im traditionellen Denkschema «Gültigkeit – Ungültigkeit» der Verträge hat der Gesetzgeber sowohl bei der Regelung der Willensmängel wie der Übervorteilung nur die Möglichkeit der Aufhebung des mangelbehafteten Vertrages, nicht jedoch dessen Abänderung i. S. der Anpassung an einen gesollten bzw. zulässigen Inhalt vorgesehen. Beim Übervorteilungstatbestand ist erkannt worden, daß damit der Zweck der Institution wenigstens teilweise vereitelt wird [127]; eine differen-

[124] OR Art. 26 und 39; Schadenersatzpflicht des fahrlässig Irrenden und des vollmachtlosen Stellvertreters. Weiterhin auch OR Art. 31/III und 36/II, Art. 54/I im Falle, daß nach neuerer Praxis, BGE 102 II 228, die Haftung der Urteilsunfähigen auch auf den Abschluß (ungültiger) Verträge angewendet wird.

[125] Weitere Hinweise bei BUCHER, OR AT § 17.

[126] Weitere Hinweise bei BUCHER, OR AT § 16; DERSELBE Kommentar ZGB 17/18 N. 112, 176 ff., 202. In Deutschland wegleitend der sog. Parkplatzentscheid, BGHZ Bd. 20, p. 319 ff.

[127] Vgl. dazu E. STARK, Die Übervorteilung (Art. 21 OR) im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: Festgabe der schweiz. Rechtsfakultäten zur Hundertjahrfeier des Bundesgerichts, Basel 1975, p. 377–398, bes. p. 393 ff. mit Hinweisen; BUCHER, OR AT § 14/IV/2.

zierende Lösung muß erst noch erarbeitet werden. Das Gleiche läßt sich aber auch für die (mit der Übervorteilung verwandten) Willensmängeltatbestände sagen in jenen Fällen, in denen (insbesondere nach teilweiser Abwicklung) den Parteien eine Rückgängigmachung des vom Konsensmangel behafteten Vertrages nicht zuzumuten ist. Im Falle von «Täuschung» und «Furcht» sieht das Gesetz (Art. 31/III) die Möglichkeit einer Schadenersatzforderung unerachtet der Aufrechterhaltung des Vertrages vor, was im praktischen Ergebnis zu einer Preisanpassung zugunsten des Betroffenen führt. Zu erwägen ist eine Ausweitung dieser Lösung auf die (praktisch wichtigeren) übrigen Willensmängeltatbestände, wobei dieser die traditionelle Funktion der Willensmängelanfechtung ausweitende grundlegende Schritt (nicht mehr bloß Aufhebung eines nicht richtig geschlossenen Vertrages, sondern Herstellung eines Vertrages «so wie er hätte geschlossen werden sollen») gründlich erwogen werden muß[128].

– Die Theorie von der *Geschäftsgrundlage* wie auch jener der *clausula rebus sic stantibus* wird weiterhin Doktrin und allenfalls Praxis beschäftigen; eine über die heute gegebenen Generalklauseln (ZGB Art. 2, OR Art. 24 Ziff. 4) positivrechtliche Verankerung ist vorläufig allerdings kaum denkbar.

– Die *Allgemeinen Geschäftsbedingungen,* die von einer oder auch beiden Parteien vorgeschlagen und zum Vertragsinhalt erhoben werden können, geben zunehmend Probleme auf, die in Deutschland 1976 und in Österreich 1979 zum Erlaß von «AGB-Gesetzen» geführt haben. In der Schweiz hat die wissenschaftliche Diskussion eingesetzt; möglicherweise wird sich auch der Juristentag mit diesem Gegenstand befassen wollen.

– Das *Stellvertretungsrecht* (Art. 32 ff.) ist im Gegensatz zur handelsrechtlichen Vertretung (Art. 458 ff.) und zur organschaftlichen Vertretung juristischer Personen «voluntaristisch», d. h. auf den Willen des Vollmachtgebers, vertreten zu werden, ausgerichtet, während der Schutz des Drittkontrahenten zurücktritt. In welchem Umfang hier die Verkehrssicherheit vermehrt verwirklicht werden kann (Anerkennung von «Anscheinsvollmacht» u. dgl.), ist künftiger Diskussion anheimge-

[128] Eine derartige Lösung ist im Zusammenhang der Figur der *«faktischen Vertragsverhältnisse»* zu sehen (Annahme bestimmter vertraglicher Wirkungen trotz Fehlens des entsprechenden Vertrages) wie auch – wenn Preisanpassung in Frage steht – mit Haftung aus *culpa in contrahendo*. Vgl. in diesem Zusammenhang BGE 101 I a 432 und 90 II 455 E. 4.

geben; jedenfalls kann die Lösung nicht darin bestehen, zivilrechtliche Vertretung kurzerhand mit handelsrechtlicher Vertretung unkritisch zu vermischen, wie derzeit eine Tendenz besteht[129].

– *«Vertrag mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter»* wie auch *«Drittschadensliquidation»* (letztere bezogen auf vertragliche Schadenersatzansprüche). Es geht um die Ersatzpflicht des nicht richtig erfüllenden Teils für Schaden, der nicht dem Vertragspartner, sondern einem diesem verbundenen Dritten entstanden ist; im ersten Fall (Vertrag mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter) macht der betroffene Dritte den Schaden selber geltend (Beispiel des Hausgenossen, der den Schaden, verursacht im Rahmen einer Dachreparatur durch herunterfallende Ziegel, nach Vertragsgrundsätzen geltend machen will), im zweiten Fall (Drittschadensliquidation) erhebt der Vertragspartner (meist für Rechnung des Dritten) diese Ansprüche (Beispiel des Kommissionärs mit Bezug auf den dem Kommittenten aus Nichterfüllung entstandenen Schaden). Die Zulässigkeit dieser beiden Behelfe ist in Deutschland, wo erhebliche Literatur zu der Frage besteht, umstritten[130]; es sollte in der Schweiz eine beide Fragen zusammenfassende Betrachtung einsetzen (dabei unter Beschränkung der Drittschadensliquidation auf den vertraglichen Bereich).

– Das gesamte Vertragsrecht des Allgemeinen Teils ist vorab auf *punktuell* wirkende, in beschränkter Zeitspanne abzuwikkelnde Verträge (mit dem Kaufvertrag als maßgeblichem Modell) ausgerichtet, während *Dauerschuldverhältnisse* einschließlich der Sukzessivlieferungsverträge und verwandter Erscheinungen sowie die Frage der «ewigen» (zeitlich nicht begrenzten unkündbaren) Verträge, die fortwährend an Bedeutung gewinnen, nicht in gleichem Maß eine adäquate Regelung gefunden haben (Behelfe im Falle der Nichterfüllung, Frage der aktiven und passiven Vererblichkeit, zulässige Dauer der Bindung usw.).

Die vorstehende Zusammenstellung kann nicht erschöpfend sein wollen; zusätzliche Themen wären etwa die Figur der *«positiven Vertragsverletzung»* oder des *«stellvertretenden Commodums»*. Diesen wie den vorstehend genannten Problemkrei-

[129] Vgl. dazu auch BUCHER, OR AT § 33/VI.

[130] Zur Drittschadensliquidation vgl. den Entscheid in SJZ 1980, p. 194/5 mit Literaturhinweisen; zum Vertrag mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter BUCHER, OR AT § 26/IV.

sen ist gemeinsam, daß Wissenschaft und Praxis wie bis heute auch weiterhin aufgerufen sind, Lösungen zu entwickeln und den Weg zu weisen; eine Regelung durch gesetzliche Sondernorm jedoch entweder überhaupt oder doch zur Zeit mangels Festigkeit der Konturen nicht in Betracht fällt, dies vielleicht mit Ausnahme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, zu denen gesetzgeberische Erfahrungen zweier Nachbarländer vorliegen.

V. Liste von Vorschlägen von Detail-Änderungen

Aus Anlaß des Zentenariums dürfen Änderungswünsche in Nebensächlichkeiten zu Protokoll gegeben werden; die folgende Auflistung (die keinen Anspruch auf Vollständigkeit erhebt und zwangsläufig subjektiv gefärbt ist) soll illustrieren, daß die heute geltend zu machenden Änderungswünsche von vergleichsweise untergeordneter Bedeutung sind[131]. Daß sie nicht zu einem Reformpostulat erhoben werden, hängt damit zusammen, daß die gemachten Vorschläge nicht beanspruchen können, ausdiskutiert zu sein und einen breiteren Konsens zu besitzen.

– *Art. 10* (Rückbezug der Vertragswirkungen auf den Zeitpunkt der Versendung der Annahmeerklärung) kann ersatzlos gestrichen werden; die praktisch wenig bedeutsame Regel steht in sachlogischem Widerspruch zu Art. 9 (Möglichkeit des Widerrufs von Offerte oder Akzept durch überholende Erklärung) und war wohl von jeher bloß eine Konzession an theoretische Konzepte der Konsensbildung[132].

– *Art. 13;* neben das Erfordernis handschriftlicher Unterzeichnung bei vorgeschriebener Schriftform sollten Sonderbestimmungen bei Verwendung moderner Übermittlungsformen (Telegraph, Telex usw.) treten.

– *Art. 23ff.;* die Einjahresfrist zur Geltendmachung des Willensmangels (Art. 31/I) sollte evtl. verkürzt, jedenfalls durch eine Frist absoluter Verwirkung (z. B. 2 Jahre ab Vertragsschluß) ergänzt werden.

– *Art. 21* (Übervorteilung). Differenzierung der Regelung, insbesondere unter Einführung der Sanktion der Preisanpassung[133].

[131] Vgl. aber die im Vorangehenden formulierten Vorbehalte von weitergehender Bedeutung, insbes. oben § 3 (zu den in der Revision von 1911 in die Kodifikation eingebrachten Mängeln) und § 7 («Rigorismus»).

[132] Vgl. dazu BUCHER, OR AT § 10/VII.

[133] Vgl. dazu auch BUCHER, OR AT § 14 und oben bei Anm. 127.

– *Art. 22* betr. Vorverträge wäre zu ergänzen durch einen weiteren Absatz etwa in folgendem Sinn: «Eine Klage auf Abschluß des Hauptvertrages ist nur dann möglich, wenn dies dem erkennbaren Willen der Parteien des Vorvertrages entspricht» [134].

– *Art. 39*. Evtl. Einführung der Möglichkeit, daß der vollmachtlose Stellvertreter durch Erfüllung des geschlossenen Vertrages sich befreit (analog BGB § 179/I).

– *Art. 67* (Einjährige Verjährungsfrist bei der Kondiktion) wäre ersatzlos zu streichen i. S. der Wiederherstellung der vor der Revision von 1911 bestehenden Rechtslage (vgl. dazu oben § 3/II/b und Anm. 25–28, § 7/I/1 und Anm. 92).

– *Art. 84/II:* Bei Bezahlung in Landesmünze statt in fremder Währung wäre anstelle der Umrechnung zum «Werte der Verfallzeit» der Zeitpunkt der Zahlung als maßgeblich zu erklären.

– *Art. 107:* Die dem Gläubiger bei Schuldnerverzug zustehenden Behelfe wären einfacher zu gestalten (und überdies nicht auf «synallagmatische» Verträge zu beschränken); vgl. dazu oben § 3/II/2/c und Anm. 29–31.

– *Art. 111:* Neufassung des sinnlosen Marginales «Vertrag zulasten eines Dritten» (z. B. «Vertrag auf Leistung eines Dritten»).

– *Art. 119:* Wiederherstellung des vor der Revision 1911 bestehenden Zustandes, daß bei nachträglicher Unmöglichkeit nicht nach Bereicherungsgrundsätzen, sondern «die bereits empfangene Gegenleistung» herauszugeben ist. Darüber hinaus ist zu bedenken, daß die Regel von Art. 119/I keinen echten normativen Gehalt aufweist, sondern überholtem System- und Begriffsdenken verhaftet ist (Frage nach den Endigungsgründen der Obligation, «impossibilium nulla obligato»-Regel), daher ersatzlos gestrichen werden könnte.

– *Art. 127ff.:* Zum Verjährungsrecht vgl. die Bemerkungen oben § 7/I/1, II/1.

– *Art. 143:* Solidarität sollte evtl. auch ohne explizite Vertragsklausel eintreten, wenn mehrere Vertragspartner sich gleichzeitig verpflichten [135].

[134] Zur Begründung vgl. BUCHER, Die verschiedenen Bedeutungsstufen des Vorvertrages, in: Berner Festgabe zum Schweiz. Juristentag 1979, p. 169–195; weiterhin oben § 3/II/2/d bei Anm. 32 und 32a.

[135] Vgl. BGB § 427 und BUCHER, OR AT § 27/II/2.

– *Art. 152/III:* Beseitigung oder Neufassung dieser in der Revision von 1911 eingeführten mißverständlichen und fragwürdigen Regel[136].

– *Art. 158/II,* wonach eine bei Vertragsschluß geleistete Zahlung als «Draufgeld» gilt, d.h. nicht auf die vertragliche Leistung anzurechnen ist, entspricht nicht mehr der meist geltenden Meinung der Parteien und sollte daher ins Gegenteil gewendet werden.

VI. Niedergang des Vertragsrechts?

Eine in vergangenen Jahren immer wieder gehörte Meinung geht dahin, daß Vertragsfreiheit und Vertragsrecht gewissermaßen dem Untergang geweiht seien und entweder durch das öffentliche Recht zurückgedrängt oder durch standardisierte Vertragsklauseln usw. ausgehöhlt werden. Es macht gar das Wort vom «Tod des Vertrags» die Runde[137].

Auch wenn es zutrifft, daß der von den Parteien frei ausgehandelte Vertrag das Feld nicht mehr in dem Maße beherrscht, wie dies zu anderen Zeiten der Fall gewesen sein mag, daß vielmehr staatliche Vorschriften die Vertragsgestaltung beeinflussen oder – insbesondere im Konsumbereich – das vom einen Partner bereitgestellte Vertragsmodell vom Gegner undiskutiert akzeptiert werden muß: Selbst diese atypischen Erscheinungen können nicht aus sich selbst heraus, sondern nur wiederum von einem allgemeinen Vertragsrecht her erfaßt werden. Darüber hinaus ist festzustellen, daß der individuell und frei ausgehandelte Vertrag immer noch ein weites Feld beherrscht und insbesondere die wichtigen Vorgänge der Wirtschaft bestimmt.

Will man schon aus historischer Perspektive die Bedeutung des Instituts des Vertrages würdigen, gelangt man umgekehrt zur Feststellung, daß dessen Funktionen in den vergangenen Jahrhunderten an Gewicht gewaltig zugenommen haben und wohl auch heute immer noch zunehmen. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf das Konkurrenzverhältnis, in welchem das

[136] Vgl. dazu BUCHER, OR AT § 28/II/1/b und Anm. 26a sowie oben Anm. 23.

[137] Der Titel des in den USA vielbeachteten Buches von G. GILMORE, The Death of Contract (1. Aufl. 1974, seither weitere; Columbus/Ohio 1978) hat dabei das zügige Stichwort geliefert. Dabei beschäftigt diesen Autor nicht der Niedergang der Möglichkeiten privatautonomer Vertragsgestaltung, sondern eher das sich nach seiner Auffassung in den USA zunehmend als brüchig erweisende System vertragsrechtlicher Regeln.

Schuldrecht traditionellerweise zum Sachenrecht steht: Während früher das Vertragsrecht gewissermaßen bloß eine Fußnote zum Sachenrecht darstellte [138], ist in unserer Zeit das dynamische Vertragsrecht gegenüber den statischen sachenrechtlichen Beziehungen an Bedeutung in ständigem Vormarsch [139].

Die relative «Modernität» wenn nicht des Vertragsrechts an sich so doch dessen Anwendung auf immer weitere Sachbereiche ist geradezu die Erklärung dessen heutiger Situation: Die Fragen, die als die heikelsten empfunden werden und die Bereiche, in denen das heutige Vertragsrecht den aktuellen Gegebenheiten am wenigsten gerecht wird, sind jene, die in jüngerer Vergangenheit erst zur heutigen Bedeutung gelangt sind und wo dementsprechend nicht auf den Erfahrungsschatz einer langen Rechtstradition zurückgegriffen werden kann; dies gilt z. B. für das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen gleichermaßen wie für Lieferungs- oder Kooperationsverträge und dgl. von langer bzw. unbefristeter Dauer.

VII. Ausblick: Gewinnung einer neuen Beziehung zur Kodifikation als Aufgabe des zweiten Jahrhunderts ihrer Geltung

1. Der Kampf um Verbesserung des Rechts ist jeder Zeit zur Aufgabe gemacht. Ist uns Heutigen eine Neugestaltung des Gesetzes verwehrt, sind die anzustrebenden Verbesserungen durch Überdenken unseres Verhältnisses zum Gesetz zu suchen; kann schon das Gesetz nicht geändert werden, darf sich doch ihm gegenüber unsere Haltung wandeln. Praktisch bedeu-

[138] Vgl. in diesem Zusammenhang insbesondere den französischen *Code Civil,* der, vom Gegensatz zwischen «ius ad personas» bzw. «ius ad res pertinens» bestimmt, das gesamte Vertragsrecht im dritten Buch «Des différentes manières dont on acquiert la propriété» einordnet und damit als Instrument der (sachenrechtlichen) Eigentumserwerbs- bzw. -übertragungsordnung versteht, obwohl die Vorstellung beim *Mandat* (art. 1984–2010), beim *Cautionnement* (art. 2011–2043), bei der *Transaction* (art. 2044–2058) und anderen Vertragstypen offenkundig nicht paßt.

[139] Diese Erscheinung wird weltweit angetroffen. Bereits vor hundert Jahren konnte WILLIAM R. ANSON in seiner klassischen Darstellung des englischen Vertragsrechts einleitend die gewachsene Bedeutung des Vertragsrechts mit dem Hinweis illustrieren, daß in den «Commentaries» von BLACKSTONE (1756) dem Vertragsrecht bloß 28 Seiten gewidmet waren gegenüber 380 Seiten des Grundeigentumsrechts. Seit ANSON ist die Entwicklung nicht rückläufig geworden, sondern wohl noch weiter in derselben Richtung fortgeschritten.

tet diese Forderung, daß die aufgrund des gegebenen Textes täglich praktizierten rechtlichen Resultate mehr als bisher einer kritischen, d. h. materiell bewertenden Überprüfung ausgesetzt werden. Es mochte im ersten Jahrhundert des Bestehens der Kodifikation angemessen sein, die rechtliche Argumentation nach der Frage auszurichten: «Was will das Gesetz?» oder «Was wollte der Gesetzgeber?» Nach hundertjähriger Gesetzesherrschaft dürfte die Frage nun eigentlich lauten: «Ist das Recht, so wie wir es derzeit aus dem Gesetz ableiten, auch sachlich angemessen, gut, richtig?»

2. Es ist hier der Ort, noch einmal auf die jeder Durchkodifizierung des Rechts innewohnenden Gefahren hinzuweisen. Es sind dies nicht bloß die Gefahren der Isolierung in Raum und Zeit (oben § 8); der Akt der Gesetzgebung schneidet auch die sachliche Bewertung ab. Das Gesetz, das nach außen alleinige Verkörperung des Rechts und einzige Rechtserkenntnisquelle zu sein vorgibt, identifiziert Recht mit Gesetz und unterbindet damit eine wertende Überprüfung der einzelnen abzuleitenden Resultate. Der Erlaß jeglichen Gesetzes schafft die Gefahr, daß *ob des Gesetzes das Recht vergessen wird.*

Es ist folgerichtig, daß in der ersten Zeit der Geltung eines Gesetzes der Wille nach dessen richtiger Anwendung an oberster Stelle steht. Je länger aber das Gesetz lebt, um so eher wird sich die *ursprüngliche Frage* wiederum in den Vordergrund schieben, die Frage *nach dem sachlich angemessenen Resultat.* Auch Gesetze machen im Laufe ihres Lebens Wandlungen durch. Wie der Aussagegehalt eines Gesetzes infolge der durch Wissenschaft und Praxis beigesteuerten Präzisierungen mit Zeitablauf wächst, muß hier umgekehrt konstatiert werden, daß der «Legitimationsgehalt» eines Gesetzes mit der Zeit abnimmt; je länger dieses gilt, um so weniger vermag eine Entscheidung allein mit dem Hinweis hinreichend begründet werden, daß sie dem angeblichen Willen des seinerzeitigen Gesetzgebers entspreche.

3. Die hier aufgestellte *Forderung größerer Freiheit* von Wissenschaft und Praxis gegenüber dem Gesetzestext bedarf künftig ihrerseits zusätzlicher methodenkritischer Überlegung. Hier sei lediglich festgehalten, daß keine fundamentale Neuorientierung, sondern viel eher eine breitere Anwendung bereits heute herausgenommener Freiheit gegenüber dem Gesetz vorgeschlagen wird. Die Praxis hat sich in wesentlichen Punkten bereits bisher immer wieder in Gegensatz zum Gesetzestext und insbesondere in Gegensatz zu den Vorstellungen des histo-

rischen Gesetzgebers gestellt. Als Beispiele können hier genannt werden die konkurrierende Anwendung von Art. 97 ff. neben Art. 197 ff., d. h. also der Anwendung des Schadenersatzrechts nach allgemeinen Vertragsprinzipien neben den kaufrechtlichen Sondervorschriften, welche Schadenersatzansprüche nur in den Fällen der Entwehrung und Wandelung vorsehen und diesen verhältnismäßig enge Grenzen ziehen. Die Praxis hat i. S. einer eigentlichen Gesetzeskorrektur eine eigenständige Lösung entwickelt, die einerseits die Schadenersatzansprüche des Käufers i. S. der Regeln des allgemeinen Vertragsrechts ausweitet, anderseits kaufrechtliche Anspruchsvoraussetzungen (Mängelrüge) bzw. Schranken (Verwirkung bzw. Verjährung nach Art. 210) auf diese überträgt[140]. Im Bereich des Rechts der *Genugtuung* hat das Bundesgericht auf Art. 47 gestützte Genugtuungsansprüche im Bereich der verschuldensunabhängigen Haftung (insbes. Art. 54–58 und Spezialgesetzgebung) auch ohne Vorliegen eines Verschuldens zuerkannt. OFTINGER hatte wohl recht, wenn er früher diese Praxis als in Widerspruch zu den Intentionen des historischen Gesetzgebers wie zu dem Gesetzestext stehend bezeichnete; die bundesgerichtliche Praxis ist jedoch aus sachlichen Gründen zu begrüßen und wird heute weitgehend akzeptiert, wie auch neuere Spezialgesetzgebung diese Linie weiterführt[141]. Die Liste der billigenswerten und mehr oder weniger eingestandenen «Verstöße gegen das Gesetz» ließe sich wohl verlängern. Uns interessiert hier nur der ganz grundlegende Gesichtspunkt: Wenn Verstöße hier möglich sind, sind sie offenkundig auch an anderem Ort nicht ausgeschlossen. Entweder besteht Freiheit gegenüber dem Gesetz, oder sie besteht nicht; kann ein Abweichen vom Gesetz das eine Mal durch überzeugende sachliche Gesichtspunkte gerechtfertigt werden, so muß es in allen vergleichbaren Fällen

[140] Vgl. die Darstellung bei CAVIN, Schweiz. Privatrecht, Bd. VII/1, p. 109 ff. mit Hinweisen; aus den BGE z. B. 82 II 139 E. 3. – Gegen diese Praxis läßt sich mancherlei einwenden, insbesondere, daß es widersprüchlich ist, beim Stückkauf die Sacheigenschaften zur Leistungspflicht des Verkäufers zu erheben (was erst Schadenersatz wegen Nichterfüllung bei Fehlqualität rechtfertigt). Aber so logisch denken die Parteien nicht; die (in der heutigen Schweizer Praxis allerdings allzu leicht als vorliegend angenommene) Zusicherung einer Eigenschaft hat ein Element einer Erfolgsgarantie, welches die bundesgerichtliche Praxis zu rechtfertigen vermag. Vgl. auch BUCHER, OR BT § 4/VII.

[141] Vgl. dazu OFTINGER, Schweiz. Haftpflichtrecht, Bd. I, 2. Aufl., Zürich 1958, p. 262; in der 4. Aufl. (1975) p. 295 wird vom früheren Standpunkt abgerückt.

zulässig sein; umgekehrt gesehen läßt sich aber auch sagen, daß angesichts dieser Freiheit die bloße Berufung auf den Gesetzestext mindestens in jenen Fällen nicht mehr hinreichende Begründung eines Entscheids ist, wenn sich für die Gegenauffassung überzeugende Sachargumente anführen lassen.

Die hier für das zweite Jahrhundert des Lebens des Gesetzes geforderte freiere Auffassung soll natürlich nicht als gänzliche Befreiung von der Bindung an das Gesetz, sondern nur als deren Relativierung verstanden werden; die Entscheidung wird sich als Resultate verschiedener Kräftelinien ergeben, deren eine das Ausmaß der Eindeutigkeit der gesetzlichen Aussage, eine andere das Gewicht der sich gegen das Gesetz stellenden Sachargumente darstellt. So wird es auch in Zukunft nicht möglich sein, im Gesetz statuierte Verjährungsfristen zu verlängern oder vom Erfordernis der Mängelrüge bei Kauf oder Werkvertrag gänzlich zu dispensieren. Was indessen auch ohne Gesetzesänderung möglich ist, wäre eine veränderte Handhabung der Institute in sämtlichen Zweifelsfällen: Entscheidung für die längere unter mehreren konkurrierenden Fristen, möglichst späte Ansetzung des Beginns des Fristenlaufs, großzügige Deutung der Unterbrechungstatbestände usw. Diese Beispiele nur zur Illustration des postulierten Freiheitsbereiches und im Bewußtsein, daß die oben § 7 vertretene Sicht vielleicht nicht auf breitere Zustimmung rechnen kann. Immerhin liefert die Frage der Gültigkeit des *Verzichts auf die Verjährungseinrede* ein schlagendes Beispiel: Mit der in BGE 99 II 188 vertretenen Auffassung von Art. 129 (dazu oben § 7/II und Anm. 95) vermag wohl die größte Verjährungsfreundlichkeit nicht zu versöhnen; es bietet sich eine lange Reihe von Begründungen an, um eine nach Beginn des Laufs einer Verjährungsfrist abgegebene Verzichterklärung wenigstens bis zum Umfang der ursprünglichen Frist wirksam sein zu lassen. Als weitere Beispiele ließen sich nennen eine Umdeutung von Art. 13/1 i. S. eines *partiellen Verzichts auf die handschriftliche Unterzeichnung* bei der Schriftform unterworfenen Rechtsgeschäften, wenn der Erklärungswille bei gegebener Situation aus anderen Elementen abgeleitet werden kann bzw. unbestritten ist (z. B. bei einer Erklärung per Telex). I. S. einer bewußt über das Gesetz hinausschreitenden Rechtsfortbildung dürfte wohl beim Stückkauf unter vorsichtig zu definierenden Voraussetzungen ein *Mangelbehebungsanspruch* des Käufers bzw. ein Anspruch des Verkäufers, sich durch Mangelbehebung der Wandelung oder Minderung zu entschlagen, entwickelt werden, wie er beim Verkauf

technisch produzierter Güter angemessen (und im übrigen der Annahme einer Schadenersatzpflicht nach Art. 97 ff. konform) wäre. Auch die übrigen der oben in Ziff. IV und V genannten Problemkreise können weitgehend durch Evolution von Wissenschaft und Praxis einer sachgerechten Lösung zugeführt werden.

4. Der Eintritt des Gesetzes ins zweite Lebensjahrhundert ist Anlaß, sich darauf zu besinnen, daß das Recht nicht eine unveränderliche, statische Größe, sondern vielmehr etwas Lebendiges, in steter Weiterbildung Begriffenes ist. Wird das Gesetz als derzeit unveränderlich aufgefaßt, heißt dies, daß diese Weiterbildung des Rechts nur durch eine gewisse *Abstandnahme vom Gesetz* möglich ist. Damit wird verlangt Wiederanknüpfen an die Tradition wie vermehrte Berücksichtigung der Entwicklungen im Ausland, vor allem aber verstärkte kritische Bewertung der Resultate und Berücksichtigung sachlogischer Gesichtspunkte. Unvermeidlich ist es, in gewissem Sinne den Geltungsanspruch des Gesetzes zu relativieren: Dieses ist nicht einem erst gestern ergangenen Gesetzeserlaß gleichzustellen, sondern viel eher als historisches Monument zu betrachten, das vor hundert Jahren errichtet wurde und seither unser Schuldrecht von Grund auf gestaltet hat, ohne dasselbe aber ein für allemal und abschließend festschreiben zu wollen. Nur mit einer derartigen Sicht der Kodifikation kann einer Erstarrung des Rechts vorgebeugt und diesem die Überzeugungskraft für kommende Generationen bewahrt werden.

§ 10 Zusammenfassende Thesen

1.

Der Erlaß des Schweizerischen Obligationenrechts markiert den ersten Schritt der Schaffung eidgenössisch vereinheitlichten Rechts; dies ist Anlaß, über die Bedeutung des Aktes der Kodifizierung des Privatrechts wie über unser Verhältnis zur Kodifikation nachzudenken.

2.

Insgesamt muß der Akt der Kodifikation als überaus geglückte, für das Rechtsleben der Schweiz historisch wichtige Tat gelten. Äußere Umstände haben das Gelingen begünstigt und insbesondere zweckmäßige Grundsatzentscheidungen (Verzicht auf die Scheidung von Zivil- und Handelsrecht, Verzicht auf einen «Allgemeinen Teil» mit Rechtsgeschäftsnormierung) ausgelöst. Es wurde auf Anhieb der richtige Gesetzgebungsstil getroffen, der auf lange Zeit wegleitend blieb und noch heute als Vorbild dienen könnte (§ 2).

3.

Die im Jahre 1911 verabschiedete Revision der Art. 1 bis 551 hat zwar wertvolle Neuerungen gebracht, kann aber nicht als durchwegs gut gelungen gelten. Besonders jene Textneugestaltungen, die nicht von einem klaren Willen der Rechtsänderung veranlaßt waren, sollen kritisch gelesen werden; der ursprüngliche Text ist manchenorts neben dem revidierten Text mitzuberücksichtigen (§ 3).

4.

Doktrin und Praxis sollen nicht als Gegensätze, sondern als verschiedene Erscheinungsformen derselben Sache, d. h. der argumentativen Bewältigung des Rechts, verstanden werden. Eine Präjudizienbindung im eigentlichen Sinn (so wie sie insbesondere im englischsprachigen Raum besteht) hat in der Schweiz (wie überhaupt in der kontinentalen Tradition) keinen Raum. Unser Recht muß wesensmäßig als Wissenschaftsrecht verstanden werden, d. h. als eine Rechtsordnung, in welcher der Wissenschaft (welche ihrerseits die Argumentation der Praxis einschließt) die Führungsrolle zukommt(§ 5).

5.

Im allgemeinen ist die Wissenschaft und Praxis der Kodifikation gerecht geworden; immerhin war auf einige Problempunkte hinzuweisen: Insbesondere das Verkennen der Vertragstypenfreiheit, die Überbetonung des «objektiven» Vertragsverständnisses und schließlich das mit besonders vielen Mißverständnissen belastete Bereicherungsrecht (§ 6).

6.

Es wurde eine das OR vor allen anderen Kodifikationen auszeichnende (hier «Rigorismus» genannte) Besonderheit kritisch hervorgehoben, derzufolge an die Vigilanz der Rechtswahrung übersteigerte Anforderungen gestellt werden (besonders strenge Verjährung, Rügepflicht bei Kauf und Werkvertrag), welche Besonderheit – in der Praxis durch chargierende Überhöhung noch verstärkt – je länger je mehr in Widerspruch gelangt zu den sonst herrschenden Tendenzen des Schutzes des Konsumenten, des taktisch Benachteiligten usw. (§ 7).

7.

Schließlich sind die durch den Akt der Gesetzgebung geschaffenen Gefahren zu erkennen: Isolierung des Rechts in räumlicher und zeitlicher Hinsicht, d. h. Verlust der Verbindung mit der Rechtskultur eines größeren Raumes wie Verlust der Verwurzelung in der Rechtstradition (§ 8).

8.

Eine größer angelegte Revision des Gesetzes scheidet aus, und zwar schon deshalb, weil derzeit in grundlegenden Fragen keine wissenschaftlich vorbereiteten Reformpostulate zu erkennen sind. Der immer wieder gehörte Vorwurf «fehlender sozialer Verantwortung» ist in den hier behandelten Bereichen gegenstandslos und wird nicht durch konkrete Reformvorschläge konkretisiert. In verschiedenen grundlegenden oder auch mehr nebensächlichen Fragen wird die Rechtslage durch wissenschaftliche Diskussion verfeinert werden können; Gesetzesänderung fällt nur in zweiter Linie in Betracht. Das Instrument des Vertrags hat nicht schwindende, sondern zunehmende Bedeutung. Im zweiten Jahrhundert der Geltung des Gesetzes ist eine freiere Haltung diesem gegenüber geboten, soll nicht das Recht erstarren und seine Überzeugungskraft einbüßen (§ 9).

Prof. Dr. Eugen Bucher
Falkenplatz 18
CH-3012 Bern