

**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:** 130 (2011)

**Artikel:** 100 Jahre Schweizerisches Obligationenrecht

**Autor:** Honsell, Heinrich

**DOI:** <https://doi.org/10.5169/seals-895808>

### **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:** 12.01.2026

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

# 100 Jahre Schweizerisches Obligationenrecht

HEINRICH HONSELL<sup>\*</sup>

---

<sup>\*</sup> Dr. iur., em. Professor für Schweizerisches und Europäisches Privatrecht an der Universität Zürich, Honorarprofessor für Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität Salzburg.





## Inhaltsverzeichnis

A.	Einleitung. Geschichte der Kodifikation . . . . .	9
I.	Geschichte der Kodifikation . . . . .	9
II.	Neuerungen im OR von 1911 . . . . .	11
III.	Der Einfluss auf ausländische Kodifikationen . . . . .	15
B.	Allgemeine Charakterisierung des OR . . . . .	16
I.	Das System des Code unique . . . . .	16
II.	Einfachheit. Stil und Sprache . . . . .	17
III.	Elastizität und Flexibilität . . . . .	18
IV.	Systematik . . . . .	19
V.	Abstraktion, Vor- und Nachteile . . . . .	20
C.	Die Entwicklung des OR im 20. Jahrhundert . . . . .	21
I.	Überblick . . . . .	21
II.	Die Zurückdrängung der Privatautonomie . . . . .	23
III.	Sozialer Schutz am Beispiel des Mietrechts . . . . .	26
IV.	Das OR und seine Gefährdung durch nationale, globale und europäische Vorgaben . . . . .	27
D.	Konsumentenschutz . . . . .	36
I.	Konsumentenschutz . . . . .	36
II.	Konsumkreditgesetz . . . . .	38
III.	Verbraucherschuldung . . . . .	39
IV.	Allgemeine Geschäftsbedingungen und einseitige Vertragsklauseln . . . . .	40
V.	Preiskontrolle . . . . .	41
E.	Privatautonomie und Antidiskriminierung . . . . .	42
I.	Gleichbehandlung von Frau und Mann . . . . .	42
II.	Weitere Diskriminierungsverbote . . . . .	44
F.	Die Wiederkehr des Strafgedankens im Privatrecht . . . . .	47
I.	Punitive damages. Pönale Argumente . . . . .	47
II.	Strafe und Prävention im europäischen Zivilrecht . . . . .	50
III.	Der Strafgedanke im Schweizer Privatrecht . . . . .	51
G.	Römische Elemente und historische Irrtümer . . . . .	53
I.	Römische Grundlagen und Elemente . . . . .	53
II.	Fehler durch Abstraktion und historische Irrtümer . . . . .	56
	1. Der normative Konsens . . . . .	57
	2. Der Widerruf des Auftrags . . . . .	61
	3. Die Wandlung trotz Sachuntergangs . . . . .	61
	4. Ungültigkeits- oder Anfechtungstheorie beim Irrtum . . . . .	63
	5. Die culpa in eligendo . . . . .	64
	6. Das Kondiktionsverbot des Art. 66 OR . . . . .	65
	7. Der Entreichungseinwand (Art. 64) . . . . .	66
	8. Kauf bricht Miete . . . . .	66
	9. Die Dogmatik der Geldschuld . . . . .	67
	10. Die Gefahrtragung beim Kauf (Art. 185 Abs. 1) . . . . .	69
	11. Die kausale Tradition . . . . .	70
	12. Rechtsmissbrauch versus Formstrenge . . . . .	77
H.	Richterliche Rechtsfortbildung . . . . .	80
I.	Die Erweiterung der Tatbestände im Haftpflichtrecht . . . . .	81
	1. Verschuldenshaftung . . . . .	81

2.	Auslegung des Art. 41 OR. Der Ersatz primärer Vermögensschäden und die Abschaffung des Vorsatzdogmas . .	82
3.	Haftungsausweitung im Vertragsrecht . . . . .	85
4.	Weitere Beispiele für die Aufgabe des Vorsatzdogmas . . . . .	88
5.	Arzthaftung . . . . .	91
6.	Die Ausweitung des Haftungsumfangs. Differenzhypothese . . .	97
II.	Haftungsausweitung im Gewährleistungsrecht . . . . .	98
1.	Gewährleistung und Irrtum . . . . .	98
2.	Haftung für Mangelfolgeschäden auch ohne Verschulden . . . .	100
J.	Die Zukunft des Privatrechts . . . . .	101
K.	Zusammenfassung. Desiderata . . . . .	103
I.	Entstehung des OR . . . . .	103
II.	Charakteristika des OR . . . . .	104
III.	Entwicklung im 20. Jahrhundert . . . . .	105
IV.	Kontaminierung des OR durch Europarecht . . . . .	105
V.	Konsumentenschutz . . . . .	106
VI.	Antidiskriminierung im Privatrecht . . . . .	108
VII.	Prävention und Strafe im Privatrecht . . . . .	109
VIII.	Einführung einer generellen relativen Verjährung von drei Jahren . .	110
IX.	Römische Elemente und historische Irrtümer . . . . .	111
X.	Fortbildung des OR durch Richterrecht . . . . .	111
XI.	Desiderata . . . . .	114
XII.	Ausblick . . . . .	115

## A. Einleitung. Geschichte der Kodifikation

Der traditionsreiche Schweizer Juristenverein wurde 1861 mit dem Ziel gegründet, die Rechtseinheit zu fördern. Er hat ein wesentliches Verdienst um das Schweizer Obligationenrecht, ist doch am Juristentag des Jahres 1868 in Solothurn der Anstoss für dieses wichtige Gesetz gegeben worden.

Jetzt hat der Verein Herrn PICHONNAZ und mir den ehrenvollen Auftrag erteilt, einen Bericht zu erstatten über das Thema «100 Jahre Obligationenrecht». Diese Veranstaltung ist insofern eine Wiederholung, als das (alte) OR schon 1883 in Kraft getreten ist und vom Juristenverein bereits 1983 ein Centenaire gefeiert wurde. Die Referate haben damals EUGEN BUCHER und PIERRE ENGEL erstattet. Das heutige OR von 1911, das am 30. März dieses Jahres hundert Jahre alt wurde, ist trotz mancher Änderungen vor und nach 1911 immer noch mit dem alten OR von 1881/83 identisch, dessen wesentlicher Inhalt nicht verändert wurde. Das Gesetz war die erste Kodifikation des neuen Bundesstaates. Es wurde vor 130 Jahren beschlossen. Der eigentliche Schöpfer dieses grossen Werkes war der Berner Professor WALTHER MUNZINGER.

### I. Geschichte der Kodifikation

Am Juristentag 1868 in Solothurn wurde eine Petition an die Bundesversammlung beschlossen für ein einheitliches Schweizer Obligationenrecht. Der Bundesrat hat daraufhin WALTHER MUNZINGER beauftragt, der seinen Entwurf schon drei Jahre später 1871 vorlegte. MUNZINGER verstarb 1873 und erlebte das Inkrafttreten seines Gesetzes nicht mehr. Mit der Bundesverfassung von 1874 erhielt der Bund die Gesetzgebungskompetenz für das Obligationenrecht und das Mobiliarsachenrecht. Der Entwurf wurde von einer Kommission überarbeitet, der u.a. JOHANN CASPAR BLUNTSCHLI, ANDREAS HEUSLER und FRIEDRICH VON WYSS angehörten; er wurde 1881 Gesetz und trat 1883 in Kraft.

MUNZINGER – seine Biographie hat verdienstvoll und eindringlich URS FASEL nachgezeichnet<sup>1</sup> – hatte in Bern und Paris studiert und bekam später in Bern eine Professur für französisches Zivilrecht und Kirchenrecht. Er hielt Vorlesungen über französisches und jurassisches Zivilrecht, denn im damaligen Berner Juragebiet galt der Code civil. Es ist interessant, dass sich MUNZINGER trotz seiner professionellen Beschäftigung mit dem Code civil doch ganz überwiegend am deutschen Pandektenrecht orientierte, indem er den «Entwurf eines allgemeinen dt. Gesetzes über die Schuldverhältnisse» (den sog. Dresdner Entwurf) zur Vorlage wählte. Der Dresdner Entwurf war 1866 publiziert worden<sup>2</sup>,

---

1 FASEL, *Bahnbrecher Munzinger*, Bern 2003; DERS., *Walther Munzinger – Vorreiter der Schweizer Rechtseinheit*, ZEuP 2003, S. 345 ff.

2 B. FRANCKE (Hrsg.), *Entwurf eines allgemeinen dt. Gesetzes über die Schuldverhältnisse*, Dresden 1866.

aber infolge des Zusammenbruchs des Deutschen Bundes durch den Krieg zwischen Österreich und Preussen nicht mehr Gesetz geworden. Er war damals der modernste Entwurf und enthielt eine gelungene und relativ originalgetreue Kodifizierung des römisch-gemeinen Rechts. Er berücksichtigte auch die Naturrechtskodifikationen Code civil und ABGB sowie die neueren Privatrechtsgesetze, wie insb. das Sächsische und das Bayerische BGB und das Zürcher Privatrechtliche Gesetzbuch.

Obwohl der Dresdner Entwurf durch die Gründung des Deutschen Reiches im Jahre 1871 obsolet geworden war, hatte er massgeblichen Einfluss auch auf das BGB. Am Dresdner Entwurf hatte der (spätere) Senatspräsident am Oberlandesgericht Stuttgart VON KÜBEL mitgewirkt, der in der 1873 eingesetzten Kommission für das BGB Redaktor des Obligationenrechts war und dabei auf seine Vorarbeiten zurückgreifen konnte. Als VON KÜBEL aus Krankheitsgründen ausschied, legte die Kommission ihren Beratungen für den fehlenden Teil den Dresdner Entwurf zugrunde<sup>3</sup>. So erklärt sich die enge Verwandtschaft zwischen OR und BGB.

Nachdem 1898 eine umfassende Bundeskompetenz für die Zivilrechtsgesetzgebung in die Verfassung aufgenommen worden war, wurde neben der Schaffung des ZGB eine Überarbeitung des OR notwendig. Daran arbeitete seit Beginn des Jahrhunderts eine Kommission unter EUGEN HUBER. ZGB und OR wurden am 30. März 1911 von der Bundesversammlung beschlossen und traten auf den 1. Januar 1912 in Kraft.

Die Bedeutung von WALTHER MUNZINGER als Gesetzesredaktor des aOR von 1881 wird zu Unrecht vom Glanz des berühmteren EUGEN HUBER überstrahlt. EUGEN BUCHER<sup>4</sup> hat ein flammendes Plädoyer für das alte OR von WALTHER MUNZINGER gehalten, und die von EUGEN HUBER redigierte Revision war für ihn nur eine Ansammlung von Pannen<sup>5</sup>. Wenn diese Kritik auch übertrieben ist, so bleibt richtig, dass die eigentliche Leistung das Werk MUNZINGERS war, das später in mancherlei Hinsicht sogar verschlechtert wurde. Das mag vielleicht auch daran gelegen haben, dass EUGEN HUBER Germanist war, dem die teilweisen deutschrechtlichen Themen des ZGB näher lagen als das OR.

Das OR war die erste Kodifikation der Eidgenossenschaft und ist noch heute eines der modernsten Zivilgesetzbücher der Welt. Nach dem Urteil FRANZ WIEACKERS<sup>6</sup> ist es «die reifste Frucht der deutschsprachigen Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts».

3 S. HONSELL, Die Rückabwicklung sittenwidriger oder verbotener Geschäfte, 1973, S. 98; BUCHER, SZR 102 II, 1983, S. 251, S. 364 Fn. 35.

4 BUCHER, Das Schweizer Obligationenrecht – ein Markstein und ein Vorbild – Vor 125 Jahren wurde das von Walther Munzinger geschaffene OR verabschiedet, NZZ 2006, 10./11. Juni, S. 31 = [http://www.eugenbucher.ch/pdf\\_files/96.pdf](http://www.eugenbucher.ch/pdf_files/96.pdf).

5 BUCHER, 100 Jahre Schweizer Obligationenrecht, wo stehen wir heute im Privatrecht, SZR 102 II (1983), S. 251 ff., S. 275 ff.

6 Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, Göttingen, 2. Aufl. 1967, S. 491.

## II. Neuerungen im OR von 1911

Obwohl es wissenschaftlich interessant wäre, können hier auch nicht annähernd die wichtigsten Änderungen vom Dresdner Entwurf zu MUNZINGERS Entwurf von 1871, zu den verschiedenen Kommissionsentwürfen, zum OR von 1981 und zu den verschiedenen Kommissionsentwürfen unter der Redaktion EUGEN HUBERS bis zum OR von 1911 nachgezeichnet werden. Einige zentrale Aspekte einer solchen Textstufenforschung, die noch heute relevant sind, sollen aber exemplarisch dargestellt werden.

Die wichtigsten Änderungen des aOR durch EUGEN HUBER und die Kommission waren eher marginal und sind schnell aufgezählt:

Aus Zeitgründen hat man das Gesellschaftsrecht und das sonstige Handelsrecht unverändert aus dem alten OR übernommen. Die Vorschriften über die Handlungsfähigkeit und das Mobiliarsachenrecht wurden ins ZGB transferiert. Neu aufgenommen hat man einige Vertragstypen, wie den Versteigerungskauf, die Schenkung, den Maklervertrag und die Leibrente und Verpfändung. Daneben gab es zahlreiche redaktionelle Änderungen, die nach BUCHER<sup>7</sup> daran krankten, das unklar ist, ob damit sachliche oder bloss kosmetische Änderungen beabsichtigt waren. Schliesslich hat man die Marginalien eingefügt.

Einige inhaltliche Änderungen waren keine Verbesserungen. Hier einige Beispiele:

Dass die Auslage von Waren in einem Schaufenster nach Art. 7 Abs. 3 ein Angebot darstellt, entsprach der Rechtsauffassung in Ländern, welche die Figur der *invitatio ad offerendum* (Einladung zur Abgabe eines Angebots) nicht kannten, wie z.B. Frankreich. Eine Offerte *ad incertas personas* (an unbekannte/beliebige Personen) kann schon deshalb kein Angebot sein, weil sie sonst von mehreren Personen gleichzeitig angenommen werden könnte. Zudem muss eine Offerte bestimmt sein, und dazu gehört auch ein Adressat.

Die Sache ist freilich nicht sehr bedeutsam<sup>8</sup>, denn wer insistiert schon auf einem Vertrag mit der Behauptung, er habe ein Schaufensterangebot angenommen. In Art. 7 Abs. 3 des nicht Gesetz gewordenen Entwurfs über den elektronischen Geschäftsverkehr sollte allerdings die Online-Präsentation individualisierter Waren der Auslage in einem Schaufenster gleichgestellt und als verbindliche Offerte qualifiziert werden. Damit hätte der Gesetzgeber den falschen Ansatz von Art. 7 Abs. 3 OR erheblich erweitert. Präsentationen auf einer Website (im «virtuellen Schaufenster») erreichen einen unbegrenzten Adressatenkreis und können innerhalb kürzester Zeit zu einer Vielzahl von Bestellungen führen. Stellt das Angebot eine rechtsverbindliche Willenserklärung dar, multipliziert sich eine einzelne Fehlangebots mit den entsprechenden wirtschaftlichen Konsequenzen. Bekannt ist etwa der Fall einer englischen Handelskette,

<sup>7</sup> BSK OR-I, Einl 2.

<sup>8</sup> Vgl. immerhin BGE 105 II, S. 23.

die auf ihrer Website ein Fernsehgerät von Sony aufgrund eines Softwarefehlers statt für 299.99 für drei Pfund angeboten hatte. Bevor der Fehler entdeckt wurde, waren innerhalb weniger Stunden bereits Bestellungen im Wert von 1 Mio. Pfund eingegangen<sup>9</sup>. Die Lehre geht nicht zuletzt aufgrund solcher Beispiele zutreffend davon aus, dass die Präsentation auf einer Website grundsätzlich nur eine *invitatio ad offerendum* ist<sup>10</sup>. Der Anbieter hat also die Möglichkeit, über eine vertragliche Bindung zu entscheiden<sup>11</sup> und muss nicht etwa einen bereits geschlossenen Vertrag wegen Irrtums anfechten<sup>12</sup>. Diese Ansicht ist auch in anderen Rechtsordnungen vorherrschend<sup>13</sup>.

Eine geradezu berühmte Erfindung EUGEN HUBERS ist die Regresskaskade bei der Solidarhaftung in Art. 51 Abs. 2. Nach der gesetzlichen Regelung steht an erster Stelle die Deliktshaftung, gefolgt von der aus Vertrag und an letzter Stelle die Kausalhaftung. H.L. und Rsp. beziehen auch den Versicherer in den Regress von Art. 51 Abs. 2 ein<sup>14</sup>. Er wird wie ein aus Vertrag Haftpflichtiger behandelt, obwohl er nicht Schadenersatz wegen einer Vertragsverletzung schuldet, sondern eine primäre, vertragliche Leistung, nämlich Risikodeckung, und obgleich der Regress des Versicherers in Art. 72 VVG abschliessend geregelt ist. Der Versicherer hat also Rückgriff gegen den aus Delikt Haftenden, was der Regelung von Art. 72 VVG entspricht und insofern überflüssig, aber unschädlich ist. Die eigentliche Fehlentscheidung liegt aber darin, dem Kasko-Versicherer durch die Einreihung in Art. 51 Abs. 2 den Regress auf Kausal- und Gefährdungshaftungspflichtige abzuschneiden. Wäre das richtig, so könnte z.B. eine Krankenversicherung, deren Versicherungsnehmer von einem Hund gebissen worden ist, nicht bei dem Tierhalter Regress nehmen; ebenso wenig der Ge-

9 The Daily Telegraph, September 9, 1999.

10 Etwas anderes gilt für den Download von Programmen usw., die beliebig oft direkt von der Website des Anbieters herunter geladen werden können.

11 HONSELL, Kaufrecht und elektronischer Geschäftsverkehr, in: Jörg/Arter (Hrsg.), Internet-Recht und Electronic Commerce Law, 2003, S. 211 ff.; WEBER/JÖHRI, Vertragsschluss im Internet, in: Weber/Hilty/Auf der Maur (Hrsg.), Geschäftsplattform Internet, Zürich 2000, S. 9, S. 43; a.M. KuKo-WIEGAND, Art. 7 N. 6. Auch aus Sicht des Marktschutzes bedarf es keiner vertraglichen Bindung des Anbieters: Unlauterer Wettbewerb durch falsche Preisangaben wird bereits durch das UWG (Art. 3 lit. b) und die Preisbekanntgabeverordnung sanktioniert.

12 Wie in BGE 105 II 23.

13 Aus dem unüberblickbaren Schrifttum jeweils stellvertretend für Deutschland PALANDT/ELLENBERGER, BGB, 70. Aufl. 2011, § 145 Rz. 2 und FernAbsG Einf. Rz. 4; STRÖMER, Online-Recht, 2. Aufl. 1999, S. 125; DREXL, Verbraucherschutz im Netz, in: Lehmann, Rechtsgeschäfte im Netz – Electronic Commerce, 1999, S. 83 m.Nw.; GIMMY, Vertragsschluss im Internet, in: Kröger/Gimmy (Hrsg.), Handbuch zum Internet-Recht, 2000, S. 65, S. 67; WALTTL, Elektronischer Rechtsverkehr und EDI, in: Loewenheim/Koch (Hrsg.), Praxis des Online-Rechts, 1998, S. 179, S. 182; für Grossbritannien («invitation to treat») CHISSICK/KELMAN, Electronic Commerce, 1999, N. 3.30; CHISSICK/VEYSEY, The Perils of On-Line Contracting, C.T.L.R. 2000, S. 12; MURRAY, Entering into Contracts Electronically: The Real W.W.W., in: Edwards/Waelde (Hrsg.), Law & the Internet, 2nd ed. 2000, S. 17, S. 21 f.

14 Vgl. z.B. KELLER/GABI, Haftpflichtrecht, 2. Aufl. 1988, S. 156; BGE 80 II, S. 247, S. 251, E. 5 = Pra 1955, S. 64; abl. HONSELL, Der Regress des Versicherers im schweizerischen Recht, Mélanges Schmidlin, 1998, S. 279 ff., S. 281 ff.



bäudeversicherer, wenn ein Gebäude durch Funkenflug der Eisenbahn in Brand geraten ist<sup>15</sup>. Beschädigt eine Dachlawine ein parkiertes Auto, so entfällt die Werkeigentümerhaftung, wenn bezüglich des Wagens eine Kaskoversicherung besteht. Im Gegensatz zu dieser Regelung ist heute in der Sozialversicherung der sog. integrale Regress in Art. 72 Abs. 1 ATSG anerkannt<sup>16</sup>. Im Bereich der privaten Versicherung hingegen war es die Auffassung des Gesetzgebers, dass der Versicherer vor dem Kausalhaftpflichtigen haften solle. EUGEN HUBER hat diese Regelung unter dem Eindruck des berühmten Leiterhaken-Falles<sup>17</sup> geschaffen. Ein klassisches Beispiel für den alten Satz *hard cases make bad law*. Dort hatte ein Gebäudeeigentümer einen Dachdeckermeister damit beauftragt, das steile Turmdach seines Hauses zu reparieren. Ein Arbeiter des Dachdeckermeisters sollte die Bleche streichen. Als dieser seine Leiter in dem am oberen Teil des Daches befindlichen Leiterhaken einhängte und die Leiter bestieg, stürzte er ab und verletzte sich tödlich, weil der Leiterhaken nicht ordnungsgemäss befestigt war. Der Arbeiter war gegen Unfall versichert. Die Unfallversicherung verweigerte jedoch die Zahlung unter Hinweis auf die Haftung des Hauseigentümers. Das Bundesgericht nahm einen Werkmangel an (i.S.v. Art. 67 aOR = Art. 58 OR) und verurteilte den Hauseigentümer. Dieses unbillige Ergebnis wollte EUGEN HUBER mit der neuen Vorschrift korrigieren. Mit ihr sollte dem Gebäudeeigentümer der Regress auf einen Versicherer ermöglicht werden<sup>18</sup>. Die These von der Privilegierung der Gefährdungs- und Kausalhaftpflichtigen bei Vorhandensein einer Versicherung ist aber unhaltbar. In Wahrheit war im Leiterhaken-Fall die Haftung des Hauseigentümers deswegen verfehlt, weil ein Handwerker, der mit der Instandhaltung oder Instandsetzung eines Gebäudes beauftragt ist, nicht einen Werkmangel geltend machen kann, dessen Beseitigung gerade Gegenstand seines Auftrag ist. Im Übrigen war die Weigerung der Unfallversicherung im Leiterhaken-Fall unberechtigt, weil es bei der Unfallversicherung nach Art. 96 VVG keinen Regress gibt. Dass der Kaskoversicherer vom Kausalhaftpflichtigen keinen Regress erhalten soll, ist eine verfehltete Idee. Denn wer Risikovorsorge durch eine Eigenschadenversicherung betreibt, tut dies nicht, um in die Tasche des Haftpflichtschuldners zu sparen. Das wäre die verkehrte Welt der HUBER'schen Regressordnung. Es ist schon erstaunlich, dass sich eine derart falsche Entscheidung des Gesetzgebers ein ganzes Jhdt. halten kann, obwohl man sie sogar ohne Gesetzesänderung korrigieren könnte. Man müsste nur anerkennen, dass Haftung aus Vertrag etwas anders ist als Deckung durch Versicherung. Entgegen der h.L. ist Art. 51 Abs. 2 heute in dem Sinne zu interpretieren, dass der Anspruch gegen den Versicherer nicht als ver-

15 So in der Tat BGE 47 II, S. 408, S. 416; s. auch BGE 45 II, S. 638, S. 649.

16 Vgl. KIESER, ATSG-Komm. Art. 7 N. 17; SCHWENZER, OR AT, 5. Aufl. 2009, N. 88.33; STRUB, Der Regress des Schadensversicherers, Diss. ZH, 2011, S. 141.

17 BGE 35 II, S. 238 ff.

18 Sten.Bull. 1909, S. 520 ff., S. 737; s. dazu WIDMER, FS Assista, 1979, S. 269 ff., S. 274 ff.



traglicher Anspruch an dem Regress teilnimmt. Der Regress des Versicherers richtet sich ausschliesslich nach Art. 72 VVG, der im Wege der Analogie auf die Kausalhaftung erweitert werden kann.

Eine andere Fehlentscheidung ist die kurze, relative Verjährungsfrist im Bereicherungsrecht (Art. 67)<sup>19</sup>. HUBER hat sie begriffsjuristisch mit dem quasi-deliktischen Charakter des Bereicherungsanspruchs und der Ähnlichkeit der Tatbestände<sup>20</sup> begründet. Im Deliktsrecht ist die kurze Frist passend, denn die Kenntnis von Schaden und Schädiger betrifft einfache Fakten, so dass der Beginn der Frist leicht feststellbar ist. Bei einem Bereicherungsanspruch, bei dem auch juristische Kenntnisse bzw. die Aufklärung eines Rechtsirrtums über den Anfang der Frist entscheiden können, ist dies anders. In Deutschland hat man mit der Schuldrechtsmodernisierung die relative Verjährung auf fast alle Ansprüche erstreckt (§§ 195, 199: 3 Jahre relativ, 10 Jahre absolut). Es besteht weitgehend Einigkeit darüber, dass dies ein Fehler war<sup>21</sup>. Die falsche Regelung findet sich auch im Entwurf eines europäischen Common Frame of Reference III.-7:03, 7:07. Dem Vernehmen nach will sie auch der Schweizer Gesetzgeber einführen, was völlig unverständlich ist. Die Verjährung dient der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit. Sie sollte daher an klare und für die Parteien erkennbare Fakten anknüpfen und nicht an so unklare wie Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis des Gläubigers. Die geplante Neuregelung verdient jedoch auch noch aus einem weiteren Grund Kritik: Im Deliktsrecht, wo die relative Frist sinnvoll ist, beträgt sie 1 Jahr und man fragt sich, warum sie auf 3 Jahre verlängert werden soll; denn wenn der Gläubiger Schuldner und Forderung kennt, ist es zumutbar, den Anspruch alsbald geltend zu machen. Jede Reform wäre also eine Verschlechterung. Sinn macht lediglich die Abschaffung der relativen Verjährungsfrist im Bereicherungsrecht.

Es wäre aber nicht fair, nur negative Änderungen EUGEN HUBERS zu erwähnen. Es gab durchaus auch Positives im OR von 1911. Zu nennen sind etwa die Übervorteilung (Art. 21) und der Grundlagenirrtum (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4), Schweizer Besonderheiten, die in dieser Form in anderen Ländern fehlen. Allerdings findet man dort den Nichtigkeit begründenden Wucher (§ 138

19 BUCHER (280, 281) nennt sie übertreibend die «bedauerlichste und verhängnisvollste Fehlleistung.»

20 Sten.Bull. 1910, S. 168.

21 In Deutschland betrug vor der Reform die Regelverjährung 30 Jahre und die Sachmängelhaftung 6 Monate. Aus dem unverständlichen Bestreben eine einheitliche Frist für Gewährleistung und für alle sonstigen Ansprüche zu schaffen, und die Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen Gewährleistung und positiver Vertragsverletzung zu vermeiden, wollte der Gesetzgeber zunächst eine dreijährige absolute Frist als Regelverjährung einführen. Da dies auf allg. Protest stiess, verwandelte er – quasi um Recht zu behalten – die absolute Dreijahresfrist in eine relative und ergänzte sie durch eine absolute von 10 Jahren. Eine dreijährige relative Frist ist aber ebenfalls zu lang. Krit. zur dt. Reform HONSELL, JZ 2002, S. 18 ff., S. 20; ZIMMERMANN/LEENEN/MANSEL/ERNST, JZ 2001, S. 684 ff.; ZÖLLNER, Das neue deutsche Verjährungsrecht, Kritik eines verfehlten Regelungssystems, FS Honsell, 2007, S. 153 ff.

Abs. 2, § 878 Ziff. 4 ABGB) und den beiderseitigen Irrtum über die Geschäftsgrundlage<sup>22</sup>. Ein weiteres Beispiel ist die Teilnichtigkeit nach Art. 20 Abs. 2, der anders als der verfehlte § 139 BGB und in Übereinstimmung mit § 878 Satz 2 ABGB im Zweifel nicht Totalnichtigkeit annimmt, sondern wie im römischen Recht<sup>23</sup> Restgültigkeit. Diese Auslegungsregel ist sachgerecht<sup>24</sup>. Häufig ist es nämlich so, dass sich eine Partei hinterher auf die Nichtigkeit beruft, weil sie das Geschäft reut. In einem solchen Fall wird sie zu der Behauptung neigen, sie hätte das Geschäft ohne die nichtige Klausel nicht geschlossen. Daher ist es richtig, im Zweifel Restgültigkeit anzunehmen und die Frage nach dem hypothetischen Parteiwillen dem Richter zu überlassen.

Weitere Beispiele für Verbesserungen von 1911 sind die Haftung für vorsätzliche sittenwidrige Schädigung nach Art. 41 Abs. 2 und Art. 99 Abs. 3, der eine analoge Anwendung deliktsrechtlicher Vorschriften auf vertragliche Schadenersatzansprüche vorsieht.

Im Übrigen sind nicht alle fehlerhaften Vorschriften erst durch die Revision 1911 ins OR gelangt. Einige eklatante Fehlleistungen waren bereits im aOR enthalten. Sie sind meist entstanden, weil die Kommission vom Entwurf MUNZINGER abgewichen ist. Hierher gehörte z.B. die Regelung der Unterbrechung der Verjährung durch Klageerhebung. Nach Art. 138 OR begann mit der Klageerhebung eine neue Frist zu laufen, die namentlich bei kurzen Fristen schon während des Verfahrens immer wieder unterbrochen werden musste, was aber nur durch gerichtliche Handlungen der Parteien oder Verfügung des Richters bewirkt werden konnte. Nach der seit 1. 1. 2011 geltenden Neuregelung beginnt der Fristenlauf neu erst mit Beendigung der Instanz. Ein anderes prominentes Beispiel ist das *periculum emptoris*. Im Entwurf MUNZINGER, der das französische Konsensprinzip übernommen hatte, war diese Regel konsequent. Erst die Kommission hat sich für die Übereignung durch Übergabe entschieden, gleichzeitig aber den jetzt nicht mehr passenden Gefahrübergang bei Vertragsschluss beibehalten. Darauf ist zurückzukommen (unten G. III. 10.).

### III. Der Einfluss auf ausländische Kodifikationen

Das OR hatte auf etliche spätere Kodifikationen anderer Länder Einfluss. Dazu zählen Italien, Griechenland, Ungarn, Mexiko und Montenegro. In Liechtenstein hat man das Gesellschaftsrecht übernommen, aber nicht das Schuldrecht, das weiterhin dem ABGB gefolgt ist. Auch das chinesische Gesetzbuch von

22 Jetzt kodifiziert in Art. 6:228c NBW und in dem neuen § 313 BGB.

23 Dort bezeugt nur für die Stipulation, Ulp. Dig. 45, 1, 1, 5: *utile per inutile non vitiatur*.

24 Vgl. dazu MAYER-MALY, GS. Gschnitzer, 1969, S. 265 ff.; SEILER, I. FS Kaser, 1976, S. 127, S. 132 ff.; ZIMMERMANN, Richterliches Moderationsrecht oder Totalnichtigkeit?, 1979.

1929 ist von ZGB und OR geprägt. Einflüsse lassen sich auch im Vorderen Orient und in Nordafrika nachweisen<sup>25</sup>.

Ein Sonderfall ist die Türkei, wo man 1926 im laizistischen Staat des KEMAL ATATÜRK das ZGB und das OR (ohne das Gesellschaftsrecht) en bloc rezipiert hat, ungeachtet der unterschiedlichen historischen und sozio-ökonomischen Verhältnisse und unter Abschaffung des islamischen Rechts der Scharia, was ein revolutionärer Akt war. Diese spektakuläre Rezeption des OR in einer fremden Welt zeigt die Anpassungsfähigkeit des OR.

## **B. Allgemeine Charakterisierung des OR**

### **I. Das System des Code unique**

Nach diesem kurzen Überblick über die Entwicklung im 20. Jhdt. zunächst ein Résumé der allgemeinen Charakterisierung des OR.

Das OR hat den Gedanken der Kodifikation im Sinne einer umfassenden und abschliessenden Regelung eines Rechtsgebietes in höherem Masse verwirklicht als dies in anderen Ländern, z.B. in Deutschland, der Fall war. Dort spielen Sonderprivatrechte (namentlich für Kaufleute usw.) eine grössere Rolle. In der Schweiz hat der Reformgesetzgeber eine Auslagerung von regelungsintensiveren Bereichen, wie z.B. dem Arbeits- oder Mietrecht, vermieden. Andere Materien hat man von Anfang an ausserhalb des OR normiert, wie das Urheberrecht (URG), das Patentrecht (PatG), das private Versicherungsrecht (VVG) und das Kartellrecht (KG); später ausgelagert wurde das Wettbewerbsrecht (UWG).

Die augenfälligste und am meisten beschriebene Besonderheit des schweizerischen Obligationenrechts ist das System des Code unique<sup>26</sup>. Es handelt sich um eine Kodifikation, die das Privatrecht und das Handelsrecht umfasst. Ein Werk von einer Grösse, wie es heute niemand mehr leisten könnte<sup>27</sup>.

Während es z.B. in Deutschland ein Bürgerliches Gesetzbuch und ein Handelsgesetzbuch gibt (BGB und HGB), in Frankreich einen Code civil und einen Code de commerce (dualistisches System), hat man für das OR ein monistisches System gewählt, das auch das Handels-, Gesellschafts- und Wertpapierrecht umfasst. So lautete die Kompetenzumschreibung für die Bundeszuständigkeit in Art. 64 der Verfassung von 1874: «Alle auf den Handel- und Mobiliarverkehr bezüglichen Rechtsverhältnisse (Obligationenrecht mit Inbegriff des Handels- und Wechselrechts)».

---

25 BUCHER (Fn. 2).

26 Zum Folgenden auch HONSELL, OR BT, 9. Aufl. 2010, S. 1 ff.

27 Zum heute vorherrschenden Trend der «Dekodifikation» KRAMER, in: ABGB 2011 hrsgg v. Fischer-Czermak/Hopf/Kathrein/Schauer, 2008, S. 29 ff.; ferner RTI, L'età della decodificazione, 4. Aufl. 1999; GENNER, Dekodifikation, Diss. Bonn 2006.

Damit blieb dem Schweizer Recht die z.T. schwierige und in der Sache nicht immer einleuchtende Unterscheidung zwischen allgemeinen Verträgen und Handelsgeschäften erspart. Gelegentlich differenziert allerdings auch das OR. So ist eine Schadensberechnung nach der sog. Differenzmethode gemäss Art. 191, 215 nur für den kaufmännischen Verkehr vorgesehen, eine Regelung, die heute als überholt gilt, weshalb auch der Streit um den Begriff des «kaufmännischen Verkehrs» nicht mehr relevant ist. Im Übrigen kann auch das OR auf Sonderbestimmungen über die Geschäftsfirma (Art. 944 ff.), über kaufmännische Buchführung (Art. 957 ff.) und über das Handelsregister (Art. 927 ff.) nicht verzichten. Eine Differenzierung wäre auch bei der Mängelrüge (Art. 201) wünschenswert, die für den Kaufmann gilt, aber genauso streng auch für den Konsumenten. BUCHER<sup>28</sup> hat insoweit zu Recht von einem gewissen Rigorismus gesprochen.

Das System einer einheitlichen Kodifikation von Zivil- und Handelsrecht findet sich seither im italienischen Codice civile von 1942, der insoweit dem OR gefolgt ist. Ähnlich hat auch das Wiener Kaufrecht die Unterscheidung von kaufmännischem und nichtkaufmännischem Verkehr nicht übernommen.

## II. Einfachheit. Stil und Sprache

In allgemeinen Charakterisierungen wird oft die Volkstümlichkeit, die begriffliche Klarheit und Einfachheit des Gesetzes gelobt. Dies gilt für das schweizerische Zivilgesetzbuch, aber auch für das Obligationenrecht. Das OR ist ein Werk von schlichter Einfachheit und gleichzeitig von imponierender Grösse. Justinian hat in seinem Vorwort zu den Digesten die Einfachheit eine Freundin der Gesetze genannt: *Simplicitas amica legum*. Vergleicht man das OR etwa mit dem BGB, so fällt in der Tat auf, dass es in Sprache, Begriffs- und Systembildung weniger streng und technisch ist, was seiner Lesbarkeit sehr zustatten kommt, gelegentlich aber auch mit gewissen Ungenauigkeiten verbunden ist. So nennt das Gesetz den Vertrag beim Irrtum «unverbindlich» (Art. 23) und ordnet eine Genehmigungsfiktion an, wenn der Irrende «weder dem anderen eröffnet, dass er den Vertrag nicht halte, noch eine schon erfolgte Leistung zurückfordert» (vgl. Art. 23 und 31 Abs. 1). Art. 26 spricht davon, dass «der Irrende den Vertrag nicht gegen sich gelten lässt» und vom «Dahinfallen des Vertrages». Dies zeigt terminologische und dogmatische Unsicherheit, denn es wird nicht klar zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit unterschieden. Bei der Verrechnung folgt es der Theorie der Verrechnungserklärung mit der etwas wolkigen Formulierung «Eine Verrechnung tritt nur insofern ein, als der Schuldner dem Gläubiger *zu erkennen gibt*, dass er von seinem Rechte der Verrechnung Gebrauch machen wolle» (vgl. Art. 124 Abs. 1).

Demgegenüber verwendet das BGB eine technisch präzise Sprache, die allerdings schwerer verständlich ist. Die Begriffe werden genau definiert und im-

28 Bericht, ZSR 102 II, 1883, S. 559.

mer in demselben Sinn verwendet. Selbst Nebensatzeinleitungen wie «es sei denn, dass ...» haben eine bestimmte beweisrechtliche Bedeutung. Auch gibt es zahllose Verweisungen. Ein Musterbeispiel für schwer verständliche, aber technisch präzise Formulierungen ist etwa § 164 Abs. 2 BGB: «Tritt der Wille, in fremdem Namen zu handeln, nicht erkennbar hervor, so kommt der Mangel des Willens, in eigenem Namen zu handeln, nicht in Betracht.» Entschlüsselt man die verwirrende doppelte Verneinung, so heisst dies, dass ein Vertrag nicht mit dem Vertretenen, sondern mit dem Vertreter zu Stande kommt, wenn das Vertretungsverhältnis nicht offen gelegt wird. Art. 32 Abs. 2 OR beschreibt das Offenkundigkeitsprinzip viel einfacher und regelt gleich die Ausnahmen noch mit: «Hat der Vertreter bei dem Vertragsabschlusse sich nicht als solcher zu erkennen gegeben, so wird der Vertretene nur dann unmittelbar berechtigt und verpflichtet, wenn der andere aus den Umständen auf das Vertretungsverhältnis schliessen musste, oder wenn es ihm gleichgültig war, mit wem er den Vertrag schliesse.»

Von solchen Details abgesehen stehen OR und BGB als pandektistische Zwillingsgesetzbücher auf demselben Niveau. Ein extremer Unterschied wird dagegen deutlich, wenn man Stil und Systematik der heutigen Europäischen Gesetzgebung mit dem OR vergleicht (vgl. unten C. IV. 3.).

### III. Elastizität und Flexibilität

Schliesslich ist für das OR eine gewisse Elastizität und Flexibilität typisch, die dem Richter ausdrücklich ein Ermessen einräumt (vgl. dazu Art. 4 ZGB und aus dem OR etwa Art. 39 Abs. 2, Art. 47, 375 Abs. 2, Art. 422 Abs. 1 OR). MERZ<sup>29</sup> hat in diesem Zusammenhang von einem offenen System und einem «Richtlinienstil» gesprochen. Ein weiteres Beispiel ist die elastische Regel von Art. 43 Abs. 1, nach welcher der Richter den Umfang der Schadenersatzpflicht nach den Umständen und insb. nach der Grösse des Verschuldens bestimmt. Leider hat man diese Flexibilität dem zusammen mit der sog. Differenzhypothese aus Deutschland importierten starren Alles-oder-nichts-Prinzip geopfert (dazu H. I. 6.). Im Übrigen macht das OR von Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen einen sehr massvollen Gebrauch. Es beschränkt sich auf historisch erprobte Begriffe wie «Treu und Glauben» und «gute Sitten». Im Vergleich dazu enthalten EU-Richtlinien meist nur Leerformeln wie angemessen, legitim, wichtig usw. Z.B. lässt das unnötige Verbot der Altersdiskriminierung<sup>30</sup> Ausnahmen zu, wenn sie «objektiv angemessen und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt sind» (unten E. II.).

29 MERZ, in: Peter/Starck/Tercier (Hrsg.), Hundert Jahre Obligationenrecht – Le Centenaire du Code des Obligations, 1982, S. 3 ff., S. 20 ff.; vgl. auch KRAMER, ZSR 1983 I, S. 241 ff.; BUCHER, ZSR 1983 II, S. 250 ff.

30 Vgl. Art. 6 Beschäftigungs-RL 2000/8 EG und § 10 dAGG.



#### IV. Systematik

Die Systematik des OR ist einfach: Auf die Allgemeinen Bestimmungen folgen die Einzelnen Vertragsverhältnisse sowie das Handels-, Gesellschafts- und Wertpapierrecht. Im Allgemeinen Teil des OR verfolgt der Gesetzgeber die Technik des Vor-die-Klammer-Ziehens. Auf höherer Abstraktionsebene gewonnene dogmatische Sätze, wie z.B. das Zustandekommen des Vertrages durch übereinstimmende Willenserklärungen (Art. 1 ff. OR), das Erlöschen der Obligation durch Erfüllung (Art. 68 ff. OR), die Lehre von der Bedingung (Art. 151 ff. OR), der Verrechnung (Art. 120 ff. OR) oder der Zession (Art. 164 ff. OR) werden in einer für alle Verträge geltenden Weise geregelt. Man darf allerdings nicht übersehen, dass – historisch gesehen – die meisten der heutigen allgemeinen Regeln des Schuldrechts anhand eines konkreten Vertragstypus entwickelt worden sind. Das Modell war regelmässig der Kauf. Deshalb passen etwa die Vorschriften über Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit von Verträgen zwar für den Kauf und andere Verträge, die sich in einem einmaligen Vollzug von Leistung und Gegenleistung erschöpfen (sog. Einmalschuldverhältnisse), nicht hingegen für Dauerschuldverhältnisse. Bei diesen tritt an die Stelle der Nichtigkeit oder einer ex tunc wirkenden Anfechtbarkeit die Auflösung ex nunc. Dieser Überlegung hat der Gesetzgeber anlässlich der Revision des Arbeitsrechts Rechnung getragen. Art. 320 Abs. 3 bestimmt daher, dass der gutgläubige Arbeitnehmer auch bei Ungültigkeit des Arbeitsvertrages seinen Lohnanspruch für die bereits geleistete Arbeit behält. Diese Ratio kann im Wege der Analogie auf andere Dauerschuldverhältnisse übertragen werden<sup>31</sup>. Auf denselben Erwägungen beruht die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft und vom faktischen Vertrag. Auch wenn der Gesellschaftsvertrag, z.B. wegen eines Konsensmangels, unwirksam oder wegen Irrtums anfechtbar ist, ändert dies nichts daran, dass die Gesellschaft auf der Grundlage des nichtigen Vertrages tätig geworden ist, dass Gewinne erzielt, mit Dritten Verträge abgeschlossen wurden usw.<sup>32</sup>. An die Stelle der Nichtigkeit muss daher die Auflösung mit Wirkung ex nunc treten. Für die Rechtsanwendung ist das Zusammenspiel von Vorschriften des Allgemeinen und des Besonderen Teils wichtig. Erfüllt z.B. der Verkäufer seine Vertragspflicht nicht, so ergeben sich die Rechte des Käufers nicht nur aus Art. 184, sondern auch aus Art. 107 ff. Diese Vorschriften gelten aber nur für vollkommen zweiseitige Verträge und dort wiederum nur für die wechselseitigen Hauptleistungen, die in einem funktionellen Synallagma (do ut des – ich gebe, damit du gibst) stehen, also bei allen entgeltlichen Verträgen für das Verhältnis von vertragstypischer Leistung und Entgelt (Kaufsache/Kaufpreis, verzinsliches Darlehen/Zinsen).

31 BGE 129 III, S. 320, E. 7.1.2 – «Klärschlamm»-Fall.

32 Vgl. dazu etwa MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 1 N. 38 ff. Der Begriff des faktischen Vertrages stammt von HAUPT, FS Sieber II, 1943, S. 5 ff.; vgl. auch BK-KRAMER, Art. 1 OR N. 238 ff.; vgl. auch BUCHER, ZSR 102 II, S. 370, der das Thema für weiterhin diskussionsbedürftig hielt.

Für unvollkommen zweiseitige Verträge (z.B. Leihe, unentgeltlicher Auftrag) sowie für nicht synallagmatische Nebenpflichten, z.B. (ausnahmsweise) Beratung durch den Verkäufer oder die Rückzahlung eines Darlehens, gelten nur Art. 97 ff. Eine zusätzliche Komplikation entsteht dadurch, dass das Gesetz in übertrieben romanistischer Tradition bei Kauf, Miete und Werkvertrag neben dem Leistungsstörungenrecht auch noch ein Gewährleistungsrecht normiert, was zu schwierigen Abgrenzungen und zahlreichen Streitfragen geführt hat. Schliesslich sind für den kaufmännischen Verkehr Art. 190 f., 214 f. als Sonderregeln gegenüber Art. 107 ff. OR zu beachten.

## V. Abstraktion, Vor- und Nachteile

Das OR ist in der Verwendung abstrakter Begriffe zurückhaltender als das BGB<sup>33</sup>. Die Redaktoren des BGB haben sich zu einer viel weitergehenden Abstraktion entschlossen: Neben einem Allgemeinen Teil des Schuldrechts gibt es dort einen Allgemeinen Teil des BGB, in welchem eine Rechtsgeschäftslehre kodifiziert ist (§§ 104 ff. BGB), die nicht nur für alle Verträge des Schuld- und Sachenrechts, des Familien- und Erbrechts gilt, sondern schlechthin für alle Rechtsgeschäfte<sup>34</sup>. Die Vor- und Nachteile eines solchen Konzepts liegen auf der Hand. Bei zutreffender Abstraktion erzielt man insofern einen Rationalisierungsgewinn, als man bestimmte Normen nicht wiederholen muss. Auf der anderen Seite besteht die nicht zu unterschätzende Gefahr einer falschen Verallgemeinerung. Diese hat sich gerade bei der Abstrahierung allgemeiner Regeln aus dem römischen Fallrecht häufig verwirklicht<sup>35</sup>. Mit steigendem Abstraktionsgrad ist eine zunehmende Inhaltsleere der Begriffe verbunden. Dies fördert einmal die Tendenz, dass die abstrakt-generelle Norm ein zu weites Anwendungsgebiet erhält. Es bedeutet zum anderen fehlende Anschaulichkeit und Lebensnähe.

Andererseits bewirkt der relativ hohe Abstraktionsgrad des OR eine enorme Anpassungsfähigkeit an veränderte technische oder ökonomische Verhältnisse. So decken etwa die Vertragstypen des Besonderen Teils alle wesentlichen Lebenssachverhalte ab. Obwohl im Obligationenrecht Typenfreiheit herrscht, sind seit dem Inkrafttreten des OR kaum neue Verträge erfunden worden, denn das Gesetz hält auf relativ hoher Abstraktionsebene doch für fast alle wirtschaftlichen Bedürfnisse Regelungen bereit. Die Vertragstypen des OR reichen auch im Internetzeitalter zur Erfassung neuer Phänomene aus. Zwar werden immerfort neue sog. Innominatkontrakte entwickelt, doch handelt es sich dabei im Wesentlichen nur um Mischformen der alten Typen des OR. Das Gesetz ist trotz seines Alters von einer Anpassungsfähigkeit und Lebenskraft, die er-

33 BUCHER, ZSR 1983 II, S. 265; ZWEIGERT/KÖTZ, Rechtsvergleichung, S. 168 ff.

34 Vgl. dazu und zu den Vorzügen von ZGB und OR WIEACKER (Fn. 6), S. 488 ff.

35 Zu den historischen Irrtümern und Missverständnissen s. unten G. III.

staunt. Beim österreichischen ABGB<sup>36</sup>, das heuer 200 Jahre alt wurde, ist dies nicht im selben Masse der Fall, was aber weniger am höheren Alter als an der geringeren abstrakten Perfektion der Naturrechtsgesetzbücher liegt.

## C. Die Entwicklung des OR im 20. Jahrhundert

### I. Überblick

Lässt man die Entwicklung des OR seit 1911 Revue passieren, so kann man feststellen, dass der Allgemeine Teil weitgehend unverändert geblieben ist, einzelne Vertragsverhältnisse aber seither teilweise tiefgreifende Umgestaltungen erfahren haben, mit denen man versucht hat, den Änderungen der wirtschaftlichen, politischen und sozialen Verhältnisse Rechnung zu tragen<sup>37</sup>. Die erste Novellierung des OR fand im Jahre 1936 statt. Sie betraf die 3. bis 5. Abteilung: Gesellschaftsrecht, Handelsregister, Firma, Buchführung und Wertpapierrecht, also die Teile, die man 1911 unverändert übernommen hatte.

Die seitherigen Änderungen können nur in groben Zügen skizziert werden: Im Jahre 1941 wurde das Bürgschaftsrecht (Art. 492 ff.) revidiert und im Hinblick auf ihre Gefährlichkeit ein verbesserter Schutz vor Übereilung durch die notarielle Form eingeführt. Im Jahre 1945 wurde Art. 48 durch ein Gesetz über den unlauteren Wettbewerb ersetzt (heute UWG 1986). Eine wichtige Neuerung war die Neufassung von Art. 49 (Persönlichkeitsrecht, zusammen mit Art. 27 und 28 ZGB), die im Jahre 1985 in Kraft getreten ist. Der Verbesserung der Lage der Handelsagenten diente die Einfügung der Art. 418a ff. im Jahre 1949. Änderungen gab es schliesslich im Bereich der landwirtschaftlichen Pacht.

Den verbesserten Konsumentenschutz hat der Gesetzgeber sogar als Verfassungsauftrag betrachtet und in Art. 97 Abs. 1 BV verankert. Dazu zählten das ProdukthaftungG, das PauschalreiseG, das (neue) KonsumkreditG und das PartnerschaftsvermittlungG sowie der Widerruf bei Haustürgeschäften (usw.) nach Art. 40a ff. Vorschriften über den Konsumkredit hat der Gesetzgeber gleich dreimal erlassen, die offenbar nie den erhofften Effekt hatten: 1962 wurden die Bestimmungen über den Abzahlungsvertrag eingeführt (Art. 226a ff.). Sie sind zunächst durch das Konsumkreditgesetz 1993 ergänzt und später durch das Konsumkreditgesetz 2001 ersetzt worden. Es handelt sich um eine Materie, die offensichtlich schwer zu regeln ist und die nicht zur Ruhe kommt. Beim immer noch nicht abgeschafften Vorauszahlungsvertrag (Art. 227a–228) verpflichtet sich der Käufer zu einer Vorauszahlung des Kaufpreises in Raten. Dieser Vertragstyp war infolge wirtschaftlicher Unsinnigkeit und restriktiver gesetzlicher Normierung von Anfang an obsolet.

36 Vgl. dazu FISCHER-CZERMAK/HOPF/KATHREIN/SCHAUER (Hrsg.), ABGB 2011. Chancen und Möglichkeiten einer Zivilrechtsreform, Wien 2008.

37 Ebenso ENGEL in seinem Bericht ZSR 102 II, 1983, S. 564.



Die in autonomem Nachvollzug von EU-Recht erlassenen, legistisch meist schlechten Gesetze enthalten – worauf zurückzukommen ist – einen teilweise unnötigen und überzogenen Konsumentenschutz, für den es keine tragfähige sachliche Begründung gibt. Nicht umgesetzt wurden entgegen ursprünglichen Plänen die Fernabsatz-RL<sup>38</sup> und die Verbrauchsgüterkauf-RL<sup>39</sup> über den Handel im Internet und über den Verbraucherkauf. Namentlich die Verbrauchsgüterkauf-RL enthält fast ausschliesslich zwingendes Recht und stellt den schwersten Eingriff in die Privatautonomie dar. Einiges davon plant der Gesetzgeber erneut. Der Online-Handel in der Schweiz erzielte im Zeitraum 2008–2010 fast 8,7 Mrd. CHF, was einem Zuwachs von 48 % entspricht. Schwierigkeiten, die ein Eingreifen des Gesetzgebers erfordert hätten, sind nicht bekannt geworden (zum Konsumentenschutz unten D.).

Nicht entschliessen konnte sich der Gesetzgeber bislang zur gesetzlichen Normierung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen<sup>40</sup>. Die Kontrolle von AGB erfolgt immer noch ausschliesslich durch Richterrecht.

Vor allem erwies sich eine Totalrevision im Bereich des Arbeits- und Mietrechts als notwendig. Das Arbeitsrecht (Individualarbeitsrecht und kollektives Arbeitsrecht) wurde durch die Revision von 1971 reformiert und den Verhältnissen der modernen Arbeitswelt angepasst. Es trat an die Stelle des alten Dienstvertragsrechts. Das Mietrecht war schon nach dem Ersten Weltkrieg durch ein befristetes Notrecht ausser Kraft gesetzt worden. Im Jahre 1972 wurde ein befristeter Bundesbeschluss über Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen erlassen. Eine endgültige, unbefristete Revision des Miet- und Pachtrechts ist am 1. Juli 1990 in Kraft getreten. Das Aktienrecht wurde zuletzt 1991 reformiert. Das Parlament beschäftigt sich knapp zwanzig Jahre später erneut mit einer Revision, die zwischen Nationalrat und Ständerat kontrovers ist. Wesentliche Reformpunkte sind die Umsetzung der Prinzipien der Corporate Governance, die Vergütung der Verwaltungsräte, Rechnungslegung u.a. Die Umsetzung ist ungewiss. Neu geregelt wurde das Recht der GmbH, die bislang ein Schattendasein geführt hatte.

Übertrieben ernst nimmt der Gesetzgeber den Schutz des Verbrauchers vor der Zusendung unbestellter Waren, in dem er fingiert, dass diese kein Antrag sei (Art. 6a). Dass soll selbst dann gelten, wenn die Zusendung mit einem ausdrücklichen Antrag verbunden ist. Der Gesetzgeber kann alles. Er kann also auch fingieren, dass ein Antrag kein Antrag ist. Art. 40a ff. betreffen den Widerruf von Haustürgeschäften, Carfahrten usw., wo Überrumpelungsgefahr und psychologischer Verkaufsdruck bekämpft werden.

Zuletzt plant der Gesetzgeber nach EU-Vorbildern eine Verlängerung der Verjährungsfrist für Sachmängel auf 2 Jahre und eine Heraufsetzung des Ver-

38 1997/7/EG v. 20.5.1997 (ABl EG Nr. L 144 v. 4.6.1997, S. 19–27).

39 1999/44/EG v. 25.5.1999 (ABl EG Nr. L 171 v. 7.7.1999, S. 12–16).

40 Richtlinie 1993/13 EWG v. 5.4.1993.

zugszins im kaufmännischen Verkehr auf 10%. Eine (für den Konsumentenkauf zwingende) Frist von zwei Jahren kann bei kurzlebigen Konsumgütern oder bei technischen Produkten, die schnell altern, wie z.B. Mobiltelefone, schon zu lang sein; ebenso bei gebrauchten Sachen. Statt fragwürdiger Neuerungen sollte man prüfen, ob nicht unterschiedliche Fristen für verschiedene Sachgattungen sinnvoll wären.

## II. Die Zurückdrängung der Privatautonomie

Das bedrohte Fundament des Zivilrechts ist die Privatautonomie. Sie lässt sich definieren als das Recht der Privatpersonen, ihre Rechtsverhältnisse untereinander in den Grenzen der Rechtsordnung nach eigenem Willen frei zu gestalten. Das liberale Wirtschaftsmodell der Privatautonomie beruht auf dem Grundgedanken, dass der beste Garant für den Wohlstand der Gesellschaft das natürliche Streben des Individuums nach Glück und Wohlstand ist. Dieser Gedanke findet sich schon in dem grundlegenden Werk von ADAM SMITH, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* (1776). Nach dieser Theorie ist das Glücksstreben des Individuums (*pursuit of happiness*) der Garant für die Wohlfahrt der Gesellschaft. Natürlich kann man fragen, wie aus dem Egoismus der Individuen ein harmonisches Ganzes entstehen soll. Nach ADAM SMITH wird der Markt von einer «unsichtbaren Hand» (*invisible hand*) geordnet. Das freie Spiel der Kräfte von Angebot und Nachfrage führt nach diesem Modell im freien Wettbewerb zu einem ausgeglichenen Markt und zu einer optimalen Güterversorgung. Das sog. Pareto-Optimum ist erreicht, wenn kein Individuum mehr besser gestellt werden kann ohne dass ein anderes schlechter gestellt würde. Der Markt kann eine optimale Güterallokation indes nur bewirken, wenn die Individuen frei nach ihren Bedürfnissen handeln können. Das liberale Marktmodell setzt also die Privatautonomie voraus, ein Zusammenhang, der heute zu wenig beachtet wird<sup>41</sup>. Diese klassische Theorie des Wirtschaftsliberalismus hat im 19. Jhdt. zur Ablehnung jeglicher staatlicher Intervention oder Regulierung geführt. Das berühmte Schlagwort «laissez faire, laissez passer, le monde va de lui même» oder der Begriff vom Nachtwächterstaat, in dem der Staat nur für die innere und äussere Sicherheit sorgt<sup>42</sup>, kennzeichnen diese Bestrebungen, welche später im sog. Manchester-Liberalismus gipfelten. Staatliche Intervention stand seither unter einem potentiellen Missbrauchsverdacht. Man denke an Goethes berühmtes Wort: Politisch Lied, garstig Lied<sup>43</sup>.

41 Richtig aber G. WAGNER, in: Blaurock/Hager (Hrsg.), *Obligationenrecht im 21. Jahrhundert*, 2010, S. 16 f.

42 Vgl. die Nachweise bei STAUDINGER/COING/HONSELL, 2004, Einl. I zum BGB, Rn. 113.

43 Das Originalzitat aus GOETHE'S Faust, Szene in Auerbachs Keller lautet: Ein garstig Lied! Pfui! Ein politisch Lied!; s. z.B. JOHANN WOLFGANG VON GOETHE, Faust. Der Tragödie erster und zweiter Teil und Urfaust, hrsgg. v. Erich Trunz, München 1986, S. 68.

Allerdings ist das Marktmodell von Adam Smith auf die heutigen Futurebörsen nicht mehr anwendbar, denn dort geht es nicht um Angebot und Nachfrage realer Güter, sondern um Wetten auf künftige Kurse. Manche halten den Derivatehandel volkswirtschaftlich für notwendig, weil damit die Risiken von Preis- bzw. Kursveränderungen, namentlich von Devisen oder Wertpapieren, abgesichert werden können. Von solchen Hedge-Geschäften abgesehen, handelt es sich schlicht um Wetten auf künftige Kursentwicklungen, deren ökonomische Berechtigung zu verneinen ist. Die Finanzmärkte bedürfen der Regulierung, die neoliberale Auswüchse verhindert. So kann man fragen, was etwa Credit Default Swaps (handelbare Kreditderivate zur Sicherung von Ausfallrisiken von Krediten) für einen Sinn haben, wenn der Erwerber gar nicht Gläubiger ist und deshalb kein Ausfallrisiko hat. Der auf den Finanzmärkten zu beobachtende Herdentrieb ermöglicht es, aus einzelnen Anlässen (z.B. politische Unruhen in einem Ölförder-Land oder Herabstufung des Ratings eines Schuldnerlandes) eine Öl- oder Währungskrise zu machen, indem man einem vorhandenen Trend folgt und ihn so verstärkt («the trend is your friend»). Das eröffnet Manipulationsmöglichkeiten und wirkt wie ein Brandbeschleuniger. Es ist eine Art Casino mit grossen Gewinnchancen zum Schaden anderer. Der Derivatehandel mit seinen gigantischen Volumina hat keinen realwirtschaftlichen Hintergrund. Die Verteuerung der Rohstoffe, wie Öl, Baumwolle, Getreide, Metalle usw. beruht vor allem auf Spekulationsgeschäften, die zu grossen Schäden in der Realwirtschaft führen und nicht erst zu einem Problem werden, wenn sie Millionen Hunger und Not bringen. Die Krise hat gezeigt, dass eine effiziente Regulierung und Überwachung der Märkte notwendig ist und dass die völlige Loslösung der Derivatemarkte von der Realwirtschaft eine Fehlentwicklung der globalen Finanzwirtschaft darstellt. Namentlich Instrumente, die reine Wetten sind, und die eine Gefahr für die Märkte darstellen, müssen unterbunden werden, wenn sie zu Manipulationen verwendbar sind.

Ein Ausfluss der Privatautonomie war die Formfreiheit der Verträge, die im ABGB noch heute sogar für Grundstückskaufverträge gilt. An die Stelle der Form tritt der (erklärte<sup>44</sup>) Parteiwille. So stark war die Idee der Eigenverantwortung, dass man nicht einmal die *laesio enormis* in die Kodifikation aufnahm, die in den Naturrechtsgesetzbüchern noch enthalten war. In Art. 282 ADHGB wurde sie ausdrücklich abgeschafft<sup>45</sup>. Ein Kaufvertrag sollte nicht allein deshalb anfechtbar sein, weil der Preis mehr als doppelt so hoch war wie der Wert oder umgekehrt nicht einmal die Hälfte des Wertes betrug. Auch die *clausula rebus sic stantibus* (Wegfall der Geschäftsgrundlage) hat man aus diesem Grund

44 Vgl. unten G. III. 1.

45 S. dazu BENÖHR, in: Peter/Starck/Tercier (Hrsg.), Hundert Jahre Obligationenrecht – Le Centenaire du Code des Obligations, 1982, S. 57 ff. Die *laesio enormis* findet sich noch heute in §§ 934 f. ABGB. In Deutschland wurde sie für Handelsgeschäfte schon durch § 282 ADHGB abgeschafft. Art. 1674 CC beschränkt sie auf den Grundstücksverkauf und setzt die Grenze nicht bei 50%, sondern erst bei 5/12. Näher HONSELL, Römisches Recht, 7. Aufl. 2010, S. 125.

nicht kodifiziert<sup>46</sup>. Die Parteien sollten in Wahrnehmung ihrer Interessen kluge und vorausschauende Verträge schliessen. Es galt: *Iura scripta sunt vigilantibus* (das Recht ist für die Wachsamten). Heute wird dieser Satz nicht mehr überbetont und der Schutz des Schwächeren und die Anpassung des nachteiligen Vertrages tritt in den Vordergrund.

Der Markt ist sozial blind. Schon früh hat man deshalb das Fehlen eines Mindestschutzes für die sozial Schwachen kritisiert<sup>47</sup>. Soziale Probleme können mit dem formalen Gleichheitsbegriff des Liberalismus nicht gelöst werden; denn dieses Modell führt nicht zu materieller Gleichheit und der sozial, wirtschaftlich und intellektuell schwächere Vertragspartner bedarf des staatlichen Schutzes, will man nicht Zustände missverständener Freiheit, die man satirisch mit dem Sprichwort vom «freien Fuchs im freien Hühnerstall» beschreibt<sup>48</sup>. In der Industriegesellschaft des 20. Jhdts. waren die wichtigsten sozialen Projekte die Reform des Arbeits- und des Mietrechts. Hierbei handelt es sich in der Sache um öffentliches Recht, denn alles zwingende Recht ist öffentliches Recht. Seit dem römischen Recht war dies gerade das konstitutive Merkmal von öffentlichem Recht, dass es der Parteiautonomie entzogen ist: *ius publicum privatorum pactis mutari non potest* – öffentliches Recht kann durch Abreden von Privaten nicht geändert werden<sup>49</sup>. Es fällt auf, dass sich gerade die jüngere Juristengeneration an das starke Anwachsen des zwingenden Rechts gleichsam gewöhnt hat. Kritik daran findet man nur noch selten.

Ein ebenso massiver wie überflüssiger Eingriff in die Privatautonomie ist die Einschränkung der Partnerwahlfreiheit durch Antidiskriminierungsgesetze (unten E.) und die Einführung von Strafen im Privatrecht (unten F.).

Das Privatrecht wird durch das öffentliche Recht zunehmend verdrängt und man muss sich fragen, ob der Spruch GUSTAV BOEHMERS «Öffentliches Recht vergeht – Privatrecht besteht» nicht längst in sein Gegenteil verkehrt ist. Das Privatrecht wird zunehmend durch öffentliches Recht verdrängt und man kann nur hoffen, dass das Pendel vielleicht eines nicht zu fernen Tages wieder zurückschwingt.

Was die genannten sozialen Korrekturen anlangt, so standen im 20. Jhd. die Reformen des Arbeits- oder des Mietrechts und der neu erfundene Konsumentenschutz im Vordergrund. Wir beschränken uns auf die beiden zuletzt genannten Gebiete.

46 Das geschah in Deutschland erst 2002 (§ 313 BGB), in der Schweiz bislang nicht.

47 ANTON VON MENDER, *Das bürgerliche Gesetzbuch und die besitzlosen Volksklassen*, 1890. S. auch das berühmte Wort OTTO VON GIERKES (*Soziale Aufgabe* 1883, S. 13): «in unserem öffentlichen Recht muß ein Hauch des naturrechtlichen Freiheitstraumes wehen und das Privatrecht muß ein Tropfen sozialistischen Öles durchsickern».

48 *Le renard libre dans un poulailler libre*. Das Zitat wird Roger Garaudy zugeschrieben.

49 Pap. D. 2, 14, 38.

### III. Sozialer Schutz am Beispiel des Mietrechts<sup>50</sup>

Ein wichtiger Reformpunkt auf den hier exemplarisch eingegangen werden soll, war die Reform des Mietrechts. An die Stelle des Mietrechts des OR war seit den 20er Jahren des vorigen Jhdts. ein befristetes Notmietrecht getreten, mit dem der Wohnungsnot Rechnung getragen werden sollte. Auch der Mieterschutz wurde später in die Verfassung aufgenommen (Art. 109 BV). Am 1. Juli 1990 ist eine Totalrevision des Mietrechts in Kraft getreten. Diese Reform hat sich formell auf das gesamte Mietrecht erstreckt. Der wesentliche Kern der Reform bestand darin, dass das bisherige befristete Notmietrecht in Dauerrecht umgewandelt worden ist. Dies geschah aus der Überlegung, dass man das Wohnen im Hinblick auf seine existenzielle Bedeutung für das Individuum nicht der freien Parteivereinbarung überlassen darf. Der Schluss von der Bedeutung des Wohnens auf die Notwendigkeit staatlicher Regulierung ist allerdings eher vordergründig<sup>51</sup>. Niemand wird bestreiten, dass z.B. Ernährung und Bekleidung so wichtig sind wie Wohnen; und doch überlässt der Staat hier das Meiste dem Markt. Denn entscheidend ist nicht die existenzielle Bedeutung des Wohnens, sondern die Knappheit von Wohnraum, welche namentlich in den Ballungsgebieten zu einer Störung des Marktes mit dem bekannten Phänomen von Grundstücksspekulation und überhöhten Mieten geführt hat. Die richtige politische und ökonomische Antwort hierauf liegt in der Schaffung geeigneter Rahmenbedingungen für den Wohnungsbau, verbunden mit einer Subjektförderung (Mietbeihilfen), nicht hingegen in der Reglementierung des Mietrechts.

Die Bundesversammlung hatte eine Teilrevision des Mietrechts beschlossen, die durch Volksabstimmung 2004 abgelehnt wurde. Ihre Kernpunkte waren die Einführung von Vergleichsmieten sowie die Abkoppelung der Mietzinse vom Hypothekarzins und ihre Anbindung an den Landesindex der Konsumentenpreise. Seither wurde 2008 ein Teilentwurf zur Änderung des Obligationenrechts (Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen) publiziert und in die Vernehmlassung geschickt. Die wichtigste geplante Neuerung war wiederum die Abkehr von der Kostenmiete, die Abkoppelung vom Hypothekarzins und die Einführung einer Index- und Vergleichsmiete<sup>52</sup>. Diese Reform hat der Bundesrat im Herbst 2010 abgelehnt. Es bleibt also beim alten Recht. Besonders negativ ist die Auswirkung der Koppelung von Mietzins und Hypothekarzins ohne Rücksicht darauf, ob und in welchem Umfang Fremdmittel überhaupt in Anspruch genommen werden<sup>53</sup>. Die Begrenzung auf 40% geht von der pauschalen Annahme aus, die Liegenschaft sei zu 60% fremd- und zu 40% eigenfinanziert.

Auf dieser mehr oder weniger fiktiven Kostenstruktur beruhen auch die Prozentsätze der Mietzinssteigerung pro ¼% Hypothekarzinserhöhung in Art. 13

50 Zum folgenden HONSELL, OR BT, 9. Aufl. 2010, S. 208 ff.

51 Vgl. dazu HONSELL, Privatautonomie und Wohnungsmiete, AcP 186 (1986), S. 115 ff.

52 Vgl. Botschaft v. 12. 12. 2008, BBL 2009, S. 347, S. 362.

53 Art. 13 VMWG; vgl. zuvor schon BGE 101 II, S. 338; 103 II, S. 261.



VMWG. Diese Regelung hat mit Kostenerstattung nichts mehr zu tun, sondern führt zu einer überhöhten Eigenkapitalverzinsung. Der Vermieter, der sein Geld wertbeständig in Immobilien angelegt hat, wird so gestellt, wie wenn er einem Dritten einen Hypothekarkredit eingeräumt hätte. Auf einem ausgeglichenen Wohnungsmarkt regelt sich der Mietzins im freien Spiel von Angebot und Nachfrage, ohne dass es zu überhöhten Mieten kommt. Als ausgeglichen gilt ein Wohnungsmarkt, auf dem die Zahl der angebotenen Wohnungen diejenige der nachfragenden Haushalte um ca. 3 % übersteigt. In der Schweiz besteht namentlich in den Ballungsgebieten immer noch ein Nachfrageüberhang. Die Zahl der leerstehenden Wohnungen betrug im Jahre 2009 in der Schweiz nur 0,9 %, in der Stadt Zürich 0,05 %, im Kanton 0,66 %. Da die Gemeinden in Verfolgung einer restriktiven Baupolitik seit Jahren zu wenig Bauland ausweisen und vorhandene Baugrundstücke vielfach gehortet werden, kann die Nachfrage nicht befriedigt werden. Im Hinblick auf die geringe Nachfrageelastizität am Wohnungsmarkt, waren ständig steigende Preise die Folge.

Ein ausgeglichener Wohnungsmarkt wäre ein besserer Garant für ökonomisch vertretbare Mietzinse als eine Flut von gesetzlichen Vorschriften, mit denen der Gesetzgeber der Entwicklung doch immer nur hinterherläuft. Auf einem ausgeglichenen Markt gäbe es weder überhöhte Mietzinse noch ungerechtfertigte Kündigungen. Notwendig wären Anreize zu einer verstärkten Wohnbauaktivität, durch vermehrte Bereitstellung von Bauland seitens der Gemeinden, Vereinfachung der Bauvorschriften usw. Die sozialen Schwierigkeiten, die sich aus dem heute existierenden Vermietermarkt ergeben, lassen sich auch durch gesetzliche Vorschriften eines zwingenden Mieterschutzrechtes nicht beseitigen<sup>54</sup>.

#### **IV. Das OR und seine Gefährdung durch nationale, globale und europäische Vorgaben**

1. Das Schweizer Privatrecht in der Gestalt des OR und des ZGB ist heute von drei Seiten einer Bedrohung ausgesetzt, einer nationalen, einer europäischen und einer globalen:

National stellt sich die Frage nach der Zukunft der Privatautonomie im regelungshypertrophen und lenkungsgläubigen Umfeld der demokratischen, postindustriellen Gesellschaft. Der Gesetzgeber, der zu grossen Entwürfen nicht in der Lage ist, überzieht das Privatrecht mit einer Flut von Einzelgesetzen, die eher Quisquilien betreffen, meist irgendwelchen ephemeren Moden entspringen und nicht immer hinreichend durchdacht sind. Dabei wird die Trennung von Privatrecht auf der einen und öffentlichem Recht und Strafrecht auf der anderen Seite mehr und mehr ignoriert, in dem das Privatrecht mit Diskriminierungsverboten und systemfremden pönalen Elementen angereichert wird.

---

54 Vgl. dazu HONSELL (Fn. 51), S. 115 ff.

Selten war der Satz MONTESQUIEU<sup>55</sup>, des grossen Theoretikers der Gesetzgebung des 18. Jhdts., mehr berechtigt, denn heute: «Wenn es nicht nötig ist ein Gesetz zu erlassen, dann ist es nötig kein Gesetz zu erlassen.» Dieser tautolog erscheinende Satz ist heute wichtiger denn je, denn die Welt ist voller überflüssiger Gesetze und die Bürokratie ist unermüdlich damit beschäftigt unsere Freiheit zu beschränken. Von MONTESQUIEU<sup>56</sup> stammt auch die Warnung, dass ein schlechtes Gesetz stets neue Gesetze nach sich zieht. Der um sich greifende Perfektionismus und Pointillismus, der die Normierung immer neuer Details erstrebt, macht eine dauernde Anpassung und Korrektur der Gesetze notwendig. Auch wer von Jurisprudenz keine Ahnung hat, erkennt die neu eingefügten Paragraphen nicht nur an ihren Buchstaben, sondern auch an ihrer Sprache, die deutlich zu dem knappen und präzisen Stil des OR kontrastiert, an überlangen Sätzen, kasuistischen Aufzählungen usw. Dies gilt z.B. für die Art. 40a ff., (Haustürwiderruf), Art. 406a ff. (Partnerschaftsvermittlung), aber auch für zahlreiche Bestimmungen des Arbeits- und Mietrechts. Problematisch ist vor allem der über die bilateralen Verträge hinausgehende autonome Nachvollzug von EU-Recht und das Streben nach Europakompatibilität (dazu unten 3.).

Eine, wenn auch geringere Kontamination des OR geht von Rsp. und Lehre aus, die heute oft neue Regeln und Figuren entwickeln, welche eine schleichende Erosion des Privatrechtsdogmatik bewirken. Auf Beispiele ist bei der Analyse der Judikatur zurück zu kommen (unten H.).

2. Negative Auswirkungen der Globalisierung treten meist in Form von angelsächsischen insb. US-amerikanischen Idiosynkrasien auf. Hierher gehören die punitive damages (dazu unten F.), exorbitante Erfolgshonorare für Anwälte sowie Verfahrens- und Prozesskostenregeln, die unserem ordre public widersprechen u.a.

Von den Finanzmärkten und dem Derivatehandel war bereits die Rede. Ihre Regulierung könnte nur international erfolgen; doch wieder sind es die USA und England, die sich querlegen. Ein Beispiel aus diesem Bereich ist das sog. securities lending, bei dem man durch Leerverkäufe von «geliehenen» Wertpapieren à la baisse spekulieren und Kurse manipulieren kann. Der Rückkauf erfolgt ratenweise und unspektakulär, so dass die Kurse weniger stark steigen, als sie zuvor gefallen sind (Sell and buy back-Strategie). Der Gewinn besteht in der Differenz zwischen Verkaufkurs und Kaufkurs abzüglich der lending fee und der Handelskosten. Das Verleihen von Depotaktien zu diesem Zweck ist vertragswidrig, denn der Entleiher spekuliert mit fallenden Kursen, was nicht im Interesse der Depotinhaber liegt.

55 De l'Esprit des lois, Genf 1748.

56 CAHIERS, Nachdruck 1941, S. 119 f.: «Une mauvaise loi oblige toujours le législateur à en faire beaucoup d'autres souvent très mauvaise aussi, pour en éviter le mauvais effets ou du moins pour remplir l'objet de la première».

Nicht selten werden US-amerikanische oder internationale Regeln auch über die EU importiert. Ein Beispiel sind die Sentencing Guidelines des Wettbewerbsrechts. Ein anderes ist der Paradigmenwechsel von den alten Rechnungslegungsvorschriften des OR und des HGB mit ihrem Vorsichtsprinzip und Gläubigerschutz, zu den angelsächsisch geprägten International Accounting Standards (IAS/IFRS) mit ihrem an Aktionärsinteressen orientierten faire and true value-Prinzip. Im Auf und Ab der Moden scheint das letzte Wort noch nicht gesprochen.

Eine andere Folge der Globalisierung ist die unreflektierte Übernahme von Vertragsmustern des angelsächsischen Rechts. Zwar ist es selbstverständlich, dass man in Zeiten der Globalisierung eine weltweite Lingua franca braucht. Nur: Mit dem Englischen kommt quasi automatisch auch die Legal Practice des englischen Rechts zur Anwendung. Selbst wenn, wie häufig in internationalen Rechtsfällen, Schweizer Recht vereinbart ist, verwenden die Anwälte schon wegen der Sprache ausschliesslich englische Vertragsmuster mit englischen Rechtsfiguren und Begriffen, die qualitativ hinter dem Schweizer Privatrecht zurückbleiben und manchmal auch nicht zu dem gewählten Schweizer Recht passen. Z.B. kann der Begriff closing date, sowohl den Tag des Vertragschlusses als auch den der Erfüllung bedeuten, oder man kann in purchase agreements lesen, der Verkäufer sichere zu, dass keine Arglist vorliege, eine nach Schweizer Recht überflüssige Bestimmung, denn für Abwesenheit von Arglist haftet man auch ohne Zusicherung. Im Übrigen sehen die Verträge eine Haftung nur bei entsprechenden Garantien vor, während in der Schweiz bei Vorliegen von Mängeln eine gesetzliche Garantie eingreift, die in den englischen Verträgen regelmässig wegbedungen wird. Die Einstellung von Bilanzen, Gewinn- und Verlustrechnungen, Unternehmenskennziffern, Verträgen usw. in Data Rooms hat zur Folge, dass die Unkenntnis sämtlicher dort vorhandener Daten als Fahrlässigkeit i.S.v. Art. 200 Abs. 2 gilt, so dass der Verkäufer nur noch für Zusicherung und Arglist haftet. Wer die Masse der zur Verfügung gestellten Dokumente kennt, weiss wie gefährlich ein solches information overload im Computerzeitalter werden kann. Ein anderes Beispiel ist das claims made principle in Versicherungsverträgen, dass besagt, dass Deckung nur für Schäden gewährt wird, die gemeldet werden, solange der Vertrag besteht. Wird ein vorher eingetretener Schaden erst nach Vertragsbeendigung offenkundig, besteht keine Deckung. Eine zweifelhafte Konstruktion ist das Cross border leasing, mit dem man Infrastruktureinrichtungen wie Kanal- oder Eisenbahnnetze nach South Dakota verleasen und dort dubiose Steuersparmodelle abschliessen konnte.

3. Weit gravierender als globale Einflüsse sind die europäischen Auswirkungen auf das Privatrecht. Die Entwicklung des europäischen Rechts tangiert die Zukunft des Privatrechts durch eine planlose und legistisch schlechte Gesetzgebung über meist eher unwichtige Regelungsgegenstände, die man in Brüssel



als Politikfelder besetzt hat und häufig ohne hinreichende Gesetzgebungskompetenz verfolgt.

Vom EU-Recht ist die Schweiz im Rahmen der bilateralen Abkommen betroffen, doch tut sie mit dem autonomen Nachvollzug ein Übriges zur Einführung unüberlegter Neuerungen aus Brüssel, die auch schlecht mit dem nationalen Recht harmonieren. Hierzu gehört etwa das Konsumkreditgesetz sowie geplante Änderungen im Verjährungs- und Gewährleistungsrecht oder die bevorstehende Erhöhung des Verzugszinses (vgl. unten F.). Die von Bern seit längerem zum offiziellen Ziel erklärte sog. Europakompatibilität<sup>57</sup>, hält man für notwendig, weil man glaubt, «dass das jüngere Unionsprivatrecht, das dem Wettbewerb und dem Schutz von Arbeitnehmern, Konsumenten und Frauen verpflichtet sei, das modernere sei»<sup>58</sup>. Auch die angeblich liberale Wettbewerbspolitik<sup>59</sup> gilt als Vorteil (dazu sogleich).

Die Eurokompatibilität bleibt ein Schlagwort, welches die Fragen nach der politischen Klugheit und der legistischen Qualität von EU-Importen in den Hintergrund drängt. Dem Schutz des Schweizer Aussenhandels, der überwiegend mit Europa abgewickelt wird, dienen die bilateralen Verträge. Eine Harmonisierung des Privatrechts und des Konsumentenschutzes ist für den Handel mit Europa keineswegs notwendig und die fragwürdigen Neuerungen der EU auf diesen Gebieten<sup>60</sup> sprechen klar dagegen. Dies umso mehr, als die h.L. sogar im Rahmen von autonom nachvollzogenem EU-Recht eine richtlinien- bzw. europakonforme Auslegung für notwendig hält, was insb. hiesse, dass man auch die zum Teil völlig überzogene Rsp. des EuGH übernehmen müsste. Auch das BGE<sup>61</sup> verlangt im Zweifel eine europarechtskonforme Interpretation. M.E. gilt dies nur für die bilateralen Verträge, die grundsätzlich autonom auszulegen sind, und europarechtskonform, soweit sie auf Europarecht verweisen. Das Privatrecht sollte man in Nachachtung seiner grossen Tradition nur mit der früher gepflogenen helvetischen Zurückhaltung und unter Bedachtnahme auf Schweizer Erfordernisse vorsichtig weiterentwickeln.

Im folgenden Exkurs einer Kritik des Europarechts ist zu zeigen, welche Legalunordnung in Brüssel angerichtet wird, wie privatautonomie-feindlich das Europäische Umfeld geworden ist und welche Gefahren davon für das OR ausgehen.

Der EU-Gesetzgeber achtet kaum auf Präzision, was in den Mitgliedstaaten zu einer allmählichen Kontamination der Privatrechtsdogmatik führt. Das zeigen

57 Vgl. z.B. BLOCHER, Die Europäisierung des Zivil- und Handelsrechts und die Schweiz, ZEuP 2005, S. 1 ff.; Europabericht des Bundesrates, BBl 2010, S. 7239; s. auch JUNG, Das Argument der Europakompatibilität im Schweizer Privatrecht, ZSR 2010, S. 513 ff.

58 JUNG (Fn. 57), S. 524 m.Nw.

59 BLOCHER (Fn. 57).

60 Zweifel immerhin auch bei BLOCHER (Fn. 57) und JUNG (Fn. 57).

61 BGE 129 III, S. 335, 350, E. 6; 130 III, S. 182; ausführlich dazu PROBST, BJM 2004, S. 225, S. 236 ff.

schlecht formulierte, oft seitenlange Vorschriften, ungenaue Begriffe, unsinnige Häufung von synonymen Adjektiven usw. Ich beschränke mich auf einige Beispiele: – So müssen Sanktionen nach einer stereotypen Formel wirksam, verhältnismässig und abschreckend sein<sup>62</sup>. Zahllose Vorschriften sind inhaltsleer und tautolog. So heisst es z.B. in der neuen Elektrizitätsbinnenmarkt-RL<sup>63</sup>: «Die Mitgliedstaaten ergreifen geeignete Maßnahmen zum Schutz der Endkunden und tragen insbesondere dafür Sorge, dass für schutzbedürftige Kunden ein angemessener Schutz besteht». Die Pauschalreiserichtlinie<sup>64</sup> spricht allen Ernstes von der «Übertragung von Buchungen», die Verzugsrichtlinie von «Zahlungen» statt von «Forderungen»<sup>65</sup>, was sich prompt im deutschen Gesetz zur «Beschleunigung fälliger Zahlungen» fortgesetzt hat. Die Verbrauchsgüterkauf-RL heisst wirklich so, obwohl sie nicht den Verkauf von Verbrauchsgütern regelt, sondern den Verbraucherkauf.

Die Gesetze haben oft seitenlange Präambeln im Stil der angelsächsischen *whereas*-Klauseln. Seit der Antike weiss man, dass Prologe unnütz und überflüssig sind: *Nihil videtur mihi frigidius, nihil ineptius quam lex cum prologo* schrieb POSEIDONIOS<sup>66</sup> der Stoiker und Schüler des PANAITIOS im 1. Jhd. v.Chr. (nichts scheint mir frustrierender und ungeeigneter als ein Gesetz mit einem Prolog).

Die im Gesetz verwendeten Begriffe werden in langen Listen umständlich definiert und dann oft doch anders gebraucht. Die Regelungen sind unvollständig, fragmentarisch und isoliert, eine Systematik oder gar eine Tendenz zur Kodifikation ist nicht im Ansatz erkennbar. Bei den Richtlinien, die sich als Rahmen- oder Modellgesetze auf Grundsatz- und Rahmenregelungen beschränken müssten, findet man fast immer minutiöse und kasuistische Detailvorschriften, die dem nationalen Gesetzgeber keinen Spielraum mehr lassen<sup>67</sup>.

Das Bild dominieren unsinnig kleinteilige Gesetze, z.B. wird zur Festlegung der Fischfangquoten für jedes Land und jede Fischart je eine eigene Verordnung erlassen, Rotbarsch Portugal, Rotbarsch Deutschland, Rotbarsch Frankreich, Hering Portugal usw., usw. Das allein macht mehrere hundert Verordnungen jährlich. Es gibt mehr als 77 völlig unnötige Verordnungen und Richtlinien über land- und forstwirtschaftliche Zugmaschinen auf Rädern mit sperrigen und lächerlichen Titeln wie «Richtlinie 77/311/EWG des Rates vom 29. März 1977 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Ge-

62 S. z.B. AllgGleichbehRL 2004/113 Art. 14 Satz 2.

63 RL 2009/72/EG Art. 3 Abs. 7.

64 Art. 4 Abs. 3 RL 90/314 EWG.

65 2000/35 E. 13.

66 Bei Seneca ep. 94, 38; dazu RIES, Prolog und Epilog in Gesetzen des Altertums, 1983; zuletzt FÖGEN, Das Lied vom Gesetz, 2007.

67 Das wurde oft kritisiert; s. zuletzt STÜRNER, Markt und Wettbewerb über alles?, 2007, S. 194; PROKOPF, Das gemeinschaftsrechtliche Rechtsinstrument der Richtlinie, 2007, S. 66 ff. passim, m.Nw.

räuschpegel in Ohrenhöhe der Fahrer von land- oder forstwirtschaftlichen Zugmaschinen auf Rädern.»

Brüssel regelt die Grösse von Gurken<sup>68</sup> oder Kondomen, verbietet Glühlampen oder alterproben Medikamente, aber auf einen EU-Stecker wartet man vergebens. Brüssel «fördert» alles Mögliche durch Strafen, von der Haushaltsdisziplin der Mitgliedstaaten über den Verbrauch von Biosprit bis hin zu Quotenfrauen in Führungspositionen; es führt Feinstaubplaketten für Autos ein, die zu keinerlei Luftverbesserung führen (usw.).

Eine Regelungsflut von Verordnungen und Richtlinien macht das Europarecht völlig unübersichtlich. Es ist ein «wüstes Conglomerat zusammenhangs- und prinzipienloser Verordnungen» entstanden, in dem man sich nur schwer zu Recht findet<sup>69</sup>. Der Grad der Komplexität steht zu dem bescheidenen Regelungsgegenstand in keinem vernünftigen Verhältnis und wird durch unbegreifliche Kompetenzüberschreitung, schlampige Legistik<sup>70</sup>, ein zuviel an Lobbying, divergierenden Interessen und Minimalkompromissen (usw.) verursacht<sup>71</sup>. Auch gewinnt man den Eindruck, dass Privatrecht, Konsumentenschutz und Wettbewerbsrecht (usw.) für die Kommission deshalb ein beliebter playground sind, weil dort von den Mitgliedstaaten weniger Widerstand kommt als z.B. bei Agrarsubventionen oder Fischfangquoten. Eine gewisse Profilierungssucht einiger Generaldirektionen, wie der für Verbraucherschutz oder für Wettbewerb ist unverkennbar. Auch kann man ohne Übertreibung von einer Regulierungshybris der Kommission sprechen, der vom Ministerrat zu wenig entgegengesetzt wird.

Vor allem fehlt der EU eine Rechtskultur<sup>72</sup>, in der Kompetenzen nicht nach politischer Beliebigkeit und Zufall begründet werden. Oft werden sie von der Kommission usurpiert, vom Rat nicht verhindert und vom EuGH<sup>73</sup> bestätigt.

68 Die berühmte Gurken-VO 1677/88 EWG («gut geformt und praktisch gerade [maximale Krümmung: 10 mm auf 10 cm Länge der Gurke]» wurde 2009 aufgehoben, weil sie zum Symbol für den Regulierungswahn der EU geworden war).

69 R. v. JHERING, Geist II 2, 6./7. Aufl. 1923, S. 483 f. über eine aus heutiger Sicht geradezu harmlose kasuistische Regelung der Formpflicht von Verträgen im preussischen ALR.

70 Das werktäglich erscheinende Amtsblatt L für die Rechtsvorschriften umfasst inzwischen hunderttausende Seiten von überlangen, schwer verständlichen und extrem änderungsanfälligen Gesetzestexten. Die Änderung der Änderung der Änderung. Manchmal ist es die vorletzte Novelle, welche die letzte notwendig macht. Die Gesetze sind oft mit heisser Nadel genäht. Nicht selten wird ein ganzer Erlass wegen Fehlerhaftigkeit einfach ein zweites Mal publiziert. Die Berichtigungen werden den Gesetzunterworfenen nicht mal mehr mitgeteilt. In der Rechtsdatenbanken der EU im Internet findet man auf jeder Seite einen Disclaimer, der vermuten lässt, dass der Gesetzgeber seinen Angaben selbst nicht traut.

71 Näher zur Kritik MÜLLER-GRAFF, Der Stil der Europäischen Rechtssetzung, in: Europäische Rechtskultur, Symp. Honsell, 2009, S. 1 ff.

72 Zum Folgenden etwa HONSELL, in: Europäische Rechtskultur, Symp. Honsell 2009, S. VII ff.; Staudinger/HONSELL, Komm. BGB Einl. 112a; HONSELL, Die Erosion des Privatrechts durch das Europarecht, ZIP 2008, S. 621 ff.

73 Kritisch zur Rolle des EuGH HONSELL ZIP 2008, S. 621 ff.; HERZOG/GERKEN, Stoppt den Europäischen Gerichtshof, FAZ 8.9.2008 Nr. 210, S. 8; ferner die bei EGGER, in: Roth/Hilpold

Z.B. dient die Niederlassungsfreiheit für freie Berufe (Art. 49 ff. AEUV = ex-Art. 43 ff. EGV) als Kompetenzgrundlage für die Regelung der MiFID (Markets in Financial Instruments Directive). Diese Finanzmarktrichtlinie regelt den ganzen Bereich der Wertpapierdienstleistungen. Aus Art. 49 ff. AEUV lässt sich eine Zuständigkeit auch mit einer noch so ausufernden Annexkompetenz nicht herleiten. Es gibt in der EU die verrücktesten Eselsbrücken zur Begründung von Kompetenzen. Der EuGH<sup>74</sup> hat in mehreren Entscheidungen «golden shares» als Eingriff in die Kapitalverkehrsfreiheit des Art. 63 AEUV (= ex-Art. 56 EGV) bewertet. So sollen z.B. Stimmrechtsbeschränkungen in einer Aktiengesellschaft eine Verletzung von Art. 63 AEUV darstellen. Die Vorschrift betrifft aber nur die Liberalisierung des Devisenverkehrs und verbietet Beschränkungen des Kapital- und Zahlungsverkehrs. Sie verlangt keinesfalls, dass man mit dem frei transferierten Kapital überall alles kaufen kann, z.B. Aktien mit vollem Stimmrecht. Im Umweltrecht Art. 11 AEUV (= ex-Art. 6 EGV), Art. 114 Abs. 3 AEUV (= ex-Art. 95 Abs. 3 EGV) Art. 191–193 AEUV (= ex-Art. 175 EGV) hat die EU keine Strafkompetenz. Der EuGH bejaht sie dennoch mit der schlichten Behauptung, sie sei für die Umsetzung der Ziele notwendig<sup>75</sup>. Ein grotesker Fall kompetenzloser Aushebelung nationalen Rechts ist die Rsp. zur Niederlassungsfreiheit im Gesellschaftsrecht. Seit den Urteilen Centros, Überseering und Inspire<sup>76</sup> kann man mit einer in England nur als Briefkastenfirma gegründeten Limited Company Tätigkeiten in anderen Mitgliedstaaten entfalten. Damit können alle nationalen Vorschriften über Mindestkapital, Kapitalerhaltung und Gläubigerschutz umgangen werden. Der EuGH legitimiert eine verbotene Gesetzesumgehung. Mit Niederlassungsfreiheit hat dies nichts zu tun, denn diese deckt natürlich die Zulassung blosser Scheingesellschaften oder Briefkastenfirmen ohne wirtschaftliche Aktivitäten nicht.<sup>77</sup>

Am grössten ist die Kompetenzanmassung bei Art 114–117 AEUV (= ex-Art. 94–97 EGV), den Bestimmungen über die Harmonisierung der Rechtsvorschriften im Binnenmarkt. Hierauf stützt sich die Gesetzgebungskompetenz für die meisten Rechtsvorschriften, z.B. für die Richtlinien über Produkthaftung,

---

(Hrsg.), Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedstaaten, 2008, S. 55, S. 71 ff. Rn. 81, genannten zahlreichen kritischen Stimmen.

74 Z.B. EuGH C-112/2005 v. 23.10.2007 (Volkswagen); zu weiteren Urteilen ARMBRÜSTER, «Golden Shares» und die Grundfreiheiten des EG-Vertrages, JuS 2003, S. 224 ff.; ROTH, Briefkastengründungen und Golden Shares, in: Roth/Hilpold (Hrsg.), Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedstaaten, 2008, S. 427 ff.

75 C-176/03; krit. z.B. HERZOG/GERKEN FAZ 8.9.2008 Nr. 210, S. 8.

76 EuGH C-212/97 v. 9.3.1999; C-208/00 5.11.2002; C-167/01 30.9.2003.

77 S. statt aller ZÖLLNER, GmbH 2006, 1 ff.; krit. auch GRIGOLEIT in: Neuner (Hrsg.), Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht, 2007, S. 266; ferner EIDENMÜLLER, ZGR 2007, 168; ROTH, Briefkastengründungen und Golden Shares, in: Roth/Hilpold (Hrsg.), Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedstaaten, 2008, S. 427 ff., S. 441; RÜFFLER, Erosion des Gesellschaftsrechts durch das Europarecht?, Symp. Honsell, 2009, S. 85 ff.; s. auch die Sammelwerke EIDENMÜLLER (Hrsg.), Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 2004 und LUTTER, Europäische Auslandsgesellschaften in Deutschland, 2005.

über Pauschalreisen, Haustürwiderruf, Fernabsatz, für das Gesellschafts- und Bilanzrecht usw. Diese Normen geben jedoch der EG nur eine Kompetenz für «Maßnahmen zur Angleichung von Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, welche die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zum Gegenstand haben.» Art. 116 AEUV (= ex-Art. 96 Abs. 1 EGV) präzisiert hierzu, dass eine Verzerrung oder Verfälschung am Binnenmarkt bestehen muss, welche durch die Richtlinie beseitigt wird. Es liegt auf der Hand, dass z.B. ein unterschiedlicher Konsumentenschutz den Wettbewerb am Europäischen Binnenmarkt nicht tangiert.<sup>78</sup> Denn welche Frau liesse sich schon von einem geringeren Konsumentenschutzniveau vom Kauf eines Kleides in Paris, Rom, Berlin oder London abhalten? Und wer ginge zum Einkaufen ins Ausland nur eines besseren Konsumentenschutzes wegen? Und schliesslich, welcher Verkäufer könnte aus einem geringeren Schutzzumfang Wettbewerbsvorteile ziehen? Im Übrigen wird der Konsument schon dadurch hinreichend geschützt, dass er an seinem Wohnsitz klagen und nur dort verklagt werden kann (Art. 13 LugÜ, Art. 120 IPRG).

Schliesslich war der Binnenmarkt bis zum 31.12.1992 zu vollenden. Trotzdem hört die Kommission nicht auf, Richtlinien auf Art. 114 zu stützen. In der Interpretation durch den EuGH<sup>79</sup> ist Art. 114 EGV praktisch eine Generalermächtigung für jedwede Rechtsangleichung geworden.<sup>80</sup> Jeder Unterschied in nationalen Regelungen kann als Hemmnis qualifiziert werden, das eine Harmonisierungsrichtlinie rechtfertigt<sup>81</sup>.

Die vertraglich verankerten Gesetzgebungsprinzipien der begrenzten Einzelermächtigung und der Subsidiarität (Art. 5 AEUV) werden von Rat, Kommission und Gericht ständig ignoriert. Eine tragfähige Rechtskultur bemüht sich um eine minimale Ordnung und Systematik und hält sich frei von aktionistischer Beliebigkeit. Für den Binnenmarkt ist es irrelevant, ob Konsumentenschutz oder Antidiskriminierung EU-weit einheitlich geregelt sind. Wichtiger wäre eine homogene Steuer- und Sozialgesetzgebung und, wie die Turbulenzen um den Euro zeigen, eine gemeinsame Finanz- und Wirtschaftspolitik. Dazu gehört auch die Wettbewerbspolitik, doch krankt das Europarecht hier besonders an unbestimmten und unklaren Kartelltatbeständen und diffusen Beihilfeverboten. Die Milliardenstrafen der EU knüpfen an den Umsatz statt an den Gewinn, haben in der VO 1/2003 keine gesetzliche Grundlage und sind völlig überzogen.

78 Das hält z.B. THOMAS PROBST für möglich, Der Einfluss des Gemeinschaftsrechts auf das Schweizer Privatrecht, in: Werro/Probst (Hrsg.), *Le droit privé suisse face au droit communautaire européen*, 2004, S. 13 ff., S. 23 Fn. 43.

79 C-380/03 – 2 Tabakwerbe-RL; krit. hierzu MAIERHÖFER, JZ 2007, S. 463.

80 MAIERHÖFER (Fn. 79); WIEDMANN/GEBAUER, *Zivilrecht unter Europäischem Einfluss*, Art. 1 Rn. 20–22.

81 Inzwischen betreibt die Kommission gestützt auf Art. 115 AEUV sogar schon Steuerharmonisierung: KOM/2011/0121 endg. – CNS 2011/0058\*/ Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über eine Gemeinsame konsolidierte Körperschaftsteuer-Bemessungsgrundlage (GKKB) gestützt auf Art. 115 AEUV.



Allein gegen Microsoft wurden in den Jahren 2004–2008 1,677 Mrd. EUR Bussen verhängt. Dabei ging es um relative Kleinigkeiten, wie den Vertrieb eines Internetbrowsers zusammen mit einem Mediaplayer, Programme, die von den Wettbewerbern längst kostenlos angeboten werden; ferner angeblich zu hohe Lizenzgebühren für das Zurverfügungstellen des Quellcodes, der inzwischen längst öffentlich ist. In den letzten Jahren haben diese Bussen einen Quantensprung gemacht und bewegen sich oft in dreistelliger Millionenhöhe. Die Liste der Verurteilten ist lang und liest sich wie ein who is who der Industrie. Nur selten wird aber gefragt, ob vielleicht an den Kartellstraftatbeständen etwas nicht stimmt. Die zentralen Vorschriften des EG-Wettbewerbsrechts, Art. 101 AEUV (= ex-Art. 81 EGV) und Art. 106 AEUV (= ex-Art. 86 EGV), enthalten die äusserst vagen und unbestimmten Tatbestände des Verbots wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen und Verhaltensweisen und des Missbrauchs von Marktmacht, die rechtsstaatlichen Mindestanforderungen nicht genügen<sup>82</sup>. Inzwischen kassiert die Kommission unter diesem Titel jährlich mehrere Milliarden EUR. Die Festlegung der Strafen hat man als Lotterie bezeichnet<sup>83</sup>. Die Kommission hat 1998 nach dem Vorbild US-amerikanischer Sentencing Guidelines merkwürdige Leitlinien für die Festlegung der Bussen erlassen, die 2006 schon wieder überarbeitete wurden, und die die Willkür nicht begrenzen, sondern erst so richtig sichtbar machen: Da gibt es Entry Fees, das sind Aufschläge auf die Grundstrafe zur Abschreckung, Erhöhungen wegen langer Dauer 10 % pro Jahr, für Obstruktion bis 20 %, Zuschläge für Rädelsführerschaft bis 50 %, für Fortsetzung der Zuwiderhandlung oder Wiederholungstäterschaft 100 %. Und zuletzt Nachlässe bis zu 0 % für Kronzeugen. Man kann nicht im Ernst behaupten, dass diese primitiv-pädagogischen Ansätze mit einem modernen Unternehmens- und Wirtschaftsrecht kompatibel sind.

Das entscheidende Gravamen der Kartellstraftatbestände ist indes das Fehlen einer rechtsstaatlichen Erfordernissen genügenden Strafkompetenz und der Verstoss gegen den Grundsatz nulla poena sine lege certa et clara (§ 1 StGB, Art. 49 Abs. 1 EU Grundrechtecharta, Art. 7 Abs. 1 EMRK, Art. 103 Abs. 2 GG). Der EU-Gesetzgeber glaubt dies damit lösen zu können, dass er in Art. 23 Abs. 5 VO 1/2003 einfach behauptet, dass es keine Strafe sei<sup>84</sup>.

Der EuGH, der Anfangszeit beim Abbau von Handelshemmnissen Pionierleistungen erbracht hat, man denke z.B. an *Cassis de Dijon*<sup>85</sup>, trägt heute zu dem beklagenswerten Zustand des Rechts in der EU erheblich bei. Der Grund

82 S. statt aller RITTNER, Das Kartellverbot des Art. 81 EGV in teleologischer Reduktion, FS Huber, 2006, S. 1095, S. 1114.

83 VAN BAELE, The Lottery of EU Competition Law, ECLR 1995, 237; hieran hat auch die Einführung der Leitlinien 1998 und 2006 nichts geändert; zur Praxis der Kommission s. MünchKommEUWettbR/ENGELSING/SCHNEIDER, Art. 23 VO 1/2003 Rn. 70 ff.

84 Ebenso EuG T-83/91 Slg. 1994 II, S. 755 Rn. 235 – Tetra Pak; krit. HONSELL, ZIP 2008, S. 621.

85 EuGH Slg. 1979, S. 649 ff.

für die vielen Fehlentscheide, die in Luxemburg gefällt werden, könnte in einer mangelnden zivilrechtlichen Qualifikation der Richter zu suchen sein, die meist aus Diplomaten oder Öffentlichrechtlern rekrutiert werden und aus Staaten mit unterschiedlicher Justizkultur zusammengewürfelt sind. Eine richtersozio-logische Untersuchung könnte hier Aufschluss bringen.

Das Hauptgravamen bleibt jedoch die EU-Gesetzgebung. Die EU produziert pointillistische und fragmentarische Regelungen mit Inselcharakter<sup>86</sup> und unklaren und diffusen Nebenwirkungen. In den europäischen Staaten gibt es ein gewachsenes Recht, das zunehmend von der europäischen Gesetzgebung und Rsp. überwuchert wird. Auch führt der Vorrang des EU-Rechts zu vermehrter Rechtsunsicherheit, weil oft unklar ist, ob nationale Regelungen gültig sind oder nicht. Es ist eine undurchsichtige Gemengelage, eine Legalunordnung von europäischem und nationalem Recht entstanden. Berechenbarkeit, Beständigkeit und Überschaubarkeit sind neben der materialen Gerechtigkeit die vielleicht wichtigsten Maximen jeder Rechtsordnung. Heute ist (nicht nur) im Europäischen Bereich ein Übermass an Reglementierung festzustellen, welches die bürgerlichen Freiheiten unnötig einschränkt. Im Vertragsrecht betrifft dies namentlich die Inhaltsfreiheit, seit der neuen Antidiskriminierungsgesetzgebung (dazu unten E.) auch die Partnerwahlfreiheit. Gegen die Privatautonomie verstösst auch das eben beschriebene Kartellrecht. Auf dem unter dem Deckmantel angeblicher Liberalisierung immer mehr regulierten Energiemarkt, gibt es keine Vertragsfreiheit mehr. Die Vertragsdauer ist auf maximal fünf Jahre begrenzt und künftig soll, wie in einer Planwirtschaft, alles von Brüssel bestimmt werden, selbst die Investitionen der Energieunternehmen (usw.).

Vor diesem hier nur angedeuteten, eher deprimierenden Hintergrund, der infolge der bilateralen Verträge und dem autonomen Nachvollzug von EU-Recht auch die Schweiz tangiert, kann man Klarheit und Einfachheit des OR nicht hoch genug veranschlagen, man sieht aber auch, welche enorme Gefahr für unsere Rechtskultur von der Forderung nach Europakompatibilität ausgeht.

## **D. Konsumentenschutz**

### **I. Konsumentenschutz**

Der Konsumentenschutz war ein rechtspolitisches Thema im Wahlkampf des JOHN F. KENNEDY Anfang der Sechziger Jahre («We are all consumers»). Es ist ein populistischer Ansatz. Da alle Verbraucher sind, spricht man viele Wähler an oder hofft es doch. Auch für den Konsumentenschutz gilt, dass eine

---

86 ERNST, Europäische Rechtskultur, 2009, S.115 nennt die Richtlinien zum Privatrecht einen «Flickenteppich inselhafter Einzelregelungen, die einer systematischen Abstimmung weitgehend entbehren.»

umsichtige Rechtspolitik nicht jede modische Reform mitmacht. Es gibt genug Beispiele für mehr oder weniger überflüssige und undurchdachte Neuerungen, die mehr neue Fragen aufwerfen, als alte lösen. Das oft beklagte «Nachhinken» des schweizerischen Gesetzgebers, die sog. helvetische Verspätung, hat er Schweiz nicht selten undurchdachte und überhastete Reformen erspart. Beim KKG war das leider nicht der Fall. Hier hat der Gesetzgeber gleich zweimal die EU-Vorschriften übernommen. Das KKG 1993 wurde schon wenige Jahre später durch das KKG 2001 ersetzt.

Der Konsument wird ex negativo definiert. So schützt z.B. Art. 3 KKG jede natürliche Person, die einen Konsumkreditvertrag zu einem Zweck abschliesst, der nicht ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zugerechnet werden kann. Verbraucher ist also jeder, der nicht Unternehmer ist.

Ein Kleinkaufmann, der einen Wagen für sein Geschäft erwirbt, hat keinen Schutz. Dagegen ist der erfahrene Verwaltungsratspräsident, der sich privat einen Wagen kauft, Konsument.

Die problematische Anknüpfung an die «Rolle» des Konsumenten, die rechtlich kein geeigneter Anknüpfungspunkt ist, ist viel zu wenig diskutiert worden<sup>87</sup>. Das Gleiche gilt für den Schutz des angeblich Schwächeren. Der Konsument, der zwischen mehreren Anbietern wählen kann, ist nicht automatisch der Schwächere. Schlagwörter aus der politischen Diskussion eignen sich wenig für die Gesetzgebung. In paternalistischer Manier wird der Bürger zum unmündigen Grosskind degradiert, das man durch «Übereinandertürmen von Schutzvorschriften» vor allem schützen will. Bewerkstelligt wird dies durch zwingende Normen, asymmetrische Regelungen zugunsten des Verbrauchers, Informationspflichten, Widerrufsrechten usw. Zu wenig bedacht wird dabei, dass all dies die Kosten der Produkte erhöht, was am Ende von den Konsumenten bezahlt werden muss. Verschuldensunabhängige Produkthaftung, Widerrufsrecht goods in hand, Verbot des Gewährleistungsausschlusses selbst für gebrauchte Sachen<sup>88</sup>, 2 Jahre Garantie und für gebrauchte Sachen immerhin noch 1 Jahr, dies und anderes mehr verteuert die Waren für alle, auch für diejenigen, die diesen Rechtsvorteilen günstigere Preise vorziehen würden. Den Markt der freien Gebrauchtwagenhändler, welche preisgünstigere Occasionswagen ohne Garantie verkauft haben, hat die Verkaufsgüter-RL weitgehend beseitigt. Das ist insb.

87 Krit. z.B. G. WAGNER (Fn. 41), S. 13, S. 81 f.: «Wäre es tatsächlich so, dass die Privatautonomie nur funktionieren könnte, wenn die beiden Vertragspartner zumindest annähernd gleich «stark» sind, wäre eine freiheitliche Gesellschaft genauso undenkbar wie eine Marktwirtschaft. In Wahrheit setzt echte Selbstbestimmung weder Rollenidentität (Unternehmer/Verbraucher) noch gleiche wirtschaftliche Ressourcen (arm/reich) voraus, sondern vor allem offene Märkte, eine Mehrzahl möglicher Vertragspartner ...».

88 Der Gewährleistungsausschluss ist nach Art. 7 I 1 VerbrGK-RiL generell unzulässig. Die Geltung dieses Verbots selbst für gebrauchte Sachen ist der grösste Missgriff. BGH NJW 1978, 261 hatte den Gewährleistungsausschluss bei Gebrauchtwagen zu recht für ein Gebot wirtschaftlicher Vernunft gehalten.



nicht im Interesse ärmerer Konsumenten<sup>89</sup>. Diese Entwicklung wird auch in der Schweiz eintreten, wenn die parlamentarische Initiative des Nationalrats Erfolg hat.

## II. Konsumkreditgesetz

Das Konsumkreditgesetz (KKG) statuiert ein formales Informationsmodell zum Schutze des Konsumenten. Es enthält eine Fülle von teilweise sinnlosen Informationspflichten, die den Kunden überfordern. Ein information overload bewirkt am Ende Desinformation. Der Kunde versteht nichts und unterschreibt doch, lässt sich also nicht von der Kreditaufnahme abhalten. Auch wer wie z.B. bei der Vermögensanlage nach der Finanzmarkt-RL (MiFID<sup>90</sup>) im Rahmen ein und derselben Aufklärung immer wieder unterschreiben muss, dass er einen Hinweis oder ein Risiko zur Kenntnis nimmt, unterschreibt i.d.R. dort, wo der Berater das Kreuz gemacht hat, ohne zu lesen. Die Informationen sind also weitgehend nutzlos. Nutzen für den Konsumenten haben Informationspflichten erst, wenn sie nicht eingehalten werden und das ist offenbar auch ihr hauptsächlicher Zweck. Die Konsequenz ist Nichtigkeit des Kreditvertrages gemäss Art. 15 Abs. 2 KKG, was nach der schiefen Begriffsbildung des Gesetzes bedeutet, dass der Kredit nicht sofort, sondern erst nach Ablauf der Kreditdauer zurückzuzahlen ist, dann allerdings weder Zinsen noch Kosten geschuldet werden. Nach Art. 32 Abs. 1 KKG verliert die Kreditgeberin nicht nur Zinsen und Kosten, sondern sogar das Kapital, wenn sie «in schwerwiegender Weise» gegen die Vorschriften über die vom Gesetz geforderte Kreditfähigkeitsprüfung (Art. 28–30 KKG) verstösst. Auch diese Norm bleibt hinter strafrechtlichen Mindestanforderung einer *lex clara et certa* zurück (Art. 1 StGB). Auch ist die Strafe nicht schuldangemessen, denn die Höhe des Kapitals ist zufällig und von der Schwere des Verstosses ganz losgelöst.

Ein zentraler Punkt der Informationspflichten ist die Angabe des effektiven Jahreszinses. Die Grundidee ist es, dass zur besseren Transparenz sämtliche Kosten in den Zins einberechnet werden, damit der Kunde die wirkliche Zinshöhe sehen kann. Der effektive Jahreszins muss nach einer Gleichung berechnet werden, die so kompliziert ist, dass es dem Gesetzgeber erst im zweiten Anlauf gelungen ist, sie fehlerfrei im Gesetzblatt abzudrucken. Um alle für den effektiven Jahreszins relevanten Daten zu erfassen, verwendet man eine finanzmathematische Berechnungsmethode. Die EU hat sich nach einjähriger Kommissionsarbeit für eine besonders komplizierte Formel entschieden, die auch zur Berechnung von Wertpapierrenditen verwendet wird. Die Formel geht von der laufenden Wiederanlage von Zahlungen aus und berechnet folglich eine laufende Zinskapitalisierung. Auf Kredite übertragen wird der Barwert aller

<sup>89</sup> G. WAGNER (Fn. 41), S. 43 f.

<sup>90</sup> Markets in Financial Instruments Directive 2004/39/EG.

künftigen Zahlungsverpflichtungen des Kreditnehmers zum Zeitpunkt der Kreditauszahlung berechnet und dem Nettokreditbetrag gleichgesetzt. Es lässt sich daraus in weiteren Schritten der Zinssatz ermitteln, der dieser Gleichsetzung entspricht<sup>91</sup>. Die gesetzliche Gleichung beruht auf der Prämisse täglicher Zinskapitalisierung. Das impliziert tageweise Überlassung von Kapital, was weder den realen Vertragsgegebenheiten noch den Parteivorstellungen entspricht.

Der Gesetzgeber des KKG hat die Gleichung der EG-RL unter der unzutreffenden Bezeichnung «Formel zur Berechnung des effektiven Jahreszinses» publiziert, aber auf den Abdruck der vollständigen Formeln verzichtet. Das Ganze ist so kompliziert, dass die richtigen Formeln, soweit ersichtlich von niemandem verwendet werden. Gebräuchlich ist stattdessen die einfachere 365 Tage-Methode, die kaum weniger genau, dafür aber viel einfacher ist. Es ist nicht ohne Ironie, dass der Gesetzgeber, der den Kreditgeber zu strengster Transparenz verpflichtet, selbst derart intransparente Vorschriften und Formeln verwendet. Was die Effizienz der Regelung anlangt, so muss man feststellen, dass – soweit ersichtlich – nirgendwo nach der gesetzlichen Formel gerechnet wird. Da schon die kleinste Abweichung die Sanktion auslöst, könnten die Kreditnehmer einen zinslosen Kredit lukrieren. Gleichwohl findet man kaum Prozesse. Niemand beruft sich darauf, obwohl praktisch alle Teilzahlungskredite unentgeltlich wären, weil der effektive Jahreszins nicht richtig berechnet wird. Die Gründe sind vielschichtig: Fehlende Information, Desinteresse, Redlichkeit des Publikums, fort-dauernde Geschäftsbeziehungen, weitere Kredite usw.

### III. Verbraucherverschuldung

Sinnvolle Pläne zur Bekämpfung der zunehmenden Verbraucherverschuldung hat der Gesetzgeber nicht weiterverfolgt. Obwohl im internationalen Vergleich die Verbraucherverschuldung in der Schweiz immer noch als eher niedrig eingestuft wird, darf doch nicht übersehen werden, dass sie eine steigende Zahl von Haushalten vor ernste Probleme stellt. Zu Zahlungsschwierigkeiten kann es namentlich in unverschuldeten Notfällen, wie Krankheit, Arbeitslosigkeit oder Ehescheidung kommen, zumal die dann infolge des Verzugs drohenden zusätzlichen Ansprüche der Banken die Verbraucher häufig in eine hoffnungslose Situation bringen, aus der es unter normalen Umständen kein Entrinnen mehr gibt. In der Diskussion wurde zum Teil heftige Kritik an der Kreditpraxis bestimmter Banken geübt und immer wieder ein Einschreiten des Gesetzgebers gefordert. Zur Einführung eines Privatkonkurses hat sich der Gesetzgeber anlässlich der letzten Novellierung des SchKG nicht entschliessen können. Es gibt lediglich Vorschriften über eine private Schuldenbereinigung (Art. 333 ff. SchKG). Andere Länder haben nach amerikanischem Vorbild eine sog. Rest-

91 Vgl. z.B. STEPPELER, ZIP 1988, S. 1615, S. 1616; WIMMER, BB 1993, S. 950 ff.

schuldbefreiung eingeführt. Bei dieser neuen Form eines privaten Konkurses muss der Schuldner die verfügbaren Einkünfte 7 Jahre lang an einen Treuhänder abliefern. Verhält er sich während dieses Zeitraums loyal, so wird er von der Restschuld befreit. Das ist zwar eine Schuldknechtschaft von biblischem Ausmass, aber immerhin eine Begrenzung, die dem Schuldner eine neue Perspektive geben kann. In der Schweiz begnügt man sich jedoch mit dem Schutz des Existenzminimums nach dem SchKG und versteckt sich hinter dem ordoliberalen Credo: Geld muss man haben<sup>92</sup> – soll heissen: Das Privatrecht kann auf Geldmangel keine Rücksicht nehmen, ob unverschuldet oder nicht. Das bedeutet, dass der Schuldner seine finanzielle Leistungsfähigkeit stets zu vertreten hat. Er muss also seine finanziellen Verhältnisse nach einem Worst Case-Szenario einrichten, in welchem alle Risiken und Unwägbarkeiten des Lebens berücksichtigt sind. Daraus folgt insb., dass man einen Kredit nur aufnehmen darf, wenn man ihn sicher zurückzahlen oder einen etwaigen Ausfall versichern kann. Rechnen muss man weiter mit einer mitunter nur schwer vermeidbaren Haftpflicht oder mit unvermeidbarer Gefährdungshaftung. Auch hierfür muss man Vorsorge durch Versicherung treffen. Unverschuldeter Geldmangel, z.B. wegen Krankheit, Arbeitslosigkeit, Ehescheidung (usw.) stellt keinen Entlassungsgrund dar. Für eine Exkulpation ist kein Raum. Auffällig ist, dass dieser wahrlich axiomatische Grundsatz im Gesetz nicht einmal angedeutet ist<sup>93</sup>. Er wurde ursprünglich aus dem Satz *genus perire non potest* (die Gattung kann nicht untergehen) hergeleitet; soll heissen: es gibt immer Geld, nur der Schuldner hat es nicht. Heute sieht man in ihm ein allgemeines Haftungsprinzip, das aus dem Zusammenspiel von Schuldrecht und Zwangsvollstreckung resultiert.

#### IV. Allgemeine Geschäftsbedingungen und einseitige Vertragsklauseln

Zur gesetzlichen Normierung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die auch zum Thema Konsumentenschutz gehören, aber darüber hinausreichen, konnte sich der Gesetzgeber bislang nicht entschliessen. Die Kontrolle von AGB ist immer noch Richterrecht. Sie beschränkt sich im Wesentlichen auf zwei von der Judikatur entwickelte Regeln: Die Ungewöhnlichkeitsregel und die auf das römische Sakralrecht zurückgehende Unklarheitenregel (*interpretatio contra proferentem*)<sup>94</sup>. Was fehlt, ist eine Inhaltskontrolle nach Art. 19

92 S. HONSELL, Vier Rechtsfragen des Geldes, FS Canaris, 2007, S. 461, S. 464; DERS., FS Lange, S. 509, S. 511; MEDICUS, AcP 188 (1988), S. 489 ff.; einschränkend für Sonderfälle zu Unrecht BGE 60 II, S. 339; 76 II, S. 378.

93 Er wird allerdings schon im Gesetzgebungsverfahren des OR zustimmend zitiert, vgl. Sten.Bull. NR 1909, S. 534 f.

94 Bei den römischen Bittopfern wurde, um die Götter nicht durch nachträgliche Auslegungskünste und Reduzierung des Versprochenen zu erzürnen, bei Zweifeln immer die dem Gelobenden ungünstigere Variante angenommen; dazu HONSELL, *Ambiguitas contra stipulatorem*, 2. FS Kaser, 1986, S. 73 ff.

und 20 Abs. 1 OR (öffentliche Ordnung, Sittenwidrigkeit) mit (gegenüber Individualvereinbarungen) verschärften Anforderungen an AGB. Das Klauselverbot in Art. 8 UWG ist wirkungslos geblieben, weil es voraussetzt, dass die vorformulierten AGB in «irreführender Weise» verwendet werden, was praktisch nie der Fall ist. Einen erneuten Anlauf nahm der VE-VVG, der einen Art. 20a OR enthielt, wonach vorformulierte allgemeine Vertragsbedingungen unwirksam sind, wenn sie vom gesetzlichen Leitbild abweichen und den Vertragspartner unangemessen benachteiligen<sup>95</sup>. Auch diese Vorschrift ist bis anhin nicht Gesetz geworden. Eine solche Generalklausel für einseitig diktierte Verträge ist indes notwendig. Sie ist nicht auf den Konsumentenschutz beschränkt und der Problemlösung durch einseitig zwingendes Recht grundsätzlich überlegen, weil sie an die Stelle der Nichtigkeit die Anpassung setzt und flexiblere Lösungen ermöglicht.

## V. Preiskontrolle

Ein weiteres lohnendes Betätigungsfeld für den Gesetzgeber wäre eine Kontrolle der oft undurchsichtigen und verwirrenden Preisgestaltung vieler Dienstleister, wie Airlines, Strom- oder Telefongesellschaften. Korrekturbedürftig ist z.B. die unübersichtliche Vielzahl ganz unterschiedlicher Preise für dieselbe Leistung, die je nach Vorausbuchung und Flugzeit, um mehrere 100% differieren. Das früher gültige Erfordernis eines pretium certum und einer klaren Preisauszeichnung ist im Internetzeitalter längst abgeschafft. Kein Vorbild ist auch die SBB. Die Bahn geht dazu über, nach Tageszeiten und Strecken unterschiedliche Preise zu verlangen. Man will die Kunden von den Hauptzeiten in die Randzeiten drängen, um eine bessere Verteilung zu erreichen, und erkennt dabei, dass viele gar keine Wahl haben. Vor allem will man auf den Paradestrecken noch mehr verdienen. Zu diesem Zweck erhebt man (etwa nach Modernisierungen) sog. Distanzzuschläge, die zu einer signifikanten Preiserhöhung durch fiktive Tarifikilometer führen und die inzwischen auch von der Preisüberwachungsbehörde beanstandet werden, z.B. auf der Strecke Zürich-Bern. Mit unrealistischen Vorstellungen von Verkehrslenkung und Gewinnoptimierung und einer unseriösen Mischung aus extrem billigen Sonderangeboten und zu teuren Normalpreisen verspielt die SBB das Vertrauen des Volkes in faire Preise und reelle Kalkulationen.

---

95 BGE 135 III, S. 1; s. TH. KOLLER, AJP 2008, S. 943 ff.; vgl. immerhin den Hinweis in BGE 109 II, S. 213, S. 217.

## **E. Privatautonomie und Antidiskriminierung**

Ein zentraler Angriff auf die Privatautonomie sind die Bestrebungen, der EU generelle Antidiskriminierung im Privatrecht zu etablieren<sup>96</sup>, mit denen die Partnerwahlfreiheit eingeschränkt wird. Die verfassungsrechtliche Forderung nach Gleichbehandlung gilt im Verhältnis Bürger–Staat und lässt sich nicht ohne weiteres ins Privatrecht übertragen.

### **I. Gleichbehandlung von Frau und Mann**

Ein berechtigtes Anliegen war die Gleichberechtigung von Frau und Mann. Sie ist, was das Recht anlangt, heute weitgehend verwirklicht. Die zentrale Forderung nach gleichem Lohn für gleiche Arbeit (equal pay) steht seit 1981 in der Verfassung (Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV) und das Gleichstellungsgesetz ist seit 1996 in Kraft. Wenn es immer noch Umsetzungsdefizite gibt und Versuche, das Gesetz zu unterlaufen, so müssen diese bekämpft werden. Man braucht keine neuen Gesetze, sondern muss für die Durchsetzung der bestehenden sorgen. Andere Nachteile der Frauen betreffen die Vereinbarkeit von Familie und Beruf und lassen sich aus biologisch-funktionalen Gründen nicht ganz beseitigen. Das Privatrecht kann hierzu wenig beitragen. Insb. erscheint es nicht zielführend, das Problem mit neuen gesetzlichen Pflichten der Partner zu lösen. Das liefe auf eine weitere gesetzliche Regulierung der Familie hinaus, die von Rechtszwang weitgehend frei bleiben sollte. Zweifelhaft sind auch aktuelle französische Pläne, zwingende Babypausen für Väter einzuführen. Die EU plant gesetzliche Quoten für Frauen in Führungspositionen, die mit Strafen gegen Unternehmen durchgesetzt werden sollen, welche die vorgegebene Quote nicht erfüllen. Abgesehen davon, dass gesetzliche Quoten eine Tendenz zur Diskriminierung haben, weil unter dem Quotendruck womöglich weniger qualifizierte Bewerber bevorzugt werden, ist die geplante Strafsanktion abwegig (dazu unten F.). Die Beseitigung weiterer Ungleichheiten wegen des Geschlechts sollte durch gesellschaftliche Erziehung und Konsens erfolgen und nicht durch staatlichen Zwang.

Problematischer ist die Entschädigung wegen Diskriminierung des Geschlechts bei der Stellenbewerbung. Eine Diskriminierung liegt bereits vor, wenn jemand in einem Inserat Mitarbeiter sucht anstatt Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen. Mehr als zweitausend Jahre lang war das skrupulöse und pedantische *filius filiae* der römischen XII Tafeln<sup>97</sup> verschwunden, seit man ent-

---

96 Krit. PICKER, Antidiskriminierungsgesetz – Der Anfang vom Ende der Privatautonomie?, JZ 2002, S. 880 ff.; DERS., Antidiskriminierung als Zivilrechtsprogramm?, JZ 2003, S. 540 ff.; DERS., Antidiskriminierungsprogramme im freiheitlichen Privatrecht, in: Lorenz (Hrsg.), Karlsruher Forum 2004: Haftung wegen Diskriminierung nach derzeitigem und künftigen Recht, 2005; ADOMEIT, JZ 2003, S. 540–545.

97 Die Intestaterbfolge lautete (Gai. Dig. 2, 156): *velut filius filiae, nepos neptisve ex filio, pronepos nepotisve ex nepote* – wie Sohn oder Tochter, Enkel oder Enkelin, Urenkel oder Urenkelin ...



schieden hatte, dass unter den Begriff des filius auch die filia fällt. Auch unsere lateinische Grammatik hat das generische Maskulinum anerkannt, bis in der Genderdebatte die Forderung nach seiner Abschaffung aufkam. Man muss also wieder beide Formen nennen, was gerade bei Wiederholungen umständlich und lästig sein kann<sup>98</sup>, oder ein Binnen-I oder am besten nur eine feminine oder neutrale Form, etwa durch Partizipien wie Auszubildende, Studierende usw. Auch der Gesetzgeber traut sich in neueren Gesetzen nicht mehr das generische Maskulinum zu verwenden, z.B. spricht das PrHG nur von der Herstellerin (die Person, die das Endprodukt ... hergestellt hat, Art. 2 PrHG). Den «Richter» in Art. 1 und 4 ZGB hat der Gesetzgeber durch «Gericht» ersetzt. Inkonsequent hat er den Richter an allen anderen Stellen stehen lassen und auch auf eine Anpassung der französischen und italienischen Fassung verzichtet<sup>99</sup>. In älteren Gesetzen findet man das generische Maskulinum noch, so sind im Strafgesetzbuch noch alle Täter männlich: Diebe, Räuber, Täter.

Wer sich auf eine, in dem beschriebenen Sinne diskriminierende Stellenausschreibung bewirbt, kann bei Nichteinstellung nach Art. 8 und 5 Abs. 2 GlStG eine Entschädigung verlangen, die gemäss Abs. 4 drei Monatslöhne nicht übersteigen darf. Nach § 15 Abs. 2 AGG gilt diese Höchstgrenze nur für Bewerber, die auch bei diskriminierungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wären. Wer also nicht eingestellt wurde, obwohl er besser qualifiziert war, kann mehr verlangen. Bei diesen Regelungen handelt es sich nicht um Schadenersatz, sondern um Strafe (unten F.).

Die EU hat ein viel weitergehendes Diskriminierungsverbot wegen des Geschlechts beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen und bei der Versorgung (EG-RL 2004/113/EG) eingeführt, oder wie § 19 Abs. 1 Ziff. 1 des deutschen Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG)<sup>100</sup> definiert, bei Massengeschäften. Eine Entscheidung des EuGH<sup>101</sup> verlangt jetzt sogar von den Versicherungen geschlechtsneutrale Verträge. Es ist aber nicht einzusehen, warum im Hinblick auf die höhere Lebenserwartung die Prämien einer Pensionsversicherung für Frauen nicht höher sein dürfen als für Männer und umgekehrt bei der Risikolebensversicherung niedriger. Auch die Krankenversicherer müssen in Zukunft Unisextarife einführen, obwohl die Krankenkosten für Frauen erheblich höher sind, weil Frauen älter werden als Männer und weil die Krankenversicherung in vielen Ländern auch für die Kosten von Geburt und Mutterschaft auf-

98 Wie z.B. im dt. Justizvergütungs- und -entschädigungsgesetz über die Vergütung von Sachverständigen, Dolmetscherinnen, Dolmetschern, Übersetzerinnen und Übersetzern sowie die Entschädigung von ehrenamtlichen Richterinnen, ehrenamtlichen Richtern, Zeuginnen und Zeugen usw.

99 Ziff. 1 4 des BG vom 26.6.1998 über die Änderung des ZGB, in Kraft seit 1.1.2000 (AS 1999, 1118–1144; BBl 1996 I 1).

100 AGG BGBl 2006/43 v. 18.8.2006.

101 C-236/09.



kommt<sup>102</sup>. Die Gretchenfrage, die sich der EuGH nicht stellt, lautet in diesem Kontext, ob auch eine «*reasonable discrimination*» verboten sein kann. In Wahrheit kann man nämlich nicht bei dem formalen Gleichheitsbegriff des EuGH stehen bleiben, sondern muss rational begründete Unterscheidungen zulassen. Qui bene distinguit bene iudicat. Nur dann ist «materielle Gleichbehandlung» nach einer einheitlichen ratio gewährleistet. Zwischen der Versicherungsleistung und der Prämie besteht eine Relation, welche die Höhe des Risikos reflektiert. Fragen kann man allerdings, wie weit die Fragmentierung der Versicherungsgemeinschaft gehen soll, z.B. wenn Männer eine höhere Kfz-Prämie bezahlen müssen, weil Frauen vorsichtiger fahren, oder Raucher eine höhere Krankenversicherung, Risikosportler eine höhere Unfall- und Krankenversicherung usw.; denn eine Grundidee der Versicherung ist es, dass hohe Risiken, die wenige treffen, durch Verteilung auf viele Versicherte tragbar werden. Wie weit dann gleichwohl differenziert werden soll, ist eine andere Frage. Jedenfalls kann man nicht in jeder Differenzierung eine verbotene Diskriminierung sehen. Der EuGH geht auf all dies nicht ein, sondern konstatiert schlicht, dass die bislang zulässigen Ausnahmen<sup>103</sup> für Versicherungen der Verwirklichung des EU-Ziels der Gleichbehandlung von Frauen und Männern zuwiderliefen und daher nach Ablauf einer angemessenen Übergangszeit (Ende 2012) ungültig seien. Wegen einer in Brüssel ausgebrüteten, weitgehend sinnfreien politischen Idee müssen also in 27 Ländern zahllose Vorschriften geändert werden und hunderte von Versicherungen müssen Millionen Verträge und Tarife neu gestalten. Das Ergebnis ist, dass jedenfalls die Prämien steigen werden. Als nächstes kommt Luxemburg vielleicht auf die Idee, Mädchenpensionate für Jungen und Damen-Saunen für Herren zu öffnen und den Coiffeuren unterschiedliche Preise für den Damen- und Herrenhaarschnitt<sup>104</sup> zu verbieten. Difficile satiram non scribere. Was der EuGH mit seiner formalistischen Betrachtung nicht sieht, ist die Verletzung der Privatautonomie, die unstreitig ebenfalls Grundrechtsschutz genießt.

## II. Weitere Diskriminierungsverbote

In der Schweiz besteht ausser dem privatrechtlichen GIG ein strafrechtliches Verbot der Diskriminierung aufgrund Rasse, Ethnie und Religion (Art. 261<sup>bis</sup> StGB); ferner ein verfassungsrechtliches Diskriminierungsverbot (Art. 8 Abs. 2 BV<sup>105</sup>), das sich primär an den Staat richtet, also auf das öffentliche Recht be-

102 § 20 Abs. 2 Satz 2 AGG verbietet unterschiedliche Prämien in der Krankenversicherung aus diesen Gründen.

103 Vgl. EG-RL 2004/113/EG z.B. § 19 Abs. 1 Ziff. 2 AGG.

104 Dazu RATH/RÜTZ, Ende der «Ladies Night», der «Ü-30-Parties» und der Partnervermittlung im Internet? – Risiken und Nebenwirkungen des allgemeinen zivilrechtlichen Diskriminierungsverbots der §§ 19, 20 AGG, NJW 2007, S. 1498.

105 «Niemand darf diskriminiert werden, namentlich nicht wegen der Herkunft, der Rasse, des Geschlechts, des Alters, der Sprache, der sozialen Stellung, der Lebensform, der religiösen, welt-

schränkt ist<sup>106</sup>. Nach Art. 35 Abs. 3 BV haben die Behörden allerdings dafür zu sorgen, dass die Grundrechte, soweit sie sich dazu eignen, auch unter Privaten wirksam werden. Sie entfalten nach h.L. mittelbare Wirkung über die Generalklauseln, insb. Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) und die guten Sitten (Art. 19, 20). Dies könnte als Verfassungsauftrag zur Schaffung weiterer Diskriminierungsverbote oder von Kontrahierungszwang verstanden werden.

Die EU hat weitere Diskriminierungsverbote erlassen: Wegen Rasse oder ethnischer Herkunft<sup>107</sup>, wegen der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Orientierung<sup>108</sup>. Besonders unklar ist das Verbot der Altersdiskriminierung, denn es gibt zahlreiche Altersstufen im Recht, die bislang niemand als Diskriminierung betrachtet hat. Art. 6 Beschäftigungs-RL 2000/8 EG und § 10 AGG lassen deshalb Ausnahmen zu, wenn sie «objektiv angemessen sind und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt», z.B. aus beschäftigungspolitischen Gründen. Es liegt auf der Hand, dass solch vage Generalklauseln eine Flut von Klagen und Kasuistik auslösen, auf die hier nicht eingegangen werden kann. Nur ein Beispiel: Im Fall Mangold<sup>109</sup> hat der EuGH die in Deutschland gesetzlich erlaubte Befristungsmöglichkeit von Arbeitsverträgen für Beschäftigte ab 52 Jahren<sup>110</sup>, die der Erleichterung der Anstellung älterer Arbeitnehmer dienen sollte, doch wieder als Diskriminierung kassiert, obwohl Erwägungsgrund 25 S. 2 und Art. 6 der RL altersbedingte Ungleichbehandlungen aus beschäftigungspolitischen Gründen ausdrücklich zulassen. Das Urteil hat einen Sturm der Kritik ausgelöst<sup>111</sup>.

---

anschaulichen oder politischen Überzeugung oder wegen einer körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderung».

106 Dazu PÄRLI, Jusletter v. 7.2.2011; WALDMANN, Das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV als besonderer Gleichheitssatz, unter besonderer Berücksichtigung der völkerrechtlichen Diskriminierungsverbote einerseits und der Rechtslage in den USA, in Deutschland, Frankreich sowie im Europäischen Gemeinschaftsrecht andererseits, 2003.

107 In privaten Rechtsbeziehungen, vgl. RL 2000/43/EG des Rates v. 29.6.2000, ABIEG Nr. L 180 v. 19.7.2000, S. 22.

108 Beschränkt auf das Arbeitsrecht: RL 2000/78/EG des Rates v. 27.11.2000, ABIEG Nr. L 303 v. 2.12.2000, S. 16; RiLi 2002/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 23.9.2002, ABIEG Nr. L 269 v. 5.10.2002, S. 15.

109 EuGH C-144/04 – Mangold Slg. 2005, I-9981 = EuZW 2006, S. 17 (REICH); NZA 2005, S. 1345 = RdA 2007, S. 169 (KURAS) = ZAS 2006, S. 236 (URLESBERGER) = NJW 2005, S. 3695 = ZIP 2005, S. 2171. Es handelte sich um einen fiktiven, von einem Münchener Anwalt provozierten Rechtsstreit, der einen älteren Arbeitnehmer eingestellt und gegen sich hatte klagen lassen. Die Entscheidung ist auch deshalb verfehlt, weil Richtlinien keine unmittelbare Geltung haben und die EG keine Kompetenz für Fragen der Arbeitsmarktpolitik besitzt. BAG BB 2006, S. 1858 = Betrieb 2006, S. 1162) hat das Urteil akzeptiert und jüngst sogar eine Vorlage verfügt (Beschluss v. 11.10.2008 7 AZR 253/07), welche die EG-Kompatibilität von § 14 Abs. 3 Satz 1 TzBfG a.F. betrifft (Zulässigkeit der Befristung ab 58 Jahren).

110 § 14 Abs. 3 Satz 4 dt. TzBfG a.F.

111 Vgl. HERZOG/GERKEN, Stoppt den Europäischen Gerichtshof, FAZ 8.9.2008 Nr. 210, S. 8; ferner die bei EGGER, in: Roth/Hilpold (Hrsg.), Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedstaaten, 2008, S. 55, S. 71 ff. Rn. 81 genannten zahlreichen kritischen Stimmen; s. etwa BAUER, Ein Stück aus dem Tollhaus: Altersbefristung und EuGH, NZA 2005, S. 800.

Die Implantierung von Antidiskriminierung und Kontrahierungszwang ins Privatrecht führt zu Übertreibung und Intoleranz, zu einem Verlust an Privatautonomie und zur Notwendigkeit umfassender Regulierungen. So muss jetzt untersucht werden, ob ein Arbeitnehmer vielleicht wegen seiner Hautfarbe oder Religion nicht eingestellt worden ist (usw.). Das am weitesten gehende zivilrechtliche Gleichbehandlungsgebot von § 1 und 19 dt.AGG hat merkwürdige Ausnahmen: Bei Mietverträgen ist Diskriminierung erst verboten, wenn der Vermieter mehr als 50 Wohnungen besitzt (§ 19 Abs. 5 dt.AGG). Ist man ernsthaft der Meinung, dass Mietverträge auf Diskriminierung hin kontrolliert werden müssen, so kann das schwerlich von der Zahl der Wohnungen des Vermieters abhängen. Deutlicher kann man die Beliebigkeit staatlicher Verbote nicht zum Ausdruck bringen. Die Neuregelung ersetzt die Privatautonomie durch staatlichen Interventionismus. Die mit den Diskriminierungsverboten einhergehende Motivkontrolle zwingt zu unehrlichen Begründungen und vermehrt die Zahl der Prozesse. In Deutschland befürchtet man missbräuchliche Diskriminierungsklagen, das sog. AGG-Hopping, bei dem sich Personen zum Schein auf Stellenausschreibungen mit diskriminierendem Text bewerben, um Schadenersatz zu kassieren. Es gibt Anwälte, die daraus einen Geschäftszweig gemacht haben. Wer zum Beispiel in einem Inserat «Mitarbeiter für unser junges Team» sucht, hat schon 2 Diskriminierungen begangen, nämlich eine nach Geschlecht und eine nach Alter. Besonders bedenklich ist die Beweislastregel: Diskriminierung wird vermutet und ist vom Anbieter zu widerlegen<sup>112</sup>, wenn Indizien einer Benachteiligung vorliegen. Die h.L. sieht solche Indizien bereits in einer nicht geschlechts- oder altersneutralen Ausschreibung. Es passt ins Bild, dass die MERKEL-CDU dem von Rot-Grün gewünschten Gesetz im Rahmen eines Deals zugestimmt hat: Die Gegenleistung war, man glaubt es nicht, eine Steuervergünstigung für Landwirte.

Zum Glück haben wir solche Zustände in der Schweiz noch nicht, doch ein Trend lässt sich auch hier beobachten. Vor allem enthält die in der Verfassung verankerte mittelbare Drittwirkung ein Potenzial in dieser Richtung.

Ein anderes Paradigma einer pervertierten Diskriminierungslogik, welche die Verschiedenheit der Fälle klar erkennt, ist ein Urteil des EuGH vom 7. Juli 2005 zur Diskriminierung wegen Staatsangehörigkeit bei der Hochschulzulassung<sup>113</sup>. Der EuGH versteigt sich darin zu der Behauptung, dass die Republik Österreich ausländische Bewerber wegen ihrer Staatsangehörigkeit diskriminiere, wenn sie wegen des Numerus clausus von ihnen den Nachweis verlangt, dass sie auch in ihrem Heimatland zum Medizinstudium zugelassen würden. Diese Praxis galt jahrzehntelang als vernünftige Massnahme gegen eine Über-

112 § 22 AGG: Wenn im Streitfall die eine Partei Indizien beweist, die eine Benachteiligung wegen eines in § 1 genannten Grundes vermuten lassen, trägt die andere Partei die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung vorgelegen hat.

113 Dazu HONSELL, öJBl 2005, S. 815.

schwemmung mit ausländischen Numerus-clausus-Flüchtlingen. Sie behandelt die ausländischen Bewerber genauso wie der Herkunftsstaat. Es kann nicht zu Lasten Österreichs gehen, dass in Deutschland (überwiegend wohl aus berufsständischen Gründen) medizinische Ausbildungsplätze nur sehr restriktiv angeboten werden. Nach der Logik des EuGH hingegen ist es eine Diskriminierung ausländischer Bewerber und damit ein Verstoß gegen Art. 12 EG-Vertrag. Die mittelbare Diskriminierung soll darin liegen, dass von ausländischen Bewerbern ein zusätzlicher Nachweis verlangt wird, den österreichische Studienbewerber nicht erbringen müssen. Das führe zu einer stärkeren Belastung ausländischer Bewerber. Diese rein formale Betrachtung reflektiert nicht, dass Österreich die ausländischen Bewerber genauso behandelt wie der Herkunftsstaat. Ausserdem bewirkt das Urteil ein *race to the bottom*, denn es führt dazu, dass die bildungspolitischen Defizite des einen Staates auf den anderen übertragen werden. Österreich z.B. ist jetzt gezwungen, für alle Studenten, also auch für österreichische, einen Numerus clausus in den Fächern Medizin und BWL einzuführen. Eine Kuriosität am Rande: Im Widerspruch zu den Urteilen zum Hochschulzugang hat der EuGH<sup>114</sup> kürzlich ein niederländisches Gesetz gebilligt, dass Ausländern den Besuch holländischer Coffeeshops verbietet. Das mag im Ergebnis richtig sein, zeigt aber die Inkonsistenz der Argumentation.

## **F. Die Wiederkehr des Strafgedankens im Privatrecht**

### **I. Punitive damages. Pönale Argumente**

Ein anderer Angriff auf das Privatrecht und die Privatautonomie besteht in der um sich greifenden Pönalisierungstendenz. Seit dem 19. Jhdt. und namentlich seit dem Inkrafttreten des OR und des BGB galt die Überwindung des Strafgedankens im Zivilrecht als kultureller Fortschritt. Es war *communis opinio*, dass pönale Erwägungen im Zivilrecht keinen Platz haben, weil sie ungerecht sind und in einem Recht unter Gleichen systemfremd, weil sie die Funktionsteilung zum Strafrecht nicht beachten und vor allem zu einer ungerechtfertigten Bereicherung des Geschädigten führen<sup>115</sup>. Nach dem allein von der *iustitia correctiva*<sup>116</sup> beherrschten Ausgleichsgedanken ist nur der Schaden zu ersetzen, sonst nichts. Die Renaissance von Strafe oder Prävention im Privatrecht ist kein Zeichen von Rechtskultur, denn sie verletzt die Privatautonomie, insb. das elementare Ausgleichsprinzip, und hat im Privatrecht etwas Willkürliches, ja Irrationales.

<sup>114</sup> C-137/09.

<sup>115</sup> Wie hier H.P. WALTER, *Recht und Rechtfertigung – Zur Problematik einseitigen Privatrechts*, FS Gauch, 2004, S. 301, S. 303; s. auch BYDLINSKI, *Die Suche nach der Mitte als Daueraufgabe des Privatrechts*, AcP 204 (2003), S. 309 ff.

<sup>116</sup> Dazu HONSELL, *Iustitia distributiva – iustitia commutativa*, 2. FS Mayer-Maly, 2001, S. 287 ff.

Soziologisch könnte man unter spezialpräventivem Aspekt Strafe definieren als Erzeugung von Unlustgefühlen zum Zwecke der Verhaltenssteuerung. Sie begegnet uns nicht nur im staatlichen Bereich, sondern auch in der Gesellschaft, z.B. beim Sport oder im Betrieb in der Form von Vereins- oder Betriebsstrafen. Die Verletzung anerkannter Normen verlangt eine Reaktion. Es liegt aber auf der Hand, dass mit dieser Art Steuerung die Freiheit des Individuums leicht ausgehebelt werden kann. Im OR hat man auf Strafe und Verhaltenssteuerung bewusst verzichtet. Einzig die Genugtuung nach Art. 49 OR liesse sich hier allenfalls als Ausnahme anführen, doch kann sie anders und einfach erklärt werden als Geldkompensation für immaterielle Beeinträchtigung. Auch wenn man Schmerzen oder ideelle Beeinträchtigungen in Geld nicht messen kann, ist es doch möglich, dass sich der Geschädigte mit Geld Annehmlichkeiten verschafft, die ihm helfen, über die Unbill hinwegzukommen.

Leider lässt sich der Gesetzgeber zunehmend von der Tendenz leiten, den Strafgedanken auch im Privatrecht zu etablieren<sup>117</sup>.

Der Prototyp dieser Fehlentwicklung sind die US-amerikanischen punitive damages mit ihren absurd exzessiven Entschädigungen<sup>118</sup>. Der Zigarettenindustrie hat man 206 Mrd. USD abgepresst, den Schweizer Grossbanken 1,25 Mrd. Inzwischen ist der Höhepunkt dieser «crazy litigations» überschritten. Astronomische Urteilssummen werden seltener, wenngleich es immer noch genug Übertreibungen gibt.

Die Notwendigkeit von punitive damages wird mit Abschreckung und Vergeltung (deterrence und retribution) begründet<sup>119</sup>. Es ist eine naive Sanktionsgläubigkeit und das Bedürfnis nach pädagogischen Massnahmen gegenüber dem tortfeasor («to teach a lesson», «to send a message» usw.).

Dieses pseudopädagogische Strafen lässt das Grundprinzip der Verhältnismässigkeit schon im Ansatz vermissen.

So wusste der US-Supreme Court mit dem «german principle» der Verhältnismässigkeit lange Zeit nichts anzufangen und entschied, dass das 500-fache des Schadens jedenfalls noch verhältnismässig sei<sup>120</sup>. In *State Farm Mutual Automobile Insurance Company v. Campbell*<sup>121</sup> hat das Gericht dann zurück-

117 Die schädlichsten Übertreibungen findet man leider im Strafrecht, wo oft auf spektakuläre Fälle mit einer Verschärfung der ohnehin schon zu hohen Strafen reagiert wird und wo das zu grosse richterliche Ermessen bei der Strafbemessung höchst problematisch ist. Der Präsident des deutschen BGH TOLKSDORF hat auf dem Richtertag in Weimar vor einer «Lust am Strafen» gewarnt, vgl. Südd. Zeitung v. 8.4.2011, S. 4.

118 Einzelheiten bei HONSELL, Amerikanische Rechtskultur, FS Zäch, 1999, S. 39 ff.

119 S. US-Supreme Court, *BMW of North America Inc. v. Gore* 517 U.S. 559, 1996; US-Supreme Court, *State Farm Mutual Automobile Insurance Company v. Campbell*, 7.4.2003, 538 U.S. 408, 2003; CAPMAN u. TREBILCOCK, Punitive damages, *Alabama Law Review* 40, 1989, S. 741 ff., abgedruckt auch in CRASWELL/SCHWARTZ, *Foundations of Contract*, 1994, S. 127 ff.; SUNSTEIN et al., *Punitive Damages: How Juries Decide*, Chicago 2002; DASSER, SJZ 2000, S. 101 ff.; krit. dazu HONSELL, FS Zäch, 1999, S. 39 ff.

120 *BMW of Northern America Inc. v. Gore* 517 U.S. 559, 1996.

121 538 U.S. 408, 2003.



buchstabiert und erklärt, ein Verhältnis von 145:1 zwischen Schaden und punitive damage sei unverhältnismässig und stelle eine Enteignung des Schädigers dar. Campell hatte einen Unfall verschuldet und die Versicherung hatte sich zunächst geweigert, zu zahlen. Dafür musste sie am Ende 10 Mio. USD an den haftpflichtversicherten Schädiger zahlen. Der US-Supreme Court entschied, die Strafe solle im one digit Bereich bleiben, wobei in casu 1 Mio. als immaterieller Schaden (Aufregung, Sorge usw.) einfach unterstellt wurde. Das ist abwegig und bedarf keines weiteren Kommentars. Im Übrigen sind Strafen für mutwillige Zahlungsverweigerung oder leichtfertiges Prozessieren abzulehnen. Es gilt immer noch, was das BGer<sup>122</sup> schon alsbald nach Inkrafttreten des OR im Jahre 1884 festgestellt hat: «In der Regel liegt in der Verfolgung eines vermeintlichen Rechtes ... keine widerrechtliche unerlaubte Handlung. Wer einen Anspruch im Rechtswege verfolgt ... handelt deshalb allein, weil sein Anspruch sich später als unzutreffend herausstellt, gewiss nicht widerrechtlich.» Anders, «wenn in böswilliger oder frivoler Absicht haltlose, wohl gar erdichtete Ansprüche ... geltend gemacht werden.»

Die Anhänger der Straf- oder Präventionstheorie<sup>123</sup> behaupten, Strafschadenersatz habe eine höhere Treffsicherheit als das Strafrecht, denn er erlaube eine wesentlich stärkere Pauschalierung des Tatbestands und stelle geringere Anforderungen an die Beweislast als dies bei Strafen oder Bussen der Fall sei<sup>124</sup>. Als Vorteil wird sogar geltend gemacht, dass man nicht an strafrechtliche Vorgaben wie nulla poena sine lege oder Proportionalität von Schuld und Strafe gebunden sei. Dieser Auffassung ist entschieden zu widersprechen. Die rechtsstaatlichen Garantien des Strafrechts dürfen nicht durch ein Ausweichen auf das Zivilrecht unterlaufen werden. Ausserdem wäre es fatal, wollte man unter Hinweis auf ein angeblich überlegenes zivilrechtliches Sanktionssystem auf den Nachweis des Schadens oder der Kausalität verzichten. Vereinzelte Entscheidungen, welche

122 BGE 10, 570, 575 f.

123 P. MÜLLER, Punitive Damages und deutsches Schadenersatzrecht, 2000, S. 311, S. 315 f.; CANARIS, FS Steindorf, 1990, S. 519 ff., S. 526, S. 568; Strafe oder jedenfalls Prävention werden als legitime Aufgabe des Privatrechts betrachtet, vgl. etwa EBERT, Pönale Elemente im Privatrecht, 2004; MÖLLER, Das Präventionsprinzip des Schadensrechts, 2006; BENTERT, Das pönale Element, 1996; C. SCHÄFER, Strafe und Prävention im Bürgerlichen Recht, AcP 202 (2002), S. 397 ff.; LÖWE, Der Gedanke der Prävention im deutschen Schadenersatzrecht, 2000; KÖRNER, Zur Aufgabe des Haftungsrechts – Bedeutung präventiver und punitiver Elemente, NJW 2000, S. 241; weitere Nw. bei HONSELL, Der Strafgedanke im Zivilrecht – ein juristischer Atavismus, FS Westermann, 2008, S. 315 ff.; zuletzt hat sich G. WAGNER, Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe? AcP 206 (2006), S. 352 ff., zwar gegen den Strafgedanken, aber für Prävention ausgesprochen. Er plädiert dafür, Prävention im Privatrecht ganz allgemein zum Zwecke der Verhaltenssteuerung einzusetzen; ebenso DERS., in: Gutachten für den 66. Deutschen Juristentag 2006, dort allerdings beschränkt auf den Strafschadenersatz; dazu MEDICUS, JZ 2006, S. 2435; STAUDINGER, NJW 2006, S. 2435; der DJT hat diese Vorschläge mit 53:22 Stimmen abgelehnt, vgl. Südd. Zeitg. v. 22.9.2006, S. 5.

124 P. MÜLLER, a.a.O., S. 311, S. 315 f.; ähnlich schon CANARIS, FS Steindorf, 1990, S. 519 ff., S. 526, S. 568.



etwa trotz fehlender Kausalität Schadenersatz bejahen oder z.B. bei nichtkausalen Obliegenheitsverletzungen Leistungsfreiheit des Versicherers annehmen, sind sachwidrig und verfehlt<sup>125</sup>. Abwegig ist schliesslich das Argument im Zivilrecht seien geringere Anforderungen an die Verhältnismässigkeit zu stellen als im Strafrecht.<sup>126</sup> Diese Argumentation ist schon in der Prämisse falsch, weil die Anforderungen an die Verhältnismässigkeit im Zivilrecht nicht geringer sind als im Strafrecht. Das Gebot der Verhältnismässigkeit ist ein elementares Prinzip mit Verfassungsrang. Es gilt in der gesamten Rechtsordnung. Wäre es anders, so müsste der Gesetzgeber Sanktionen nur aus dem Strafrecht auslagern und schon wäre er nicht mehr an dieses Gebot gebunden.

## II. Strafe und Prävention im europäischen Zivilrecht

Beispiele für Strafe und Prävention im Europäischen Zivilrecht finden wir u.a. in den Antidiskriminierungsrichtlinien, beim Verbraucherkredit und in der Verzugsrichtlinie. Eine stereotype Formel lautet, die Sanktionen müssten wirksam, verhältnismässig und abschreckend sein<sup>127</sup>. Der Begriff der Strafe wird zunehmend inflationär und falsch verwendet, z.B. wenn die Hersteller grösserer Autos Milliardenstrafen zahlen sollen, falls sie die von der EU festgesetzten CO<sub>2</sub>-Grenzwerte für den Flottenverbrauch nicht einhalten können, oder Mineralölkonzerne, wenn sie nicht 10% Bioethanol absetzen, Aktiengesellschaften, wenn sie nicht eine bestimmte Frauenquote in Führungspositionen erreichen usw. Es handelt sich um steuernde Sanktionen, um Lenkungsabgaben, bei denen man eine klare Zieldefinition und Folgenabschätzung vermisst. So wird etwa die positive Ökobilanz von Biosprit von der Fachwelt überwiegend verneint.

125 Das ist im deutschen Versicherungsrecht inzwischen weithin anerkannt (vgl. etwa SCHWINTOWSKI, in: Honsell [Hrsg.], Berliner Komm., 1999, § 6 Fn. 108 ff.; VOIT, ebd. § 21 Fn. 5 f.); nicht hingegen im schweizerischen Recht, wo man sich denn auch auf den Sanktionsgesichtspunkt beruft (s. etwa NEF, in: Honsell/Vogt/Schnyder [Hrsg.], Basler Komm. VVG, 2001, Art. 6 N. 5 ff., 6).

126 So sieht z.B. CANARIS a.a.O. gerade darin den Vorteil der Generalprävention als ratio legis zivilrechtlicher Vorschriften (in concreto des § 817 S. 2 BGB), dass bei ihr – anders als im Strafrecht – das Verhältnismässigkeitsprinzip nicht berücksichtigt werden müsse, sondern nur ein Übermassverbot. Das ist abzulehnen: Wenn das Strafrecht Verhältnismässigkeit verlangt, kann man im Recht der Ordnungswidrigkeiten nicht darauf verzichten; ebenso wenig im Zivilrecht. Wäre es anders, so müsste der Gesetzgeber Sanktionen nur aus dem Strafrecht ausgliedern und schon wäre er nicht mehr an das Prinzip der Verhältnismässigkeit gebunden (vgl. HONSELL, § 817 Satz 2 BGB – eine «Drehkrankheit des Rechtsempfindens»?; in: Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, FS Seiler, 1999, S. 473 ff.).

127 Gleichbehandlungsrichtlinie 1976/207/EG; AntiDiskrRL 2000/43 Art. 15 Satz 2; gleich lautend AllgGleichbehRL 2004/113 Art. 14 Satz 2; ebenso EuGH v. 21.9.1989, 68/88 Slg. 1989, 2965, 2985 Nr. 24.

### III. Der Strafgedanke im Schweizer Privatrecht

In der Schweiz findet sich ein Beispiel für Strafschadensersatz in dem bereits erwähnten Art. 5 GlG. Danach erhält eine diskriminierte Stellenbewerberin bis zu drei Monatslöhne. Der Strafgedanke liegt auch Art. 6a OR und § 241 a BGB zugrunde, wonach bei unbestellter Zusendung von Waren der Herausgabeanspruch gegen den Empfänger entfällt<sup>128</sup>. Ein weiteres Beispiel, das wir bereits kennen gelernt haben, ist der Zins-, ja sogar Kapitalverlust nach Art. 15 und 32 KKG.

Die letzte unglückliche Initiative einer weiteren Pönalisierung ist der Vorentwurf des Bundesgesetzes über eine Teilrevision des OR (Verzugszins), der neu einen Verzugszins im kaufmännischen Verkehr in Höhe von 10% vorsieht, statt der bisherigen 5% (Art. 104 Abs. 2 OR). Die EU hatte zur Verbesserung der Zahlungsmoral die Richtlinie 2000/35/EG vom 29. Juni 2000 über den Zahlungsverzug erlassen<sup>129</sup>. Bern will Brüssel also auch diese Torheit jetzt nachmachen.

In der Begründung heisst es, infolge der Wirtschaftskrise habe sich das Zahlungsverhalten der Schweizer Unternehmen in den letzten Jahren deutlich verschlechtert. Der Bundesrat wolle deshalb den Verzugszins im kaufmännischen Verkehr von 5% auf 10% erhöhen und damit einen Anreiz zur pünktlichen Bezahlung der Rechnungen schaffen. Im nichtkaufmännischen Verkehr sei hingegen eine Erhöhung des Verzugszinses eine untaugliche Massnahme, die lediglich das Problem der Überschuldung vieler Konsumenten verschärfen würde. Ob diese Argumentation unter dem Aspekt der Gleichbehandlung noch tragfähig ist, lasse ich dahin gestellt. Die Ausnahme zugunsten der öffentlichen Hand, die oft ein besonders säumiger Schuldner ist, ist skandalös. Im Medienbericht zum Vernehmlassungsverfahren heisst es weiter: «Aus diesem Grund schlägt der Bundesrat vor, den im OR (Art. 104 Abs. 3) festgelegten Verzugszins für den kaufmännischen Verkehr von 5 auf 10% zu erhöhen. Die auf die Motion «Stopp dem Zahlungsschlendrian» (08.3169) zurückgehende Teilrevision des Obligationenrechts setzt den Verzugszins bewusst über den beim Schuldner entstandenen Schaden bzw. den beim Schuldner erzielten Gewinn an. Der Verzugszins soll einen wirksamen Anreiz zur schnelleren Bezahlung des geschuldeten Geldbetrags schaffen. Er dient damit neu nicht mehr ausschliesslich dem Schadensausgleich, sondern auch der Schadensprävention.»<sup>130</sup>

Der Gesetzgeber geht von der Annahme aus, dass der Schuldner bei einem Zinssatz von nur 5% am Zahlungsverzug verdient. Dies ist indes kaum realistisch, denn Gerichts- und Vollstreckungskosten brauchen einen allfälligen Vor-

128 Die Begründung des Regierungsentwurfs (BT-Drucks 14/2658, S. 46) rechtfertigt dies ausdrücklich mit dem Sanktionsgedanken.

129 Vgl. Amtsblatt Nr. L 200 vom 8.8.2000, S. 35–38; dazu SCHULTE-BRAUCKS, NJW 2001, S. 103 ff.; SCHMIDT-KESSEL, NJW 2001, S. 97 ff.

130 <http://www.admin.ch/aktuell/00089/index.html?lang=de&msg-id=34610>.

teil aus dem niedrigeren Verzugszins schnell auf. Vor allem aber hat der Gesetzgeber übersehen, dass ein den Verzugszins übersteigender Zinsschaden bei Nachweis der Inanspruchnahme von Kredit als konkreter Schaden (Interesse) schon immer ersetzt wurde. Damit entfällt das Bedürfnis für eine über den Schadensausgleich hinausgehende Schadensprävention. Nach der unüberlegten Neuregelung muss man den höheren Schaden nicht mehr nachweisen, sondern erhält den erhöhten Zins als Strafschadensersatz. Der Schuldner zahlt die 10% aus präventiven Gründen, also als Strafe. Hier offenbart sich primitives Sanktionsdenken, das zu einer willkürlichen Belastung der einen Partei zugunsten der anderen führt. Da man bei kaum einer Anlageform Zinsen von 10% und mehr erzielt, kann einem nichts Besseres passieren als ein (solventer) Schuldner im Verzug.

Was der Gesetzgeber offenbar völlig übersehen hat, ist die Tatsache, dass längst nicht jeder Schuldner, der nicht zahlt, dies in vertragswidriger Absicht tut. Der häufigste Fall ist der, dass er sich in Zahlungsschwierigkeiten befindet. Nicht selten ist es aber auch so, dass das Bestehen der Forderung streitig und ungewiss ist und deshalb eine gerichtliche Klärung herbeigeführt werden muss. Hier können während des Prozesses Verzugszinsen in Höhe von 50% der Klagesumme anwachsen, was eine echte Beeinträchtigung der Rechtsposition des Schuldners darstellt.

Der Verzugszins von 5% galt seit einem Reichsdeputationsabschied von Speyer aus dem Jahre 1600. Dort hiess es in § 139: «... damit die Partheyen des langweiligen Prozeß enthoben seyn möchten ... ist es vor billich geachtet worden, wann der Schuldner in mora restituendi mutui ist, daß er seinen Glaubiger von derselben zeithero (der Vermuthung halber, daß der Creditor sein Geld von solcher Zeit an anlegen und zugelassener Weise zum wenigsten vom Hundert fünff wol haben möge) das interesse zu entrichten und gut zu machen schuldig seye, welches wir uns auch gnädigst also gefallen lassen. So ordnen und wollen wir nachmals, daß solch interesse a tempore more erstattet, und derentwegen den Creditorn fünff Gulden von Hundert bezahlt werden, oder aber dem Creditori solch fünff Gulden nicht annehmlich, sondern er vermainen wolte tam ex lucro cessante quam damno emergente ein mehrers zu fordern, daß ihme alsdann sein gantz interesse zu deducirn, gebührlich zu liquidirn und zu bescheinen, und der Richterlichen Erkandtnuß darüber zu gewarten unbenommen seyn soll.»

Auch heute noch – zumal in der nunmehr schon Jahre andauernden Tiefzinsphase – sind 5% abstrakter Verzugszins völlig ausreichend und etwas Falsches wird nicht dadurch richtig, dass es (in der EU) alle machen. Die alte Regelung, die vierhundert Jahre lang gültig war, wird von einem voreiligen und schlecht informierten Gesetzgeber mit einem unbedachten Federstrich beiseite gewischt.

## G. Römische Elemente und historische Irrtümer

### I. Römische Grundlagen und Elemente

Nachdem wir nun die Entwicklung des OR im 20. und am Beginn des 21. Jhdts. betrachtet haben, wenden wir uns nun seinem eigentlichen Charakteristikum zu, der in ihm verkörperten römisch-rechtlichen Privatrechtsdogmatik<sup>131</sup>, ohne die ein Verständnis dieser Kodifikation nicht wirklich möglich ist. Das OR teilt das römische Erbe mit den meisten kontinentaleuropäischen Gesetzbüchern. Grössere Unterschiede bestehen zwischen den Pandektengesetzbüchern auf der einen Seite und den Naturrechtskodifikationen, namentlich dem Code civil und dem ABGB auf der anderen. Sie ergeben sich aus den Erkenntnissen und Fortschritten der Pandektistik, der auf dem römischen Recht basierenden Begriffsjurisprudenz des 19. Jhdts., z.B. der Trennung von actio und Anspruch, von Auftrag und Stellvertretung, von Ersitzung und Verjährung. Ein wesentlicher Unterschied besteht aber auch in Gliederung und Aufbau. ABGB und Code civil folgen noch dem altertümlichen Institutionensystem: res personae actiones und der uns fremd anmutenden Einordnung des Obligationenrechts bei den Sachenrechten. OR und ZGB verwenden dagegen, wie alle Privatrechtsgesetzbücher des 20. Jhdts., das Pandektensystem (Schuldrecht, Sachenrecht, Familien- und Erbrecht).

Da jedoch die beiden 100 Jahre älteren Gesetzbücher ebenfalls auf der Grundlage des römisch-gemeinen Rechts entstanden sind, wenn auch in einer früheren Periode, nämlich im Naturrecht und der Aufklärung des 18. Jhdts., lässt sich sagen, dass alle kontinentaleuropäischen Privatrechtsgesetzbücher eine deutliche römische Prägung tragen.

Die Pandektistik hat eine abstrakte, von historischen Eigentümlichkeiten befreite Zivilrechtsdogmatik hervorgebracht und insofern durchaus das Werk der Aufklärung fortgeführt. Auf dieser Grundlage entstanden OR und ZGB und das deutsche BGB. Damit endete die unmittelbare Geltung des römisch-gemeinen Rechts. Erst jetzt war das lateinische Gesetzbuch, das Corpus iuris civilis, endgültig ausser Kraft getreten.

Die dogmatische Brillanz des römischen Rechts blieb auch in der Pandektistik des 19. Jhdts. weitgehend erhalten. SAVIGNY meinte sogar, die römischen Juristen hätten mit ihren Begriffen gerechnet. Das ist ein falsches Bild, denn rechnen kann man nur mit Zahlen, nicht mit Begriffen. Gemeint ist die unübertroffene dogmatische Klarheit und begriffliche Präzision des römischen Rechts, die das Schweizer OR entscheidend geprägt haben.

Das historische Argument rekuriert – entgegen einem verbreiteten Missverständnis – nicht nur auf den Willen des historischen Gesetzgebers, sondern auf die vor der jeweiligen Kodifikation bestehende Rechtslage. Das gilt besonders

131 · Vgl. dazu HONSELL, recht 1987, S. 33 ff.; DERS., GS. Mayer-Maly, 2011, S. 223 ff.

für die Kodifikationen, die jedenfalls in der Hauptsache nur das geltende gemeine Recht kodifizieren haben<sup>132</sup>, was auch auf den Dresdner Entwurf, das OR und das BGB zutrifft.

Bei dieser Sachlage wäre es unangebracht, die historischen Grundlagen des OR quasi auszublenden. GERHARD HUSSERL<sup>133</sup> hat diesen Gedanken in seinem Buch «Recht und Zeit» betont: «Die Rechtsnorm hat ihre Daseinswurzel immer in einer bestimmten geschichtlichen Situation. Die Geburtsstunde eines Rechtssatzes ist nicht ein «Heute», dessen Vorgeschichte sozusagen abgedunkelt ist: der Augenblick.» So sehr der Wunsch nach einer Materialbereinigung und nach einem Abstreifen des alten Rechts unmittelbar nach Inkrafttreten des OR verständlich gewesen sein mag, so wenig darf man sich heute aus grösserer historischer Distanz etwaigen Erkenntnisquellen aus der Zeit vor dem OR verschliessen. Dies umso weniger, als die Normen des OR nicht selten auf einer zu weitgehenden und ungewollten Verallgemeinerung des römisch-gemeinrechtlichen Anschauungsmaterials beruhen. Hierher gehören zahlreiche Vorschriften des Allgemeinen Teils, bei welchen das Ausgangsmaterial meist auf konkrete Entscheidungen zum Kauf oder anderen Verträgen beschränkt war; ferner das Sachmängel- oder das Bereicherungsrecht. Auf diesen Gebieten haben die Verallgemeinerungen des OR in der Folgezeit zu Schwierigkeiten bei der Rechtsanwendung geführt. Abstrakte Sätze, die über das ihnen zugrunde liegende Anschauungsmaterial hinausgehen und von ihm abgekoppelt sind, gewinnen ein Eigenleben, das WALTER WILBURG<sup>134</sup> treffend mit dem «Werkzeug im Märchen» verglichen hat, «das zu einer Art «Drehkrankheit des Rechtsempfindens» führen kann.

Man kann die historische Bedingtheit der heutigen Zivilrechtsdogmatik nicht ignorieren und vor den Erkenntnismöglichkeiten, die das römisch-gemeine Recht für das moderne Recht und die europäische Rechtsvergleichung in Fülle bietet, die Augen nicht verschliessen. Es soll hier nicht einer Rückkehr zum Historismus des 19. Jhdts. das Wort geredet werden, sondern einem empirischen Realismus, der die Problemkonstellationen und Lösungsmöglichkeiten, welche die Rechtsgeschichte bietet und deren Elemente in der modernen Zivilrechtsdogmatik vielfach noch präsent sind, auch im Rahmen der praktischen Rechtsanwendung nutzbar macht. Dabei geht es nicht um einen Neopandektismus, nicht um einen übertriebenen konservativen Standpunkt, der das Alte für besser hält als das Neue. Alt oder neu sind, wie ALFRED HEUSS<sup>135</sup> gesagt hat, für sich betrachtet keine Werte. Aus der Geschichte lernen bedeutet nicht selten auch und gerade aus Fehlern zu lernen.

132 Vgl. HONSELL, Das rechtshistorische Argument in der modernen Zivilrechtsdogmatik, Akten des 26. Deutschen Rechtshistorikertages, 1987, S. 299 ff.

133 Recht und Zeit, 1955, S. 10.

134 Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht, Graz 1950, S. 11.

135 «Ideologiekritik», 1975, S. 95.



Sieht man von dem Kontinuitätsargument einmal ab, wonach im OR weithin nur das damals geltende Recht kodifiziert wurde, weshalb zu seiner Auslegung legitimer Weise auch das gemeine Recht herangezogen werden kann, besteht die historische Argumentation allein in der Verwendung von Sachgesichtspunkten, welche die Rechtsgeschichte der Dogmatik zur Verfügung stellt<sup>136</sup>. Die Kodifikation macht den Rückgriff auf die zu Grunde liegenden Figuren und Institutionen weder überflüssig noch unzulässig. Auch wenn es zur Zeit der Kodifikation das Bestreben und die Vorstellung gab, man könne das Gemeine Recht mit seinen Streitfragen nun hinter sich lassen und die Gesetzgebung ein Akt der Diskontinuität war<sup>137</sup>, kann uns das heute nicht daran hindern, auch Erkenntnisse aus der Zeit davor zu betrachten. BUCHER hat dies in seinem Bericht 1983<sup>138</sup> auf den Punkt gebracht, indem er auf die Gefahr der Isolierung hingewiesen hat, die im Akt der Kodifikation liegt. Jede Kodifikation bewirke eine Phase der unhistorischen Betrachtung; je älter aber das Gesetz werde, desto eher müsse es wieder in den historischen Rahmen eingeordnet werden.

Die wichtigsten Institutionen und Prinzipien sind die Obligation und das Privateigentum, das Prinzip von Treu und Glauben und der Satz *pacta sunt servanda*. Zu den typischen römischen Elementen in OR und ZGB gehören die meisten dogmatischen Figuren, die bis hin zum Begriff ein getreues Abbild der römischen Vorläufer sind, wie die Grunddienstbarkeiten (Servituten), die Nutzniessung (*ususfructus*, in Deutschland Niessbrauch, in Österreich Fruchtgenuss), Testament und Vermächtnis und vieles andere mehr. Im OR sind es z.B. Zession und Kompensation, Novation und Delegation usw. Die Bedingung ist eine römische Erfindung von luzider Klarheit und grossartiger Einfachheit. Sie ist auch heute noch Bestandteil des unentbehrlichen Inventars moderner Zivilrechtsdogmatik. Es gibt in der Tat kein einfacheres Mittel, eine zukünftige Entwicklung im Rahmen eines Rechtsgeschäfts zu berücksichtigen als die Bedingung. Alle Vorschriften der Art. 151 ff. OR und ihrer Pendants in den anderen römisch geprägten Kodifikationen<sup>139</sup> kannte schon das römische Recht, z.B. die Unterscheidung zwischen Suspensiv- und Resolutivbedingung, die Fiktion des Bedingungsseintritts bei treuwidriger Vereitelung, die Unwirksamkeit von Zwischenverfügungen während der Schwebezeit bei späterem Bedingungsseintritt usw.

Für die Berechnung von Fristen oder Terminen gelten im Wesentlichen noch heute die römischen Grundsätze der Zivil- bzw. Naturalkomputation. Zivilkomputation bedeutet, dass nicht nach Stunden, sondern nur nach vollen Tagen gerechnet und der Tag nicht mitgezählt wird, in dessen Lauf das für die Frist

136 Vgl. KÖTZ, JZ 1992, 20.

137 Näher HONSELL, a.a.O.

138 ZSR 102 II (1983), S. 559.

139 Vgl. etwa §§ 695 ff. ABGB; §§ 158 ff. BGB; Art. 1168 Code Civil; Art. 1353 ff. Codice Civile; dazu HONSELL (Fn. 45), S. 27 ff.



massgebliche Ereignis fällt. Der hierauf folgende Tag ist der erste Tag der Frist. Das hat den Vorteil, dass bei einer Frist von einer Woche das Ende auf denselben Wochentag fällt und bei einer Frist von 1 Monat auf dasselbe Datum (vgl. Art. 77 OR). Das kann man sich leichter merken. Die Naturalkomputation hingegen stellt auf den natürlichen, wirklichen Zeitlauf ab und rechnet von dem Ereignis weg.

Nicht alles, was uns die Römer in der Methode der Datumsberechnung hinterlassen haben, ist indes logisch und praktisch. Dazu gehört als prominentes Beispiel die Datumsgrenze um Mitternacht, für die es keine astronomische Begründung gibt: *More Romano dies a media nocte incipit et sequentis noctis media parte finitur*. – Nach Sitte der Römer beginnt der Tag um Mitternacht und endet in der Mitte der darauf folgenden Nacht<sup>140</sup>. Die Datumsgrenze um Mitternacht haben wir heute noch. Normal wäre es, zu jedem Tag die darauf folgende ganze Nacht zu zählen. So rechnete die antike Welt in Kleinasien und Griechenland, ehe sich das römische System durchsetzte. Die seltsame Einteilung wurde von den Priestern eingeführt wegen der Opferriten. Ein alter Satz des Sakralrechts verlangte nämlich, dass jede Opferhandlung am selben Tag zu Ende geführt werden musste. Das erwies sich als schwierig, weil eine andere Regel vorschrieb, dass beim kleinsten Fehler, der Ritus ganz von vorn begonnen werden musste, z.B. wenn die Flötenspieler patzten oder wenn man sich beim Gebet versprochen hatte; denn solche Fehler waren ein schlechtes Omen. Deshalb fügte man, um mehr Zeit zu gewinnen, einfach am Anfang und am Ende des Tages je eine halbe Nacht dazu und begann die Opferhandlung gleich nach Mitternacht, so dass man 24 Stunden Zeit hatte.

Das Recht der Dienstbarkeiten funktioniert immer noch mit dem alten Instrumentarium des römischen Rechts, denn für eine Dogmatik, die nur gewährleisten will, dass bestimmte Benutzungsrechte an Grundstücken dauerhaft bestellt werden können, ist es einerlei, ob es sich um Aquädukte und Wasserrechte handelt oder um Stromleitungen, Seilbahnen, Skiabfahrten usw. Hier zeigt sich die zeitlose Gültigkeit einer relativ abstrakten Zivilrechtsdogmatik, welche vom Wandel technischer und wirtschaftlicher Verhältnisse unberührt bleibt.

## II. Fehler durch Abstraktion und historische Irrtümer

Die Pandektenwissenschaft hat im Streben nach möglichst allgemein gültigen Sätzen vom konkreten Anschauungsmaterial des römisch-gemeinen Rechts abstrahiert, was nicht selten zu Fehlern geführt hat<sup>141</sup>. Auch gab es, wie stets in

140 S. Paul. D. 2, 12, 8.

141 Weitere Details bei HONSELL, Die Bedeutung des römischen Rechts für die moderne Zivilrechtsdogmatik, FS Hattenhauer, 2003, S. 245 ff.; «zu weit getriebene Abstraktionen» kritisiert auch BUCHER, a.a.O., S. 265.

den Wissenschaften, Irrtümer und Missverständnisse<sup>142</sup>. Die Beispiele falscher Verallgemeinerung und Irrtümer auf dem Weg vom römischen Fallrecht zur Privatrechtskodifikation sind zahlreich. Erkennen und verstehen kann man sie nur, wenn man über ausreichende Kenntnisse des römischen Rechts verfügt. Um die Häufigkeit und Verbreitung dieses Phänomens zu dokumentieren, soll es an 12 Beispielen exemplifiziert werden.

### 1. *Der normative Konsens*

Die Irrtümer beginnen schon bei Art. 1 OR und der Lehre vom normativen Konsens<sup>143</sup>. Nach Art. 1 OR kommt ein Vertrag durch Austausch übereinstimmender Willensäusserungen zustande. Die Vorschrift stellt auf die Erklärung ab, nicht auf den inneren Willen. Das wird im Text aller drei Sprachen deutlich: Der deutsche Text spricht von «Willensäusserung», der französische von «manifestation de volonté» und der italienische von «manifestazione della volontà». In Widerspruch zu diesem eindeutigen Gesetzestext behauptet die allg. Meinung in Literatur und Judikatur, das konstituierende Element des Vertrages sei nicht die Willenserklärung, sondern der übereinstimmende innere (psychologische, wirkliche, tatsächliche usw.) Wille. Die richtige Auffassung im Streit zwischen Willens- und Erklärungstheorie hatten dagegen schon früh ANDREAS VON TUHR<sup>144</sup> und später PETER GAUCH<sup>145</sup> vertreten: «Die im Rechtsgeschäft enthaltene rechtsgestaltende Macht ist vom Gesetz nicht dem inneren Willen des Menschen beigelegt, weil der Wille als psychologischer Vorgang nicht direkt erkennbar ist, sondern nur aus dem äusseren Verhalten des Menschen mit grösserer oder geringerer Sicherheit geschlossen werden kann.»

Wie kommt es, dass eine so klare gesetzliche Regelung wie die des Art. 1 Abs. 1 OR von Doktrin und Praxis negiert oder ignoriert wird? Der Grund dafür liegt darin, dass die im 19. Jhdt. entwickelte Theorie vom vertragsbegründenden Konsens als übereinstimmendem inneren Willen in der Schweiz ungeachtet der abweichenden Gesetzesdefinition auch nach Inkrafttreten des Obligationenrechts beibehalten wurde. Die Betonung des inneren Willens in der Pandekten doktrin des 19. Jhdts. beruhte auf der Entstehungsgeschichte der Konsensualverträge. Aus dem römischen Recht war zwar überliefert, dass der Wille das entscheidende Kriterium des Vertrages sei. Dies galt allerdings nur für die (formfreien) Konsensualverträge. Bei den förmlichen Geschäften, wie bei der

142 Das wussten schon die römischen Juristen, Jul. Dig. 1, 3, 20: non omnium, quae a maioribus constituta sunt, ratio reddi potest.

143 Vgl. HONSELL, Willentheorie oder Erklärungstheorie?, FS Walter, 2004, S. 335 ff.

144 VON TUHR/PETER, AT des schweizerischen Obligationenrechts I, 3. Aufl. 1979, S. 158. Richtig auch CR CO-DESSEMONTET, Art. 1 N. 8.

145 Vertrag und Parteiwille, in: Peter/Starck/Tercier (Hrsg.), Hundert Jahre Obligationenrecht – Le Centenaire du Code des Obligations, 1982, S. 343 ff., S. 351 f., S. 358 «der (erklärte) wirkliche Wille der Parteien».

Stipulation, der Manzipation oder dem Testament, kam es nicht allein auf den Wortlaut an, sondern auf die Form. Nur im Gegensatz zu den historisch älteren Formverträgen kam man im römischen Recht zu dem Satz, dass für alle (später vom Prätor entwickelten) formfreien Verkehrsgeschäfte der Konsens der Parteien als alleinige Konstituante des Vertrages genügt. Daher der Name «Konsensualverträge». Der Begriff wurde namentlich im Gegensatz zum förmlichen Erklärungsgeschäft der Stipulation entwickelt. Es war ja ein enormer Fortschritt, dass durch die prätorische Rechtsfortbildung neben die altzivilen, den römischen Bürgern vorbehaltenen, förmlichen Geschäfte, neue Vertragstypen traten, die nicht auf altertümliche Formen, sondern nur auf den Konsens der Parteien abstellten und die Ethik des gegebenen Wortes für eine rechtliche Bindung genügen liessen. Damit war freilich nicht, wie erst ein späteres Missverständnis annahm, ein innerer, psychologischer Wille gemeint, sondern natürlich ein von den Parteien *geäussert* formfreier Wille. Der Wille muss ja stets (zumindest konkludent) erklärt werden, wenn es zu einem Vertragsschluss kommen soll<sup>146</sup>. Bei den Konsensalkontrakten beruhte die Verpflichtungswirkung also nicht auf der Beachtung einer bestimmten Form, sondern allein auf der *erklärten* Willenseinigung der Parteien (*consensus*)<sup>147</sup>.

Heute versucht man das irrige Abstellen auf den inneren Willen mit der Privatautonomie zu begründen<sup>148</sup>. Diese verlangt aber nur, dass die Parteien das Recht haben, aufgrund freien und autonomen Entschlusses Verträge zu schliessen. Sie erfordert jedoch nicht, dass an die Stelle des erklärten Wortes der innere Wille tritt.

Zur Begründung der Willenstheorie beruft sich die h.L. weiter auf ein systematisches Argument, das in Wahrheit ein Scheinargument ist. Man behauptet, Art. 18 Abs. 1 OR normiere der Vorrang des Willensprinzips und löst den angeblichen Widerspruch zwischen Art. 1 und Art. 18 OR zugunsten des Letzteren.

Das Abstellen auf den Willen in Art. 18 Abs. 1 OR ist sachgerecht, weil es auf die beiden im Relativsatz genannten Sonderfälle der *falsa demonstratio* und der *Simulation* begrenzt ist. Haben die Parteien einen Kaufvertrag über eine Schiffsladung Walfischfleisch in Fässern kontrahiert, die sie übereinstimmend, aber falsch als Haakjöringsköd (norwegisch für Haifischfleisch) bezeichnet haben, so ist doch das konsentiert Walfischfleisch verkauft<sup>149</sup> (*falsa demonstratio non nocet*). Steht ein übereinstimmender, vom Wortlaut abweichender Wille

146 Das war in Rom nicht anders. Es ist daher verfehlt, wenn immer noch gelehrt wird, die Römer hätten auf den inneren Willen abgestellt, so aber KASER, Römische Privatrecht I, 2. Aufl. 1971, S. 235, S. 237 f.; KASER/KNÜTEL, Römische Privatrecht, Kurzlehrbuch, 19. Aufl. 2008, § 8 N. 21; WACKE, *Circumscribere* und *dolus*, Sav.Z. Rom. Abt. 94, 1977, S. 184, S. 199; s. dagegen HONSELL (Fn. 45), S. 41 m.w.Nw. in Fn. 5.

147 Neben den *rigor iuris* der förmlichen Geschäfte trat schon im republikanischen Zeit die *nuda voluntas* der formfreien Verträge; s. etwa JHERING, Geist des römischen Rechts, 6. Aufl. 1921, § 45 Fn. 654.

148 Z.B. BSK OR I-WIEGAND Art. 18 N. 1, ebenso allerdings auch GAUCH, a.a.O., S. 351.

149 RGZ 99, S. 147 ff.

der Parteien fest, so ist nur dieser entscheidend. Es ist selbstverständlich, dass es nur auf den Willen ankommt, wenn dieser von den Parteien übereinstimmend bekundet wird. Dasselbe gilt bei der Simulation, wenn die Parteien den Vertrag zur Verdeckung eines anderen Geschäfts nur vorschieben. Nur diese beiden Fälle regelt Art. 18. Ein genereller Primat des Willens über die Erklärung lässt sich der Vorschrift nicht entnehmen.

Die h.L. macht aus der Ausnahme die Regel und behauptet, der Vorrang des Willens gehe weit über den Anwendungsbereich des Art. 18 Abs. 1 OR hinaus<sup>150</sup>. Man zäumt das Pferd vom Schwanz auf, wenn man aus der Ausnahme (Art. 18 Abs. 1 OR) die Regel macht, die das allgemeine Prinzip (Art. 1 Abs. 1 OR) ausser Kraft setzt. Ein vom Wortlaut abweichender Wille ist (vom Irrtum abgesehen) nur relevant, wenn die Parteien im Willen übereinstimmen.

Allerdings bleibt die Irrlehre der h.M. weitgehend ohne Konsequenzen, denn sie modifiziert die zunächst erfundene Willenstheorie gleich wieder durch das Vertrauensprinzip. Sie unterscheidet deshalb zwischen dem tatsächlichen Konsens und dem normativen Konsens<sup>151</sup>. Das Vertrauen ist fraglos ein wichtiges Prinzip unserer Rechtsordnung (unten H. I. 3.). Es hat aber nicht die Funktion eines Allklebemittels zur Reparatur verfehlter Dogmatik. Bei der Vertragsauslegung kommt es nicht darauf an, was der Erklärende gemeint hat, sondern darauf, wie der Adressat die Erklärung nach Treu und Glauben verstehen durfte. Entscheidend ist also der Empfängerhorizont<sup>152</sup>. Da man nur Erklärungen auslegen kann, nicht den regelmässig unbekannten Willen, kehrt man mit der Anerkennung des Vertrauensprinzips quasi automatisch zur Erklärungstheorie zurück. Das Vertrauensprinzip spielt aber nur eine Rolle, wenn die Erklärung unklar oder mehrdeutig ist. Dann kommt die Auslegung zum Zuge, und hier ist das Vertrauen ein Kriterium unter mehreren. Die h.L. rekuriert, bei Lichte besehen, also allein zu dem Zweck auf das Vertrauensprinzip, um das falsche Willensdogma scheinbar aufrecht zu erhalten. Sie kommt damit trotz des unrichtigen und unpraktischen Willensdogmas zum richtigen Ergebnis. Nur deshalb hat man den (entbehrlichen) Begriff des «normativen Konsens».

150 So kann man z.B. bei KRAMER im Berner und bei WIEGAND im Basler Kommentar lesen, Art. 18 enthalte eine für das schweizerische Privatrecht zentrale Regel. Dies sei deshalb nicht auf den ersten Blick erkennbar, weil die Regelung sich dem Wortlaut nach nur auf einen Spezialfall beziehe. Ihre wirkliche Bedeutung gehe weit darüber hinaus. Art. 18 enthalte den primären und prinzipiellen Ansatz für die Auslegung von Willenserklärungen im schweizerischen Recht. Bei jeder rechtsgeschäftlichen Erklärung sei demnach zunächst und in erster Linie auf den wirklichen Willen des Erklärenden abzustellen. Diese Auffassung entspreche der Willenstheorie und basiere zugleich auf dem Prinzip der Privatautonomie ...».

151 Näher BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N. 11 ff. m.w.Nw.

152 BGE 116 Ia, S. 56 ff., S. 58; 113 II, S. 49 ff., S. 50; 93 II, S. 272 ff., S. 275; 93 I, S. 506 ff., S. 511; 90 II, S. 449 ff., S. 454; 87 II, S. 234 ff., S. 242; 80 II, S. 26 ff., S. 31; 69 II, S. 322; aus der Lit. BK-KRAMER, Art. 1 OR N. 121; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N. 309 ff., 1222 ff.; INGEBORG SCHWENZER, OR AT, N. 29.02; HAUSHEER/JAUN, N. 3.34 ff.; THOMAS KOLLER, OR AT I, N. 375 f.; BGE 123 III, E. 2b; 119 II, S. 396 ff., S. 397; 119 II, S. 177 ff.; 116 II, S. 695 ff.; 115 II, S. 484 ff.

ses»<sup>153</sup> erfunden. In Wahrheit tritt der normative Konsens nicht an die Stelle des tatsächlichen Willens und es ist nicht der Wille, der durch das Vertrauensprinzip modifiziert wird, sondern allein die unklare oder mehrdeutige Erklärung, die interpretiert wird. Dies gilt unabhängig davon, ob die Erklärung schriftlich, mündlich oder nur konkludent abgegeben wurde. Stets ist es die Erklärung, deren Inhalt durch das Vertrauensprinzip festgestellt wird und nicht der innere Wille. Die Lehre vom normativen Konsens stellt eine Art Fehlerkompensation dar, die den falschen Ansatz der Willenstheorie verdecken und korrigieren soll. Setzt man richtig bei der Erklärung an, so kommt das Vertrauen nur und erst im Rahmen der Auslegung ins Spiel, wenn die Erklärung unklar oder mehrdeutig ist. Wer einen von einer Erklärung abweichenden Willen behauptet, kann sich nicht auf Dissens berufen, wenn der Sinn der Erklärung eindeutig oder durch eine Auslegung nach Treu und Glauben feststellbar ist. Er ist wegen des in den Erklärungen manifestierten Konsenses an den Vertrag gebunden und kann seinen abweichenden Willen lediglich nach den für ihn ungünstigeren Vorschriften über den Irrtum geltend machen (Art. 23 ff. OR), sofern die dortigen Voraussetzungen erfüllt sind. Es gilt der Satz, «Auslegung geht vor Anfechtung». Der Dissens als Kontradiktion des Konsenses betrifft nur die Fälle, in denen die Erklärungen nicht zusammenpassen, sei es versteckt, bei Mehrdeutigkeit der Erklärung, welche die Parteien verschieden verstanden haben, sei es offen, wenn die Erklärungen eindeutig sind, aber divergieren, ohne dass die Parteien dies bemerkt haben.

Für die Lösung des Einzelfalles ist der Theorienstreit mehr oder weniger belanglos, denn stets tritt an die Stelle des inneren Willens, den sowieso niemand kennt, nach Treu und Glauben das Verständnis eines redlichen Vertragspartners. Indessen darf man sich mit einer bloss im Ergebnis richtigen Entscheidung nicht begnügen, denn das unrichtige Prinzip führt zu der ständigen, monotonen Wiederholung, dass mangels Feststellung des tatsächlichen Konsenses auf den sog. normativen Konsens abzustellen sei. Schon die Studenten werden darauf trainiert, diesen Stehsatz in ihren Falllösungen nicht zu vergessen. Und auch in den Gerichtsurteilen, bis hinauf zum Bundesgericht, findet man ihn oft. Relativ häufig kommt es auch vor, dass eine Partei dafür Beweis anbietet, dass tatsächlich ein Konsens in ihrem Sinne zustande gekommen sei und dies nicht selten trotz Vorliegens eines schriftlichen Vertrages, aus dem sich das Gegenteil ergibt. Da es auf die Erklärung nicht ankommen soll, muss erst wieder das Vertrauensprinzip bemüht werden, um die ja nicht ohne weiteres widerlegbare Behauptung eines abweichenden Willens zu entkräften. Der verfehlt dogmatische Ansatz führt dazu, dass aus dem selbstverständlichen Satz, dass es für die Auslegung von Verträgen (neben anderen Kriterien) auch auf Treu und Glauben an-

---

153 Dazu KRAMER, Grundfragen der vertraglichen Einigung, 1972, S. 60 ff., S. 97 ff., S. 126 ff. m.w.Nw.; BK-KRAMER, Art. 1 OR N. 126 ff., Art. 18 OR N. 67 ff.



kommt, ein überflüssiger Stehsatz zur Überwindung des verfehlten Willensdogmas wird.

Hiervon abgesehen führt das Willensdogma zu dogmatischen Folgefehlern: Bei der Abgrenzung von Dissens und Irrtum, bei der Auslegung und bei der Frage der Revisibilität der Vertragsauslegung<sup>154</sup>. Es wäre an der Zeit, diesen ganzen Ballast durch eine Rückkehr zum Wortlaut von Art. 1 OR abzuwerfen.

## 2. *Der Widerruf des Auftrags*

Ein Schweizer Unikum aus falschen Verallgemeinerung römischer Ansätze ist der jederzeitige Widerruf (auch) des entgeltlichen Auftrags nach Art. 404 Abs. 1. Er kann ohne Vorliegen von wichtigen Gründen und ohne Einhaltung einer Frist von jeder Seite aufgelöst werden. Im römischen Recht, wo der Auftrag immer unentgeltlich war, war das selbstverständlich. In Deutschland ist das noch heute so – der Auftrag ist auch dort notwendig unentgeltlich (§ 662 BGB). Den entgeltlichen Auftrag nennt das Gesetz Geschäftsbesorgung (§ 676 BGB), für die ganz andere Regel gelten. Den unentgeltlichen Auftrag konnte der Beauftragte – ausser zur Unzeit – jederzeit kündigen, wenn er die unentgeltliche fremdnützige Tätigkeit nicht länger leisten wollte. Auch der Auftraggeber musste die fremde Liberalität nicht länger in Anspruch nehmen und konnte jederzeit widerrufen (so das römische Recht und ebenso § 671 BGB). Hingegen ist eine solche Regelung beim entgeltlichen Auftrag verfehlt. Denn damit wird nicht nur das übergeordnete Prinzip *pacta sunt servanda* verkannt, sondern auch das legitime Honorarinteresse des Beauftragten. Die Schwierigkeiten werden noch dadurch vermehrt, dass die Rsp. der Vorschrift ganz unnötiger Weise zwingenden Charakter beilegt<sup>155</sup>. Das wird mit dem besonderen Vertrauensverhältnis begründet, das angeblich die jederzeitige Widerruflichkeit erfordert. Diese Prämisse trägt nicht weit, denn die wichtigste Funktion des Vertrauens ist das Worthalten, also das Respektieren von Verträgen. Freilich kommt eine Auflösung des Vertrages, wenn das Vertrauen verloren ist, umso eher in Betracht, je grösser die Vertrauensstellung ist. Doch muss dabei das Honorarinteresse des Beauftragten gewahrt werden. Die Generalversammlung kann den Verwaltungsratspräsidenten ohne Angabe von Gründen ablösen, aber sie muss das Honorar bezahlen. Will sie dies nicht, so kann sie nur aus wichtigem Grund kündigen.

## 3. *Die Wandlung trotz Sachuntergangs*

Zu den Regeln, die ungeachtet eines ursprünglich viel engeren Anwendungsbereichs übernommen und dabei unzulässig verallgemeinert wurden, gehört auch

<sup>154</sup> Weiteres bei HONSELL, FS Walter, 2004, S. 335 ff.

<sup>155</sup> Vgl. zuletzt BGE 115 II, S. 464 mit krit. Anm. v. HOMBURGER, SZW 1991, S. 35 und GAUCH, recht 1992, S. 9 f.; s. ferner BGE 98 II, S. 308; 103 II, S. 130; 110 II, S. 383.



Art. 207 OR<sup>156</sup>. Danach kann der Kaufvertrag über eine mangelhafte Sache, die zufällig untergeht, auch nach ihrem Untergang noch gewandelt werden, selbst wenn der Untergang mit dem Mangel gar nichts zu tun hatte. Hat man z.B. einen Occasionswagen gekauft, der mehr Kilometer gefahren wurde als auf dem Kilometerzähler stehen oder der mehr Treibstoff verbraucht als angegeben, soll man nach Art. 207 OR<sup>157</sup> auch dann noch wandeln dürfen, wenn der Wagen gestohlen wurde oder wenn er verbrannt ist. Man beruft sich dafür auf das römische Recht. Dort galt für den Sklavenkauf der Satz «mortuus redhibetur» – «Auch der Tote kann zurückgegeben werden». War ein kranker Sklave verkauft worden und beim Käufer an der Krankheit gestorben, so war die Wandlung weiterhin möglich<sup>158</sup>. Art. 207 OR und § 350 BGB a.F. sowie § 346 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 BGB haben diesen Sonderfall zu der Norm verallgemeinert, dass der Rücktritt trotz Untergangs ungeachtet des fehlenden Kausalzusammenhangs immer zulässig ist; nach dem neuen § 346 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 BGB gilt das sogar bei fahrlässiger Sachzerstörung durch den Käufer<sup>159</sup>. Die falsche Lösung findet sich nur in den deutschsprachigen Rechten; denn Art. 207 OR und das stark vom deutschen Recht beeinflusste österreichische Recht<sup>160</sup> haben die verkehrte Lösung des § 350 BGB a.F. übernommen. Gegen sie spricht vor allem die Kausalitätsüberlegung, dass die Sache in jedem Falle, also auch in mangelfreiem Zustand zulasten, des Käufers untergegangen wäre. Möglich bleibt allerdings die Minderung des Kaufpreises, weil das Argument, dass der Preis wegen des Mangels zu hoch war, durch den Untergang nicht entfällt. Die einfache und überzeugende Lösung, dass Wandlung nur möglich ist, wenn der Untergang eine Folge des Mangels war, dass sie aber bei zufälligem Untergang ausgeschlossen ist, findet sich im romanischen Rechtskreis, im italienischen, französischen und spanischen Recht. Nach Art. 1647 Code civil, Art. 1488 Código civil und Art. 1492 Codice civile trifft die Gefahr des zufälligen Untergangs den Käufer.

156 Näher zuletzt HONSELL, Gefahrtragung und Haftungsprivileg nach § 346 BGB, FS Picker, 2010, S. 363 ff.

157 Dazu HONSELL, OR BT (9. Aufl. 2010), S. 106 f.

158 Paul. Dig. 21,1,47,1; Ulp. Dig. 21,1,38,3; s. dazu. HONSELL, Mortuus redhibetur, FS Schwerdtner, 2003, S. 575 ff.; s. schon DERS., Gefahrtragung und Schadensersatz bei arglistiger Täuschung, MDR 1970, S. 717; von der ädilizischen Haftung zum modernen Sachmängelrecht, GS. Kunkel, 1984, S. 53 ff.; s. dazu auch die gleichnamigen Beiträge von v. CAEMMERER, FS Larenz (1973); LEDERLE (1983); MADER, SZ 101 (1984), S. 206 ff. und URBASKI, in: Junge Zivilrechtslehrer, 2000, Rz. 61 ff.; WAGNER, FS Huber, 2006, S. 591 ff., S. 593 f.

159 HONSELL, Schuldrechtsmodernisierung in Deutschland, FS Druey, 2002, S. 177 ff.; DERS., Mortuus redhibetur, FS Schwerdtner, 2003, S. 575 ff.; DERS., FS Picker, 2010, S. 363 ff.

160 S. etwa REISCHAUER, in: Rummel (Hrsg.), Komm ABGB, 3. Aufl. 2000, § 932 Rn. 4 m.Nw.

#### 4. Ungültigkeits- oder Anfechtungstheorie beim Irrtum

Eine bis heute nicht ausgeräumte Unklarheit betrifft die Rechtsfolge des Irrtums. Es geht um den Streit zwischen Ungültigkeits- und Anfechtungstheorie. Diese Differenzierung war zunächst ein historisches Erbe des römischen Rechts, wo der Irrtum bei den Konsensualkontrakten zivile Nichtigkeit bewirkte, während das Rechtsmittel der prätorischen Anfechtbarkeit bei Betrug und Drohung erst später eingeführt wurde.

MUNZINGER hatte im Entwurf 1871 den Gegensatz von «Nichtigkeit und Anfechtbarkeit von Verträgen» klar geregelt<sup>161</sup>. Sein Art. 84 lautete: «Ein nichtiger Vertrag ist so anzusehen, als wenn er nicht geschlossen worden wäre, ohne dass es der Erwirkung einer Nichtigkeitserklärung bedarf.» Art. 86 bestimmte konsequenterweise: «Ein anfechtbarer Vertrag gilt als zu Recht bestehend, bis derselbe von den hiezu Berechtigten angefochten wird.» Leider hat die Kommission im Laufe der Gesetzgebungsarbeiten die Anfechtbarkeit wieder beseitigt und durch die unglückliche Formulierung von Art. 23 ersetzt, weil man glaubte, die Anfechtbarkeit sei nichts anderes als einseitige Unverbindlichkeit<sup>162</sup>. Auch E. HUBER ist bei diesem Konzept geblieben, obwohl sich die richtige Auffassung von MUNZINGER in Deutschland inzwischen durchgesetzt hatte (§§ 119, 142 ff. BGB)<sup>163</sup>.

In Lehre und Rsp. wird noch heute die Ungültigkeitstheorie vertreten<sup>164</sup>, wobei einige in der missglückten Regelung eine einseitige Unverbindlichkeit sehen wollen<sup>165</sup>, eine Figur, die an das *negotium claudicans* (hinkendes Geschäft) erinnert. Es ist aber nicht so, dass das Geschäft für den einen verbindlich ist und für den anderen unverbindlich, sondern so, dass nur die eine Seite, nämlich der Irrende, über Verbindlichkeit oder Unverbindlichkeit des ganzen Vertrages entscheiden darf. Auch bei der Übervorteilung (Art. 21) kann sich nur der Bewucherte darauf berufen, weil ihm die Nichtigkeit vielleicht Steine statt Brot geben würde, denn er muss die Zinsen nicht zahlen, verliert aber auch den Kredit. Die Anfechtungslösung bei der Übervorteilung<sup>166</sup> ist insoweit bislang nicht beanstandet worden. Folgt man im Interesse der Rechtsklarheit der Anfechtungstheorie, die eine Rechtsgestaltung voraussetzt, so ist das Geschäft zunächst für beide gültig und fällt erst mit der erfolgreichen Anfechtung *ex tunc* wieder weg. Die Leistungen sind wegen der Rückwirkung mit der *condictio in-*

161 Vgl. BUCHER (Fn. 4), S. 31.

162 S. dazu GAUCH, Vertrag und Parteiwille, in: 100 Jahre schweizerisches Obligationenrecht, Le Centenaire des Code des Obligations, 1982, S. 343, S. 355 Fn. 55.

163 Auch Art. 1428 Codice civile hat diese richtige Konstruktion später übernommen.

164 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, 9. Aufl. 2009, S. 890; GAUCH, a.a.O., S. 343 ff., S. 354 f.; BGE 114 II, S. 131, E. 3.

165 Z.B. VON TUHR/PETER, OR AT, S. 338; GAUCH, a.a.O.

166 Der Ansatz greift freilich zu kurz, weshalb heute der Vertrag durch Reduzierung des Übermasses auch angepasst werden kann; s. zur geltungserhaltenden Reduktion BGE 123 III, S. 292, zustimmend GAUCH, recht 1998, S. 55 ff.

debiti zurückzufordern und nicht, wie BGE 114 II, S. 131, E. 3 irrig gemeint hat, mit der Kondiktion wegen Wegfall des Grundes (ob causam finitam). Alle diese noch heute bestehenden Unsicherheiten hatte MUNZINGER bereits überwunden<sup>167</sup>, doch ist man leider von seinem Konzept wieder abgewichen.

## 5. *Die culpa in eligendo*

Unklarheiten in der Pandektistik standen auch Pate bei der Beschränkung der Gehilfenhaftung auf culpa in eligendo (usw.) nach Art. 55 OR<sup>168</sup>. Sie wurde alsbald als problematisch und nicht sachgerecht empfunden<sup>169</sup>. Trotz Dauerkritik wurde sie indes erstaunlicher Weise nie revidiert. Der rechtsgeschichtliche und rechtsvergleichende Befund sowie die Vertrags- und Versicherungspraxis zeigen, dass die culpa in eligendo ein Auslaufmodell ist, das de lege ferenda abgeschafft werden sollte.

Bei dieser Ausgangslage ist es erstaunlich, dass der schweizerische Reformentwurf eines Haftpflichtrechts dieses Modell nicht nur fortgeschrieben hat, sondern unter Aufgabe des Unterschieds zwischen Delikts- und Vertragshaftung sogar noch auf die Vertragshaftung erstrecken wollte<sup>170</sup>.

Der gesetzgeberische Attentismus gegenüber einer obsolet geworden Figur mag damit zusammenhängen, dass Rsp. und Lehre Umgehungsstrategien erfunden haben, welche die culpa in eligendo praktisch mehr oder weniger obsolet werden liessen<sup>171</sup>. Im römischen Recht gab es eine Haftungsbeschränkung auf culpa in eligendo nur bei der Substitution. Es ist ohne weiteres einleuchtend, dass die Beschränkung auf die Klagenzession (Abtretung der Ansprüche) gegen den unsorgfältigen Substituten bei Verschulden des Vertragspartners um eine Haftung für culpa in eligendo wegen unsorgfältiger Auswahl ergänzt wurde. Dieser musste also seine Ansprüche gegen den Substituten abtreten und haftete für Auswahlverschulden<sup>172</sup>.

Eine Haftung für Gehilfenverschulden wie für eigenes findet sich hingegen in einer berühmten Digestenstelle über eine unsorgfältig transportierte Säule<sup>173</sup>.

167 BUCHER, Rez. FASEL, ZEuP 2003, S. 353 ff.

168 Nach heute h.L. ist Art. 55 OR eine Haftung für culpa in eligendo, Art. 101 hingegen für fremdes Verschulden. Klarer formuliert ist dieser Unterschied in §§ 831 und 278 BGB und seit der 3. Teilnovelle, mit der in Österreich 1916 etliche Anpassungen ans BGB vorgenommen wurden, §§ 1315 und 1313a ABGB.

169 S. zur dt. Parallelvorschrift des § 831 BGB etwa ERDSIEK, Karlsruher Forum 1960, S. 3, S. 4 ff.; WEITNAUER, Karlsruher Forum 1962, S. 6 f.; DERS., VersR 1970, S. 585, S. 593, S. 596; ESSER, AcP 148, 1943, S. 121, S. 135 f.; s. zuletzt MATUSCHE-BECKMANN, Das Organisationsverschulden, 2002, S. 25 ff.

170 Art. 49 VE.

171 Näher HONSELL, Die Haftung für culpa in eligendo, Liber Amicorum J. Miquel, 2006, S. 513 ff.

172 Einzelheiten bei HONSELL, a.a.O.

173 Gai. Dig. 19,2,25,7: qui columnam transportandam conduxit, si ea, dum tollitur aut portatur aut reponitur, fracta sit, ita id periculum praestat, si qua ipsius eorumque quorum opera uteretur,

Die Unterscheidung zwischen Substitution und Beizug von Gehilfen findet sich noch heute in Art. 399 OR und § 664 Abs. 1 Satz 2 BGB<sup>174</sup>. War die Substitution befugt, so haftet der Beauftragte nur für culpa in eligendo und instruendo; war sie unbefugt, so unterscheidet sich die Substitution nicht von der Haftung für Erfüllungsgehilfen, wo an die Befugnis zur Beiziehung keine Unterschiede geknüpft sind.

## 6. Das Kondiktionsverbot des Art. 66 OR

Ein weiteres prominentes Beispiel ist das Kondiktionsverbot nach Art. 66. Die *condictio ob turpem causam*, das Vorbild von Art. 66 OR, § 817 BGB und ähnlichen Vorschriften in den anderen Europäischen Kodifikationen, hatte ursprünglich zwei Anwendungsfälle: Die regelwidrige Kondiktion, die trotz des Erfolgs eintritts gegeben wird, das sind die Erpresserfälle. Auch wenn der Erpresser das angedrohte Übel unterlassen hatte, der Erfolg also eingetreten war, konnte das gezahlte Geld zurückgefordert werden. Der zweite Fall war das Kondiktionsverbot. Hier galt umgekehrt, dass nicht kondiziert werden konnte, auch wenn der Erfolg nicht eingetreten war. Dies waren die Fälle der Deliktsanstiftung, der sog. Gaunerlohn. Bei MUNZINGER war das alles noch klar<sup>175</sup>. Wer Geld gezahlt hatte, damit eine strafbare Handlung begangen würde, konnte es nicht mit der *condictio causa data causa non secuta* zurückfordern, wenn die Handlung unterblieben war. Dies hielt man für zweckmässig, da andernfalls ein mittelbarer Anreiz bestünde, die strafbare Handlung doch zu begehen. Die Kommission hat dann aber die *condictio ob turpem causam* gestrichen und nur das Kondiktionsverbot kodifiziert. Die Herauslösung aus dem Kontext der Kondiktion wegen Nichteintritts des Erfolges und die abstrakte Formulierung haben bewirkt, dass später vom Bordellkauf über Telefonsex-Verträge und die Schwarzarbeit bis hin zu Umsatz-, Dienstleistungs- oder Darlehensgeschäften, die sittenwidrig sind oder gegen ein gesetzliches Verbot verstossen, alles unter das Kondiktionsverbot subsumiert wurde. Dies hat regelmässig zur Prämierung der grösseren Gauner geführt<sup>176</sup>. Im ersten Fall des BGer hatte der Kläger dem Beklagten 10 000 CHF zur Besorgung von Gold gegeben: Solche Geschäfte waren nach Art. 20 OR nichtig, wenn man keine Konzession besass. Der Beauftragte, der das Geschäft nicht ausgeführt hatte, be-

---

*culpa acciderit*. – Wer den Transport einer Säule übernommen hat, trägt die Gefahr, wenn diese während des Transports zu Bruch geht, sei es das dies durch eigenes Verschulden oder durch das Verschulden von Hilfspersonen geschah.

174 S. auch § 691 Satz 2 und 3 BGB für die Hinterlegung.

175 Art. 114 E 1871: Hat jemand um eines künftigen Erfolges willen aus einer unehrenhaften oder unsittlichen Ursache etwas empfangen, so hat der Geber ein Rückforderungsrecht, ohne Unterschied, ob der erwartete Erfolg eingetreten ist oder nicht. Und Art. 115: Fällt sowohl dem Geber als dem Empfänger eine Unehrenhaftigkeit oder Unsittlichkeit zur Last, so hat der Geber kein Rückforderungsrecht.

176 Dazu HONSELL (Fn. 3), S. 80 ff.; DERS., in: Zimmermann u.a. (Hrsg.), Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, FS Seiler, 1999, S. 473 ff.

rief sich auf das Verbot, wollte aber das Geld nicht zurückgeben. Das BGer<sup>177</sup> gab ihm Recht: Als ratio legis des Art. 66 OR sah es ein pönales Element und insb. die Prävention. Die Härte, die sich aus dem Kondiktionsverbot ergebe, sei vom Gesetz gewollt. Eine andere Entscheidung<sup>178</sup> hat die Rückforderung eines Kleinkredites, bei dem der Kreditgeber gegen eine Verordnung über Kleinkredit- und Abzahlungsgeschäfte verstossen hatte, unter Berufung auf Art. 66 OR abgelehnt.

Von dieser Rsp. ist das BGer erst kürzlich abgerückt. Jetzt gilt endlich, dass Art. 66 OR auf den Gaunerlohn (Geldzahlung zum Zwecke der Anstiftung zu einem Delikt usw.) beschränkt wird<sup>179</sup>, so wie das schon im römischen Recht gewesen war, aus dem die *condictio ob turpem causam* und das Kondiktionsverbot stammen. Hier wie öfter hat das BGer schliesslich die richtige Lösung gefunden. Anders die deutsche Rsp., die in § 817 S. 2 BGB eine Strafnorm sieht, die sie auf alle sittenwidrigen oder verbotenen Verträge anwendet, wobei sie sich in hoffnungslose Widersprüche verstrickt<sup>180</sup>.

## 7. *Der Entreicherungseinwand (Art. 64)*

Ein weiteres praktisch wichtiges Beispiel einer Fehlentwicklung infolge falscher Verallgemeinerung aus dem Bereicherungsrecht ist der Entreicherungseinwand von Art. 64<sup>181</sup>. Das Privileg der Haftungsbeschränkung auf die noch vorhandene Bereicherung (in *id quod locupletior factus est*) galt bei den prätorischen Bereicherungsklagen des römischen Rechts nur für Minderjährige, für die Schenkung, und in einigen verwandten Fällen, in denen ein besonderer Schutzgrund für den Empfänger bestand<sup>182</sup>. Nur für diese «schutzbedürftigen» Beklagten galt die Vorzugsregelung, nicht das ursprünglich Erhaltene, sondern nur das noch Vorhandene herausgeben zu müssen. Die Verallgemeinerung in Art. 64 OR hat namentlich bei der Rückabwicklung von gegenseitigen Verträgen zu störenden Ergebnissen und unbefriedigenden dogmatischen Konstruktionen geführt (unten 11.).

## 8. *Kauf bricht Miete*

Ein romanistischer Zopf, der angesichts ganz anderer sozialer Verhältnisse nicht hätte übernommen werden sollen, ist der Satz «Kauf bricht Miete.» In Rom war der Mieter nicht einmal Besitzer, sondern blosser detentor. Der Eigen-

177 BGE 74 II, S. 73 = Pra 37, S. 139.

178 BGE 102 II, S. 401 (= Pra 1977 Nr. 110).

179 So schon VON TUHR, AT OR I, 1924, S. 381; AT BGB I, 1910, S. 413; HONSELL (Fn. 3); ebenso jetzt BGE 134 III, S. 438 – Praxisänderung.

180 Näher HONSELL, a.a.O.

181 Parallelvorschriften in Art. 64 OR und § 1437, S 329 ABGB.

182 S. etwa FLUME, Der Wegfall der Bereicherung in der Entwicklung vom römischen zum geltenden Recht, FS Niedermeyer, 1953, S. 103, S. 116 ff., S. 124 ff.; HONSELL, Drei Fragen des Bereicherungsrechts, Liber Amicorum Schulin, 2003, S. 25 ff.



tümer konnte ihn verjagen, wurde aber schadenersatzpflichtig. MUNZINGER übernahm den Satz, schwächte ihn aber ab. Art. 322 E 1871 bestimmte, dass der Erwerber den Mieter nicht sofort aus dem Besitz weisen dürfe, wohl aber berechtigt sei, zu kündigen. Das gilt noch heute (Art. 261). § 566 BGB, eine der wenigen sozialen Bestimmungen, die von der 2. BGB-Kommission auf Kritik des Kathedersozialisten ANTON V. MENDER<sup>183</sup> hin ins BGB aufgenommen wurden, kehrt den Satz um: «Kauf bricht nicht Miete.»

## 9. Die Dogmatik der Geldschuld

Die Eierschalen der Geschichte kleben auch an der ebenso primitiven wie zentralen Dogmatik der Geldschuld.

Die Geldschuld führt nicht nur im schweizerischen Recht, sondern auch in anderen Rechtsordnungen ein ausgesprochenes Schattendasein<sup>184</sup>. Trotz der überragenden wirtschaftlichen Bedeutung des Geldes hat man es bislang versäumt, eine Dogmatik des Geldrechts zu entwickeln. Stattdessen quält man sich mit seltsamen Hilfskonstruktionen<sup>185</sup>. So ist noch heute allein Bargeld gesetzliches Zahlungsmittel. Zahlung mit Buchgeld ist nach immer noch ganz h.L. vereinbarungsbedürftig<sup>186</sup>. Geldschulden sind Bringschulden (Art. 74 Abs. 2 Ziff. 1). Auch diese aus der Pandektistik stammende Regel passt allenfalls für das Bargeld, nicht für das Buchgeld. Der hier interessierende Punkt ist die Unterstellung des Geldes unter den Sachbegriff des Sachenrechts, der seit langem für verfehlt gehalten wird<sup>187</sup>. Er geht auf das römische Recht zurück<sup>188</sup> und mag in einer Zeit des Münzgeldes mit einer Vielfalt umlaufender Gold-, Silber- und Kupfermünzen mit verschiedenem und oft geschwundenem Gewicht verständlich gewesen sein. Doch sind die Zeiten der Gewichtsmünzen lang vorbei. An die Stelle des Valorismus ist der Nominalismus getreten, die Geldzeichen haben keinen dem Aufdruck entsprechenden Metallwert mehr, sondern Noten und Münzen repräsentieren ihren Wert als gesetzliches Zahlungsmittel und nicht als sachliches Substrat, das sich beim Buchgeld vollends verflüchtigt. Auch der schweizerische Gesetzgeber hat mit mehr als 100-jähriger Verspätung in Art. 84 Abs. 1 OR a.F. (Geldschulden sind in «Landesmünze» zu bezahlen) das Wort «Landesmünze» durch «Landeswährung» ersetzt<sup>189</sup>.

183 Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, 1. Aufl. 1890.

184 Zum Folgenden HONSELL, FS Canaris, 2007, S. 461 ff.

185 Vgl. hierzu zuletzt K. SCHMIDT, Schuldwährung, Zahlungswährung und Zahlungsort, FS Kramer, 2004, S. 689 ff.

186 Vgl. BK-WEBER, Art. 84 OR N. 163 ff.; GAUCH/SCHMID/SCHRANER, Art. 84 OR N. 155, 164 ff.

187 S. etwa KASER, Das Geld im Sachenrecht, AcP 143 (1937), S. 1 ff. m.w.Nw.; BRANDT, Eigentumserwerb und Austauschgeschäft, 1940, S. 239 ff.; NUSSBAUMER, Das Geld, S. 39.

188 S. KÜBLER, Geschichte des römischen Rechts, S. 351 ff.

189 Bundesgesetz über die Währungs- und Zahlungsmittel vom 22. 12. 1989.

Noch heute ist aber wegen des Sachgeldbegriffs im schweizerischen Recht die Auffassung herrschend, dass Geld, solange es nicht mit Geld der anderen Partei vermischt ist, vindiziert werden kann und wegen der angeblichen Subsidiarität der Kondiktion<sup>190</sup> auch vindiziert werden muss. Ist es mit Geld des Empfängers vermischt, so würde an sich nach Art. 727 ZGB Miteigentum entsprechend der Wertverhältnisse eintreten. Es gilt aber nach h.L. der gemeinrechtliche Satz, dass zu Unrecht erlangtes Geld ohne Rücksicht auf die Mengenverhältnisse ins Eigentum des Empfängers fällt, von dem es kondiziert werden muss<sup>191</sup>. Auch diese Auffassung ist hoffnungslos altmodisch und wird dem Wesen des Geldes nicht gerecht. Sie verkennt die gesteigerte Vertretbarkeit und den fortgesetzten Umlauf des Geldes<sup>192</sup>. Beim Geld geht es nicht um eine individualisierbare Stücksache, deren Zugehörigkeit zu einem bestimmten Eigentum bewiesen werden könnte oder sollte, sondern um einen abstrakten Wertanspruch, der nicht dem Eigentum, sondern dem Vermögen zuzuordnen ist. Die Beweisschwierigkeit bei der Identifizierung einzelner Geldstücke kommt schon in der englischen Parömie zum Ausdruck «money has no earmark» oder in dem österreichischen Spruch «Geld hat kein Mascherl». Sie ist aber nicht der Grund für die Ablehnung der Vindikation. Wer einem anderen ungerechtfertigt Geld zugewendet hat, will nicht den einzelnen Schein oder die Münze zurück, sondern den hingegebenen Wert als abstrakte Geldsumme. Spätestens mit der Abschaffung des Metallismus und Valorismus hatte die Geldvindikation keinen Sinn mehr. Stets handelt es sich nur um einen abstrakten Wertbetrag, und es macht keinen Unterschied, ob jemand mit Münzen oder Noten, mit Bargeld oder Buchgeld bezahlt hat. Bei Letzterem ist eine Vindikation ohnedies ausgeschlossen. Die Bewertungs- und die Tauschfunktion des Geldes ist abstrakt. Der Geldwert einer bestimmten Währung ist stets der gleiche. Daraus ergibt sich, dass eine einzelne Banknote oder ein Geldstück nicht nach ihrer individuellen Beschaffenheit, sondern lediglich nach ihrem Nennwert beurteilt werden. Es liegt auf der Hand, dass das Verhältnis des Inhabers zu seinen Geldscheinen ein anderes ist als zu individuellen Gegenständen wie Bildern, Antiquitäten usw.

Eine Geldleistung muss immer kondiziert werden, gleichgültig, ob mit Buch- oder Bargeld gezahlt wird und unabhängig davon, ob das Bargeld beim Empfänger vermischt ist oder nicht.

Obwohl Gold und Silber als Zahlungsmittel seit mehr als 100 Jahren abgeschafft sind und sich auch einige Autoren gegen die Geldvindikation ausgesprochen haben<sup>193</sup>, ist sie bis heute herrschend und das nicht nur in der Schweiz, sondern auch in Österreich oder Deutschland.

190 Zu dieser aus Deutschland übernommenen, dort längst überholten These HONSELL, Drei Fragen des Bereicherungsrechts, FS Schulin, 2002, S. 25 ff.

191 Vgl. dazu BGE 47 II, S. 271; 78 II, S. 254; s. noch REY, Sachenrecht, N. 1943.

192 S. etwa KASER, Das Geld im Sachenrecht, AcP 143 (1937), S. 1 ff., S. 14 f.

193 Insb. BRANDT, a.a.O., S. 238 ff., S. 240 und KASER, Das Geld im Sachenrecht, AcP 143 (1937), S. 1 ff.

### 10. Die Gefahrtragung beim Kauf (Art. 185 Abs. 1)

Es gibt auch römische Regeln, die konserviert wurden, obgleich die Privatrechtsdogmatik oder die wirtschaftliche Entwicklung über sie hinweggegangen sind. Hierher gehört die schon erwähnte Gefahrtragung beim Kauf. Art. 185 Abs. 1 folgt der römisch-gemeinrechtlichen Regel: *Periculum est emptoris*. Danach geht die Gefahr schon mit Abschluss des Kaufvertrags auf den Käufer über. Das ist verständlich, wenn man, wie im römischen Recht, vom Barkauf präsenter Waren ausging, bei dem es atypisch war, die Sache nicht gleich mitzunehmen. Später wurde die Regel als unbillig betrachtet, weil sie einem anderen römischen Grundprinzip widersprach, der Symmetrie von Nutzen und Gefahr: *Periculum eius esse debet, cuius est commodum*, guter Tropfen – böser Tropfen. Die Gefahr soll tragen, wer den Vorteil hat, d.h. die Sache nutzen kann. Zwar weist Art. 185 Abs. 1 dem Käufer neben der Gefahr auch den Nutzen schon mit Vertragsschluss zu. Dies ändert aber nichts daran, dass eine tatsächliche Nutzung erst nach Übergabe möglich ist. Erst dann ist die Sache im Herrschafts- und Risikobereich des Käufers. Erst jetzt ist sie auch sein Eigentum und es trifft ihn die Gefahr schon nach der alten Regel *casum sentit dominus* oder *res perit domino*. Schon in der humanistischen Jurisprudenz hat man daher die Regel für obsolet erklärt (*CUJAZ*). Obwohl das Prinzip falsch ist, haben es der italienische Art. 1465 *Codice civile*, der spanische Art. 1452, 1182 *Código civil* und Art. 639, 1496 des holländischen *B. Wetboek* übernommen, einfach weil es römisches Recht war.

Hingegen knüpfen § 1064 ABGB und § 446 BGB den Gefahrübergang an die Übergabe. Dass es materiell nicht sachgerecht ist die Gefahr schon mit Abschluss des Kaufvertrages übergehen zu lassen, sieht man am deutlichsten beim Doppelverkauf. Der Verkäufer, der die Sache zweimal verkauft hat, könnte nämlich nach deren Untergang den Kaufpreis von beiden Käufern fordern. Dass dieses theoretische Ergebnis praktisch nicht akzeptabel ist, hat R. v. JHERING<sup>194</sup> mit folgenden Worten umschrieben: «Es ist in der Tat ein anderes Ding, unbekümmert um die Folgen und das Unheil, das ein Rechtssatz, den man in den Quellen zu lesen oder aus der Konsequenz zu entnehmen glaubt, im Leben anstiftet, sich rein theoretisch mit ihm abzufinden oder ihn zur An-

194 *Jahrbücher für Dogmatik* 3, S. 449 ff. = *Gesammelte Aufsätze* 1, 1891, S. 291, S. 295 f. Der (abgewandelte) Fall lag so: Der Reeder R besass eine kleine Handelsflotte von 3 Schiffen, von denen jedes 10 Mio. wert war. Er verkaufte das Schiff *Providentia*, das gerade die Karibik durchquerte an X für 10 Mio. Wenig später bot Y für alle 3 Schiffe 40 Mio. Y bestand aber auf dem Erwerb aller 3 Schiffe. R verkaufte ihm daraufhin alle 3 und übergab ihm die Schiffspapiere. In einem Brief erklärte er X den Sachverhalt und bat ihn um Entbindung von seiner Verpflichtung. Am Tage der Absendung des Briefes erfuhr R, dass die *Providentia* bei den Bermudas in einem Sturm gesunken war. Er widerrief daraufhin die Bitte um Entbindung vom Vertrag telegraphisch. Das Telegramm kam vor dem Brief bei X an. R hoffte zu Unrecht, nach dem Untergang den Preis auch noch von X fordern zu können.

wendung zu bringen. Eine ungesunde Ansicht, wenn sonst nur das Subjekt selbst noch gesund ist, hält eine solche Probe nicht aus».

Richtiger, aber bis heute nicht unbestrittener Ansicht nach kann der Verkäufer den Preis von keinem der beiden Käufer fordern, weil er sich vertragswidrig und widersprüchlich verhalten hat<sup>195</sup>.

Der Gesetzgeber des OR hat die Regel als Kompromiss zugunsten der am Code civil orientierten Westschweiz eingeführt<sup>196</sup>. Im französischen Code civil ergibt sich der Grundsatz *periculum est emptoris* allerdings schon aus dem Konsensprinzip (Eigentumsübergang mit Vertragsschluss, Art. 1583 Code civil) i.V.m. dem Satz *casum sentit dominus*. Dies war auch die Regelung, die MÜNZINGER vorgeschwebt hatte. Art. 212 des E 1871 bestimmte: «Ein Rechtsgeschäft, das auf die Übertragung von Eigentum an bestimmten beweglichen Sachen gerichtet ist, überträgt das Eigentum sofort, ohne dass die Übergabe der Sache erforderlich ist. Art. 215 bestimmte dazu, dass mit dem Eigentum auch Nutzen und Gefahr auf den Erwerber übergehen. Wieder hat erst die Kommission die Sache verdorben. Da man das Konsensprinzip ausdrücklich nicht übernommen hatte, sondern Übergabe verlangte (Art. 199 aOR = Art. 714 ZGB), hätte man auch den Gefahrübergang statt an den Kaufvertrag an die Übergabe knüpfen müssen.

## 11. Die kausale Tradition

Ein weiteres Beispiele, das hier noch angeführt werden soll, ist die römische Lehre von der kausalen Tradition (*iusta causa traditionis*)<sup>197</sup>. Sie bietet nicht weniger als vier Modelle, die sich aus dem römischen Recht entwickelt haben. Dort hat die heutige Diskussion um das Prinzip der kausalen Tradition und die Vertragsnatur der Übereignung ihre Wurzeln. Die Voraussetzungen des Eigentumserwerbs sind im deutschen, schweizerischen, österreichischen und französischen Recht jeweils unterschiedlich geregelt. Dabei bilden das deutsche und das französische Recht die Extreme. Das schweizerische und das österreichische Recht beherrschen mit unterschiedlichen Akzenten das Mittelfeld.

Nach deutschem Recht ist ein abstrakter Übereignungsvertrag notwendig, der aus einer Willenseinigung und einer realen Übergabe besteht (§ 929 BGB)<sup>198</sup>. Nach französischem Recht hingegen genügt (nur beim Stückkauf) der schlichte Kaufvertrag (Art. 1583 Code civil)<sup>199</sup>. Dasselbe gilt für das italieni-

195 Näher HONSELL, OR BT, S. 55 f. m.w.Nw.

196 S dazu BUCHER, ZSR 1970 II, S. 281 ff.

197 Näher zum Folgenden HONSELL, Tradition und Zession, kausal oder abstrakt?, FS Wiegand, 2005, S. 349 ff.

198 Aus der Lit. s. BRANDT, a.a.O.; FELGENTRÄGER, Savigny's Einfluss auf die Übereignungslehre, 1927; STADLER, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion, 1996.

199 La propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée. Vgl. auch art. 711: La propriété des biens s'acquiert ... par l'effet des obligations; und 1138 CC: L'obligation de livrer la chose est

sche Recht (Art. 1376 Codice civile)<sup>200</sup>. Dort herrscht also das Konsensprinzip. Das österreichische Recht (§ 425 ABGB) verlangt – wie das schweizerische – die Übergabe auf Grund eines wirksamen Titels (*causa*)<sup>201</sup>. Allerdings ist dort der dingliche Vertrag unbestritten. Diese verwirrende Vielfalt ist aus dem duplex dominium des römischen Rechts entstanden. Auf der einen Seite die abstrakte, vom Rechtsgrund losgelöste Manzipation oder die *in iure cessio* (gerichtliche Abtretung), auf der anderen Seite die *traditio ex iusta causa*. Das römische Recht kannte also einerseits eine Übereignung als abstraktes Verfügungsgeschäft, andererseits eine Übereignung als blosser Übergabe auf Grund eines gültigen Titels. Aus diesen Elementen wurden alle vier Möglichkeiten entwickelt: der abstrakte, dingliche Vertrag (deutsches Recht), der kausale, dingliche Vertrag (Österreich), die Entbehrlichkeit des dinglichen Vertrages und der Übergabe (Frankreich, Italien), die Entbehrlichkeit zwar nicht der Übergabe, aber des dinglichen Vertrags (so die Mindermeinung in der Schweiz).

Historisch betrachtet hat im gemeinen Recht die *traditio ex iusta causa* vorherrscht. Für die Notwendigkeit einer Übergabe (Tradition) spricht das Publizitätsprinzip (§ 1006 Abs. 1 Satz 1 BGB, Art. 930 ZGB). Im Naturrecht wurde das Konsensprinzip entwickelt, welchem das französische und das italienische Recht gefolgt sind. Das Konsensprinzip beruht auf einer ebenso begrifflichen wie unpraktischen These: Da das Eigentum etwas nur Gedachtes sei, müsse es auch durch blossen Konsens übertragbar sein. Der Streit zwischen Traditions- und Konsensprinzip<sup>202</sup> beherrschte die Diskussion des 18. Jhdts. Im 19. Jhd. hat SAVIGNY die beiden Theorien in einer dritten vereinigt: Danach war wegen des Publizitätsprinzips zwar eine Übergabe erforderlich, diese wurde aber zum dinglichen Vertrag ausgestaltet. Damit war die Theorie vom dinglichen Vertrag entstanden<sup>203</sup>.

In den romanistisch geprägten Ländern blieb freilich die Frage, ob die Übergabe ein blosses Faktum ist oder ein Vertrag.

Im schweizerischen Recht scheint der Wortlaut von Art. 714 ZGB nahezu legen, dass eine bloss faktische Übergabe genügt. Doch dies wäre eine interpreta-

---

parfaite par le seul consentement des parties contractantes. Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite; vgl. FERID/SONNENBERGER, Das französische Zivilrecht, Bd. 2, Schuldrecht: Die einzelnen Schuldverhältnisse, Sachenrecht, 2. Aufl. 1986, S. 2, G 131.

200 Nei contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata ... la proprietà si trasmette e si acquista per effetto del consenso delle parti ...; vgl. CIAN/TRABUCCHI, commentario breve al codice civile, 4. Aufl. 1992, Art. 1376 cc N. 1 ff.

201 ABGB § 425: Der blosser Titel gibt noch kein Eigentum. Das Eigentum und alle dinglichen Rechte überhaupt, können, ausser den in dem Gesetz bestimmten Fällen, nur durch die rechtliche Übergabe und Übernahme erworben werden; und § 380: Ohne Titel und ohne rechtliche Erwerbungsart kann kein Eigentum erlangt werden.

202 Dazu zuletzt SCHRAGE, FS K. Nörr, 2003, S. 913 ff.

203 Zur Geschichte s. FELGENTRÄGER, Friedrich Carl von Savigny's Einfluss auf die Übereignungslehre, 1927; BRANDT, a.a.O., S. 8 ff., S. 53 ff.; STADLER, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion, 1996, S. 46 ff.



tio simplex. Die blossе Übergabe genügt in keiner Rechtsordnung. Die Vorschrift stand ursprünglich im alten OR und geht auf die Kommission zurück, die vom Entwurf MUNZINGER abgerückt ist, der dem französischen Konsensprinzip gefolgt war. Man wollte klarstellen, dass anders als im französischen Recht, jedenfalls eine Übergabe erforderlich ist.

Ebenso wie in Österreich und in Deutschland hat sich auch in der Schweiz die Auffassung durchgesetzt, dass die traditio ein Vertrag ist, d.h. dass eine Einigung der Parteien notwendig ist (dinglicher Vertrag)<sup>204</sup>. Richtig ist allerdings, dass sich das Erfordernis einer dinglichen Einigung dem Art. 714 ZGB nicht entnehmen lässt. Richtig ist auch, dass die Vertragsnatur der traditio nicht der römisch-gemeinrechtlichen Tradition entspricht. Nach römischer Auffassung war die traditio ein blosses Faktum. Der Kauf selbst hatte, wenn man so will – eine dingliche Seite und die traditio musste ex causa (emptionis, donationis usw.) erfolgen. Ein faktischer Übergang der Sache durch Zufall oder Eigenmacht konnte damals wie heute keinen Eigentumsübergang herbeiführen<sup>205</sup>. Holt der Käufer die Sache ohne Wissen des Verkäufers ab, so geht ebenfalls kein Eigentum über. Ist aber erforderlich, dass der Verkäufer die Sache selbst oder durch einen Vertreter übergibt, so ist dies nicht weit entfernt von der Annahme einer Einigung über den Eigentumsübergang. Dies bedeutet indes noch nicht, dass man einen eigenen dinglichen Vertrag konstruieren muss. Die Annahme eines dinglichen Vertrages leuchtet beim Lieferungskauf eher ein. Hier erfolgt die Lieferung zu einem späteren Zeitpunkt und die Parteien kennen beim Abschluss des Kaufvertrages das individuelle Stück, das übereignet werden soll, noch nicht. Für die Annahme eines dinglichen Vertrages spricht auch der Eigentumsvorbehalt. Bei ihm ist die Übereignung bedingt, nicht der Kaufvertrag. Eine Bedingung ist aber immer ein Zusatz zu einem Rechtsgeschäft, welcher den Eintritt der Rechtsfolgen desselben von einer zukünftigen, ungewissen Tatsache abhängig macht. Das spricht für die Annahme eines dinglichen Vertrages; denn ein blosses Faktum kann nicht bedingt sein<sup>206</sup>.

Der Vertragscharakter der Übereignung von Mobilien<sup>207</sup> ist in Deutschland und Österreich unbestritten und entspricht der h.L. in der Schweiz. Dagegen sind die Auffassungen zur Rechtsgrundabhängigkeit geteilt.

In Deutschland herrscht, wiewohl auch hier nicht gesetzlich vorgeschrieben, das Abstraktionsprinzip. Seine Vorteile lassen sich nach STADLER<sup>208</sup> in vier

204 Der dingliche Vertrag wird von SCHÖNLE (ZK-SCHÖNLE, Art. 184 OR N. 27), BUCHER (OR AT, S. 73) und LIVER (SPR V/1, S. 318 ff.) bejaht; von HAAB/SIMONIUS (ZK-HAAB/SIMONIUS, Art. 714 ZGB N. 13 ff.) hingegen verneint.

205 BUCHER, OR AT, S. 73.

206 Zum Problem der bedingten Übereignung beim Eigentumsvorbehalt HONSELL, OR BT, 9. Aufl. 2010, § 14.

207 Für Immobilien gilt in Deutschland und Österreich dasselbe. Nach Art. 963 Abs. 1 ZGB erfolgt die Eintragung des Erwerbers ins Grundbuch auf Grund einer schriftlichen Erklärung des Eigentümers, also durch einseitiges Rechtsgeschäft.

208 STADLER, S. 728 ff.

Punkten zusammenfassen: «Verkehrsschutz und Gestaltungsfreiheit sowie rechtliche Flexibilität und begrifflich-systematische Klarheit».

In der Schweiz ist die Übereignung nach allgemeiner Auffassung kausal, d.h. in ihrem Bestand vom Vorliegen eines gültigen Grundgeschäftes abhängig. Bei Fehlen einer causa (z.B. wegen Dissens, Formungültigkeit, Sittenwidrigkeit usw.) oder bei rückwirkendem Wegfall derselben (z.B. durch Irrtumsanfechtung) geht kein Eigentum über. Das ergibt sich für Grundstücke aus Art. 974 Abs. 2 ZGB. Für Mobilien gibt Art. 714 ZGB auf diese Frage keine Antwort. Die h.L. bejaht indessen das Prinzip der kausalen Tradition seit BGE 55 II, S. 302 einhellig<sup>209</sup>. Fehlen des Verpflichtungsgeschäfts führt dazu, dass kein Eigentum übergeht und ein nachträglicher Wegfall mit ex-tunc-Wirkung bewirkt, dass es automatisch wieder wegfällt. Der Verkäufer kann die Kaufsache nach Art. 641 Abs. 2 ZGB vindizieren, weil sie sein Eigentum geblieben ist. Auffällig ist, dass das BGer die unterschiedlichen Rechtsfolgen der beiden Prinzipien weder erwähnt noch gar analysiert hat. Die Begründung ist ausführlich, aber oberflächlich:

1. Das Kausalprinzip bei der Eigentumsübertragung von Grundstücken sei positiv in Art. 974 Abs. 2 ZGB geregelt. Daher dränge sich eine erneute Prüfung der Frage für den Eigentumsübergang an Fahrnis auf. Nichts zwingt dazu, der Abstraktheit auf das schweizerische Mobiliarsachenrecht einen Einfluss zuzugestehen, zumal sich auch das Immobiliarsachenrecht der Abstraktheit entzogen habe.
2. Die Grundlage der früheren Rsp. sei ein Dogma des Gemeinen Rechts gewesen, das sich nicht auf eindeutige Quellen zu stützen vermochte, das aber den Bedürfnissen des Rechtsverkehrs Rechnung getragen habe (Schutz des gutgläubigen Dritterwerbers).
3. Für die Abstraktheit sprächen in erster Linie doktrinaire Gründe und nicht etwa die Einsicht in dessen Zweckmässigkeit im Rechtsverkehr.
4. An dem ursprünglichen Satz, dass der dingliche Vertrag notwendig, dem Begriffe nach abstrakt sei, habe schon früher nicht festgehalten werden können.
5. In Theorie und Praxis werde die Kausalität dadurch zu erzielen versucht, dass den Parteien eine Bedingung untergeschoben werde, auch wenn sie sich darüber ausgesprochen haben. Diese Bedingung werde geradezu als verkehrsüblich bezeichnet.
6. Die Abstraktion werde als eine künstliche Konstruktion bezeichnet.
7. Auch das österreichische Recht komme ohne jene Konstruktion (der Abstraktheit) aus.
8. Kausalität sei auch beim dinglichen Vertrag möglich, weil sie bei der einseitigen dinglichen Verfügung im Immobiliarsachenrecht auch möglich sei.
9. Abstraktheit wird auch nicht durch dringende Bedürfnisse des Rechtsverkehrs gefordert.

Diese Argumentation ist weitgehend substanzlos. Lediglich der Hinweis auf das Kausalprinzip in Österreich (§ 425 ABGB) und im schweizerischen Immo-

209 S. ferner BGE 96 II, S. 150, E. 3; 109 II, S. 30; aus der Lit. statt aller KNELLWOLF, ZSR 1990 I, S. 389, S. 395 m.w.Nw.; INAUEN, Causa im schweizerischen Vermögensrecht, Diss. ZH 2004, S. 119 f.

biliarsachenrecht (Art. 974 Abs. 2 ZGB) sowie die Charakterisierung des Abstraktionsprinzips als gekünstelte Konstruktion haben einen gewissen Argumentationswert. Die wesentlichen Punkte bleiben indes unerörtert.

Für das Abstraktionsprinzip spricht zunächst das systematische Argument der klaren Trennung von Sachenrecht und Obligationenrecht, welches dem Gedanken des Verkehrsschutzes und der Rechtsklarheit besser gerecht wird. Hier das absolute Eigentum, das erga omnes gilt. Dort das relative Forderungsrecht, das nur inter partes besteht. Mit dem Kausalprinzip transportiert man die Unwägbarkeiten und Streitigkeiten des einzelnen Schuldverhältnisses ins Sachenrecht. Das spielt insb. bei Veräusserungsketten und im Konkurs eine Rolle (dazu sogleich).

Wegen des Kausalprinzips kann der Verkäufer die Kaufsache vindizieren. Neben die Vindikation treten die in Art. 938 ff. ZGB geregelten Nebenansprüche der Vindikation<sup>210</sup>. Diese Vorschriften wendet die h.L. auch auf die Rückabwicklung von Verträgen an<sup>211</sup>. In Wahrheit sind jedoch die Art. 938 ff. ZGB nicht auf die Fälle der Vindikation wegen Nichtigkeit des Kausalgeschäftes zugeschnitten, sondern auf den Fall von Art. 934 ZGB: Der Eigentümer kann die abhanden gekommene Sache vindizieren, wenn er sie findet. Der gutgläubige Erwerber wird nicht geschützt. Zum Ausgleich für dieses Sonderopfer wird er nach Art. 938 ZGB in Bezug auf Nutzungen, Schäden und Verwendungsersatz privilegiert. Dies galt schon im römischen Recht. So musste der gutgläubige Eigenbesitzer, quasi zur Entschädigung der trotz seiner Gutgläubigkeit bestehenden Herausgabepflicht, verbrauchte Früchte nicht ersetzen, sondern nur das noch Vorhandene herausgeben<sup>212</sup> und er haftete nicht für Schäden<sup>213</sup> und schuldhaft nicht gezogene Früchte, weil er gleichsam seine eigene Sache vernachlässigt hatte (*quia quasi suam rem neglexit nulla querela subiecta est*<sup>214</sup>). Das ist noch heute so, z.B. im schweizerischen (Art. 938 ZGB), deutschen (§§ 987, 989 BGB) oder österreichischen Recht (§ 329 ABGB<sup>215</sup>). Die Privilegierung bei Beschädigung der vermeintlich eigenen Sache hat seit jeher eingeleuchtet. Es macht den Eigenbesitzer nicht haftbar, wenn er mit der Sache sorglos umgeht. Diese Privilegien passen indes nicht für die Rückabwicklung unwirksamer oder anfechtbarer Verträge.

210 Vgl. zum Folgenden ausführlich HONSELL, FS Schulin, 2002, S. 25 ff.; ferner DISCHLER, Rechtsnatur und Voraussetzungen der Tradition, Diss. BS 1992, S. 287 ff.

211 BGE 84 II, S. 373; 57 II, S. 390; BK-STARK, Vorbem. Art. 938 ZGB N. 16.

212 I. 4, 17, 2... *si vero bonae fidei possessor fuerit, non habetur ratio consumptorum neque non perceptorum* ... – wenn er aber ein gutgläubiger Besitzer war, werden verbrauchte und nicht gezogene Früchte nicht berücksichtigt ...; KASER, Römisches Privatrecht I, S. 427 mit Fn. 21.

213 Gai. D. 6, 1, 36, 1; Paul. D. 6, 1, 21; KASER, Römisches Privatrecht I, S. 436.

214 Ulp. D. 5, 3, 31, 3.

215 Die Norm sagt ebenso anschaulich wie weitgehend: «Ein redlicher Besitzer kann schon allein aus dem Grund des redlichen Besitzes die Sache, die er besitzt, ohne Verantwortung nach Belieben brauchen, verbrauchen, auch wohl vertilgen.»

Die Regeln des Eigentumsrechts (ebenso wie die des Deliktsrechts) sind also für die Rückabwicklung von Verträgen ungeeignet.

Die h.L. in der Schweiz bejaht nicht nur die Vindikation, sondern sieht das Verhältnis von Vindikation und Kondiktion als das der Subsidiarität<sup>216</sup>. Die Vindikation verdrängt die Kondiktion. So gelangt man zu dem Satz, dass die Rückabwicklung eines unwirksamen Kaufvertrags, was die Kaufsache anlangt, ausschliesslich über die Vindikation erfolgt. Das ist neben dem bereits genannten Grund auch deshalb misslich, weil der Kaufpreis im Gegensatz zur Kaufsache wie wir gesehen haben, immer kondiziert werden muss. Dies bedeutet, dass Leistung und Gegenleistung ein und desselben Vertrages nach verschiedenen Regimen rückabgewickelt werden, einmal nach Vindikationsrecht, das andere mal nach Bereicherungsrecht.

Systematisch ist es keine vernünftige Ordnung, wenn die Sachleistung vindiziert, die Geldleistung hingegen kondiziert werden muss. Zu fordern ist vielmehr ein einheitliches Rückabwicklungsregime für ein fehlgeschlagenes Vertragsverhältnis und dieses Regime ist *faute de mieux* immer noch das Bereicherungsrecht.

Vorzugswürdig ist eine Lösung der Rückabwicklung beider Leistungen im Rahmen des Bereicherungsrechts, die bei Unmöglichkeit der Rückgabe der Sache einen Anspruch auf Wertersatz annimmt<sup>217</sup>. Eine restriktive Auslegung des Art. 64 OR in diesem Sinne ist möglich und geboten.

Bei kausaler Tradition kann indes nach noch h.L. A von B vindizieren, solange die Sache noch bei B ist. Hat B weiterveräussert, so ist die Verfügung eines Nichtberechtigten grundsätzlich unwirksam. Ein einziger *causa*-Mangel in einer Veräusserungskette bewirkt, dass kein späterer Erwerber Eigentümer wird, sieht man von der Ersitzung nach Art. 728 ZGB einmal ab. Das war im römischen Recht anders, wo es keinen gutgläubigen Erwerb, aber eine einjährige Ersitzung gab<sup>218</sup>, die auch der Heilung von *causa*-Mängeln beim Vormann diente. Die heute aus dem Kausalprinzip resultierende Beschränkung der Verkehrsfähigkeit von Sachen ist umso merkwürdiger, als die Nachmänner den *causa*-Mangel früherer Veräusserungsgeschäfte i.d.R. nicht kennen und er sie auch nichts angeht. Die h.L. vermeidet dieses stossende Ergebnis durch analoge Anwendung von Art. 933 ZGB. Den durch das Abstraktionsprinzip gewährleisteten Verkehrsschutz soll hier der gutgläubige Erwerb übernehmen. C wird danach Eigentümer, wenn er im Hinblick auf den *causa*-Mangel im Verhältnis

216 Krit. dazu oben und HONSELL, FS Schulin, 2002, S. 25 ff.

217 Näher dazu oben und HONSELL, a.a.O.

218 Vgl. HONSELL (Fn. 45), § 20; Gai. 2,44: *quod ideo receptum videtur, ne rerum dominia diutius in incerto essent, cum sufficeret domino ad inquirendam rem suam anni aut biennii spatium, quod tempus ad usucapionem possessori tributum est.* – Was deshalb eingeführt worden ist, damit das Eigentum an den Sachen nicht zu lange im Unsicheren sei, zumal ein Zeitraum von einem bzw. zwei Jahren – die Zeit, die dem Besitzer zur Ersitzung zugeteilt ist – dem Eigentümer zur Nachforschung nach seiner Sache genügen muss.

A-B gutgläubig war. Seinem Wortlaut nach gilt Art. 933 ZGB freilich nur für die klassischen Fälle der Veräusserung «anvertrauter» Sachen, wenn z.B. der Mieter Entleiher oder Verwahrer einer Sache, diese zu Unrecht veräussert.

Bejaht man die Analogiefähigkeit von Art. 933 ZGB, so besteht ein Unterschied nur in der Frage der Kenntnis vom *causa*-Mangel. Nach dem Abstraktionsprinzip schadet sie nichts; nach dem Kausalprinzip schaden Kenntnis und fahrlässige Unkenntnis. Dies wird von einigen für die bessere Lösung gehalten. Bleibt man indessen bei dem Satz, dass den Dritterwerber (C) das Rechtsverhältnis *inter partes* der Vormänner (A und B) grundsätzlich nichts angeht, so sollte es auch nicht auf dessen Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis ankommen<sup>219</sup>. Auch wirft die Haftung für fahrlässige Unkenntnis die Frage auf, ob sich der Erwerber etwa nach den früheren Vertragsverhältnissen erkundigen müsste. M.E. ist das zu verneinen<sup>220</sup>.

Unterschiedliche Rechtsfolgen ergeben sich schliesslich im Konkurs, in den das dem Gemeinschuldner gehörende Vermögen und Eigentum fällt (Art. 197 SchKG, § 1 dKO, § 35 dInsO). Nach dem Kausalprinzip bleibt die Sache bei Nichtigkeit der *causa* im Eigentum des Verkäufers oder fällt bei Annfechtung *ex tunc* zurück. Fällt er in Konkurs gehört die Sache in seine Konkursmasse<sup>221</sup>, ungeachtet der Tatsache, dass sie sich bis zur erfolgreichen Geltendmachung des *causa*- Mangels beim Käufer befindet. Im Konkurs des Käufers kann der Verkäufer aussondern (Art. 242 SchKG, § 43 dKO, § 47 dInsO). Beim Abstraktionsprinzip hingegen gehört die Sache entsprechend den tatsächlichen Verhältnissen zur Konkursmasse des Käufers. Der Verkäufer hat das Eigentum verloren und deshalb kein Aussonderungsrecht. Der Bereicherungsanspruch auf Rückübereignung gibt kein Aussonderungsrecht<sup>222</sup>. Im Konkurs des Verkäufers kann die Konkursverwaltung nicht Herausgabe, sondern lediglich Rückübereignung verlangen, wobei dann im Gegenzug der Kaufpreis zu erstatten ist. Die Ergebnisse, zu denen man mit dem Abstraktionsprinzip gelangt, erscheinen sachgerecht und vorzugswürdig. Das Konkursrecht stellt auf die sachenrechtliche Zuordnung, auf das absolute *erga omnes* geltende Eigentum ab. Dessen klare Zuordnung soll nicht durch das relative, nur *inter partes* geltende Obligationenrecht tangiert werden. Auch der Gesichtspunkt der Klarheit der Verhältnisse und der *par condicio creditorum* (Gleichbehandlung der Gläubiger) sprechen für diese Lösung. In dem *leading case* von BGE 55 II, S. 302 meinte das Gericht allerdings, es sei nicht einzusehen, dass bei Abstraktheit der Erwerber, sein bösgläubiger Rechtsnachfolger und bei Konkurs des Erwerbers alle Konkursgläubiger vor dem Ver-

219 Ähnlich GRIGOLEIT, AcP 199 (1999), S. 384, der auch keine rechtsethischen Bedenken sieht. Anders liegt es, wenn der Erwerber mit dem Vormann kollusiv zusammenwirkt, um die Kondiktion des Veräusserers gegen den Vormann zu vereiteln.

220 Weitere Einzelheiten der komplexen Problematik bei HONSELL, FS Wiegand, a.a.O.

221 BGE 55 II, S. 302.

222 Dasselbe gilt in der Einzelzwangsvollstreckung, wo der Eigentümer eine Drittwiderspruchsklage hat.



äusserer geschützt würden. Sieht man vom Erwerber ab, der nicht geschützt wird, sondern der Kondiktion ausgesetzt ist, so lässt sich der Schutz des Rechtsnachfolgers und der Konkursgläubiger hinreichend mit Verkehrsinteressen begründen, weil diese Personen der *causa*-Mangel nichts angeht. Sie können dies i.d.R. nicht überprüfen und sollen nicht mit daraus resultierenden Unsicherheiten belastet werden. Paradoxerweise lag der Fall des BGer aber genau andersherum: Infolge des Kausalprinzips fiel das verkaufte Schreinerei-Inventar trotz erfolgter Übereignung in die Konkursmasse des Verkäufers, nachdem der Käufer (!) den Vertrag wegen arglistiger Täuschung angefochten hatte.

Während die Kausalität der Tradition in der Schweiz unbestritten ist, wird die Zession von der h.L. als abstraktes Rechtsgeschäft qualifiziert<sup>223</sup>. So ist etwa bei ungültigem Forderungskauf oder bei Widerruf einer fiduziarischen Zession eine Rückzession erforderlich<sup>224</sup>.

## 12. *Rechtsmissbrauch versus Formstrenge*

Ein letztes Beispiel für die Beharrungskräfte des römischen Rechts ist die Bekämpfung der Formstrenge mit dem Rechtsmissbrauchsverbot.

In Rom heilte die Ersitzung in kurzer Frist den Formmangel bei blosser *traditio* von *res Mancipi*, die ja eigentlich der *Mancipatio*, einer förmlichen Übereignung, bedurften. Hatte der Erwerber vom Eigentümer gekauft, aber ohne Einhaltung der Form, so wurde er erst durch Ersitzung Eigentümer, deren Frist bei Mobilien allerdings nur ein Jahr betrug. Bis dahin schützte ihn aber der Prätor mit der *exceptio rei venditae ac traditae*, einer Ausprägung der *exceptio doli*, auch gegen den formalen Noch-Eigentümer. Auf diese Weise setzte sich der konsensuale Kauf gegen die *Mancipatio* durch; denn jetzt war die *Mancipatio* überflüssig geworden. Man war auch ohne sie geschützt und konnte schliesslich auch ohne sie Eigentümer werden. Nach einem Bericht des CICERO<sup>225</sup> hat einer seiner Freunde, der spätrepublikanische Jurist AQUILIUS GALLUS, die Formeln gegen Arglist (*dolus malus*) entwickelt. Arglistiges Verhalten konnte auch einredeweise geltend gemacht werden. Die Einrede der Arglist war die wichtigste aller Einreden. Sie hatte zwei verschiedene Anwendungsfälle: Entweder der Beklagte machte geltend, dass der Kläger bei der Entstehung des die Klage begründenden Rechtsverhältnisses arglistig gehandelt habe, dass er z.B. den Be-

223 BGE 71 II, S. 167, S. 169 f.; VON TUHR/ESCHER, S. 333; BUCHER, OR AT, S. 554 ff.; SCHWENZER, N. 90.08; eingehend zuletzt LARDELLI, S. 10 ff.; für Kausalität hingegen GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N. 3514 ff. m.w.Nw.; differenzierend EHRAT, Der Rücktritt vom Vertrag nach Art. 107 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 109 OR, Diss. ZH 1990, N. 442 ff.; für eine «begrenzte Kausalität» VON DER CRONE, SJZ 1997, S. 249 ff.

224 Der Unterschied zwischen dem Kausalitätsprinzip bei der Tradition und dem Abstraktionsprinzip bei der Zession hat Konsequenzen einerseits bei Veräusserungsketten und bei Kettenzessionen, andererseits im Konkurs des Veräusserers bzw. Zedenten, auf die hier nicht eingegangen werden kann; näher HONSELL, FS Wiegand, 2005, S. 349 ff.

225 *de officiis* 3, 14, 60.

klagten durch betrügerische Vorspiegelungen zur Eingehung der Verbindlichkeit veranlasst habe (sog. *exceptio doli praeteriti* oder *specialis*). Oder aber, er berief sich darauf, dass die gerichtliche Geltendmachung des Anspruchs als solche eine arglistige oder treuwidrige Handlung des Klägers darstellte (sog. *exceptio doli praesentis* oder *generalis*). In dieser Variante diene die Einrede der Arglist ganz allgemein dazu, die Kraft des formalen Rechts zu brechen, wenn seine Durchsetzung als Verstoss gegen Treu und Glauben empfunden wurde. Dies war der Sieg der *aequitas* über das strenge Recht im prätorischen Recht, dass sogar die Kraft hatte, das strenge Recht zu korrigieren. Der Prätor konnte nämlich nicht nur *iuris civilis supplendi*, sondern auch *corrigendi gratia* tätig werden<sup>226</sup>.

Dieselbe Figur finden wir als *exceptio non numeratae pecuniae*, wenn aus einer abstrakten Stipulation geklagt wird, obwohl das Darlehen gar nicht ausbezahlt worden war, eine Konstruktion, die noch heute existiert als Bereicherungseinrede beim nichtvalutierten Wechsel. Gemeinsam ist den Fällen die treuwidrige Geltendmachung formalen Position, der materiell kein Anspruch zugrundeliegt und im widersprüchlichen Verhalten (*venire contra factum proprium*)<sup>227</sup>.

Obwohl formalistische Standpunkte weithin als überwunden gelten können, gilt die Einrede des Rechtsmissbrauchs, bzw. der unzulässigen Rechtsausübung noch heute (vgl. insb. Art. 2 Abs. 2 ZGB<sup>228</sup>. Nach ständiger Rsp. ist die Berufung auf den Formmangel trotz der in Art. 216 und 11 OR klar angeordneten Nichtigkeit rechtsmissbräuchlich und die Rückforderung verstösst gegen Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 2 ZGB). Das gilt nach der Rsp. des BGer<sup>229</sup> vor allem bei beiderseitiger Erfüllung. Zwar ist der Vertrag nichtig, aber der Rückforderung der Leistung steht das Verbot des Rechtsmissbrauchs entgegen. Im Ergebnis kann man daher von einer De-facto-Gültigkeit des beiderseits erfüllten nichtigen Vertrages sprechen.

Ein bekanntes Beispiel ist der Schwarzkauf, bei dem die Parteien zum Zwecke der Steuer- und Gebührenersparnis einen tieferen Kaufpreis verbriefen, als sie in Wahrheit vereinbart haben. Der Differenzbetrag wird «schwarz» bezahlt. Nach Rsp. und Doktrin ist das beurkundete Geschäft, weil nicht gewollt, wegen Simulation nichtig (Art. 18 OR), das vereinbarte (dissimulierte) Geschäft wegen Formmangels nach Art. 216 Abs. 1 OR<sup>230</sup>. Diese sog. Theorie vom Doppelmangel wird aber durch die Heranziehung von Art. 2 ZGB wieder aufgehoben.

226 Pap. D. 1,1,7,1: *ius praetorium est quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam* – prätorisches Recht ist das Recht, das die Prätores eingefügt haben zur Unterstützung, Ergänzung und Korrektur des Zivilrechts zum öffentlichen Nutzen.

227 Dazu RIEZLER, *Venire contra factum proprium*, 1981; DETTE, *Venire contra factum proprium nulli conceditur*, 1985; zuletzt umfassend SINGER, *Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens*, 1993, S. 49 ff. und MADER, *Rechtsmissbrauch und unzulässige Rechtsausübung*, 1994, S. 104 ff.

228 Eingehend dazu HONSELL, FS Mayer-Maly, 1996, S. 369 ff.

229 Z.B. BGE 112 II, S. 330, S. 333; 92 II, S. 323.

230 Vgl. BGE 78 II, S. 22; 86 II, S. 398; 88 II, S. 158; 90 II, S. 154; 104 II, S. 98.

Man kann also sagen, dass das BGer der materiellen Gerechtigkeit noch heute mit denselben Hilfsmitteln zum Durchbruch verhilft, wie der Prätor schon vor 2000 Jahren.

Die Lehre hingegen lehnt die Heranziehung von Art. 2 ZGB überwiegend ab<sup>231</sup>. In der Tat liegt der Gedanke der Heilung (Konvaleszenz) durch Erfüllung (so § 311 b Satz 2 BGB) näher als die etwas atavistisch anmutende Konstruktion der Einschränkung der Nichtigkeit durch den Rechtsmissbrauch. Denkbar ist auch eine unterschiedliche Behandlung von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft in Bezug auf die Nichtigkeit, also Ungültigkeit im Sinne einer Naturalobligation: Der Erfüllungsanspruch scheitert an der Ungültigkeit, hingegen ist die Rückforderung des freiwillig Geleisteten ausgeschlossen. Noch weiter geht das italienische Recht, das eine Heilung nicht nur bei formpflichtigen Verträgen vorsieht, sondern darüber hinaus in Art. 1441 ff. Codice civile einen relativen Nichtigkeitsbegriff statuiert und die Nichtigkeitsklage bei freiwilliger Erfüllung verwehrt (Art. 1444 Abs. 2). Dem Gedanken der Naturalobligation folgt hingegen § 1432 ABGB, wonach die Kondiktion bei Formnichtigkeit ausgeschlossen ist.

Methodisch sachgerecht erfolgt die Einschränkung der Nichtigkeit nicht über den Rechtsmissbrauch nach Art. 2 Abs. ZGB, sondern über eine teleologische Reduktion der in Art. 216 u. 11 OR zu pauschal angeordneten Nichtigkeit. Dies gilt überall dort, wo der Zweck der Formvorschrift (Übereilungsschutz, Beweis- und Abschlussklarheit) eine Rückabwicklung nicht fordert, wie insb. bei beiderseitiger Erfüllung<sup>232</sup>.

Die schweizerische Doktrin negierte lange Zeit die Möglichkeit einer teleologischen Reduktion bei sog. «rechtspolitischen» oder «unechten» Lücken mit der Begründung, dass diese in Art. 1 ZGB nicht vorgesehen sei. Eine Korrektur könne nur in Ausnahmefällen über Art. 2 Abs. 2 ZGB erfolgen<sup>233</sup>. Für ein zu weit greifendes Gesetz, das Fälle erfasst, die es nach seinem Zweck (telos) nicht regeln will, ist schon der Ausdruck Lücke verfehlt, denn das Gesetz enthält gerade keine Lücke<sup>234</sup>. Anerkannt ist aber die Notwendigkeit und Legitimität der teleologischen Auslegung und Rechtsfortbildung auch hier. Die ältere Lehre will irrig zwar die Analogie zulassen, nicht aber die teleologische Restriktion. Das ist nicht möglich, denn restriktive und extensive Auslegung bzw. teleologische Restriktion und Analogie sind spiegelbildliche Vorgänge. Dies hat inzwi-

231 Vgl. z.B. BK-MEIER-HAYOZ, Art. 657 ZGB N. 130 ff.; BUCHER, S. 125; BK-KRAMER, Art. 18 OR N. 195; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 562; wohl auch PIERRE ENGEL, *Traité des obligations en droit suisse: dispositions générales du CO*, 2. Aufl. 1997, S. 264 f.; der bundesgerichtlichen Rsp. zustimmend: BK-GIGER, Art. 216 OR N. 418 ff.; SCHWENZER, N. 31.36 ff.

232 Zwar sind gesetzliche Formvorschriften gegenüber ihrem Zweck insofern verselbständigt, als sie auch gelten, wenn die Parteien im Einzelfall keines Schutzes bedürfen (vgl. z.B. für das deutsche Recht BGHZ 16, 334; 53, 189, 194), doch schliesst dies die teleologische Restriktion einer generell zu weit gefassten Norm nicht aus.

233 Ebenso neuerdings wieder RIEMER, *recht* 1999, S. 176 und JAUN, ZBJV 137, S. 21.

234 S. KRAMER, ZSR 1993, Beiheft 15, S. 72; HONSELL, FS Mayer-Maly, 1996, S. 369, S. 374 ff.

schen auch das BGer anerkannt in einer Praxisänderung mit Meilensteincharakter<sup>235</sup>. Ob der Gesetzgeber einen Fall nicht geregelt hat, weil er ihn nicht gesehen hat, oder ob er einen Fall in abstrakter Formulierung versehentlich mitgeregelt hat, weil er seinen Ausnahmecharakter nicht gesehen hat, macht keinen Unterschied. Stets geht es nur darum, dass der Wortlaut mit der *ratio legis* nicht in Einklang steht, das eine Mal ist er zu weit, das andere Mal zu eng. Hiergegen kann nicht eingewandt werden, dass es sich bei der teleologischen Reduktion um eine Rechtsfortbildung *contra legem* handle, denn sie richtet sich nur vordergründig gegen das Gesetz, nämlich gegen den Wortlaut (*contra verba legis*), steht aber im Einklang mit dem Sinn des Gesetzes (*secundum rationem legis*). Der *horror iudicandi contra legem* ist also unangebracht. Es geht nicht um positivistische Gesetzestreue, sondern um die Frage, ob man sich am Sinn oder am Wortlaut orientiert. Auch aus der Formulierung von Art. 1 Abs. 1 ZGB kann man nicht herleiten, dass das Gesetz nur die Analogie zulasse, nicht hingegen die Restriktion. Zwar heisst es in der deutschen Fassung, «kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden ...», diese Formulierung beschränkt sich aber nur vordergründig auf das Fehlen einer Norm. Dass damit auch falsche Verallgemeinerungen erfasst werden können, zeigt insb. der italienische Text: «*Nei casi non previsti dalla legge ...*»<sup>236</sup>.

Das BGer hat auch in dem vergleichbaren Fall des unwirksamen Verzichts auf die Einrede der Verjährung Jahrzehnte lang mit der Replik der unzulässigen Rechtsausübung geholfen, wenn die Einrede trotz des Verzichts erhoben wurde.<sup>237</sup> Schliesslich gelangte die Rsp.<sup>238</sup> jedoch zur richtigen Lösung auf dem richtigen Weg über eine teleologische Restriktion, indem es den *zum Voraus* erklärten Verzicht i.S.v. Art. 141 nicht auf den Eintritt der Verjährung bezieht, sondern auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses.

Ich habe relativ viele Beispiele von Problemen gebracht, die ohne Rückgiff auf das Römische Recht nicht verstanden und gelöst werden können. Sie könnten leicht vermehrt werden und machen den römisch-rechtliche Charakter des OR deutlich sowie Nutzen und Notwendigkeit historischer Argumente.

## H. Richterliche Rechtsfortbildung

Während die Novellen des Gesetzgebers idealiter bestimmten rechts- und sozialpolitischen Programmen planvoll und systematisch folgen, geschehen die Änderungen des OR durch die Judikatur (unter Mitwirkung der Lehre) fragmentarisch und, wenn man so will, planlos.

235 BGE 121 III, S. 219, E. 1d/aa; BGE 123 III, S. 292, E. 2e/aa.

236 Ausführlich dazu HONSELL, FS Mayer-Maly, 1996, S. 369, S. 374 ff. m.w.Nw.

237 BGE 69 II, S. 102, S. 103; 89 II, S. 256, S. 262; 95 I, S. 512, S. 521.

238 BGE 132 III, S. 226, E. 3.3.7 (Praxisänderung).

Das Gesetz bewährt sich in der Anwendung. Es wäre nur ein toter Buchstabe, würde es nicht täglich von Rsp. und Lehre mit Leben erfüllt. Daher wäre ein Referat über 100 Jahre Obligationenrecht unvollständig, wenn es nur das law in the books und nicht das law in action einbeziehen würde. Dies kann hier freilich nur sehr exemplarisch geschehen. Der Schwerpunkt liegt bei der Haftungsausweitung in der Rsp. des Bundesgerichts.

## I. Die Erweiterung der Tatbestände im Haftpflichtrecht

Das Haftpflichtrecht ist eine sensible Materie. Auch der Laie hat hier oft genaue Vorstellungen von *seinem* Recht, und der Gesetzgeber ist gelegentlich in Versuchung einer gewissen Anspruchsmentalität Vorschub zu leisten, anstatt ihr einen Riegel zu schieben. Im Folgenden soll gezeigt werden, dass sich die Judikatur zum Haftpflichtrecht von den gesetzlichen Bestimmungen des OR relativ weit entfernt hat. Dabei hat eine erhebliche Haftungsausweitung stattgefunden, die oft als Verbesserung ausgegeben wird, weil sie den Geschädigten begünstigt. Nicht gesehen oder nicht thematisiert wird der Verlust an Privatautonomie und die Beschränkung der Handlungsfreiheit der Rechtsteilnehmer, die jeder neue Tatbestand mit sich bringt. Im Privatrecht gib es ja nichts zu verschenken und jede Besserstellung der einen Seite ist eine Verschlechterung für die andere. Soweit Haftpflichtversicherungen bestehen, bedeutet dies Prämienerrhöhung.

Es geht sowohl um die Vermehrung von Haftungstatbeständen, als auch um Ausweitung des Haftungsumfangs. Der Grundgedanke unseres Haftpflichtrechts lautet, dass jeder seinen Schaden selbst tragen muss, sofern nicht ein klarer Zurechnungsgrund für die Überwälzung auf einen Dritten gegeben ist. Es ist der alte Grundsatz: *casum sentit dominus*. Lässt man Kausal- und Gefährdungshaftung einmal beiseite, so setzt die Haftung Verschulden voraus.

### 1. Verschuldenshaftung

Die beiden Hauptvehikel der Ausweitung der Verschuldenshaftung sind überzogene Verkehrssicherungspflichten bzw. die Ausdehnung des Gefahrensatzes, sowie Regeln über Beweislastumkehr oder Vermutungen, welche der in Anspruch genommene Haftpflichtige nicht widerlegen kann.

Zu strenge Verkehrssicherungspflichten laufen praktisch auf eine Art Gefährdungshaftung hinaus. Davor hat JOSEF ESSER<sup>239</sup> schon im Jahre 1941 gewarnt; ohne Erfolg. Im Jahre 1983 schrieb ERWIN DEUTSCH<sup>240</sup> nicht im Sinne einer Kritik, sondern zustimmend: «Über die Steigerung der Pflichten ins Unerfüllbare wird de facto eine Erfolgshaftung erreicht». Es ist unter dem Aspekt der Rechtskultur ein merkwürdiges Phänomen, dass man den Bürger mit

239 Grundlagen und Entwicklungen der Gefährdungshaftung, 1941; DERS., JZ 1953, S. 132 f.

240 Jura 1983, S. 617, S. 619.



Pflichten konfrontiert, die er gar nicht erfüllen kann. Vor solchen juristischen Konstruktionen hat insb. EMIL STARK<sup>241</sup> gewarnt: «Im Rahmen des Gefahrensatzes, aber darüber hinaus auch im ganzen Bereich der Verschuldenshaftung, liegt im Einzelfall die Versuchung nahe, aus der Tatsache des Schadenseintrittes auf ein Verschulden – z.B. auf das Ungenügen der Schutzmassnahmen – zu schliessen. Dies hätte zur Folge, dass das Verschulden nur noch in der Theorie, aber nicht in der praktischen Wirklichkeit die Rolle einer Haftungsvoraussetzung spielen würde, und dass wir in Wirklichkeit eine generelle Kausalhaftung hätten; das wäre aber falsch». Dem ist nichts hinzuzufügen. Gegen eine «Ausweitung der Kausalhaftung auf dem Schleichweg über extensive Pflichten» hat sich auch WIDMER<sup>242</sup> gewandt.

Die andere Schiene zur Ausdehnung der Haftpflicht ist die Beweislastumkehr. Die Beweislastumkehr wird nicht selten zur probatio diabolica, zur Beweisfalle. Der Schädiger kann den Beweis nicht erbringen, er soll es auch gar nicht. Wenn etwa, wie im deutschen Hühnerpestfall (BGHZ 59, 91) – einer Entscheidung zur Haftung des Herstellers eines Impferums gegen Hühnerpest – der Produzent beweisen muss, dass sein Betrieb so organisiert war, dass nirgendwo eine Verunreinigung des Impfstoffes möglich war, so kann er dies nicht. Daher galt seit alters der Satz: *Negativa non sunt probanda*. Ähnlich wie der BGH hat das Bundesgericht im Schachtrahmenfall (BGE 110 II, S. 456, S. 462) entschieden, einem Entscheid, mit dem jedenfalls für die Produkthaftung an die Stelle der Hilfspersonenhaftung von Art. 55 OR eine Haftung für (unwiderleglich vermutetes) Organisationsverschulden getreten ist.

## 2. *Auslegung des Art. 41 OR. Der Ersatz primärer Vermögensschäden und die Abschaffung des Vorsatzdogmas*

Ausweitungstendenzen zeitigt auch die Auslegung von Art. 41 OR. Das Haftpflichtrecht des OR enthält wie das französische und das österreichische einen Generaltatbestand. Schon MUNZINGER ist hierin dem moderneren Art. 1382 Code civil gefolgt und nicht dem Dresdner Entwurf, der das romanistisch geprägte Enumerationsprinzip und den zweigliedrigen Rechtswidrigkeitsbegriff enthielt<sup>243</sup>. Das Enumerationsprinzip geht zurück auf die archaische *lex Aquilia* aus dem Jahre 286 v.Chr., welche die damals als Sachbeschädigung qualifizierte Verletzung oder Tötung von Sklaven regelte.

Der Generaltatbestand des Art. 41 OR besagt, dass ersatzpflichtig ist, wer einem anderen durch Verschulden widerrechtlich Schaden zufügt. Hingegen bestimmt § 823 BGB, dass derjenige haftet, der einem anderen schuldhaft einen Schaden an Gesundheit, Leben, Eigentum, Freiheit oder einem sonstigen abso-

241 OFTINGER/STARK, II/1, § 16 N. 34.

242 ZBJV 1970, S. 319 ff.; 1974, S. 289 ff.

243 Vgl. Art. 1007 ff. des Dresdner Entwurfes.

luten Recht zufügt. Dennoch haben Judikatur und Doktrin in Österreich, Italien und der Schweiz in der Folgezeit das deutsche, oder wie die Italiener sagen, das Aquilische System übernommen<sup>244</sup>.

Es ist daher entgegen dem Wortlaut von Art. 41 Abs. 1 OR anerkannt, dass es sich um absolute Rechtsgüter handeln muss, wie Leben, körperliche und seelische Integrität, Persönlichkeit (Art. 28 ZGB), Ehre, Name, Eigentum, Besitz, Immaterialgüterrechte. Dies ist wichtig, weil sich daraus e contrario ergibt, dass relative Rechtspositionen und insb. das Vermögen als solches keinen Deliktsschutz, sondern nur Vertragsschutz geniessen, obwohl dies nach dem Wortlaut des Art. 41 Abs. 1 OR an sich nicht ausgeschlossen wäre<sup>245</sup>. Eine Haftung besteht hier nur, wenn Schutzgesetze gegen Vermögensdelikte bestehen oder bei vorsätzlich sittenwidriger Schädigung nach Art. 41 Abs. 2 OR. Die Gesetze zum Schutz des Vermögens im Strafrecht setzen Vorsatz voraus, z.B. Betrug nach Art. 146 StGB, Diebstahl nach Art. 139 StGB, Veruntreuung nach Art. 138 StGB, vorsätzlicher Sachbeschädigung nach Art. 144 StGB usw.; eine bedauerliche Ausnahme bilden Art. 165 StGB für sog. Misswirtschaft und die Rsp. zur Untreue nach Art. 156 StGB, die nicht selten auf eine Haftung für Fahrlässigkeit hinausläuft<sup>246</sup>.

Dass fahrlässige Vermögensschäden weder im Strafrecht noch im Haftpflichtrecht relevant sind, ist eine dogmatische Prämisse, die einen inneren Grund hat und die nicht leichthin aufgegeben werden sollte: Reine Vermögensschäden werden bei blosser Fahrlässigkeit nicht ersetzt, weil andernfalls die Haftung uferlos und unüberschaubar wäre und die Handlungsfreiheit des Individuums zu sehr eingeschränkt würde<sup>247</sup>. Man müsste sonst auch für falsche Erklärungen, Ratschläge oder Auskünfte usw. haften, was gerade ausgeschlossen sein sollte (vgl. unten 3.).

Diese Positionen sind in Deutschland seit dem Vormarsch der Fahrlässigkeitshaftung zunächst durch richterliche Rechtsfortbildung, sodann durch den Gesetzgeber der Schuldrechtsmodernisierung weitgehend geräumt<sup>248</sup>. Das «Vorsatzdogma»<sup>249</sup> wurde kontinuierlich aufgeweicht und durch eine Fahr-

244 Dazu zuletzt SCHWENZER, Rezeption deutschen Rechtsdenkens im schweizerischen Obligationenrecht, in: DIES. (Hrsg.), Schuldrecht, Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung an der Schwelle des 21. Jhdt., Symposium zum 65. Geburtstag von Peter Schlechtriem, 1999, S. 59 ff.

245 Art. 41 des nicht Gesetz gewordenen VE zum Haftpflichtrecht, hatte die Unterscheidung zwischen vertraglicher und deliktischer Haftung aufgegeben. Ersetzt werden sollten auch fahrlässig verursachte reine Vermögensschäden.

246 S. dazu HONSELL, Entwicklungstendenzen im strafrechtlichen Vermögensschutz, FS Niklaus Schmid, 2001, S. 225 ff.; DERS., Die Strafbarkeit der Untreue, FS Roth, 2011.

247 S. etwa KOZIOL, System der Verschuldenshaftung, ZEuP 1995, S. 359, S. 363; DERS., Delikt, Verletzung von Schuldverhältnissen und Zwischenbereich, JBl 1994, S. 209, S. 212; PICKER, Vertraglicher und deliktische Schadenshaftung, JZ 1987, S. 1052.

248 Näher HONSELL, Negatives oder positives Interesse bei Verletzung der Aufklärungspflicht aus culpa in contrahendo und Delikt, FS Medicus, 2009, S. 181 ff.

249 Der Ausdruck stammt von GRIGOLEIT, Vorvertragliche Informationspflichten – Vorsatzdogma, Rechtsfolgen, Schranken, 1997.

lässigkeitshaftung verdrängt. GRIGOLEIT<sup>250</sup> spricht von einer Derogation des Vorsatzdogmas. Soweit der Gesetzgeber tätig wurde, ist dies zutreffend. Eine Derogation durch einen Gerichtsgebrauch erfüllt hingegen die Voraussetzungen eines Gewohnheitsrechts nicht<sup>251</sup>. In der Schweiz lässt sich eine ähnliche Tendenz beobachten.

Primäre Vermögensschäden bzw. mittelbare Schäden Dritter werden von Ausnahmefällen abgesehen, wie dem Versorgerschaden nach Art. 45 OR, nicht ersetzt. Nach dem Wortlaut des Art. 41 Abs. 1 wäre das an sich ohne weiteres möglich. Schulbeispiel<sup>252</sup> für deren Nichtersatzfähigkeit ist die Verletzung eines Opernsängers: Der verletzte Tenor erhält Heilungskosten, Verdienstausschlag usw. Hingegen bekommen alle anderen – vom Opernhaus über die Garderobenfrau bis zum Taxifahrer – für den Verdienstausschlag keinen Ersatz. In Frankreich hingegen, wo die Cour de Cassation so einen Fall tatsächlich entschieden hat, ersetzt man auch die mittelbaren Schäden der Dritten<sup>253</sup>.

Gegen fahrlässig verursachte (primäre) Vermögensschäden gewährt also nur das Vertragsrecht Schutz, nicht das Deliktsrecht. Im Vertragsrecht ergibt sich die Begrenzung der Haftung schon daraus, dass man nur dem Vertragspartner haftet. Ausnahmen sind der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte und die Drittschadensliquidation.

Das spielt nicht nur bei fahrlässiger Erteilung eines falschen Rates oder einer unrichtigen Auskunft eine Rolle, sondern auch in anderen Fällen fahrlässiger Vermögensschädigung, wie fahrlässigem Prozessieren, Konkursantragstellung usw. Das Fehlen eines generellen deliktischen Vermögensschutzes ist entgegen einer verbreiteten Meinung kein notorischer Mangel und keine planwidrige Lücke, sondern eine sinnvolle Barriere gegen die heute freilich modische Tendenz einer ständigen Ausweitung des Haftpflichtrechts. Dagegen hatte sich schon im 19. Jhdt. die Auffassung JHERINGS durchgesetzt, der vor einer Haftung wegen fahrlässig falscher Auskunft gewarnt hatte: Er meinte, sie würde «zu einer wahren Geissel des Umgangs und Verkehrs werden, alle Unbefangenheit der Conversation wäre dahin, das harmloseste Wort würde zum Strick.»<sup>254</sup>. In der Tat würde niemand mehr einen Rat erteilen oder Auskunft geben, wenn dies generell eine Fahrlässigkeithaftung auslösen würde.

Die Rsp. hat ohne zum Unterschied zwischen Art. 41 Abs. 1 und 2 OR Stellung zu nehmen, die Berufshaftung auf grobe Fahrlässigkeit erstreckt und dazu den Grundsatz aufgestellt, dass aus Art. 41 OR schadenersatzpflichtig wird, wer aufgrund seines Fachwissens in Anspruch genommen wird, wunschgemäss Auskünfte erteilt oder Gefälligkeitsleistungen erbringt und dabei wider besse-

250 A.a.O., S. 40 ff.

251 Neben der longa consuetudo ist sind opinio necessitatis und consensus omnium erforderlich. An den beiden letzteren fehlt es hier.

252 Vgl. schon REINHARDT, Der Ersatz des Drittschadens, 1933, S. 96 f.

253 Vgl. Bull. civ. 1985 II, Nr. 730.

254 JHERINGS Jahrbücher der Dogmatik des Bürgerlichen Rechts, 1861, S. 12 f.

res Wissen handelt oder wer leichtfertig unrichtige Angaben macht oder wesentliche Tatsachen verschweigt, die ihm bekannt sind und von denen er sich sagen muss, dass ihre Kenntnis den in Frage stehenden Entschluss beeinflussen könnte.»<sup>255</sup>. Das ist eine Rückkehr zum Dresdner Entwurf der bereits eine Expertenhaftung<sup>256</sup> wegen grober Fahrlässigkeit kannte (§ 1030, ebenso § 1299 ABGB). Ins OR und BGB hatte man sie nicht übernommen.

Unklar ist die Abgrenzung zwischen Eventualvorsatz und grober Fahrlässigkeit nach den Kriterien der h.L. Mit bedingtem Vorsatz handelt, wer den schädigenden Erfolg als möglich erkennt und in Kauf nimmt. Bewusste (grobe) Fahrlässigkeit soll dagegen vorliegen, wenn der Handelnde darauf vertraut, der Schaden werde nicht eintreten<sup>257</sup>. Das ähnelt dem Unterschied zwischen einem Optimisten und einem Pessimisten (das Glas ist noch halb voll – es ist schon halb leer) und ist keine brauchbare Anknüpfung so unterschiedlicher Rechtsfolgen. Die in Wahrheit fehlende Abgrenzung ist problematisch, weil Vorsatz und Fahrlässigkeit rechtsethisch und psychologisch nicht vergleichbar sind. Sie wird gleichwohl verwendet, weil sie der Judikatur einen breiten Beurteilungsspielraum eröffnet, was insb. eine Rolle spielt, wenn Vorsatz nahe liegt, aber als internes Faktum nicht bewiesen werden kann. Die grobe Fahrlässigkeit wird so zum Auffangtatbestand für nicht bewiesenen Vorsatz. Das war schon im römischen Recht<sup>258</sup> so und erinnert ein wenig an die Verdachtsstrafen des Mittelalters.

### 3. *Haftungsausweitung im Vertragsrecht*

Im Bereich der Vermögensschäden lässt sich eine Erstreckung der Haftung auf Fahrlässigkeit nicht nur durch eine Ausweitung der Deliktshaftung bewerkstelligen, sondern auch durch Vertragsfiktionen; ferner durch eine Vertrauenshaftung oder durch Annahme quasivertraglicher Aufklärungs-, Informations- und Beratungspflichten aus culpa in contrahendo.

Dieser Schleichweg ist in Deutschland und Österreich in Wahrheit eine Gesetzesumgehung, denn § 675 Abs. 2 BGB und § 1300 ABGB sagen ausdrücklich, dass die Erteilung eines Rates, einer Auskunft oder Empfehlung für daraus resultierende Schäden nicht haftbar macht, sofern nicht ausnahmsweise ein Vertrag oder ein Delikt vorliegt. Diese Klarstellung ist eine Reminiszenz an das römische Recht, aus dem wir den unentgeltlichen und gleichwohl haftbar machenden Auftrag übernommen haben. Ein «Auftrag», der nur im Interesse des Beauftragten lag, das sog. *mandatum tua gratia*, war als blosser Rat (*consilium*)

255 BGE 111 II, S. 474, E. 3; 116 II, S. 695, S. 699, E. 4; ZBJV 1992, S. 203 f. mit Anm. MERZ; s. auch HONSELL, Haftpflichtrecht, § 4 N. 20 ff.

256 Dazu HIRTE, Die Berufshaftung, 1996.

257 Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N. 2770 ff.; Palandt/GRÜNEBERG, § 276 BGB N. 10 m.Nw.

258 Cels. D. 16,2,32.

unverbindlich. In der Schweiz ist trotz Fehlens einer solchen Norm die Rechtslage die gleiche. Auch hier gilt, dass man für Rat und Auskunft nicht haftet, sofern nicht ausnahmsweise ein Delikt oder ein Vertrag vorliegt. Eine Abweichung hierzu ist die erwähnte Berufshaftung des BGer für grobe Fahrlässigkeit.

Der einmal beschrittene Weg der Vertragsfiktion zeitigt weitere Auswüchse, welche die Grenzen zwischen Vertrag und Delikt vollends sprengen. So arbeitet die deutsche Judikatur<sup>259</sup> nicht nur mit stillschweigenden Auskunftsverträgen, sondern schreckt auch vor der doppelten Fiktion eines stillschweigenden Vertrages und eines fiktiven Parteiwillens über die Einbeziehung Dritter nicht zurück: Damit ist der stillschweigende Auskunftsvertrag mit Schutzwirkung für Dritte<sup>260</sup> kreiert. Noch einfacher erscheint es einigen, gleich einen «Auskunftsvertrag mit dem, den es angeht»<sup>261</sup> zu konstruieren. Dies soll insb. gelten, wenn die Auskunft für beliebige Dritte bestimmt sein kann, und dem Auskunft Erteilenden erkennbar ist, dass sie weitergegeben werden kann.

Die deutsche Judikatur verwendet diese Konstruktion sogar bei gegenläufigen Interessen und bejaht eine Haftung des vom Verkäufer beauftragten Gutachters, der durch Arglist desselben Verkäufers an der Besichtigung des zu begutachtenden Kaufobjekts, eines schwer zugänglichen Dachbodens, gehindert worden war und deshalb den Holzwurm im Dachstuhl nicht bemerkt hatte<sup>262</sup>. Da aber beim Gutachtervertrag als Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte, der Dritte (im Beispiel der Käufer) gemäss § 334 BGB nicht mehr Rechte haben kann als der Vertragspartner (der Verkäufer) und der Gutachter diesem gegenüber Arglist einwenden kann, fällt die ganze Konstruktion in sich zusammen, wenn man nicht mit dem BGH in den Gutachtervertrag ausser dem stillschweigend geschlossenen Vertrag zugunsten Dritter auch noch eine stillschweigende Verzicht auf die Einrede des § 334 BGB hineinfingiert. Freilich landet man so bei einem beliebigen Konstruktionalismus, der auch vor blutleeren Vertragsfiktionen nicht zurückschreckt.

Das BGer lehnte im Fall des Liegenschaftsschätzers den Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte zu Recht ab<sup>263</sup>, bejaht aber unter engen Voraussetzungen eine Vertrauenshaftung (dazu sogleich) auch zugunsten nicht am Vertrag beteiligter Dritter. Im Falle des BGer diene das (unrichtige) Gutachten im Rahmen

259 Dazu HONSELL, FS Medicus, 1999, S. 211, S. 222 ff.

260 Vgl. JOST, S. 166 ff.; DICKES, Der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte in den Fällen der Auskunftshaftung, 1992; BELL, Anwaltshaftung gegenüber Dritten, 1996; allgemein zum Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte allgemein zuletzt: ZIEGLTRUM, Der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte, 1992; URBAN, «Vertrag» mit Schutzwirkung für Dritte und Drittschadensliquidation, 1989; MARTINY, JZ 1996, S. 19 ff.

261 OLG Hamm NJW-RR 1987, S. 209; OLG Köln NJW-RR 1988, S. 335, S. 336; HOYNINGEN-HUENE, NJW 1975, S. 962, S. 964; krit. dazu HONSELL, JuS 1976, S. 626; DAMM, JZ 1991, S. 377; nach BGHZ 12, 105 und BGH NJW 1973, S. 321 ist ein Vertrag mit dem den es angeht, zwar denkbar, aber nach der Lebenserfahrung unwahrscheinlich.

262 BGHZ 127, S. 378.

263 BGE 130 III, S. 345, E. 1 = AJP 2005, S. 350 mit Anm. PLOTKE.



einer Kreditgewährung zur Vorlage bei einer Bank. Zwei Jahre später verwendete es der Eigentümer gegenüber den Käufern. Das BGer hat die Haftung in concreto u.a. deswegen abgelehnt, weil der Gutachter die Käufer weder gekannt habe, noch habe kennen müssen<sup>264</sup>.

Ein Vehikel der Haftungsausweitung ist auch die bereits genannte Vertrauenshaftung. Diese angeblich neue Figur hat eine erstaunliche Karriere gemacht, obwohl das Vertrauen stets ein zentrales und grundlegendes Prinzip unseres Privatrechts gewesen ist, dass in Art. 2 ZGB, ja sogar in der Bundesverfassung (Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 BV) prominent verankert ist. Die beiden Begriffe des Hendiadyoins «Treu und Glauben» verweisen auf das Vertrauen als juristisch-ethische Kategorie. Der Begriff «glauben» ist i.S.v. «vertrauen» zu verstehen. Bona fides ist gute Treue und guter Glaube zugleich und credere ist ursprünglich das Vertrauen des Gläubigers in den Schuldner bezüglich der Rückzahlung eines Darlehens. Ebenso hängt Treue mit Vertrauen zusammen, wenngleich sich beide Begriffe nur in einem Teilbereich decken. «Treue» kommt etymologisch von «trauen», ebenso wie das lateinische fides, das ein Lehnwort aus dem Griechischen ist (pistis = Vertrauen).

Die Vertrauenshaftung als Oberbegriff umfasst auch die culpa in contrahendo<sup>265</sup>. Nachdem das Bundesgericht im Swissair-Fall<sup>266</sup> zunächst aus dem Vertrauen sogar eine Konzernhaftung unterhalb der Schwelle von Patronatserklärung oder Durchgriff begründet hatte, hat es später zurückbuchstabiert und einschränkend festgestellt, dass eine Haftung aus Konzernvertrauen nur unter strengen Voraussetzungen angenommen werden kann<sup>267</sup>. Der Geschäftspartner des Tochterunternehmens müsse dessen Kreditwürdigkeit selbst überprüfen und könne das Bonitätsrisiko nicht einfach auf die Muttergesellschaft abwälzen<sup>268</sup>. Die Haftung aus erwecktem Vertrauen wird quasi als «dritte Spur» zwischen Vertrag und Delikt betrachtet. Sie setzt eine «rechtliche Sonderverbindung» voraus, die aus Treu und Glauben herzuleitende Schutz- und Aufklärungspflichten rechtfertigt. Bislang war die cic auf das vorvertragliche Stadium sowie auf nich-

264 Näheres bei A. KOLLER, in: A. Koller (Hrsg.), Neue und alte Fragen im Baurecht, Haftung einer Vertragspartei für den Schaden eines vertragsfremden Dritten S. 1, S. 22 ff.; HÜRLIMANN/SIEGENTHALER, Die Haftung des Liegenschaftsschätzers gegenüber einem vertragsfremden Dritten, BR 2004, S. 1055 ff.; GAUCH, Der Schätzer und die Dritten, FS Wiegand, 2005, S. 823; HONSELL, Die Haftung für Auskunft und Gutachten, insbesondere gegenüber Dritten, in: Koller (Hrsg.), Beiträge der Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung, 2005, S. 169 ff.

265 BGE 130 III, S. 345, E. 2; 124 III, S. 363; BGE 120 II, S. 331, S. 336 f. «Swissair». Auf die Diskussion die diese Entscheidung ausgelöst hat, kann hier nicht eingegangen werden, vgl. HONSELL, OR BT, 9. Aufl. 2010, S. 321 f. m.Nw.

266 BGE 120 II, S. 331, S. 336 f.

267 BGE 124 III, S. 297; auch später bemühte sich das BGer um Eingrenzung der Vertrauenshaftung, vgl. Pra 2011 Nr. 85, S. 610; BGer 4\_306/2009 dazu BURG/VON DER CRONE, SZW 2010, S. 417 ff.; KUNZ, recht 2011, S. 41 ff.; BGE 134 III, S. 390, E. 4.3.2; 133 III, S. 449; 130 III, S. 345, E. 2.1.

268 BGE 124 III, S. 297.

tige Verträge beschränkt<sup>269</sup>. Der blossе soziale Kontakt oder ein «Vertrauensverhältnis» ist noch kein Haftpflichttatbestand, und auch Art. 2 ZGB verlangt Handeln nach Treu und Glauben bei der Ausübung von Rechten und Erfüllung von Pflichten, setzt also ein bereits bestehendes Rechtsverhältnis voraus. Die Vorschrift gehört zum Vertragsrecht, nicht zum ausservertraglichen Haftpflichtrecht. Die h.L. ist sich deshalb auch einig, dass Art. 2 ZGB keine deliktische Schutznorm ist. Durch die Eröffnung einer allgemeinen Vertrauenshaftung werden die klare Dogmatik von Vertrags- und Deliktsrecht verwischt und die Grenzen der Delikts haftung für primäre Vermögensschäden gesprengt, die grundsätzlich nur über Art. 41 Abs. 2 OR oder über entsprechende Schutzgesetze i.S.v. Art. 41 Abs. 1 OR gegeben ist.

Das gilt natürlich nur für den ausservertraglichen Bereich. Die Pflichten in Beratungsverträgen beurteilen sich nach Auftragsrecht. Wenn der Kunde einer Bank oder einem Vermögensverwalter einen Anlageauftrag erteilt, hat der professionelle Dienstleister natürlich entsprechende Sorgfaltspflichten. Das heisst indessen nicht, dass der Kunde jetzt kein Risiko mehr zu tragen hat. Aber es treffen ihn nur die Risiken, die er, aufgeklärt, übernommen hat. Auch hier besteht allerdings namentlich angesichts der letzten Finanzkrise und der Lehman-Pleite eine gewisse Tendenz von Gesetzgebung und Rsp., die Haftung auszuweiten.

#### 4. *Weitere Beispiele für die Aufgabe des Vorsatzdogmas*

Ein weiteres Beispiel für die Aufgabe des Vorsatzdogmas in einem anderen Kontext ist die neue Rsp. zur Delikts-Pauliana im Gefolge des Swissair-Konkurses. Nach Art. 288 SchKG sind alle Rechtshandlungen anfechtbar, welche der Schuldner innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Pfändung oder Konkursöffnung in der dem anderen Teil erkennbaren Absicht vorgenommen hat, seine Gläubiger zu benachteiligen. BGE 134 III, S. 452 – (Konkursmasse Swissair ./ Züricher Kantonalbank) lässt sogar bei vertragsgemässer Tilgung eines fälligen Darlehens die Absichtsanfechtung nach Art. 288 SchKG (Delikts-Pauliana) zu, weil das (bei Zahlungen in der Krise praktisch immer gegebene) Inkaufnehmen der Schädigung anderer Gläubiger als natürliche Folge der Zahlung genüge und weil es nicht erforderlich sei, dass der Schuldner die Benachteiligung anderer oder die Begünstigung einzelner Gläubiger geradezu bezwecke<sup>270</sup>. Diese Aufweichung der alienatio in fraudem creditoris ist abzulehnen. Das gesetzliche Tatbestandserfordernis der Schädigungsabsicht geht noch über direkten Vorsatz hinaus. Das Gericht lässt aber schon dolus eventualis genügen, der nach der De-

269 S. schon den gleichnamigen Aufsatz von JHERING, Culpa in contrahendo bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen, Jahrbücher für Dogmatik 4, 1861, S. 1 ff.

270 BGE, a.a.O., E. 4.1 und öfter; ebenso die h.L. s. etwa BSK SchKG-STAEHELIN, Art. 288 N. 9; BGE 134 III, S. 452, E. 5–6 macht allerdings für Sanierungsdarlehen eine (schwierig abgrenzbare) Ausnahme; dazu GANZMANN, ZBJV 2010, S. 261 ff., S. 279 ff. m.w.Nw.; s. ferner FELBER, SJZ 2008, S. 408 ff.; GALLIKER/VON DER CRONE, SZW 2008, S. 602 ff.

definition der h.L. nicht einmal von grober Fahrlässigkeit klar abgegrenzt wird<sup>271</sup>. So wenig aber bedingter Vorsatz reicht, wo das Gesetz Absicht verlangt, so wenig kann aus «bezwecken» ein «in Kauf nehmen» werden. Da die Tilgung fälliger Forderungen von der Überschuldungsanfechtung ausdrücklich ausgenommen ist (Art. 287 Abs. 1 Nr. 3 SchKG), sollte man die Anfechtung nicht auf dem Umweg über eine zu weite Ausdehnung von Art. 288 SchKG unter dem anderen Titel der Delikts-Pauliana wieder zulassen. Es geht nicht an, dass der Gläubiger eine kongruente Leistung, zu welcher der Schuldner ohne Wenn und Aber verpflichtet ist, an die Konkursmasse zurückgeben muss<sup>272</sup>. Auch die für solche Fälle viel zu lange 5-Jahresfrist der *période suspecte* von Art. 288 SchKG spricht dafür, für die Deliktsanfechtung Schädigungsabsicht zu verlangen. Wäre die weite Auslegung des BGer richtig, so müsste auch jeder Bankkunde das Geld zurückgeben, das er aus Angst vor einem Banken-Crash von seinem Konto abgehoben hat, denn er nimmt in Kauf, dass später Kommende leer ausgehen und in der Krise ist das natürlich erkennbar. Die strenge und zu weitgehende Rsp. lässt sich auch mit der *par condicio creditorum* nicht begründen. Denn dieses oberste Konkursprinzip der Gleichbehandlung der Gläubiger gilt im Grundsatz erst ab Konkurseröffnung und lässt sich jedenfalls nicht – wie die Delikts-Pauliana – auf einen Zeitraum 5 Jahre davor ausdehnen.

Ein letztes Beispiel für die Verdrängung des Vorsatzdogmas ist die Absichtsanfechtung nach Art. 28 OR<sup>273</sup>, wo nach heute ganz h.L. schon blosses Schweigen Arglist ist, sofern man nur nach Treu und Glauben hätte reden sollen<sup>274</sup>.

In den meisten Gesetzbüchern des romanischen Rechtskreises und im angelsächsischen Recht, welche der Tradition des römischen Rechts folgen, liegt arglistige Täuschung in zwei Fällen vor, die beide eine «Machenschaft», also ein aktives Tun voraussetzen (*dolus commissivus*). Verlangt wird eine *suggestio falsi aut suppressio veri* – Vorspiegeln falscher oder Unterdrückung wahrer Tatsachen. So spricht z.B. Art. 1269 des spanischen *Código civil esp.* von *maquinaciones insidiosas*, was man vielleicht am besten mit «hinterhältige Machenschaften» übersetzen kann; Art. 1116 des französischen *Code civil*, verlangt *manœuvres* (Machenschaften), Art. 1439 des italienischen *Codice civile* *raggiri* (Ränke, Betrug), Art. 3:44 Abs. 3 *Nieuw Burgerlijk Wetboek* *kunstgreepen* (Kunstgriffe, Machenschaften). Das englische Recht verlangt ebenfalls *machinations*. Man unterscheidet aktives Verheimlichen und blosses Schweigen, *ce-*

271 Vgl. HONSELL, Haftpflichtrecht, § 6 IV.

272 Wie hier ERNST, SJZ 2010, S. 389 ff., S. 417 ff.

273 Zum Folgenden HONSELL, Die Arglist in Rechtsvergleichung und Rechtsgeschichte, FS Gauch 2004, S. 101 ff.

274 Vgl. BGE 116 II, S. 431, 434, E. 3a; 117 II, S. 218, 228, E. 5; BGer 4C.16/2005 (zur Arglist und Wegbedingung der Gewährleistung nach Art. 199); GAUCH/SCHLUEP, OR AT, N 861–863; BSK OR I-SCHWENZER, Art. 28 N. 8; DIES., OR AT, 5. Aufl. 2009, Rz. 38.06; ebenso Beale/Lando Principles of European Contract Law, Artikel 4:107, Gandolfi Code Européen des Contrats Art. 151, Unidroit Principles Art. 3.8 und Common Frame of Reference Art. II.-7:205.

lare und tacere, concealment und mere silence. Blosses Schweigen erfüllt den Tatbestand der Arglist nicht, die wahren Tatsachen müssen *unterdrückt* werden. Diese Auffassung gilt auch im Schweizer Steuerrecht. Zwar ist auch die einfache Steuerhinterziehung unrechtmässig und stellt ein Verwaltungsvergehen dar, aber ein strafbarer Betrug ist sie nicht. Die gesetzliche Tatbestandsbeschränkung sollte auch im Strafrecht beachtet werden. Sie gilt hingegen nach h.L. nicht im Zivilrecht. Insb. im deutschen Rechtskreis und in der Rechtsfortbildung einiger romanistischer Länder gibt es neben dem Vorspiegeln falscher und der Unterdrückung wahrer Tatsachen den Tatbestand des arglistigen Verschweigens. Es besteht in einem blossen Unterlassen (*dolus omissivus*): Der Täuschende klärt den Partner über einen bereits bestehenden Irrtum nicht auf, den er nicht herbeigeführt hat. Die Nichterfüllung einer meist aus Treu und Glauben hergeleitete Aufklärungspflicht soll für die Arglistanfechtung reichen.

Die Auffassung, dass blosses Verschweigen keine Arglist ist, scheint namentlich für das Strafrecht gesetzlich geboten, aber auch für das Zivilrecht vorzugswürdig. Man sollte den Tatbestand des Verschweigens bei Annahme einer Aufklärungspflicht aufgeben und Arglist wie im römischen Recht und den meisten anderen Rechtsordnungen nur bejahen, wenn der Tatbestand der Erregung oder Aufrechterhaltung eines Irrtums durch Vorspiegeln falscher oder Unterdrückung wahrer Tatsachen vorliegt. Dies entspräche auch dem deutschen Text von Art. 28 Abs. 1 OR, der von einem «erregten Irrtum» spricht. Verschweigen allein begründet dann im Allgemeinen keine Arglist. Die gegenteilige h.L. ist problematisch, weil an die Stelle des Verbots der Arglist ein Gebot des Handelns nach Treu und Glauben tritt, und weil der rechtsethisch und psychologisch fundamentale Unterschied zwischen vorsätzlichem Betrug und bloss fahrlässiger Vermögensschädigung verwischt wird. Eine fahrlässige Täuschung gibt es nicht. Zudem zeigt die Systematik des Gesetzes, dass neben der Anfechtung wegen Irrtums oder Arglist eine dritte Spur nicht vorgesehen ist. Die Privatautonomie verlangt, dass sich jede Partei selbst um ihre Interessen kümmert. Dies schliesst es für den Regelfall aus, die eine Partei zum Interessenwahrer der anderen zu machen und ihr Aufklärungspflichten zum fremden Vorteil und eigenen Nachteil aufzubürden.

Eine Schadenersatzpflicht nach Gewährleistungsrecht bestand jedoch auch schon im römischen Recht, wenn der Verkäufer einen Mangel oder eine ungünstige Eigenschaft der Sache kannte<sup>275</sup>. Dies wurde schon in Art. 208 Abs. 3 auf Fahrlässigkeit erstreckt.

Im umgekehrten Fall, in dem der Käufer, nicht jedoch der Verkäufer eine werterhöhende Eigenschaft kennt, sollte man im Regelfall eine Aufklärungspflicht des Käufers nicht annehmen. Andernfalls könnte man selbst auf einem Flohmarkt keine Schnäppchen mehr machen, indem man z.B. eine wertvolle Sache sehr günstig kauft, weil der Verkäufer den wahren Wert nicht kennt. Man muss

275 Ulpian Dig. 19,1,1 pr.

nämlich nach h.L. den Verkäufer darauf hinweisen, dass die von ihm verkaufte Sache weit wertvoller ist, als von ihm angenommen. In einem solchen Fall des AG Coburg<sup>276</sup> hat ein Käufer auf dem Flohmarkt für 10 DM ein Notenbündel gekauft, in dem sich u.a. ein Mozart-Autograph befand. Das Gericht verneinte eine Aufklärungspflicht. Auch im römischen Recht<sup>277</sup> und im altjüdischen Recht gab es in solchen Fällen keine Aufklärungspflicht, wie das Gleichnis vom Himmelreich und vom Schatz im Acker zeigt<sup>278</sup>. Dies sollte auch dann gelten, wenn der Käufer weiss oder annehmen muss, dass der Verkäufer bei Kenntnis der Sachlage nicht oder nicht zu dem Preis verkauft hätte. Nicht anders ist es beim Kauf von einem Antiquitätenhändler. Der Käufer hat keine Aufklärungspflicht, wenn er zufällig mehr weiss als der Verkäufer, denn es würde dem Modell der Privatautonomie widersprechen, wenn sich nicht jede Partei um ihre Interessen selbst kümmern müsste, sondern darauf vertrauen dürfte, dass die andere Partei dies tun muss. Anders ist es nur, wenn sich der Verkäufer wegen der besonderen Sachkunde an den Käufer wendet und um Beratung bittet, dann handelt es sich nicht mehr um einen gewöhnlichen Kaufvertrag, sondern um ein besonderes Vertrauensverhältnis.

Natürlich machen wir uns keine Illusionen darüber, dass die Rsp. die Tendenz einer ständigen Haftungsausweitung umkehren oder womöglich gar zum Vorsatzdogma und zum ursprünglichen Haftungskonzept zurückkehren könnte. Vielleicht geschieht dies jedoch in Einzelfragen wie der Arglistanfechtung oder der Deliktspauliana, in denen die Rsp. noch nicht wirklich gefestigt ist. Der Trend zu ständiger Haftungsausweitung, die zu Unrecht als Schutz des Schwächeren und Verfeinerung der Rechtskultur ausgegeben wird, ist freilich ungebrochen.

## 5. *Arzthaftung*

Bei der Arzthaftung war es die Rsp. zur Aufklärung, die zu einer enormen Ausweitung und zu einer Haftung ohne Verschulden geführt hat<sup>279</sup>. Hier ist die An-

276 NJW 1993, S. 938 f.

277 Den Fall eines Verkäuferirrtums über einen höheren Wert der Kaufsache finden wir übrigens auch bei Cicero de officiis 3, 93: Si quis aurum vendens, orichalcum se putet vendere, indicetne ei vir bonus aurum illud esse, an erat denario, quod sit mille denarium? Perspicuum iam est, et quid mihi videatur, et quae sit inter eos philosophos, quod nominavi, controversia. – Wenn jemand Gold verkauft, der glaubt es sei Messing, klärt ein anständiger Mann als Käufer dies auf oder kaufte für einen Denar, was tausend wert ist? Es ist schon klar, was meine Meinung ist und worin die Kontroverse der Philosophen besteht, die ich genannt habe. Näher HONSELL, FS Gauch, 2004, S. 111 ff.

278 Matthäus 13, 44: «Mit dem Himmelreich ist es wie mit einem Schatz, der in einem Acker vergraben war. Ein Mann entdeckte ihn, grub ihn aber wieder ein. Und in seiner Freude verkaufte er alles, was er besass und kaufte den Acker.» Näher HONSELL, a.a.O.

279 BGE 116 II, S. 519 ff.; 113 Ib, S. 420, S. 426; 108 II, S. 259, S. 263 = Pra 1982 Nr. 122; 117 Ib, S. 197, S. 203 f.; BGer Pra 2000 Nr. 28 – spontane Rekanalisation nach Eileiterunterbrechung; BGE 133 III, S. 121, S. 128 ff., E. 4.



lehnung des Bundesgerichts an den deutschen Bundesgerichtshof besonders augenfällig<sup>280</sup>.

Das Bundesgericht hat mehr oder weniger kritiklos die deutsche Rsp. übernommen, nach der jeder ärztliche Heileingriff, also jede Art der ärztlichen Behandlung, die eine Veränderung des menschlichen Organismus bewirkt, rechtlich als Körperverletzung zu qualifizieren ist. Nicht nur eine Operation, sondern auch Injektionen oder medikamentöse Behandlungen sind nach Juristenmeinung tatbestandlich eine widerrechtliche Körperverletzung, die nur durch Einwilligung gerechtfertigt werden kann, so dass die Haftpflicht ausnahmsweise entfällt. Die Juristen wollen also zwischen einer Messerstecherei im Wirtshaus und dem Einsatz eines Skalpells nicht unterscheiden und geben dies noch als Abstraktionsleistung aus. Die ganz unterschiedliche ethisch-moralische Einordnung wird künstlich ausgeblendet.

Erst die Einwilligung macht die «Tat» zu einem erlaubten Eingriff. Die ist aber nur wirksam, wenn der Patient voll aufgeklärt worden ist<sup>281</sup>; denn nur wer alle Risiken und alle Alternativen kenne, könne verbindlich einwilligen (informed consent<sup>282</sup>).

Im Anschluss an den BGH hat das Bundesgericht folgende Grundsätze aufgestellt:

Grundsatz 1: Eine Einwilligung des Patienten ist erforderlich, damit der Eingriff nicht rechtswidrig ist<sup>283</sup>.

Grundsatz 2: Ohne ausreichende Aufklärung des Patienten haftet der Arzt verschuldensunabhängig (also auch wenn kein Behandlungsfehler vorliegt) für jedes Risiko<sup>284</sup>.

280 Zum Folgenden HONSELL, Die Rezeption der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in der Schweiz, FS 50 Jahre Bundesgerichtshof, München 2000, Bd. II, S. 927 ff.

281 In der Schweiz ganz h.L. aus der Judikatur s. etwa BGE 117 Ib, S. 197; 108 II, S. 59 ff. = Pra 71 Nr. 122: «Dass die Zustimmung des informierten Patienten erforderlich ist, folgt unmittelbar aus seinem Recht auf persönliche Freiheit und körperliche Integrität; das jedem medizinischen Eingriff innewohnende Risiko kann nur von demjenigen eingegangen werden, der ihm ausgesetzt ist. Daher handelt der Arzt rechtswidrig, der ohne Information und Einwilligung des Patienten operiert, er ist für den verursachten Schaden verantwortlich, mag man nun in seinem Verhalten eine Verletzung seiner Pflichten als Beauftragter sehen oder eine Beeinträchtigung absoluter Rechte, also ein zivilrechtliches Delikt. Das unerlaubte Verhalten betrifft den ganzen Eingriff mag er auch medizinisch korrekt ausgeführt sein. Der Arzt ist daher zum Ersatz allen Schadens aus dem totalen oder partiellen Misserfolg der Operation verpflichtet, auch wenn ihm kein Kunstfehler vorgeworfen werden kann. Das normalerweise vom Patienten getragene Risiko des medizinischen Eingriffs geht auf den Arzt über, wenn er ohne die Zustimmung des informierten Patienten handelt ...».

282 Dazu KATZENMEIER, Arzthaftung, 2002, S. 322 ff.; LINZBACH, Informed consent, Die Aufklärungspflicht des Arztes im amerikanischen und deutschen Recht, 1980; ENGLJÄHRINGER, Ärztliche Aufklärungspflicht vor medizinischen Eingriffen, 1996; LAUFS, MedR 1986, S. 163 ff.; FÜLLMILCH, Der Tod im Krankenhaus, 1990, S. 33 ff.

283 BGE 99 IV, S. 208, S. 211 = Pra 63, 1974, Nr. 95 (m.Hw. auf RGSt 25, 375; BGHSt 11, 111); BGE 108 II, S. 59, S. 62 (ggf. sei sogar Abbruch der Operation erforderlich m.Hw. auf BGH NJW 1977, S. 337 f.); BGE 115 Ib, S. 175, S. 181 f.; 117 Ib, S. 197, S. 200.

284 BGE 108 II, S. 59, S. 62 f.; 117 Ib, S. 197, S. 203 f.

In Deutschland und der Schweiz gilt die Qualifizierung von Heileingriff und Körperverletzung sogar im Strafrecht<sup>285</sup>, was auf Unverständnis bei Medizinern und Nichtjuristen stösst und eine beträchtliche deformation professionelle der Juristen offenbart. Sie ist von den bekanntesten deutschen Strafrechtlern, wie KARL BINDING<sup>286</sup>, EBERHARD SCHMIDT<sup>287</sup>, KARL ENGISCH<sup>288</sup>, PAUL BOCKELMANN<sup>289</sup>, ARTHUR KAUFMANN<sup>290</sup> u.a.<sup>291</sup> seit einem Jhdt. bekämpft worden – ohne Erfolg. BOCKELMANN hat sie «das Ärgerlichste (genannt), um das es in den Diskussionen zwischen Ärzten und Juristen geht». Die Judikatur hat sich mit diesen Stimmen nie auseinandergesetzt.

Am Anfang dieser Rsp. stand ein ungewöhnlicher Fall, den das deutsche Reichsgericht vor über 100 Jahren entschieden hat<sup>292</sup>: Ein siebenjähriges Mädchen hatte eine fortschreitende tuberkulöse Osteomyelitis der Fussknochen, die nach dem Stand der damaligen Schulmedizin eine Amputation notwendig machte. Die vital indizierte Operation wurde fachgerecht vorgenommen, allerdings gegen den ausdrücklichen Willen des Vaters der Patientin, der Anhänger der Naturheilkunde war und chirurgische Eingriffe ablehnte. Das Reichsgericht hat entschieden, dass Beeinträchtigungen der körperlichen Unversehrtheit rechtswidrige Körperverletzungen seien, falls sie nicht der zuvor erklärte Wille des Verletzten oder seines gesetzlichen Vertreters decke. An diesem Extremfall

285 RGSt 25, 375; ebenso BGHSt 29, 46, 56 f.; für die Schweiz BGE 99 IV, S. 208 = Pra 1974, S. 292, S. 294; REHBERG, in: Honsell (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, 1994, S. 303 ff.; dem österreichischen Recht blieb dieser Irrweg erspart: Die Verletzung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten ist durch den Sondertatbestand der eigenmächtigen Heilbehandlung nach § 110 StGB sanktioniert. Für das Strafrecht zieht die h.L. in Österreich aus dem Tatbestand der eigenmächtigen Heilbehandlung nach § 110 StGB den zutreffenden Schluss, dass eine Heilbehandlung ohne Einwilligung gerade keine Körperverletzung darstellt (vgl. TRIFFTERER/SCHMOLLER, Komm. StGB, 5. Lieferung 1997, § 110 Rz. 4 mit zahlreichen Nachweisen. Das war auch die Auffassung des Gesetzgebers, s. EBRV 1971, S. 241. – Leider berücksichtigen das österreichische Zivilrecht dieses Argument für die Haftung bei Körperverletzung nach § 1325 ABGB nicht. Die Einheit der Rechtsordnung legt eine identische Definition der Körperverletzung in § 1325 ABGB und § 83 StGB nahe). Fehlende oder unzulängliche Aufklärung verletzt das Selbstbestimmungsrecht des Patienten, aber nicht seine körperliche Integrität. Die Frage nach dem Rechtsbedürfnis einer Strafbarkeit der eigenmächtigen Heilbehandlung ist eine rechtspolitische, der hier nicht weiter nachzugehen ist. Unzulässig ist es jedenfalls, wenn man in Deutschland und der Schweiz, in denen eine dem § 110 StGB vergleichbare Norm fehlt, diese angebliche «Strafbarkeitslücke» einfach durch Annahme einer Körperverletzung schliessen will. Das verstösst gegen das strafrechtliche Analogieverbot und gegen den fundamentalen Rechtsgrundsatz *nulla poena sine lege* (A. KAUFMANN, Zeitschrift der Strafrechtswissenschaften 73 [1961], S. 374; LAUFS/UHLENBRUCK, Arztrecht, § 138 N. 4).

286 Handbuch des Strafrechts, 2. Aufl. 1902, Nachdruck 1969, S. 53 ff., S. 56, dessen Feststellung, dass dies der Volks- und Rechts-Anschauung widerspricht, unveränderte Gültigkeit hat.

287 Gutachten zum 44. Deutschen Juristentag 1962 I, S. 4 ff.

288 Ärztliche Eingriffe zu Heilzwecken und Einwilligung, Zeitschrift der Strafrechtswissenschaft 58 (1946), S. 1 ff.

289 Strafrecht des Arztes, 1968, S. 50 ff.

290 Zeitschrift der Strafrechtswissenschaften 73 (1961), S. 374.

291 S. noch LAUFS/ULSENHEIMER, Handbuch des Arztrechts, § 6 N. 25 ff., § 138 N. 1 ff.

292 RGSt 25, 375.

bewahrheitet sich der alte Satz «hard cases make bad law». Natürlich darf sich der Arzt nicht über den ausdrücklichen Willen des Patienten oder seines gesetzlichen Vertreters hinwegsetzen. Verweigert der gesetzliche Vertreter zum Nachteil des Kindes die Zustimmung zu einer lebensrettenden Massnahme, so muss nötigenfalls eine Eilentscheidung des Vormundschaftsgerichtes eingeholt werden, wenn hierfür noch Zeit ist. Andernfalls gelten die Grundsätze der Geschäftsführung ohne Auftrag.

Im Widerstreit zwischen *salus* und *voluntas aegroti* hat der Wille Vorrang. Das ist in einer der Privatautonomie verpflichteten Jurisprudenz selbstverständlich, wird aber problematisch, sobald der Patient etwas Unvernünftiges will<sup>293</sup>. Beim Suizid ignoriert der deutsche BGH das Willenspostulat vollständig<sup>294</sup>.

Im Übrigen liegt es auf der Hand, dass eine gegen den erklärten Willen des Patienten durchgeführte Operation und der unterbliebene Hinweis auf irgendein seltenes Restrisiko unter dem Aspekt des Handlungsunrechtes überhaupt nicht vergleichbar sind. Was in dem Extremfall des Reichsgerichtes vielleicht vertretbar war, wurde zu einem abstrakten Dogma hochstilisiert, das in allen anderen Fällen falsch ist.

Um keine Missverständnisse aufkommen zu lassen: Die Aufklärung des Patienten ist eine ärztliche Berufspflicht (z.B. § 1 a dBAO). Der Weltärztebund hat schon im Jahre 1981 in Lissabon das Recht des Patienten auf angemessene Aufklärung statuiert. Daneben ergibt sich die Aufklärungspflicht auch aus dem Arztvertrag.

Eine umfassende Aufklärung ist notwendig, weil der Patient nur so entscheiden kann, ob er sich einem Eingriff unterziehen will oder nicht. Wird der Patient über ein Risiko nicht aufgeklärt, so hat er auch einen Schadenersatzanspruch, wenn sich das Risiko verwirklicht hat, und er glaubhaft darlegen kann, dass er sich dem Eingriff bei vollständiger Aufklärung nicht unterzogen hätte. Haftungstatbestand ist aber die Vertragsverletzung oder die Verletzung einer deliktischen Schutznorm, nicht hingegen das absolute Recht der körperlichen Integrität wie bei der Körperverletzung. Damit ist der von Judikatur und teilweise auch im Schrifttum verfochtenen Arzthaftung, die nur darauf gestützt wird, dass der Eingriff mangels vollständiger Aufklärung rechtswidrig ist, eine Absage erteilt. Die Frage, ob ein verschuldeter Behandlungsfehler vorliegt, darf nicht ausgeblendet werden. Noch weniger die Frage nach der Kausalität der unterlassenen

293 Vgl. etwa BGH NJW 1978, S. 1206: Eine Patientin mit Rheuma bildete sich ein, dies komme von den Zähnen. Sie verlangte vom Zahnarzt, er solle ihr die Zähne ziehen. Der lehnte zunächst ab, gab aber schliesslich dem Drängen der Frau nach. Der BGH verurteilte ihn zu Schadenersatz; vgl. auch den tragischen Fall BGH NJW 1983, S. 350.

294 Vgl. den Fall Wittig, in dem die Respektierung des Sterbewillens (die krebserkrankte Patientin hatte einen Abschiedsbrief geschrieben, ein Röhrchen Schlaftabletten geschluckt und lag im Koma als der Hausarzt erschien) zu einer strafrechtlichen Verurteilung führte (BGHSt 32, 307; krit. dazu HONSELL, ZSR 109 I (1990), S. 135 ff.; s. ferner ESER, Sterbewille und ärztliche Verantwortung, MedR 1985, S. 5 ff.).

Aufklärung. Eine Haftung könnte auch von den Anhängern der Konstruktion nur bejaht werden, wenn sich ein Risiko verwirklicht hat, das der voll aufgeklärte Patient nicht übernommen hätte. Die Missachtung dieses selbstverständlichen Satzes ist die krasseste Auswirkung der falschen Gleichsetzung von Heileingriff und Körperverletzung durch die Judikatur. Der deutsche BGH entscheidet in ständiger Rsp., dass der Arzt bei unvollständiger Risikoaufklärung selbst dann haftet, wenn sich zwar nicht das aufklärungspflichtige, aber ein anderes äusserst seltenes, nicht aufklärungspflichtiges Risiko verwirklicht hat<sup>295</sup>. Über sog. typische Risiken muss nach deutscher und österreichischer Judikatur immer aufgeklärt werden, auch wenn sie statistisch noch so unwahrscheinlich sind<sup>296</sup>. In Wahrheit kommt es aber nicht auf die sog. Typizität an, sondern auf die statistische Häufigkeit. Nicht alles was in der medizinischen Literatur als seltenste Komplikation eines Eingriffs beschrieben wurde, ist ein typisches Risiko, auch dann nicht, wenn die Folgen gravierend sind. Über Risiken im Promille- oder gar im Nanobereich sollte man keine Aufklärung verlangen. Im Übrigen bewirkt die Aufklärung meist nur eine Verunsicherung des Patienten.

Die Haftung wegen Nichterwähnung eines Risikos, dass sich nicht verwirklicht hat, missachtet den Grundgedanken des Rechtswidrigkeits- bzw. Zurechnungszusammenhangs<sup>297</sup>. In der Schweiz hat man diese Haftungserweiterung bislang nicht explizit übernommen. Auch hier hält man aber daran fest, dass der Arzt mangels vollständiger Aufklärung auf eigene Gefahr handelt und auch ohne Behandlungsfehler für jedes Risiko haftet.

Eine weitere Konsequenz der irrigen Auffassung vom Heileingriff als Körperverletzung besteht in der Beweislastumkehr. Während im Normalfall der Kläger, also der Geschädigte, alle Klage begründenden Tatsachen beweisen muss, also z.B., dass dem Arzt ein Behandlungsfehler unterlaufen ist, trägt für die vollständige Aufklärung der Arzt die Beweislast, denn die wirksame Einwilligung ist, wie gesagt, ein Rechtfertigungsgrund, für dessen Vorliegen der «Täter» die Beweislast trägt<sup>298</sup>. Da der Arzt ja immerhin in jedem Fall eine Kör-

295 BGH NJW 1996, S. 777, S. 778 f. – Verwendung eines Kontrastmittels bei Myelographie, fehlende Aufklärung über Risiko einer Querschnittslähmung, Eintritt von äusserst seltenen (nicht aufklärungspflichtigen) epileptischen Krämpfen; s. auch BGHZ 90, 96 = NJW 1984, S. 1359 – Rektoskopie; BGHZ 106, 391 = NJW 1989, S. 1533 – intraartikuläre Injektion; BGH NJW 1991, S. 2346 – Bandscheibenoperation; krit. hierzu DEUTSCH, Medizinrecht (3. Aufl. 1999), der von einem archaischen *versari in re illicita* spricht; die Rsp. verharmlosend und rechtfertigend dagegen STEFFEN, FS Medicus, 1999, S. 637, S. 641 ff., S. 645 ff. – Wie der BGH entscheidet der OGH, vgl. JBl 1990, S. 459; hingegen lagen dem schweizerischen BGer bislang nur Fälle vor, in den sich das aufklärungspflichtige Risiko verwirklicht hatte.

296 S. z.B. für das österreichische Recht OGH JBl 1990, S. 459; 1995, S. 453; RdM 1996, S. 148; einschränkend indes OGH RdM 1997, S. 153, S. 154.

297 Vgl. z.B. DEUTSCH, a.a.O., N. 273 ff.; SCHRAMM, Der Schutzbereich der Norm im Arzthaftungsrecht, 1992, S. 194 ff.

298 Vgl. etwa OGH RdW 1994, S. 28 mit zustimmender Anm. v. KOPETZKY.

perv verletzung begangen hat, liegt es nun an ihm, sich durch den Nachweis einer wirksamen Einwilligung zu entlasten.

Zwar lässt die Judikatur inzwischen den Einwand des Arztes zu, der Patient hätte auch bei umfassender Aufklärung eingewilligt<sup>299</sup>. Das Bundesgericht stellt aber nicht wie der Deutsche Bundesgerichtshof<sup>300</sup> darauf ab, ob ein vernünftiger Patient eingewilligt hätte, sondern auf das hypothetische Verhalten des konkreten Patienten<sup>301</sup>. Die Beweislast hierfür liegt – wie bereits gesagt – beim Arzt<sup>302</sup>, und da er den Beweis nicht erbringen kann, wenn der Richter nicht will, handelt es sich um eine *probatio diabolica*, eine Beweisfalle. Dieser Argumentation haftet etwas Unehrlliches an. Entgegen der Auffassung der Judikatur<sup>303</sup> sollte man zur allgemeinen Regel zurückkehren, die den Beweis dem Patienten auferlegt. Solange die Beweislastumkehr der Judikatur aber nicht aufgegeben wird, sollte wenigstens an den Beweis der hypothetischen Einwilligung keine zu hohen Anforderungen gestellt werden, denn der verständige Patient richtet sich nach der Empfehlung des Arztes und würde daher in der grossen Mehrzahl der Fälle *ex ante* und nicht *ex post*(!) betrachtet, der Operation auch dann zugestimmt haben, wenn er über alle Risiken aufgeklärt worden wäre. Mit anderen Worten: Die unterlassene Aufklärung ist in aller Regel nicht kausal.

Die Aufklärungspflicht verfolgt – wie dargelegt – das Ziel, dem Selbstbestimmungsrecht und dem Willen des Patienten im weitesten Umfang Rechnung zu tragen. Überspannt man diesen Aspekt, so geraten wiederum das ärztliche Ethos und das Recht miteinander in Konflikt. Gerade bei ängstlichen Patienten kann die Beschreibung grosser, aber ganz seltener Risiken zu Angst und Verspannungen und damit zu psychosomatischen Komplikationen führen<sup>304</sup>.

A fortiori gelten diese Erwägungen für die Eröffnung einer infausten Diagnose.

Anders als in Deutschland<sup>305</sup> wird das sog. therapeutische Privileg<sup>306</sup> in der Schweiz<sup>307</sup> anerkannt<sup>308</sup>.

299 BGE 117 Ib, S. 197, S. 208; OGH JBl 1990, S. 459; JBl 1995, S. 453.

300 Vgl. z.B. BGH NJW 1963, S. 393; danach braucht der Patient auf solche Risiken nicht hingewiesen zu werden, die bei einem verständigen Menschen nicht ernsthaft ins Gewicht fallen.

301 BGE 117 Ib, S. 197, S. 208.

302 BGE 117 Ib, S. 197, S. 208; OGH JBl 1995, S. 245, 453; 1990, S. 459 und öfter.

303 Vgl. die vorige N.

304 Das ist eine uralte Erkenntnis. Schon HIPPOKRATES, *De decenti habitu* 11 (abgedruckt bei MÜRI, *Der Arzt im Altertum*, 5. Aufl. 1986, S. 29) schrieb: «Denn viele werden darum zu Schlimmem getrieben, weil der Arzt den gegenwärtigen Zustand nicht verschweigt oder den Ausgang voraussagt.» Auch wenn diese Anweisung ebenso überholt ist wie der «therapeutische Nihilismus» des Hippokrates, lässt sich die Konstanz des Problems nicht besser belegen.

305 BGH NJW 1977, S. 337; BGHZ 90, S. 103. Krit. zur rigorosen Rsp. bezüglich Mitteilung von infausten Prognosen HERRMANN, *MedR* 1988, S. 1 ff.

306 Dazu etwa HONSELL *ZSR* 109 I (1990), S. 135 und *ZVersR* 1995, S. 327.

307 BGE 105 II, S. 284 ff. hat es für zulässig gehalten, wenn ein Krebsverdacht nicht dem Patienten, sondern nur den Angehörigen mitgeteilt wird, wenn die Aufklärung einen für die Gesundheit



## 6. Die Ausweitung des Haftungsumfangs. Differenzhypothese

Eine auffällige Abweichung vom Haftungskonzept des OR ist auch beim Haftungsumfang zu beobachten. Obwohl Art. 43 OR ausdrücklich sagt, dass der Richter den Schadenersatz in freiem Ermessen nach den Umständen und insb. nach der Grösse des Verschuldens bestimmt, geht die ganz allgemeine Meinung von der MOMMSEN'schen<sup>309</sup> Differenztheorie aus<sup>310</sup>, die quasi eine Rechenformel sein soll, mit der man den ganzen Schaden ermitteln könne, der stets zu ersetzen sei. Die in dieser These zu Tage tretende mathematische Illusion ist unbegründet, weil der Schadenersatz nicht errechnet werden kann, sondern durch wertende Zurechnung zu ermitteln ist. Das ist der richtige Kern des sog. normativen Schadensbegriffs, der in teilweiser Abkehr von dem Differenzschadensbegriff in Deutschland entwickelt wurde und sich auch in der Schweiz etabliert hat. Nicht beifallswert ist es indessen, wenn das Schlagwort benutzt wird, um abstrakt Ersatz für Schäden zu leisten, die so nicht eingetreten sind. Dies geschieht jedoch, wenn man die abstrakte Beeinträchtigung der Arbeitskraft als Schaden betrachtet und diese auch dann ersetzt, wenn keine Ersatzkraft eingestellt wurde. Das verstösst gegen das Kommerzialisierungs-, bzw. Bereicherungsverbot. Der Geschädigte soll durch das Schadensereignis nicht ärmer werden, aber auch nicht reicher.

Nach h.L. soll jedoch unter dem Blickwinkel normativer Wertungsgesichtspunkte ein Nachteil auch dann ersatzfähig sein, wenn er sich nicht in einer Vermögensdifferenz manifestiert hat. Ein prominentes Beispiel ist der sog. Haushaltsschaden, den die Familie bei Verletzung oder Tötung der Frau auch dann ersetzt erhält, wenn sie keine Haushaltshilfe einstellt. Daneben steht die Beeinträchtigung von Nutzungsmöglichkeiten z.B. Nutzungsausfall eines PW infolge Beschädigung und nutzlose Aufwendungen (z.B. Nichtbenutzung eines Theaterbillets infolge eines Autounfalls).

Bei Verletzung oder Tötung einer Hausfrau geht das Bundesgericht für einen Vierpersonenhaushalt von etwas mehr als 40 Arbeitsstunden einer Hausfrau pro Woche aus. Die Arbeit einer Hausfrau dürfe aber nicht einfach mit derjenigen einer angestellten Haushaltshilfe gleichgesetzt werden, weil eine Hausfrau we-

---

schädlichen Angstzustand auslösen würde. Eine schwerwiegende Prognose dürfe verschwiegen werden. In BGE 108 II, S. 259 (= Pra 1982 Nr. 22) wird volle Aufklärung verlangt, aber zu dieser Frage nicht Stellung genommen.

308 Ebenso in Österreich, vgl. OGH JBl 1983, S. 373, S. 375; RdM 1994, S. 92.

309 F. MOMMSEN, Die Lehre von dem Interesse, 1855.

310 BGE 115 II, S. 474, S. 481 und öfter; OFTINGER/STARK, Haftpflichtrecht I, 5. Aufl. Zürich 1995, § 2 N. 9 m.Hw. auf die Differenzhypothese von MOMMSEN in Fn. 13 [«fast allgemein rezipiert»]; ebenso BGHZ 75, Differenzhypothese; S. 366, Differenzhypothese; S. 371 f. mit normativer Korrektur im Einzelfall; krit. zur Differenzhypothese HONSELL, Herkunft und Kritik des Interessebegriffs im Schadenersatzrecht, JuS 1973, S. 69 ff.; DERS., Schweizerisches Haftpflichtrecht, 4. Aufl. 2005, § 1 N. 32 ff.; DERS., in: Fuhrer (Hrsg.), Differenztheorie und normativer Schadensbegriff, FS 50 Jahre Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht- und Sozialversicherungsrecht, 2010, S. 255 ff.

sentlich mehr Entschlusskraft, Aufmerksamkeit und Verfügbarkeit mitbringe. Zu ersetzen sei auch der Qualitätsverlust, der durch eine Haushalthilfe hingenommen werden muss<sup>311</sup>. Die Besonderheit des Hausfrauenschadens liegt darin, dass er nach der Rsp. auch zu ersetzen ist, wenn er sich nicht in zusätzlichen Aufwendungen niederschlägt, weil keine Aushilfe eingestellt wird, sondern sich die Familienangehörigen selbst behelfen<sup>312</sup>. Das BGer rechtfertigt die abstrakte Schadensermittlung beim Haushaltsschaden erstmals auch damit, dass der Beizug einer aussen stehenden Person für Arbeiten im privaten Rahmen eines (Familien-)Haushaltes nicht durchwegs zumutbar erscheine und die Beeinträchtigung üblicherweise durch unentgeltlichen Mehraufwand, sei es durch die geschädigte Person selbst oder andere Mitglieder der Familie bzw. des Haushalts, ausgeglichen werde<sup>313</sup>. Die Zweifelhaftigkeit dieses Arguments zeigt der Fall entgangener Mithilfe im Familienbetrieb, für den diese Überlegung nicht gelten soll; weshalb dort nur der tatsächliche Aufwand ersetzt wird. Der Ersatz erfolgt brutto (inkl. Sozialabgaben) einschliesslich Ferien und dreizehnter Monatslohn bei einer Jahresarbeitszeit von 52 Wochen; wobei Stundenlöhne von 30 CHF und mehr zugesprochen werden<sup>314</sup>. War die verunglückte Hausfrau noch jung, so kommt schnell ein Kapital von 1 Mio. und mehr zusammen. Was nur als Invaliditätsschaden bei Berufstätigen richtig ist, sollte nicht unbesehen als Haushaltsschaden bei Tod oder Invalidität übernommen werden.

Die Ausweitung des Hausfrauenschadens im Sinne des normativen Schadensbegriffs ist problematisch, weil sie gegen das Kommerzialisierungsverbot verstösst und gegen Art. 45, der bei Tötung nur den Ersatz der entstandenen Kosten vorsieht und eine konkrete Berechnung des Versorgerschadens verlangt. Der Schadensfall wird finanziell zum Glücksfall. Man kann als Argument auch das Schmerzensgeld nicht heranziehen, weil dieses beim Tod des Partners ohnehin mit einem Betrag von 20 000 CHF berücksichtigt wird, was Art. 47 möglich macht.

## II. Haftungsausweitung im Gewährleistungsrecht

### 1. Gewährleistung und Irrtum<sup>315</sup>

Eine *causa celebris* und ein grundlegendes Problem des Obligationenrechts ist die Konkurrenz von Sachmängelhaftung und Irrtumsanfechtung. Die vom

311 BGE 108 II, S. 434, S. 439 sowie Pra 1995, S. 548.

312 BGE 99 II, S. 221, S. 223; 108 II, S. 434 ff.; 113 II, S. 350 ff.; 117 II, S. 609, S. 623 f.; 132 III, S. 321, E. 3; zustimmend REY, N. 259 und 305.

313 BGE 127 III, S. 403 ff., S. 406; krit. STÖSSEL, FS SGHV, S. 601, S. 609 f.

314 BGer 4C.383/2004.

315 Zum Folgenden HONSELL, Die Konkurrenz von Irrtum und Gewährleistung, SJZ 2007, S. 137 ff.

Schrifttum<sup>316</sup> überwiegend bekämpfte Judikatur geht von einer elektiven Normenkonkurrenz aus, lässt also beide Rechtsbehelfe nebeneinander zu. Das führt dazu, dass das Sachmängelrecht leer läuft, denn man kann immer noch Grundlagenirrtum geltend machen, wenn der Gewährleistungsanspruch nach Art. 210 verjährt oder nach Art. 201 mangels rechtzeitiger Rüge präkludiert ist. Zudem schliesst fahrlässige Unkenntnis des Käufers nach Art. 200 Abs. 2 zwar die Gewährleistung aus, nicht aber die Irrtumsanfechtung. Daher muss normlogisch im tatbestandlichen Anwendungsbereich wesentlicher Eigenschaften nach Art. 197 der Grundlagenirrtum ausgeschlossen werden. Das Bundesgericht lässt ihn aber in langjähriger Praxis neben der Sachmängelhaftung zu und beruft sich dafür sogar auf Gewohnheitsrecht<sup>317</sup>. Die Entscheidungen betreffen zumeist Bilderfälle<sup>318</sup>, in denen die Jahresfrist von Art. 210 Abs. 1 zu kurz schien. Dieses Gravamen ist durch die 30-Jahresfrist von Art. 210 Abs. 1<sup>bis</sup> erledigt. Es gibt aber auch andere Beispiele: Fehlende Bebaubarkeit von Grundstücken<sup>319</sup>, Irrtum über die finanzielle Lage oder über einzelne Unternehmenswerte beim Kauf sämtlicher Aktien einer AG<sup>320</sup>, Lieferung einer unbrauchbaren Maschine<sup>321</sup> usw.

Ungeachtet der Billigkeit im Einzelfall, liegt die Problematik der Rsp. gerade in dem Punkt, der von manchen als Vorteil betrachtet wird: Der Erreichung des gleichen Zieles der Rückabwicklung wie bei der Wandelung, aber unter Ausschaltung der strengen Verwirkungs- bzw. Verjährungsvorschriften von Art. 201 und 210 OR. Lässt man die Sachmängelhaftung und die Irrtumsanfechtung im Sinne einer elektiven Normenkonkurrenz wahlweise nebeneinander zu (Alternativität), so führt dies zu einer Umgehung von Art. 201, 210 und Art. 200 Abs. 2 OR. Man braucht diese Vorschriften für die Rückabwicklung

316 Vgl. vor allem MERZ, Sachgewährleistung und Irrtumsanfechtung, FS Guhl, 1959, S. 85 ff.; DERS., ZBJV 1974, S. 47; 1982, S. 131; CAVIN, in: Vischer (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht VII/1, 1977, S. 117 ff.; MEIER-HAYOZ, ZBJV 1987, S. 73 ff.; KRAMER, LJZ 1988, S. 1 ff.; SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht AT, 4. Aufl. 2006, N. 39.39 ff.; ebenso wohl auch GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Schweizerisches Obligationenrecht AT, Skriptum, Bd. I, 8. Aufl. 2003, N. 806 f.; zustimmend hingegen BK-GIGER, Vorbem. zu OR Art. 197 ff. N. 61 ff.; BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, AT ohne Deliktsrecht, 2. Aufl. 1988, S. 109 f.; KELLER/SIEHR, Kaufrecht, 3. Aufl. 1995, S. 107 f.; BAUDENBACHER/SPIEGEL, Die Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts zum Verhältnis von Sachmängelgewährleistung und allgemeinen Rechtsbehelfen des Käufers, FS Pedrazzini, 1990, S. 229 ff.; dagegen PETER HUBER, Irrtumsanfechtung und Sachmängelhaftung, 2001; s. auch D. WIEGAND, Vertragliche Beschränkung der Berufung auf Willensmängel, 2000, S. 24 ff.

317 BGE 82 II, S. 420; 114 II, S. 131. Dabei werden freilich usus fori und Gewohnheitsrecht verwechselt. Eine ständige Rsp. bildet noch kein Gewohnheitsrecht, denn es fehlt schon am consensus omnium und der opinio necessitatis. Dass die Rsp. nicht die Qualität von Gewohnheitsrecht hat, wird schon daraus ersichtlich, dass eine Änderung der Rsp. natürlich möglich wäre.

318 BGE 56 II, S. 426 – unechtes Bild von Léopold Robert; BGE 82 II, S. 420 – falscher van Gogh; BGE 114 II, S. 131 – falscher Picasso.

319 BGE 95 II, S. 409; 98 II, S. 20.

320 BGE 97 II, S. 45; 107 II, S. 421.

321 BGE 83 II, S. 18.

nach Irrtumsrecht nicht zu beachten. Gegen die Normenkonkurrenz spricht schon, dass das Gesetz die Verwirkung und Verjährung ausdrücklich nur bei Arglist entfallen lässt (Art. 203, 210 Abs. 3 OR), nicht schon bei Irrtum.

Die Annahme einer Normenkonkurrenz wäre diskutabel, wenn dem Sachmängelrecht ein eigenständiger Anwendungsbereich bliebe, d.h., wenn es nur ein Teilgebiet gäbe, in dem es sich mit dem Irrtum überschneidet. Ein Zusammentreffen verschiedener Rechtsbehelfe ist immer dann unschädlich, wenn beide dieselbe Rechtsfolge anordnen. Sind sie hingegen verschieden, so wird die speziellere Norm illusorisch, wenn man Normenkonkurrenz zulässt. Gerade für diesen Fall will ja das Prinzip der Spezialität, der alte Satz *lex specialis derogat legi generali*, verhindern, dass die speziellere Norm mit den besonderen Modalitäten ihren Anwendungsbereich verliert. Wer z.B. einen Posten Jaffa-Orangen gekauft und die Untersuchung und Rüge versäumt hat, kann immer noch anfechten, wenn die Orangen verfault sind. Wer einen Occasionswagen kauft, kann auch nach Jahren noch anfechten, wenn sich herausstellt, dass es sich um einen Unfallwagen handelt.

Schliesslich ist die Judikatur inkonsequent: Beim Viehkauf wird nämlich die Irrtumsanfechtung durch das Sachmängelrecht ausgeschlossen<sup>322</sup>. Sachlich und methodisch lässt sich diese Differenzierung nicht rechtfertigen.

Ein letztes Argument gegen die Zulassung einer elektiven Konkurrenz lässt sich aus dem umgekehrten Fall gewinnen, in welchem dem Verkäufer, der den Mangel auch nicht kennt, die Berufung auf Grundlagenirrtum ebenfalls gestattet werden müsste. Das kommt freilich nicht ernsthaft in Betracht, sonst könnte er auf einfachem Wege die Schadensersatzhaftung nach Art. 208 Abs. 2 und 3 OR umgehen. Er müsste nur das negative Interesse ersetzen (Art. 26 OR), und auch dies, anders als nach Art. 208 Abs. 2 OR, nur bei Verschulden.

In der deutschen Doktrin ist es völlig unbestritten, dass die Sachmängelhaftung (§§ 434 ff. BGB) die Irrtumsanfechtung (§ 119 BGB) ausschliesst<sup>323</sup>. Für Exklusivität des Sachmängelrechts hat sich neuerdings auch die französische Cour de Cassation entschieden<sup>324</sup>. Hingegen ist die h.L. im österreichischen und im italienischen Recht die gleiche wie im schweizerischen<sup>325</sup>.

## 2. Haftung für Mangelfolgeschäden auch ohne Verschulden

Eine Haftungsausweitung im Gewährleistungsrecht stellt ein Urteil zu Art. 208 dar. BGE 133 III, S. 257 – Mülleramazonen<sup>326</sup> bejaht zu Unrecht den Ersatz von

322 BGE 70 II, S. 50; 111 II, S. 70 f.; obiter auch BGE 114 II, S. 131, S. 134, E. 1.

323 Vgl. statt aller MünchKomm/WESTERMANN, § 459 Rn. 83 ff.

324 Vgl. PETER HUBER, Der Irrtum über die Echtheit von Kunstgegenständen im französischen Recht, Entscheidung der Cour de Cassation vom 7. November 1995, ZEuP 1997, S. 1142.

325 Ausführlich zur Rechtsvergleichung KRAMER, Der Irrtum beim Vertragsschluss – eine weltweit rechtsvergleichende Bestandsaufnahme, 1998, S. 148 ff.; dort auch zu weiteren Ländern.

326 Mit abl. Anm. HONSELL, recht 2007, S. 154 ff.

Mangelfolgeschäden auf Grund der Kausalhaftung von Abs. 2. Im Fall des BGer hatte der Verkäufer Papageien importiert und diese vorschriftsmässig während 90 Tagen in Quarantäne gehalten. Danach übergab er zwei Vögel an den Käufer, wo das Pacheco-Virus ausbrach und den gesamten Vogelbestand im Wert von 2 Mio. CHF vernichtete. Dem Verkäufer war kein Vorwurf zu machen, aber das BGer subsumierte den Fall einfach unter Abs. 2, der kein Verschulden voraussetzt. Es stellte irrig auf die Länge bzw. Intensität der Kausalkette ab, die es für kurz hält, weil ausser dem Fehler nichts weiter nötig sei als der Gebrauch. In Wahrheit ist dieser Ansatz zur Definition der Begriffe *unmittelbar* oder *direkt* unbrauchbar. Die Begriffe bezeichnen die zeitliche Länge oder den räumlichen Abstand. Die räumliche Differenzierung findet sich im deutschen Recht: Unmittelbare Schäden entstehen an der Kaufsache selbst, mittelbare an anderen Rechtsgütern des Käufers, so dass Mangelfolgeschäden selbstverständlich mittelbare Schäden sind, die unter Art. 208 Abs. 3 OR fallen. Dies ist allein sachgerecht, denn die verschuldensunabhängige Gewährleistung des Abs. 1 und 2 betrifft nur die Wandlung und die Transaktionskosten. Für die Subsumtion der Mangelfolgeschäden unter Abs. 3 spricht auch die Verwandtschaft der Fälle zur sog. positiven Vertragsverletzung, die ebenfalls Verschulden voraussetzt (Art. 97 OR analog). Dies gilt für alle Fälle von Leistungsstörungen (mit Ausnahme der Sachmängelhaftung), z.B. für den Werkvertrag (Art. 368 Abs. 1 OR), für den Arbeitsvertrag und den Auftrag. Auch im Mietrecht werden Mangelfolgeschäden nur bei Verschulden ersetzt (Art. 259e OR). Für den Kauf sollte nichts anderes gelten. Zu diesem Ergebnis gelangt man ganz von selbst, wenn man die Mangelfolgeschäden unter Abs. 3 subsumiert. Ein weiteres Argument ist es, dass das Produkthaftungsgesetz eine verschuldensunabhängige Haftung nur für den Hersteller und den Importeur kennt. Es wäre systemwidrig, den Verkäufer, der nicht selbst hergestellt hat und den auch sonst kein Verschulden trifft, für Mangelfolgeschäden kausal haften zu lassen.

## J. Die Zukunft des Privatrechts<sup>327</sup>

Eine Gruppe von Professoren arbeitet an einem neuen Allgemeinen Teil. Über den Inhalt dieser Reform ist noch nichts an die Öffentlichkeit gedrungen. Gleichwohl erweckt ein solches Projekt eher Skepsis, denn das OR bedarf zwar punktueller Korrekturen, aber keiner grundlegenden Erneuerung. Hüten sollte man sich jedenfalls vor einem Gesetzbuch nach dem Vorbild der EU.

Im Vordergrund der Überlegungen in der EU steht ein europäisches Vertrags- und Haftungsrecht. Zum Vertragsrecht gab es Entwürfe der sog. Lando-

---

327 Zum Folgenden HONSELL, Die Zukunft des Privatrechts, ZSR 2007, S. 219 ff.



Kommission<sup>328</sup> und der Pavia-Gruppe<sup>329</sup>. Im Moment favorisiert die EU das scheinbar bescheidenere Projekt eines Common Frame of Reference<sup>330</sup>, eine Art Werkzeugkasten, zu dem die sog. Study- und die Acquis-Group einen gemeinsamen Entwurf<sup>331</sup> vorgelegt haben. Dieser ist in Wahrheit keine «toolbox», sondern eine Kodifikation des Vertrags-, Delikts- und Sachenrechts, die gelegentlich zu stark den angelsächsischen Vertrags- bzw. Gesetzesstil annimmt (z.B. mit allgemeinen Definitionen oder kasuistischen Kautelen) und in deren Zentrum der Konsumentenschutz steht (mit dem bekannten Arsenal von Informationspflichten, Widerrufsrechte, Diskriminierungsverboten usw.). Die kritiklose Integration dieses privatrechtlichen Aquis, ebenso wie die Lokalisierung des Projekts bei der Generaldirektion für Gesundheit und Verbraucher zeigen eine frappante Fehleinschätzung der Bedeutung und Tragweite eines europäischen Zivilgesetzbuches, das nicht aus der Fortschreibung der sog. EU-Politiken bestehen sollte, sondern aus einer sorgfältigen Bestandsaufnahme des Europäischen Droit Romain Privé. Ausserdem wird damit das Pferd vom Schwanz aufgezäumt. Denn es liegt auf der Hand, dass die Rechtsvereinheitlichung im Binnenmarkt beim Obligationen- und Handelsrecht beginnen müsste, nicht bei einer Verallgemeinerung des Verbraucherrechts und anderen Erfindungen der sog. EG-Politiken. Auch die Rechtsvereinheitlichung im 19. Jhdt. nahm ihren Anfang mit dem Handels- und Obligationenrecht. Die Gegner eines europäischen Zivilgesetzbuches orten auch eine Lücke bei der Rechtssicherheit, die entsteht, bis es zu dem neuen Gesetz genügend Judikatur gibt. Sie verweisen darauf, dass das geplante optionale Gesetzbuch kaum Chancen habe, sich durchzusetzen. Auf das Pro und Contra eines europäischen Zivilgesetzbuches kann ich hier nicht eingehen.

Freilich böte ein Europäisches Zivilgesetzbuch im Hinblick auf die gemeinsamen Wurzeln im europäischen ius commune die Chance für die Erhaltung des dogmatischen Niveaus der europäischen Zivilrechtsordnungen, welches die EU-Richtlinien zum Privatrecht, aber auch der Common Frame of Reference vermissen lassen.

Die gemeinsamen Wurzeln des Europäischen Privatrechts liegen im römisch-gemeinen Recht. Dies gilt namentlich für Kontinentaleuropa, aber, in geringerem Masse, auch für das englische Common Law und das schottische Recht. Auch hier finden sich mehr römische Elemente<sup>332</sup> als man gemeinhin

328 Vgl. LANDO/BEALE (Hrsg), Principles of European Contract Law Parts I and II, 2000.

329 Academy of European Private Lawyers, European Contract Code-Preliminary draft, 2001.

330 S. dazu die Kritik von WOLFGANG ERNST, Europäische Rechtskultur, Symp. Honsell, 2009, S. 109 ff.

331 Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR) 2008; darauf kann hier nicht näher eingegangen werden; krit. etwa EIDENMÜLLER/FAUST/GRIGOLEIT/JANSEN/WAGNER/ZIMMERMANN, JZ 2008, S. 529.

332 Vgl. ZIMMERMANN, JZ 1992, S. 8, S. 15 m.w.Nw.; STEIN, Rechtshistorisches Journal 1993, S. 274 f.

annimmt. Voraussetzung eines European Civil Code wäre also ein back to the roots, eine Bestandsaufnahme des integrativen Basisanteils von Gemeinsamkeiten des römischen Privatrechts. Das wäre der eigentliche common core eines zukünftigen europäischen Privatrechts<sup>333</sup>. Auf ein solches Projekt kann man jedoch nicht hoffen, weil die heutigen Rechtsvergleicher zu einer vertikalen Rechtsvergleichung auf der Basis des römisch-gemeinen Rechts nicht in der Lage sind oder kein Interesse daran haben. Auch die Principles der Lando-Kommission orientieren sich mehr an dem US-amerikanischen restatement on contracts und an den Unidroit Principles als an der eigenen Rechtsgeschichte.

Das Obligationenrecht in der Gestalt, die ihm das liberale Bürgertum im 19. Jhdt. auf der Grundlage des römischen Rechts gegeben hat, ist die viva vox iuris civilis, eine wesentliche Konstituante unserer Rechtskultur, die wir nicht leichtfertig aufs Spiel setzen sollten. Dazu gehört auch die Privatautonomie. Die Freiheit in der modernen Zivilgesellschaft ist ein hohes Gut. Sie ermöglicht, wie FRIEDRICH V. HAYEK formuliert hat, das Zusammenleben der Menschen in einer pluralistischen Gesellschaft, ohne Zwang zur Einigung auf gemeinsame Ziele<sup>334</sup>. Solche Ziele sollten im Rahmen der sozialen Marktwirtschaft nur formuliert werden, wenn dies zur Verwirklichung echter Schutzzwecke notwendig ist. Nur so hält der Gesetzgeber die rechte Mitte zwischen Freiheit des Individuums und sozialer Gerechtigkeit. Alt Bundesrat KURT FURGLER<sup>335</sup> hat dies treffend formuliert: «Die moderne Entwicklung des Privatrechts lässt sich verstehen als der dauernde Versuch, den richtigen Ausgleich der Interessen des Einzelnen und der Interessen der Gesamtheit als Schicksalsgemeinschaft herzustellen und zwar dadurch, dass einem jeden die Bewegungsfreiheit gewährt und gewährleistet wird, die sich mit dem gleichen Anspruch der anderen in Einklang bringen lässt.»

## K. Zusammenfassung. Desiderata

### I. Entstehung des OR

Das OR war die erste Kodifikation der neuen Eidgenossenschaft von 1848 und es ist noch heute eines der modernsten Zivilgesetzbücher Welt. Das OR von 1911, das am 30. März dieses Jahres hundert Jahre alt geworden ist, ist trotz mancher Änderungen vor und nach 1911 immer noch mit dem alten OR von

333 Das hat offenbar mit dem sog. Common Core of European Private Law Project nichts zu tun. Die Trento Gruppe betreibt Rechtsvergleichung und orientiert sich nicht am römischen Recht, s. näher <<http://www.jus.unitn.it/dsg/common-core/home.html>>.

334 v. HAYEK, Recht, Gesetzgebung und Freiheit II, Die Illusion der sozialen Gerechtigkeit, 1981, S. 151; zustimmend ZÖLLNER, Die Privatrechtsgesellschaft im Gesetzes- und Richterstaat, 1996, S. 49.

335 In: 100 Jahre schweizerisches Obligationenrecht, Le Centenaire des Code des Obligations, 1982, S. 516.

1881/83 identisch, dessen wesentlicher Inhalt nicht verändert wurde. Dieses Gesetz wurde vor 130 Jahren beschlossen. Der eigentliche Schöpfer dieses grossen Werkes war der Berner Professor WALTHER MUNZINGER.

Das OR beruht wie das BGB wesentlich auf dem Dresdner Entwurf, der eine gelungene und relativ originalgetreue Kodifizierung des römisch-gemeinen Rechts war. Dadurch erklärt sich die enge Verwandtschaft des OR mit dem BGB.

Das OR hatte auf etliche Kodifikationen anderer Länder Einfluss. Dazu zählen Italien, Griechenland, Liechtenstein, Ungarn, Mexiko und Montenegro. Auch das chinesische Gesetzbuch von 1929 ist vom ZGB und OR geprägt. Einflüsse lassen sich auch im Vorderen Orient und in Nordafrika nachweisen. Ein Sonderfall ist die Türkei, wo man 1926 im laizistischen Staat des Kemal Atatürk das ZGB und das OR (ohne das Gesellschaftsrecht) en bloc rezipiert hat.

## **II. Charakteristika des OR**

Die augenfälligste und am meisten beschriebene Besonderheit des schweizerischen Obligationenrechts ist das System des Code unique, die Integration des Handels-, Gesellschafts- und Wertpapierrechts ins OR. Italien ist der Schweiz hierin gefolgt. Deutschland und Frankreich haben ein getrenntes HGB, bzw. einen Code de Commerce.

In allgemeinen Charakterisierungen wird die Volkstümlichkeit, die begriffliche Klarheit und Einfachheit des Gesetzes gelobt. Dies gilt für das schweizerische ZGB, aber auch für das OR. Das OR ist ein Werk von schlichter Einfachheit und gleichzeitig von imponierender Grösse.

Es ist in Sprache, Begriffs- und Systembildung weniger streng und technisch als das BGB, was seiner Lesbarkeit sehr zustatten kommt, gelegentlich aber auch mit gewissen Ungenauigkeiten verbunden ist. Auch in der Verwendung abstrakter Begriffe ist das OR zurückhaltender als das BGB. Es enthält z.B. nur einen Allgemeinen Teil des OR und keine allgemeine Rechtsgeschäftslehre.

Für das OR ist weiter eine gewisse Elastizität und Flexibilität typisch, die dem Richter ausdrücklich ein Ermessen einräumt. Dabei macht jedoch das OR von Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen einen sehr massvollen Gebrauch. Es beschränkt sich auf historisch erprobte Begriffe wie «Treu und Glauben» und «gute Sitten». Im Vergleich enthalten EU-Richtlinien meist nur Leerformeln wie angemessen, legitim, wichtig usw.

Die Tatbestände des OR sind geprägt von einem relativ hohen Abstraktionsniveau. Dies birgt die Gefahr einer falschen Verallgemeinerung des zugrunde liegenden historischen Materials. Mit steigendem Abstraktionsgrad ist eine zunehmende Inhaltsleere der Begriffe verbunden. Dies fördert einmal die Tendenz, dass die abstrakt-generelle Norm ein zu weites Anwendungsgebiet erhält. Es bedeutet zum anderen fehlende Anschaulichkeit und Lebensnähe. Andererseits bewirkt der relativ hohe Abstraktionsgrad des OR eine enorme Anpas-

sungsfähigkeit an veränderte technische oder ökonomische Verhältnisse. So decken etwa die Vertragstypen des Besonderen Teils alle wesentlichen Lebenssachverhalte ab. Obwohl im OR Typenfreiheit herrscht, sind seit dem Inkrafttreten des OR kaum neue Verträge erfunden worden, denn das Gesetz hält auf relativ hoher Abstraktionsebene doch für fast alle wirtschaftlichen Bedürfnisse Regelungen bereit. Neue Innominatverträge sind meist nur Mischformen der klassischen Vertragstypen des OR. Diese reichen auch im Internetzeitalter zur Erfassung neuer Phänomene aus.

### **III. Entwicklung im 20. Jahrhundert**

Die Anpassung des OR an die sozialen Bedingungen einer modernen Gesellschaft betraf vor allem das Arbeits- und Mietrecht. Sie erfolgte überwiegend durch zwingendes Recht und durch asymmetrische Regelungen, mit denen die strukturell schwächere Partei geschützt wird. Während die Details dieser Rechtspolitik im Arbeitsrecht heute mehr oder weniger gefestigt und ausser Streit sind, ist dies im Mietrecht, wie die gescheiterten Revisionsversuche der letzten 10 Jahre zeigen, nicht der Fall. Der wesentliche Kern der Mietrechtsreform besteht in einem Kündigungsschutz und einer Mietzinsregulierung, welche den Mietzins an den Hypothekarzins knüpft und mit nicht begründeten pauschalen Annahmen arbeitet. Begründet werden diese Massnahmen mit der existenziellen Bedeutung des Wohnens. Entscheidend ist indes nicht dieser Aspekt, sondern die Knappheit von Wohnraum, welche namentlich in den Ballungsgebieten zu einer Störung des Marktes mit dem bekannten Phänomen von Grundstücksspekulation und überhöhten Mieten geführt hat. Die richtige politische und ökonomische Antwort hierauf liegt in der Schaffung geeigneter Rahmenbedingungen für den Wohnungsbau, verbunden mit einer Subjektförderung (Mietbeihilfen). Kernpunkte der jüngsten Revisionsbestrebungen waren die Einführung von Vergleichsmieten sowie die Abkoppelung der Mietzinse vom Hypothekarzins und ihre Anbindung an den Landesindex der Konsumentenpreise.

### **IV. Kontaminierung des OR durch Europarecht**

Zunehmenden Einfluss gewinnt das EU-Recht. Von ihm ist die Schweiz im Rahmen der bilateralen Abkommen betroffen, doch tut sie mit dem autonomen Nachvollzug ein Übriges zur Einführung unüberlegter Neuerungen aus Brüssel. Die Bestrebungen der Schweiz, bei Revisionen des OR und des Privatrechts auf Europakompatibilität zu achten, beruht auf einer unkritischen Haltung zu den Brüssler Gesetzgebungsaktivitäten, welche die Frage nach der politischen Sinnhaftigkeit und der legislatischen Qualität von EU-Importen ausblendet. Die Forderung nach Europakompatibilität kann uns weitere wenig durchdachte Regelungen bescheren, wie der Fernabsatz-RL, der Verbrauchsgüterkauf-RL, aber

auch der Antidiskriminierungs-RL. Man hält das Privatrecht der Union für modern und zukunftstauglich. – Ein gravierender Irrtum. In Wahrheit tangiert das europäische Recht die Zukunft des Privatrechts durch eine planlose und legislatisch schlechte Gesetzgebung über meist eher marginale Regelungsgegenstände, die man in Brüssel als Politikfelder besetzt hat und häufig ohne hinreichende Gesetzgebungskompetenz verfolgt. Das Europäische Umfeld der Schweiz verabschiedet sich mehr und mehr von der Privatautonomie. Der EU-Gesetzgeber achtet kaum auf Präzision, was in den Mitgliedstaaten zu einer allmählichen Kontamination der Privatrechtsdogmatik führt. Das zeigen schlecht formulierte, oft seitenlange Vorschriften, ungenaue Begriffe, fragmentarische und isolierte, «inselhafte» Regelungen eines beliebig wirkenden Aktionismus ohne Anspruch auf eine systematische Erfassung der zu regelnden Komplexe. Durch die Gesetzesflut ist das Europarecht völlig unübersichtlich geworden. Im Verhältnis zum Recht der Mitgliedstaaten ist eine undurchsichtige Gemengelage entstanden, eine Legalunordnung von europäischem und nationalem Recht. Das Europarecht hat einen Grad an Komplexität erreicht, der zu den meist einfachen Regelungsgegenständen ganz ausser Verhältnis steht und durch unbegreifliche Kompetenzüberschreitung, schlampige Legistik, ein zuviel an Lobbying, divergierenden Interessen und Minimalkompromissen (usw.) verursacht ist. Dabei gewinnt man den Eindruck, dass Privatrecht, Konsumentenschutz und Wettbewerbsrecht (usw.) für die Kommission auch deshalb ein beliebter playground sind, weil dort von den Mitgliedstaaten weniger Widerstand kommt als z.B. bei Agrarsubventionen oder Fischfangquoten. Auch ist eine gewisse Profilierungssucht einiger Generaldirektionen, wie z.B. der für Verbraucherschutz oder für Wettbewerb unverkennbar. Ohne Übertreibung kann man von einer Regulierungshybris der Kommission sprechen, der vom Ministerrat zu wenig entgegengesetzt wird. Vor allem fehlt der EU eine Rechtskultur, in der Kompetenzen nicht nach politischer Beliebigkeit und Zufall begründet werden. Oft werden sie von der Kommission usurpiert, vom Rat nicht verhindert und vom EuGH bestätigt. Das Gericht, das in der Anfangszeit beim Abbau von Handelshemmnissen Pionierleistungen erbracht hat, man denke z.B. an *Cassis de Dijon*, trägt heute zu dem beklagenswerten Zustand des Rechts in der EU erheblich bei.

## V. Konsumentenschutz

Am wenigsten überzeugt der Konsumentenschutz, der nicht auf die individuelle Schutzbedürftigkeit, sondern auf die Rolle des Konsumenten abstellt. Der EU-Konsumentenschutz geht von einem starken Unternehmer und einem schwachen Verbraucher aus. Die Prämisse einer besonderen Schutzbedürftigkeit des Verbrauchers hat sich indes als wenig fundiert erwiesen. Dasselbe gilt für das Schlagwort von der strukturellen Unterlegenheit. Weniger hierauf kommt es an, als auf Alternativen am Markt, zwischen denen der Verbraucher wählen kann. Ein paternalistisches Modell traut dem Bürger kein eigenes Urteilsvermögen zu



und will ihn vor allen irgendwie erdenklichen Nachteilen schützen. Bewerksichtigt wird der Schutz mit asymmetrischen Regelungen, einseitig zwingenden Normen, mit Widerrufsrechten und Informationspflichten. Ein Zuviel an Information überfordert den Verbraucher und hält ihn nicht vom Abschluss nachteiliger Verträge ab, sondern führt nur ex post zu dem gewünschten Schutz, wenn an die verletzte Informationspflicht eine Schadenersatzpflicht geknüpft wird. Dies ist offenbar auch der hauptsächliche Zweck, und deshalb haftet der Konstruktion etwas Unehrlisches an. Zu wenig bedacht wird weiter, dass alle Rechtsvorteile die Kosten der Produkte erhöhen, was am Ende von den Konsumenten bezahlt werden muss. Verschuldensunabhängige Produkthaftung, Widerrufsrecht goods in hand, Verbot des Gewährleistungsausschlusses selbst für gebrauchte Sachen<sup>336</sup>, 2 Jahre Garantie für neue und wenigstens 1 Jahr für gebrauchte Sachen, dies und anderes mehr verteuert die Waren für alle, auch für diejenigen, die günstigere Preise solchen juristischen Vorteilen vorziehen würden.

Es gibt auch einige sinnvolle Projekte des Konsumentenschutzes, z.B. Pläne zur Bekämpfung der zunehmenden Verbraucherverschuldung, die der Gesetzgeber nicht weiterverfolgt hat. Zu Zahlungsschwierigkeiten kommt es namentlich in unverschuldeten Notfällen, wie Krankheit, Arbeitslosigkeit oder Ehescheidung. Zur Einführung eines Privatkonkurses hat sich der Gesetzgeber anlässlich der letzten Novellierung des SchKG nicht entschliessen können. Andere Länder haben nach amerikanischem Vorbild eine Restschuldbefreiung eingeführt. Bei dieser neuen Form eines privaten Konkurses muss der Schuldner die verfügbaren Einkünfte 7 Jahre lang an einen Treuhänder abliefern. Verhält er sich während dieses Zeitraums loyal, so wird er von der Restschuld befreit. In der Schweiz begnügt man sich mit dem Schutz des Existenzminimums nach dem SchKG und versteckt sich hinter dem ordo-liberalen Credo: Geld muss man haben<sup>337</sup> – soll heissen: Das Privatrecht kann auf Geldmangel keine Rücksicht nehmen, ob unverschuldet oder nicht.

Zur gesetzlichen Normierung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die auch zum Thema Konsumentenschutz gehören, aber darüber hinaus reichen, konnte sich der Gesetzgeber bislang ebenfalls nicht entschliessen. Die Kontrolle von AGB ist immer noch Richterrecht. Es fehlt eine Inhaltskontrolle nach Art. 19 und 20 Abs. 1 OR (öffentliche Ordnung, Sittenwidrigkeit) mit (gegenüber Individualvereinbarungen) verschärften Anforderungen an AGB. VE-VVG, enthielt einen Art. 20a OR, wonach vorformulierte allgemeine Vertragsbedingungen unwirksam sind, wenn sie vom gesetzlichen Leitbild ab-

336 Der Gewährleistungsausschluss ist nach Art. 7 I 1 VerbrGK-RiL generell unzulässig. Die Geltung dieses Verbots selbst für gebrauchte Sachen ist der grösste Missgriff. BGH NJW 1978, S. 261 hatte den Gewährleistungsausschluss bei Gebrauchtwagen zu Recht für ein Gebot wirtschaftlicher Vernunft gehalten.

337 S. HONSELL, Vier Rechtsfragen des Geldes, FS Canaris, 2007, S. 461, S. 464; DERS. FS Lange, S. 509, S. 511; MEDICUS, AcP 188 (1988), S. 489 ff.; einschränkend für Sonderfälle zu Unrecht BGE 60 II, S. 339; 76 II, S. 378.

weichen und den Vertragspartner unangemessen benachteiligen. Eine solche Generalklausel für einseitig diktierte Verträge wäre wünschenswert. Sie ist nicht auf den Konsumentenschutz beschränkt und der Problemlösung durch einseitig zwingendes Recht grundsätzlich überlegen, weil sie an die Stelle der Nichtigkeit die Anpassung setzt und flexiblere Lösungen ermöglicht.

Ein weiteres lohnendes Betätigungsfeld für den Gesetzgeber wäre schliesslich eine Kontrolle der oft undurchsichtigen und verwirrenden Preisgestaltung vieler Dienstleister, wie Airlines Strom- oder Telefongesellschaften. Korrekturbedürftig ist z.B. die unübersichtliche Vielzahl ganz unterschiedlicher Preise für dieselbe Leistung, die je nach Vorausbuchung und Flugzeit, um mehrere 100% differieren. Das früher gültige Erfordernis eines *pretium certum* und einer klaren Preisauszeichnung hat man im Internetzeitalter aus den Augen verloren.

## VI. Antidiskriminierung im Privatrecht

Besonders negativ zu beurteilen ist die Vermengung des Privatrechts mit öffentlichem Recht und Strafrecht und die Anreicherung des Privatrechts mit Diskriminierungsverboten. Mit der Vertragsfreiheit in der Gestalt der Abschluss- und der Inhaltsfreiheit ist auch die Privatautonomie bedroht. Hierher gehören zunächst verschiedene EU-Antidiskriminierungsrichtlinien (betreffend Rasse, ethnischer Herkunft, Religion, Weltanschauung, Behinderung, Alter oder sexuelle Orientierung) mit denen die Partnerwahlfreiheit eingeschränkt wird. Z. B. ist ein generelles Diskriminierungsverbot wegen des Geschlechts beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen bzw. bei Massengeschäften keinesfalls nachahmenswert. Eine Entscheidung des EuGH verlangt jetzt sogar von den Versicherungen geschlechtsneutrale Verträge. Es ist aber nicht einzusehen, warum im Hinblick auf die höhere Lebenserwartung die Prämien einer Pensionsversicherung für Frauen nicht höher sein dürfen als für Männer und umgekehrt bei der Risikolebensversicherung niedriger. Die Gretchenfrage, die sich der EuGH nicht stellt, lautet in diesem Kontext, ob auch eine «reasonable discrimination» verboten sein soll. In Wahrheit kam man nämlich nicht bei dem formalen Gleichheitsbegriff des EuGH stehen bleiben, sondern muss rational begründete Unterscheidungen zulassen. *Qui bene distinguit bene iudicat*. Wegen einer in Brüssel ausgebrüteten, weitgehend sinnfreien politischen Idee müssen in 27 Ländern zahllose Vorschriften geändert werden und hunderte von Versicherungen müssen Millionen Verträge und Tarife neu gestalten. Das Ergebnis ist, dass jedenfalls die Prämien steigen werden. Als nächstes kommt Luxemburg vielleicht auf die Idee, den Coiffeuren unterschiedliche Preise für den Damen- und Herrenhaarschnitt<sup>338</sup> zu verbieten. Die EU hat noch eine ganze Reihe weiterer Diskriminierungsverbote erlassen, von denen das Verbot der Altersdiskri-

---

338 Dazu RATH/RÜTZ (Fn. 104), S. 1498.

minierung besonders unklar ist, denn es gibt zahlreiche Altersstufen im Recht, die bislang niemand als Diskriminierung wahrgenommen hat. Die mit den Diskriminierungsverboten einhergehende Motivkontrolle zwingt zu unehrlichen Begründungen und vermehrt die Zahl der Prozesse. In Deutschland befürchtet man missbräuchliche Diskriminierungsklagen, das sog. AGG-Hopping, bei dem sich Personen zum Schein auf Stellenausschreibungen mit diskriminierendem Text bewerben, um Schadenersatz zu kassieren. Es gibt Anwälte, die daraus einen Geschäftszweig gemacht haben. Wer z.B. in einem Inserat «Mitarbeiter für unser junges Team» sucht, hat schon 2 Diskriminierungen begangen, nämlich eine nach Geschlecht und eine nach Alter.

Die Schweiz hat mit der Übernahme dieser modischen Erfindungen erst begonnen. So gibt es nach Art. 5 Abs. 2 GlStG eine Entschädigung wegen Diskriminierung des Geschlechts bei der Stellenbewerbung. Auch wenn der Gesetzgeber, wie zu hoffen ist, auf die Übernahme der übrigen Diskriminierungsrichtlinien verzichtet, die neben dem Geschlecht auch Alter, Konfession, sexuelle Orientierung usw. betreffen, besteht ein Risiko in der seit der Nachführung der Verfassung leider verfassungsrechtlich verankerten mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte. Nach Art. 35 Abs. 3 BV haben die Behörden nämlich dafür zu sorgen, dass die Grundrechte, soweit sie sich dazu eignen, auch unter Privaten wirksam werden (Art. 8 Abs. 2 BV). Sie entfalten nach h.L. mittelbare Wirkung über die Generalklauseln, insb. Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) und die guten Sitten (Art. 20 OR). Dies könnte als Verfassungsauftrag zur Schaffung weiterer Diskriminierungsverbote verstanden werden.

## VII. Prävention und Strafe im Privatrecht

Ein zentraler Angriff auf die Privatautonomie ist die Etablierung systemfremder pöner Elemente, ein Trend, der von den USA und Europa ausgeht. Wie leicht Strafen im Privatrecht jeder rationalen Kontrolle entgleiten, sieht man an den US-amerikanischen punitive damages, die auch in die Milliarden gehen können und die jede Verhältnismässigkeit vermissen lassen. Strafen haben im Zivilrecht keinen Platz, weil sie ungerecht sind und in einem Recht unter Gleichen systemfremd, weil sie die Funktionsteilung zum Strafrecht nicht beachten und vor allem zu einer ungerechtfertigten Bereicherung des Geschädigten führen. Nach dem allein von der iustitia correctiva beherrschten Ausgleichsgedanken ist im Haftpflichtrecht nur der Schaden zu ersetzen, sonst nichts. Soziologisch könnte man unter spezialpräventivem Aspekt Strafe definieren als Erzeugung von Unlustgefühlen zum Zwecke der Verhaltenssteuerung. Der Begriff der Strafe wird zunehmend inflationär und falsch verwendet, z.B. wenn die Hersteller grösserer Autos Milliardenstrafen zahlen sollen, falls sie die von der EU festgesetzten CO<sub>2</sub>-Grenzwerte für den Flottenverbrauch nicht einhalten können, oder Mineralölkonglomerate, wenn sie nicht 10% Bioethanol absetzen, Aktiengesellschaften, wenn sie nicht eine bestimmte Frauenquote in Führungspositionen erreichen

usw. Beispiele für Strafe und Prävention im Europäischen Zivilrecht finden wir in den Antidiskriminierungsrichtlinien, beim Verbraucherkredit, in der Verzugsrichtlinie usw. Eine stereotype Formel lautet, die Sanktionen müssten wirksam, verhältnismässig und abschreckend sein. In der Schweiz ist die bedenklichste Initiative einer weiteren Prävention der Vorentwurf des Bundesgesetzes über eine Teilrevision des OR (Verzugszins), der neu einen Verzugszins im kaufmännischen Verkehr in Höhe von 10% vorsieht, statt der bisherigen 5% (Art. 104 Abs. 2 OR). Damit soll ein Anreiz zur pünktlichen Bezahlung der Rechnungen geschaffen werden. Im nichtkaufmännischen Verkehr sei hingegen eine Erhöhung des Verzugszinses eine untaugliche Massnahme, die lediglich das Problem der Überschuldung vieler Konsumenten verschärfen würde. Diese Argumentation ist unter dem Aspekt der Gleichbehandlung problematisch. Der Gesetzgeber hat übersehen, dass ein den Verzugszins übersteigender Zinsschaden bei Nachweis der Inanspruchnahme von Kredit als konkretes Interesse schon immer ersetzt wurde. Damit entfällt das Bedürfnis für eine über den Schadensausgleich hinausgehende Schadensprävention. Nach der unüberlegten Neuregelung muss man den höheren Schaden nicht mehr nachweisen, sondern erhält den erhöhten Zins als Strafschadenersatz. Der Schuldner zahlt die 10% aus präventiven Gründen, also als Strafe. Die geplante Neuregelung ist auch deshalb fragwürdig, weil der Schuldner die Zahlung meist nicht mutwillig verzögert. Der häufigste Fall ist der, dass er sich in Zahlungsschwierigkeiten befindet. Nicht selten ist es aber auch so, dass das Bestehen der Forderung streitig und ungewiss ist und deshalb eine gerichtliche Klärung herbeigeführt werden muss. Inzwischen haben die Zinsen einen Tiefststand erreicht und 5% abstrakter Verzugszins sind völlig ausreichend.

### **VIII. Einführung einer generellen relativen Verjährung von drei Jahren**

Ein anderes Projekt, von dem unbedingt Abstand genommen werden sollte, ist die generelle Einführung einer relativen, dreijährigen Verjährungsfrist. Obwohl diese in § 193 ff. BGB und in III.-7:03, 7:07 DCFR normiert ist, handelt es sich um eine krasse gesetzgeberische Fehlleistung. Dass der Schweizer Gesetzgeber sie nachahmen will, ist völlig unverständlich. Die Verjährung dient der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit. Sie sollte daher an klare und für die Parteien erkennbare Fakten anknüpfen und nicht an so unklare wie Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis des Gläubigers. Lediglich im Deliktsrecht ist eine relative Frist sinnvoll, denn die Kenntnis von Schaden und Schädiger betrifft einfache Fakten, so dass der Beginn der Frist leicht feststellbar ist. Schon bei einem Bereicherungsanspruch, bei dem auch juristische Kenntnisse bzw. die Aufklärung eines Rechtsirrtums über den Anfang der Frist entscheiden können, ist dies anders. Ausserdem ist die Frist zu lang. Im Deliktsrecht beträgt sie ein Jahr und man fragt sich, warum sie auf drei Jahre verlängert werden sollte; denn wenn der Gläubiger Schuldner und Forderung kennt, ist es zumutbar, den An-

spruch alsbald geltend zu machen. Die Reform brächte also auch in dieser Richtung eine Verschlechterung. Sinn macht lediglich die Abschaffung der relativen Verjährungsfrist im Bereicherungsrecht.

## **IX. Römische Elemente und historische Irrtümer**

Wie wir gesehen haben ist das OR ein pandektistisches Gesetzbuch auf der Basis des römisch-gemeinen Rechts. Die dogmatische Klarheit und Präzision des römischen Rechts hat das Schweizer OR entscheidend geprägt. Die wichtigsten Institutionen und Prinzipien sind die Obligation und das Privateigentum, das Prinzip von Treu und Glauben und der Satz *pacta sunt servanda*. Die Pandektenwissenschaft hat im Streben nach möglichst allgemein gültigen Sätzen vom konkreten Anschauungsmaterial des gemeinen Rechts abstrahiert, was nicht selten zu Fehlern geführt hat. Auch gab es, wie stets in den Wissenschaften, Irrtümer und Missverständnisse. Die Beispiele sind zahlreich. Sie finden sich z.B. in der deutschen Rechtsgeschäftslehre, bei welcher der Grad der Abstraktion besonders hoch ist und das Ausgangsmaterial auf konkrete Entscheidungen zum Kauf oder anderen Verträgen beschränkt war; ferner im Vertrags- und Haftpflichtrecht, bei Übereignung und Gefahrtragung, im Sachmängel- oder Bereicherungsrecht. Auf diesen Gebieten haben die Verallgemeinerungen des OR in der Folgezeit zu Schwierigkeiten bei der Rechtsanwendung geführt (oben G. III. 1.–12.).

## **X. Fortbildung des OR durch Richterrecht**

Abseits wünschenswerter sozialer Reformen oder unsinniger EU-Initiativen bezüglich Gleichheit und Strafen ist die Frage nach der Notwendigkeit einer Revision des Vertrags-, und Haftpflichtrechts differenziert zu betrachten. Im Vertragsrecht hat die Judikatur (nach Vorarbeiten der Literatur) oft Neuerungen eingeführt, die eigentlich Aufgabe der Gesetzgebung wären. Kodifiziert man die richterliche Rechtsfortbildung so unterbricht man einen lebendigen Prozess. Die Kodifikation bewirkt Diskontinuität und «historische Isolierung» (BUCHER). Sie unterbricht ein quasi organisches Wachstum. In Deutschland hat man mit der sog. Schuldrechtsmodernisierung von 2002, die überwiegend Richterrecht im BGB kodifiziert hat, wenig positive Erfahrungen gemacht. Dort sind wichtige Figuren der Rechtsfortbildung, wie positive Vertragsverletzung, culpa in contrahendo oder Geschäftsgrundlage gesetzlich neu geregelt worden, was zur Beendigung der organischen Entwicklung und gewissermassen zu einem Neustart geführt hat, wie wenn man einen Reset-Knopf drückt. Ausserdem wurde – was noch gravierender ist – auch nicht zu Ende Gedachtes in den Rang des Gesetzes erhoben. Richterliche Rechtsfortbildung erfolgt heute nicht nur durch Analogie, sondern auch im Wege der teleologi-



schen Reduktion. Beides ist im Rahmen des Art. 1 Abs. 2 ZGB, der nicht nur die Analogie erlaubt, sondern auch die teleologische Reduktion, gleichermaßen legitim.

Solange die Gerichte Gesetz und Recht in Einklang bringen, indem sie das Gesetz den Erfordernissen der Zeit und des Lebens anpassen, besteht im Grunde für eine Gesetzesrevision kein Bedarf und je kühner die Gerichte dabei vorgehen, umso weniger. Würden umgekehrt die Gerichte in der Rechtsfortbildung grössere Zurückhaltung üben, wäre der Ruf nach dem Gesetzgeber lauter.

Relativ weit hat sich die Rsp. zum Haftpflichtrecht von den gesetzlichen Bestimmungen des OR entfernt. Dabei hat eine erhebliche Haftungsausweitung stattgefunden, die oft als Verbesserung ausgegeben wird, weil sie den Geschädigten begünstigt. Nicht gesehen oder nicht thematisiert wird der Verlust an Privatautonomie und die Beschränkung der Handlungsfreiheit der Rechtsteilnehmer, die jeder neue Tatbestand mit sich bringt. Im Privatrecht gibt es ja nichts zu verschenken, und jede Besserstellung der einen Seite ist eine Verschlechterung für die andere. Dies betrifft sowohl die Vermehrung von Haftungstatbeständen als auch die Ausweitung des Haftungsumfangs. Es ist ein Grundgedanke unseres Haftpflichtrechts, dass jeder seinen Schaden selbst tragen muss, sofern nicht ein klarer Zurechnungsgrund für die Überwälzung auf einen Dritten gegeben ist: Der alte Grundsatz: *casum sentit dominus*. Die beiden Hauptvehikel der Ausweitung der Verschuldenshaftung sind überzogene Verkehrssicherungspflichten und Beweislastregeln, welche der Haftpflichtige nicht widerlegen kann.

Art. 41 OR, dessen Vorbild die Generalklausel von Art. 1382 Code civil war, wird von der ganz h.M. im Sinne des Aquilischen Systems und der Beschränkung des Schutzes auf absolute Rechtsgüter interpretiert. Dies impliziert, dass primäre Vermögensschäden und Vermögensschäden Dritter, von Schutzgesetzen abgesehen, nur bei Vorsatz ersetzt werden (Art. 41 Abs. 2).

Dieses sog. «Vorsatzdogma» wurde kontinuierlich aufgeweicht und durch eine Fahrlässigkeitshaftung verdrängt. Ob diese Entwicklung umkehrbar ist, kann bezweifelt werden.

Die Kriterien der Abgrenzung von Eventualvorsatz und grober Fahrlässigkeit, welche die h.L. verwendet, sind unklar. Danach handelt mit bedingtem Vorsatz, wer den schädigenden Erfolg als möglich erkennt und in Kauf nimmt. Bewusste (grobe) Fahrlässigkeit soll dagegen vorliegen, wenn der Handelnde darauf vertraut, der Schaden werde nicht eintreten. Diese Abgrenzung ist problematisch, weil Vorsatz und Fahrlässigkeit rechtsethisch und psychologisch nicht vergleichbar sind. Sie wird gleichwohl verwendet, weil sie der Judikatur einen breiten Beurteilungsspielraum eröffnet, was insb. eine Rolle spielt, wenn Vorsatz nahe liegt, aber als internes Faktum nicht bewiesen werden kann. Die grobe Fahrlässigkeit wird so zum Auffangtatbestand für nicht bewiesenen Vorsatz.

Ein anderes Beispiel für den Abschied vom Vorsatzdogma ist die neue Rsp. zur Delikts-Pauliana (Art. 288 SchKG). BGE 134 III, S. 452 lässt sogar bei ver-

tragungsgemässer Tilgung eines fälligen Darlehens durch den späteren Konkurschuldner die Absichtsanfechtung zu, weil das (bei Zahlungen in der Krise praktisch immer gegebene) Inkaufnehmen der Schädigung anderer Gläubiger als natürliche Folge der Zahlung genüge und weil es nicht erforderlich sei, dass der Schuldner die Benachteiligung anderer oder die Begünstigung einzelner Gläubiger geradezu bezwecke. Wer also in der *période suspecte* eine geschuldete Zahlung annimmt, wird wegen absichtlicher Gläubigerbenachteiligung haftbar gemacht.

Ein letztes Beispiel für die Aufweichung des Vorsatzdogmas ist die Absichtsanfechtung nach Art. 28 OR, wo nach heute ganz h.L. schon blosses Schweigen Arglist ist, sofern man nur nach Treu und Glauben hätte reden sollen. Die Auffassung, dass blosses Schweigen grundsätzlich noch keine Arglist begründet, erscheint nicht nur im Straf- und Steuerrecht, sondern auch im Zivilrecht vorzugswürdig. Man sollte den Tatbestand des Verschweigens bei Annahme einer Aufklärungspflicht aufgeben und Arglist wie im römischen Recht und den meisten anderen Rechtsordnungen nur bejahen, wenn der Tatbestand der Erregung oder Aufrechterhaltung eines Irrtums durch Vorspiegeln falscher oder Unterdrückung wahrer Tatsachen vorliegt. Verschweigen allein begründet dann im Allgemeinen keine Arglist. Die gegenteilige h.L. ist problematisch, weil an die Stelle des Verbots der Arglist ein Gebot des Handelns nach Treu und Glauben tritt und weil der rechtsethisches und psychologisch fundamentale Unterschied zwischen vorsätzlichem Betrug und bloss fahrlässiger Vermögensschädigung verwischt wird. Die Privatautonomie verlangt, dass sich jede Partei selbst um ihre Interessen kümmert. Dies schliesst es für den Regelfall aus, die eine Partei zum Interessenwahrer der anderen zu machen und ihr Aufklärungspflichten zum fremden Vorteil und eigenen Nachteil aufzubürden.

In der Arzthaftung hat das Bundesgericht kritiklos die deutsche Rsp. übernommen, nach der jeder ärztliche Heileingriff, also jede Art der ärztlichen Behandlung, die eine Veränderung des menschlichen Organismus bewirkt, rechtlich eine tatbestandliche, widerrechtliche Körperverletzung ist, die nur durch Einwilligung gerechtfertigt werden kann, so dass dann Haftpflicht und Strafbarkeit ausnahmsweise entfallen. Die Einwilligung ist aber nur wirksam, wenn der Patient voll aufgeklärt worden ist. Die unterlassene Aufklärung wird zum Auffangtatbestand für den nicht nachweisbaren Behandlungsfehler. Dies führt zu einer enormen Ausweitung der Arzthaftung und zu einem Handeln auf eigene Gefahr.

Eine Abweichung vom Haftungskonzept des OR ist auch beim Haftungsumfang zu beobachten. Obwohl Art. 43 OR ausdrücklich sagt, dass der Richter den Schadenersatz in freiem Ermessen nach den Umständen und insb. nach der Grösse des Verschuldens bestimmt, geht die ganz allgemeine Meinung von der MOMMSEN'schen Differenztheorie aus, die quasi eine Rechenformel sein soll, mit der man den ganzen Schaden ermitteln könne, der stets zu ersetzen sei. Die in dieser These zu Tage tretende mathematische Illusion ist unbegründet, weil

der Schadenersatz nicht errechnet werden kann, sondern durch wertende Zurechnung zu ermitteln ist. Das ist der richtige Kern des sog. normativen Schadensbegriffs, der in teilweiser Abkehr von dem Differenzschadensbegriff in Deutschland entwickelt wurde und sich auch in der Schweiz etabliert hat. Nicht beifallswert ist es indessen, wenn das Schlagwort benutzt wird, um abstrakt Ersatz für Schäden zu leisten, die so nicht eingetreten sind. Dies geschieht jedoch, wenn man die abstrakte Beeinträchtigung der Arbeitskraft als Schaden betrachtet und diese auch dann ersetzt, wenn keine Ersatzkraft eingestellt wurde. Das verstösst gegen das Kommerzialisierungs- bzw. Bereicherungsverbot. Der Geschädigte soll durch das Schadensereignis nicht ärmer werden, aber auch nicht reicher.

Nach h.L. soll jedoch unter dem Blickwinkel normativer Wertungsgesichtspunkte ein Nachteil auch dann ersatzfähig sein, wenn er sich nicht in einer Vermögensdifferenz manifestiert hat. Ein prominentes Beispiel ist der sog. Haushaltsschaden, den die Familie bei Verletzung oder Tötung der Frau auch dann ersetzt erhält, wenn sie keine Haushaltshilfe einstellt. Der Ersatz verstösst gegen das Kommerzialisierungsverbot.

## **XI. Desiderata**

Fragt man sich, welche Änderungen des OR notwendig oder wünschenswert sind, so ist zuerst die Desideraten-Liste<sup>339</sup> zu Rate zu ziehen, die BUCHER 1983 aufgestellt hat. Dort wird etwa Art. 21 und die geltungserhaltende Reduktion genannt. Inzwischen hat die Rsp. diesen Punkt erledigt. Auch eine klare Lösung der Rechtsfolge von Art. 23 ff. im Sinne der Anfechtungstheorie wäre wohl ohne Gesetzesänderung möglich; ebenso vielleicht eine Lockerung des starren Art. 107 mit seiner strikten Alternativität von Schadenersatz und Rücktritt. Inzwischen lässt auch § 325 BGB eine Kombination von Schadenersatz und Rücktritt zu, eine Lösung die § 921 ABGB schon seit der BGB-Novelle (sog. 3. Teilnovelle) von 1916 hat. Weitere, inzwischen ebenfalls erfüllte Desiderata von BUCHER sind das stellvertretende commodum nach dem Vorbild des § 281 BGB sowie die Zulässigkeit des Verzichts auf die Verjährung entgegen Art. 129 u. 141 OR. Nicht erfüllt ist die Entschärfung von Art. 201 dessen Prüfungs- und Rügelast selbst für Kaufleute zu streng ist, aber auch für Konsumenten gilt.

Nicht auf BUCHERS Liste, aber ebenfalls korrekturbedürftig, sind Art. 7 Abs. 3 (Schaufensterauslage als Angebot), Art. 51 Abs. 2 (Einbeziehung der Versicherer in die Regresskaskade), Art. 55 (culpa in eligendo), Art. 64 (Entreicherung), Art. 84 (antiquierte Regeln der Geldschuld), Art. 185 (periculum

---

339 ZSR 1983 II, S. 363 f.

emptoris), Art. 207 (mortuus redhibetur) und Art. 404 (Widerruf des Auftrags), um nur einige Beispiele zu nennen.

Man wird freilich nicht annehmen können, dass sich der Gesetzgeber um solche Details kümmert. Auch hier könnte allerdings in der Mehrzahl der Fälle das Bundesgericht helfen. Art. 1 stellt ohnehin richtig auf die Willensäusserung ab und wird nur von der h.L. nicht beachtet. Art. 51 Abs. 2 ist im Wesentlichen entschärft, wenn man die Versicherer nicht in den Regress einbezieht (vgl. oben A. II.). Die Einführung einer absoluten Frist bei Art. 31 und die Beseitigung der relativen Frist von Art. 67 ist ein dezisionistischer Akt, der ohne Gesetzgeber nicht möglich ist. Art. 185 und 207 müssten ebenfalls durch den Gesetzgeber korrigiert werden. Art. 404 könnte im Wege der teleologischen Reduktion auf den unentgeltlichen Auftrag beschränkt werden. Auch der von der Judikatur angenommene zwingende Charakter ergibt sich nicht aus dem Wortlaut des Gesetzes.

Die kausale Tradition bei Mobilien könnte durch die Rsp. korrigiert werden, nicht hingegen bei Immobilien, die in Art. 974 Abs. 2 ZGB gesetzlich verankert ist. Doch sollte man sich bei solch heiligen Kühen keine Illusionen machen.

## **XII. Ausblick**

Für die zukünftige Entwicklung des OR und die in ihm verkörperte Privatautonomie deuten die Zeichen auf eine Vermehrung zwingenden Rechts, zivilrechtlicher Strafen und Diskriminierungsverbote, welche die Freiheit der Individuen beschränken, ohne dass dem ein sozialer Nutzen oder ein Zuwachs an Gerechtigkeit gegenüberstünden. Die Freiheit in der modernen Zivilgesellschaft ist ein hohes Gut. Sie ermöglicht das Zusammenleben der Menschen in einer pluralistischen Gesellschaft, ohne Zwang zur Einigung auf gemeinsame Ziele. Solche Ziele sollten im Rahmen der sozialen Marktwirtschaft nur formuliert werden, wenn dies zur Verwirklichung echter Schutzzwecke notwendig ist. Nur so hält der Gesetzgeber die rechte Mitte zwischen Freiheit des Individuums und sozialer Gerechtigkeit.

