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: 137 (2018)

Artikel: Die Vertragsordnung : Rückblick und Ausblick

Autor: Ernst, Wolfgang

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896116

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: 13.10.2025

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

Die Vertragsordnung – Rückblick und Ausblick

WOLFGANG ERNST*

Und das Gesetz nur kann uns Freiheit geben.

J. W. Goethe

* Prof. Dr. iur. Dres. h.c., LL.M. (Yale), Professor of Civil Law, Oxford; Professor ad personam an der Universität Zürich.

Inhaltsverzeichnis

A. Zur Themenstellung . . . 8
B. Aus der Geschichte europäischer Vertragsordnungen . . . 10
I. Die Geschichtlichkeit allen Vertragsrechts . . . 10
II. Antikes römisches Recht . . . 11
III. Justinian . . . 15
IV. Ius Commune – Gelehrtes Vertragsrecht seit dem Hochmittelalter . . . 18
1. Das gelehrte Recht als Nährboden europäischer Rechtskulturen . . . 18
2. Zum Vertragssystem der Glossatoren . . . 19
3. Vertragsfreiheit und zwingendes Recht . . . 20
4. Die Trias essentialia, naturalia, accidentalia negotii . . . 22
5. Innominatverträge im Ius Commune . . . 23
6. Das Vermächtnis des gelehrten Rechts . . . 24
V. Von der spanischen Spätscholastik zum *usus modernus* der Kodifikationszeit 24
VI. Das Vertragsrecht in der Kritik der Pandektisten . . . 26
C. Die Vertragsordnung des Schweizer Rechts . . . 28
I. Die Vertragsordnung in der Entstehung des OR . . . 28
II. Elemente der geltenden Vertragsordnung . . . 31
1. Besondere Vertragstypen – Allgemeiner Vertragsbegriff . . . 31
2. Der allgemeine Vertragsbegriff des OR . . . 32
3. Der Innominatvertrag des OR . . . 33
4. Der Innominatvertrag und das Sachenrecht . . . 37
5. Das Schuldbekenntnis nach Art. 17 OR . . . 38
6. Zur Vertragsfreiheit aufgrund des Obligationenrechts . . . 41
III. Die Vertragsfreiheit in der Verfassungsordnung . . . 44
IV. Schweizer Vertragsrecht im Licht der Europäischen Menschenrechtskonvention 46
D. Tendenzen in Vertragspraxis und Vertragstheorie . . . 47
I. Kodifikation – kein veraltetes Modell . . . 47
II. Wandlungen des Vertragsrechts . . . 48
1. Konsumentenschutz . . . 48
2. Allgemeine Geschäftsbedingungen . . . 50
a. Allgemeine Geschäftsbedingungen – (k)ein Prüfstein der Vertragsfreiheit . . . 50
b. Dispositives Vertragsrecht: Leitbild der AGB-Kontrolle? . . . 50
3. Und immer wieder: die Vertragsäquivalenz . . . 53
4. Ausgeübte Vertragsfreiheit – ungetreue Geschäftsbesorgung? . . . 54
III. Aspekte der Vertragsordnungen in Nachbarländern . . . 55
1. Wettbewerb der Vertragsordnungen . . . 55
2. Angelsächsische Vertragsordnungen – ein Seitenblick . . . 56
3. Vertragsordnungen von Mitgliedsstaaten der Europäischen Union . . . 58
IV. Impulse der Vertragsrechtstheorie . . . 61
1. Der vollständige und der unvollständige Vertrag . . . 61
2. Materialisierung des Vertragsrechts? . . . 62
3. Elemente der Vertragsordnung in theoretischer Sicht . . . 64
a. Ein internationaler Diskurs . . . 64
b. Dispositives Vertragsrecht . . . 64
c. Zwingendes Recht: Die objektive Vertragsordnung als Regulierung? 66
V. «OR 2020» . . . 68
VI. Stellungnahmen . . . 69

E. Smart Contract: Vertrag der Zukunft? 71
I. Einleitung 71
II. Smart Contract und Vertragsrecht 74
1. Verschiedene Beteiligungsformen 74
2. Der Trägervertrag für den Smart Contract 75
3. Einzelfragen 77
a. Gerichtsfähigkeit 77
b. Gerichtsstand 78
c. Anwendbares Recht 78
d. Vertragsschluss 79
e. Typenqualifikation 80
f. Naturalia negotii für den Smart Contract? 82
g. Vollzug und Missbrauch 82
h. Ungerechtfertigte Bereicherung 83
III. Smart Contracts – Perspektiven für die Vertragsordnung 83
F. Schlussthesen 85

A. Zur Themenstellung

«Die Privatautonomie erfordert begrifflich die Rechtsordnung als Korrelat»,[1] so heisst es bei Werner Flume, dem grossen Verfechter der Privatautonomie im zwanzigsten Jahrhundert. Wir würden diese Erkenntnis heute dem ordoliberalen Zweig der neuen Institutionenökonomik zuordnen: Rechtliche Institutionen sind die Grundlage dafür, dass die Bürger ihre Verhältnisse mit dem verlässlichen Anspruch auf Gültigkeit selbst bestimmen können. Derjenige Teil der Rechtsordnung, der diese Aufgabe im Bereich des wirtschaftlichen Verkehrs erfüllen soll, ist das Vertragsrecht.

Die Privatautonomie im Vertragsrecht wird mit dem Begriff der Vertragsfreiheit angesprochen. Vertragsfreiheit wird dabei vorwiegend negativ verstanden, als Abwesenheit von Beschränkungen: Man ist grundsätzlich nicht verpflichtet, zu einem bestimmten Preis oder zu bestimmten Bedingungen abzuschliessen, und man ist grundsätzlich nicht verpflichtet, überhaupt oder mit bestimmten Personen zu kontrahieren. So berechtigt diese Sichtweise ist, bedarf sie doch der Ergänzung. Vertragsfreiheit vermag sich nur zu entfalten, weil die Rechtsordnung ein konkretes Vertragsrecht zur Verfügung stellt, durch dessen Gebrauch eine gültige Selbstbestimmung möglich wird. Dieser Beitrag will das schweizerische Vertragsrecht von diesem Blickwinkel aus betrachten. Es geht darum, inwieweit das Vertragsrecht der Schweiz der Aufgabe gerecht wird, selbstbestimmte Teilhabe am Verkehrsgeschehen in rechtlich gültiger Form zu ermöglichen, heute und in der Zukunft.

1 Werner Flume, Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl., Heidelberg/New York 1992, S. 1.

Die Vertragsordnung im engeren Sinne weist zahlreiche Elemente auf, die erst im Zusammenspiel das lebendige Vertragsgeschehen ermöglichen und bestimmen. Der Gesetzgeber ordnet das Vertragswesen durch eine Vielzahl von Parameter: Der Mechanismus des Vertragsschlusses mit allfälligen Formerfordernissen, die Typenordnung und das mit der Typenordnung verbundene, dispositive Recht, die Regeln über die Leistungsstörungen, also die Fälle, in denen die vertragliche Vereinbarung nicht eingehalten wird; daneben bestehen zwingende Vorgaben, über die sich die Vertragsparteien nicht hinwegsetzen können. Abgesehen von dieser eigentlichen Vertragsordnung kommt es weiterhin auf eine Reihe anderer Elemente des Rechtswesens an, die in der Lebenswirklichkeit integral mitwirken müssen, wenn freiheitliches Verkehrsgeschehen rechtlich abgesichert werden soll. Vor allem spielt die Verlässlichkeit und Schnelligkeit von gerichtlichem Schutz eine grosse Rolle. Damit kommen die Gerichtsorganisation, die Professionalität der Richterschaft, der Zugang zur Justiz (auch unter dem Gesichtspunkt der Prozesskosten) und das Zivilprozessrecht mit seinen Beweisregelungen und den Mechanismen der Urteilsexekution (naturaler Erfüllungszwang oder Geldentschädigung?) und des Konkurses in den Blick. Erst in ihrem Zusammenspiel ermöglichen all diese Elemente, dass das «private» Austauschgeschehen auf rechtlich verlässlicher Grundlage erfolgt.

Das Vertragsrecht lebt durch seinen Gebrauch und erfährt durch diesen seine Bestätigung. Das Vertragsrecht ist nicht Selbstzweck. Es erfüllt seinen Zweck erst dadurch, dass die Akteure des Wirtschaftslebens im geltenden Vertragsrecht die Grundlage für ihre Transaktionen finden. In diesem Gebrauch spiegeln sich dann auch Stärken und Schwächen der objektiven Vertragsrechtsordnung, auf die die Parteien erfindungsreich reagieren, indem Sie die verfügbaren Instrumente kreativ einsetzen und damit das gelebte Vertragsrecht weiterentwickeln. Das wirtschaftliche Austauschgeschehen zeichnet sich ja durch eine dynamische Entwicklung aus: Neue Produkte und Leistungen sowie innovative Vertriebsformen kommen auf und suchen nach «passenden» rechtlichen Formaten. Indem Gesetzgeber auf derartige Entwicklungen eingehen, besteht eine laufende Wechselbeziehung zwischen dem aktuellen Vertragsgeschehen und der objektivierten Vertragsrechtsordnung. Es ist eine Vorbedingung für ein gelingendes «Design» des Vertragsrechts, dass diese Wechselbeziehung erkannt und berücksichtigt wird. Ein ästhetisch systematisiertes Vertragsrecht mag intellektuell noch so sehr befriedigen: Wenn es sich nicht als Grundlage des Rechtsverkehrs bewährt, bleibt es toter Buchstabe. Die Effizienz des Vertragsrechts hängt auch davon ab, dass es stets auf der Höhe der Zeit bleibt.

Im Verkehrsleben ist neben der komplexen rechtlichen Absicherung der Vereinbarung die zwischen den Parteien bestehende vor- und ausserrechtliche Beziehung von erheblicher Bedeutung: Die Ehrbarkeit des Vertragspartners, auf die man sich verlässt, die *«fides»*, die Ehre des Bürgers oder Kaufmanns, damit verbunden der Reputationsverlust, der bei Vertragsbruch droht, im engeren geschäftlichen Umfeld oder in der weiteren Gesellschaft – diese gesellschaftlichen Bezüge

gewähren unter Umständen einen stärkeren Schutz als das Rechtssystem. Als Mega-Trend ist aber doch wohl eine Entpersönlichung des Geschäftsverkehrs zu verzeichnen, als deren Gegenstück eine zunehmende Verrechtlichung erscheint. Die folgende Untersuchung beschränkt sich auf die rechtliche Seite.

Ob die Rechtsordnung insoweit «funktionsgerecht» gestaltet ist, ist eine Frage von «mehr» oder «weniger». Auch in schlecht gestalteten Vertragssystemen findet selbstbestimmter Austausch statt. Das Vorkommen von Schwarzmärkten zeigt, dass wirtschaftliche Aktivität auch auf a-rechtlicher Grundlage vorkommt. Bleiben Austauschvorgänge ohne zureichenden rechtlichen Schutz, hat dies freilich eine insgesamt hemmende Wirkung: Man fällt etwa zurück auf sofort vollzogene Bargeschäfte; komplexere und/oder stark zukunftsorientierte Transaktionen unterbleiben. Es geht also darum, wie sehr das Vertragsrecht den selbstbestimmten Austausch fördert und schützt oder einengt und beschränkt.

Die folgende Darstellung will nicht in Konkurrenz zur Lehrbuch- und Kommentarliteratur treten; vielmehr soll – in einem Ergänzungsverhältnis zu jener Literatur – ein Beitrag dazu geleistet werden, die gewordene Vertragsordnung – und ihr Potential für die Zukunft – als ein Produkt rechtskultureller Entwicklungen zu verstehen. Vollständigkeit der Nachweise konnte nicht angestrebt werden.

B. Aus der Geschichte europäischer Vertragsordnungen

I. Die Geschichtlichkeit allen Vertragsrechts

Vertragsordnungen sind allemal zeitgebunden. In der Geschichte der Vertragstheorie ist immer wieder versucht worden, ein überzeitliches Vertragsrecht aufzustellen, das sich allein aus allgemeingültigen Prämissen ableitet, also von den kontingenten Umständen bestimmter Gesellschaften (in einem konkreten Zeitpunkt ihrer Entwicklung) ganz abstrahiert. Solche Versuche waren eingebettet zum Beispiel in die christliche Soziallehre (Thomas von Aquin) oder in Vernunftrechtssystemen der Aufklärungszeit. Derartige Konzepte haben auf die Vertragslehren der gelehrten Juristen in erheblichem Masse eingewirkt; zur effektiven Aufstellung einer zeitlosen Vertragsordnung ist es – man möchte sagen: selbstverständlich – nicht gekommen. Typischerweise enthalten moderne Vertragsordnungen Bestandteile aus sehr verschiedenen Epochen; der Eindruck, alles sei aus einem Guss, wird durch einen Blick auf die historische Entwicklung widerlegt. Dementsprechend werden hier einige ausgewählte Stationen der Entwicklung angesprochen; der Blick in die Geschichte will die heutige Vertragsordnung als das Ergebnis einer juristischen Evolution greifbar machen.[2]

2 S. Riccardo Cardilli, Il problema della resistenza del tipo contrattuale nel diritto Romano tra ‹natura contractus› e ‹forma iuris›, in: Modelli teorici e methodologici nella storia del diritto privato, Neapel 2008, S. 1 ff.

II. Antikes römisches Recht

Das römische Recht der Antike verfügte über kein «Vertragssystem». Rechtsschutz wurde sukzessive für verschiedene Vorkommnisse gewährt, die wir als «Vertrag» einordnen würden. Drei hauptsächliche Ansätze werden im Rückblick zusammengefasst:[3] (1) Ein einseitiges Leistungsversprechen war verbindlich allein durch die Einhaltung einer Form *(stipulatio)*. (2) Hatte jemand eine Sache empfangen, die er nach einer gewissen Zeit zurückzugeben hatte, war die Rückgewährverpflichtung – gleichsam als Spiegelbild der Hergabe – gerichtlich durchsetzbar; in diese Kategorie liessen sich die Verträge des *depositum*, der Sachleihe *(commodatum)* und die Hingabe eines Faustpfandes *(pignus)* einordnen, die je ihre eigene Vorgeschichte gehabt haben. Auch das Darlehen *(mutuum)* wurde hier angeschlossen, mit der Besonderheit, dass der Empfänger Eigentum an Münzen oder anderen vertretbaren Sachen erhielt, so dass die Rückgewährpflicht durch die entsprechende Quantität bestimmt war. (3) Schliesslich wurden auch Standardtransaktionen, wie sie im Verkehr alltäglich vorkamen und mit einen stereotypen Gehalt allbekannt waren, als Grundlage einer Klage anerkannt: Das «Ehrenwort», mit dem man sich auf eine solche Transaktion eingelassen hatte, wurde im Zuge einer Entwicklung als rechtsverbindlich anerkannt: An das Vereinbarte musste man sich halten, wenn und weil es ein solches Standardgeschäft beschlug. Es gab vier solcher Standardtransaktionen, auf die man sich durch formlosen Konsens einlassen konnte: Kauf, (einfache) Gesellschaft *(societas)*, Auftrag *(mandatum)* und die *locatio conductio*, Verträge mit einem Unternehmer, umfassend vor allem die Pacht und die Dienstmiete sowie den Werkvertrag (einschliesslich Transportgeschäften). Alle diese Elemente römischen Vertragsrechts haben je ihre eigene Geschichte; sie sind nicht das Ergebnis eines rationalen Designs, nach dem mit einem Schlage ein in sich stimmig strukturiertes Vertragssystem errichtet worden wäre. Insbesondere gehörte ein Teil der Vertragstypen dem ur-römischen *ius civile* an, während für andere das *ius naturale* oder das *ius gentium* als Grundlage galten.

Dem römischen Vertragswesen wird oft ein *numerus clausus* attestiert. Daran ist richtig, dass Rechtsschutz nur für bestimmte Vorgänge gewährt wurde. Es handelte sich nicht um ein «Designelement» eines geplanten Systems, sondern um eine gleichsam selbstverständliche Kehrseite des Umstandes, dass für das Beschreiten des Rechtswegs ein anerkannter Klagetypus, ein anerkanntes Klageformular, erforderlich war.[4] Für den Formularprozess waren *actiones* massgeblich, die der Prätor als der für das Gerichtswesen zuständige Magistrat katalogisierte. Der Prozessgang zwang zur Festlegung auf eine be-

3 Nicht eingegangen wird auf die römische Verpflichtung durch «Bucheintrag», den sog. Litteralvertrag.

4 S. auch Hans Peter, Actio und writ. Eine vergleichende Darstellung römischer und englischer Rechtsbehelfe, Tübingen 1957; dazu Gerardo Broggini, ZRG Rom. Abt. 75 (1958), S. 441.

stimmte *actio*; die *actio* konnte nicht offen bleiben. Es gab keine abstrakte Klagemöglichkeit für «Vertragsbruch». Vielmehr waren für verschiedene Vereinbarungen – und teilweise auch für verschiedene Anlässe ihrer Durchsetzung – je spezifische Klageformulare vorgesehen. Auf Schritt und Tritt begegnen wir im römischen Vertragsrecht der für eine Typenordnung charakteristischen Frage, welcher *actio* eine konkrete Vereinbarung zugeordnet werden kann, um die Klagbarkeit zu erreichen.[5] Fehlte ein «passendes» Klageformular, und liess sich auch eine Rechtsfortbildung nicht beliebt machen, entfiel die Möglichkeit gerichtlichen Schutzes (allenfalls konnte man den Prätor davon überzeugen, dass er sich spontan zu einer Erweiterung des Rechtsschutzes entschloss). Der Formularprozess baute historisch aber nicht auf einer systematischen Vertragstypenordnung auf;[6] vielmehr bildeten umgekehrt die *actiones* des Edikts die Grundlage für eine allmähliche Systematisierung des Vertragsrechts. Die Aktionentypik bestimmte die Vertragstypik: Alle Vereinbarungen, die mit derselben *actio* durchgesetzt werden konnten, gehörten demselben Typus an.

Dieser Befund darf nicht zu der Annahme verleiten, das römische Vertragswesen hätte dem gelebten Rechtsverkehr nur eine beschränkte Breite von Gestaltungsmöglichkeiten ermöglicht, diesen gleichsam auf einem primitiven Zustand eingefroren. Dieses Bild wäre aus mehreren Gründen ganz unzutreffend. Die «klassischen» Vertragstypen, die bislang benannt wurden, fanden vielfältige Ergänzungen in weiteren Rechtsfiguren. Zwei «Bausteine» wurden besonders wesentlich.[7] *Pacta*, an sich unverbindliche «gentlemen's agreements», waren zwar keine regelrechten Verpflichtungsgeschäfte, ihnen wurden aber doch Rechtswirkungen zuerkannt, z.B. als Nebenabreden oder als Grundlage eines gewissen Vertrauensschutzes. Ein *pactum*, das nicht als Nebenabrede an einem für sich genommen klagbaren Geschäft angedockt war (und so allenfalls an dessen Klagbarkeit teilnehmen konnte), wurde als *nudum pactum* bezeichnet, von dem es hiess: *ex nudo pacto actio non nascitur* («Aus blossen *pactum* entsteht keine Klage»).[8] Die Stipulation – das Schuldbekenntnis – liess sich in vielfältigen Abwandlungen in den Dienst weiterer Einsatzzwecke stellen. Zum Beispiel wurde etwas schon Geschuldetes versprochen: So erfolgte eine Neuerung *(novatio)*. Das Versprechen einer Leistung, die ein anderer versprochen hatte, wirkte als Verbürgung. Die Anweisung *(delegatio)* und das Schenkungsversprechen waren weitere Anwendungsfälle. Weil diesen Geschäften dieselbe Wortförmlichkeit eigen war, werden sie als Verbalkontrakte zusammengefasst.

---

5 Typologie bedeutet hier lediglich, dass eine Zuordnung eines konkreten Verhältnisses zu einem abstrakten Typus erfolgt; zur modernen Diskussion über die methodischen Grundlagen von «Typologie» s. Detlef Leenen, Typus und Rechtsfindung, Berlin 1971.

6 Roberto Fiori, Rise and fall of the specificity of contracts, in: Boudewijn Sirks (Hrsg.), Nova Ratione. Change of paradigms in Roman Law, Wiesbaden 2014, 33 ff.

7 Zahlreiche weitere «Abrundungen» wären zu nennen, etwa die Einführung der Haftung des Gastwirts für eingebrachte Sachen *(receptum cauponum)*.

8 Vgl. Pauli Sententiae 2.14.1.

Der Rechtsverkehr war im Umgang mit dem seinerzeit vorhandenen Instrumentarium ausgesprochen kreativ; sehr komplexe Geschäfte liessen sich durch Kombination der Grundfiguren aufsetzen. Mit Hilfe der Stipulation konnte der Kaufvertrag, der zunächst das nackte Nehmen der Kaufsache gegen die Preiszahlung zum Gegenstand hatte und insoweit keinen Bezug zur qualitativen Beschaffenheit der Kaufsache aufwies, um eine Garantie der Mängelfreiheit erweitert werden. Bewährte Praktiken des Rechtsverkehrs wurden auch von der Rechtsprechung beachtet und bei der Streitentscheidung berücksichtigt. Die romanistische Forschung hat sich in den letzten Jahrzehnten vermehrt der römischen Vertragspraxis zugewandt und den Befund bestätigt, dass im römischen Reich – dem Weltreich seiner Zeit – ein blühendes, vitales Vertragsgeschehen ablief, das die Vorstellung einer rudimentären, archaisch-einfachen Vertragsordnung widerlegt.[9] Im schulmässigen Rückblick erscheint das römische Vertragswesen systematisch geordneter, weniger komplex und vital, als es seiner tatsächlichen Rolle in der antiken Lebenswirklichkeit entsprochen hat.

In den ersten zweieinhalb Jahrhunderten der römischen Kaiserzeit sehen wir einen Prozess der weiteren Verfeinerung des Vertragsrechts. Wir sprechen von der klassischen römischen Jurisprudenz. Ein Weltreich lieferte das Fallmaterial. Von den verschiedenen Entwicklungen, die hier – z.B. für die Stipulation – nachgezeichnet werden können, sei eine einzige herausgegriffen, der mit Recht besondere Bedeutung zugemessen wird. Es geht um die Verträge, bei denen der Judex, der Tatrichter, aufgerufen war, seine Verurteilung an dem auszurichten, was der *bona fides* entsprach. Dies war vor allem bei den genannten Konsensualverträgen (Kauf, einfache Gesellschaft, Auftrag und *locatio conductio*) der Fall. Diesen Transaktionen war Rechtsschutz verheissen im Hinblick auf ihren elementaren Charakter, und so wurde zunächst auch nur der Kerngehalt des Geschäfts des Rechtsschutzes teilhaftig. Der Kauf z.B. war nicht mehr als die Vereinbarung, wonach der Käufer die Sache für einen bestimmten Preis haben könne. Wie aber die Rechtsverbindlichkeit ihren Grund in der Verlässlichkeit des redlichen Mannes hatte, so war der Tatrichter bei diesen Transaktionen (anders als bei der wortförmlichen Stipulation) befugt, das redliche Geschäftsgebahren, an dem der Beklagte sich messen lassen musste, zu konkretisieren. Der Judex hatte «die den Lebensverhältnissen und Verkehrsgeschäften immanente Norm aufzufinden und für den ihm vorliegenden Fall auszusprechen»;[10] dabei war «die *natura* des Verhältnisses oder Geschäfts, welcher die bestimmende Regel innewohnt, […] dasjenige, wovon er sich bei seiner Entscheidung leiten lassen soll». Für den *iudex* ging es also nicht um die rechtsförmliche Anwen-

9 S. z.B. Wolfgang Ernst, Eva Jakab (Hrsg.), Usus Antiquus Juris Romani – Antikes Recht in lebenspraktischer Anwendung, Heidelberg 2005.

10 Otto Karlowa, Römische Rechtsgeschichte, Bd. I, Staatsrecht und Rechtsquellen, Leipzig 1885, S. 452 f.

dung präexistenter «Regeln», sondern um eine im Hinblick ganz auf das konkrete Verhältnis zu findende Lösung für den Einzelfall.

Die Urteile der römischen Tatrichter wurden nicht systematisch aufgezeichnet. Die vielfältigen Konkretisierungen von Geschäftsinhalten anhand des Massstabs der *bona fides* wären «Schall und Rauch» geblieben, hätte nicht eine aufmerksame Rechtsliteratur die Entwicklungen begleitet. Unsere Kenntnis des römischen Rechtsgeschehens ist in erster Linie durch diese Literatur – hauptsächlich aus den ersten zweieinhalb Jahrhunderten unserer Zeitrechnung – vermittelt. Im Rückblick sehen wir gerade in dieser Literatur, es handelt sich um Produkte realitätsoffener Fachintellektualität, das geschichtlich wirkungsmächtige und – wertend gesehen: massstabgebende – Erbe der römischen Rechtskultur.

Die Rechtsliteratur war es, die die rudimentären Konsensualverträge durch Aufbau eines Bestandes an ergänzenden Regeln analysiert, verfeinert und ausgebaut hat. Es mag uns so vorkommen, als hätte es «das» römische Recht mit all seinen Details, wie wir sie insbesondere in den ausführlichen Ediktskommentaren ab Pomponius finden, immer schon gegeben, so als hätten die Hoch- und Spätklassiker sich daran gemacht, ein Recht aufzuzeichnen, das es auch vorher schon so gegeben hätte. Dem war indes nicht so. Sehr feinsinnig hat der englische Rechtshistoriker Milsom die Lage geschildert, wie sie vor kodifikationsähnlichen Grosswerken der Rechtsliteratur besteht:[11]

> «What the Roman law [...] did was to progress beyond procedure, beyond rules about how law-suits should be conducted, and developed substantive rules purporting to regulate in some detail how people should behave, to analyse the relationships of life into a comprehensible system of rights and duties. [...] So compelling was the result that we cannot imagine how things were otherwise. We think as though such books had always somehow existed: it is just that they were not written.»

Die juristischen Autoren Roms, die fast alle als bedeutende Akteure im Rechtsleben ihrer Zeit wirkten, sahen sich mitnichten als blosse «Reporter», die sich auf eine getreue Wiedergabe von Judikaten zu beschränken hätten. Vielmehr tritt die spätklassische Literatur, vor allem die der grossen Kommentare, mit einem eigenen Geltungsanspruch auf. Ulpian zum Beispiel wollte mit seinem Ediktskommentar die «klassischen Interpretationen des Edikts ... durch die private Arbeit eines autoritären Juristen» gleichsam kodifizieren: «Eine Kodifikation in der Form eines *restatement*».[12] Mit minutiösen Erläuterungen zahlloser Einzelfragen fand eine rechtsliterarische Normativierung dessen statt, was das *bonum et aequum* in einzelnen Hinsichten jeweils ausmacht. Die etwa von Ulpian oder Paulus insoweit getroffenen Entscheidungen beanspruchen bereits, die regelmässig «richtigen» Vertragsfolgen zu entwickeln. Hinter allem

11 Stroud Francis Charles Milsom, The Nature of Blackstone's Achievement, London 1981, S. 4.

12 Fritz Schulz, Geschichte der römischen Rechtswissenschaft, Weimar 1961, S. 246.

steht nun der Anspruch einer gültigen Fixierung des ganzen auf das Edikt bezogenen Rechts.

Die «books of authority», die ohne Rücksicht auf die den *iudices privati* an sich immer neu zukommende Freiheit das prätorische Edikt normativ ausdeuteten, namentlich soweit sogenannte Respondierjuristen die Verfasser waren, fanden in der Spätantike Anerkennung als eine regelrechte Rechtsquelle.[13] Vor Gericht konnte man sich auf diese Literatur als objektives Recht berufen: «Als kanonische Autorität wurden die Schriften vor den Gerichten nun wie Gesetzestexte zitiert.»[14] Das, was sich aufgrund der *bona fides* gehört, wurde nun in erster Linie den Rechtsbüchern entnommen, die für die einzelnen Verträge ergaben, was sich die Parteien typischerweise schuldeten. Die Ausführungen in den grossen Ediktskommentaren waren zu festen Rechtsregeln erstarrt, die gleichsam automatisch eingriffen, wenn man nicht eine abweichende Vereinbarung beweisen konnte.

III. Justinian

Auf dem geschilderten Stand der Entwicklung baute man auf, als das Kodifikationsvorhaben Justinians (abgeschlossen 534) den römischen Rechtsbestand in ein systematisches Ganzes umarbeitete. Im Zuge dieses Projekts wurden die einzelnen Kategorien von Verpflichtungsgeschäften revidiert und überlegt in ein Verhältnis zueinander gesetzt. Dabei wurde auf Ansätze der Systematisierung zurückgegriffen, deren Anfänge in die klassische Schuljurisprudenz zurückreichen. Namentlich die Institutionen des Gaius sind hier zu nennen.

In der Vertragssystematik des justinianischen Gesetzbuches erscheint *contractus* als Oberbegriff. Er umfasst vier nun weitgehend gleichgeordnete Unterkategorien, nämlich die Verbalverträge, die Konsensualverträge, die Realverträge sowie den Litteralvertrag. Die Stipulation wurde als in Tat und Wahrheit schriftlicher Vertrag erfasst: Konnte ein Kläger eine Stipulationsurkunde vorlegen, galt der mündliche Wortwechsel, der in der Theorie weiterhin den Vertragsschluss ausmachte, als nachgewiesen. Die Vermutung war widerleglich; zu beweisen war dazu, dass der Wortwechsel wegen Ortsverschiedenheit nicht hatte stattfinden können. Als Konsensualverträge bleiben anerkannt Kauf, (einfache) Gesellschaft, Mandat und *locatio conductio*. Als Realverträge werden abschliessend anerkannt Hinterlegung, Gebrauchsleihe, Darlehen und Faustpfand. Beibehalten wurde die Regel, dass durch ein formloses *nudum pactum* kein Leistungsanspruch begründet wurde. Der in seinen Folgen sehr weitreichende Unterschied zwischen *pactum* und *stipulatio* hing daher nur noch an der Schriftform, in die man die ursprüngliche Wortförmlichkeit der Stipulation

13 S. Franz Wieacker, in: Römische Rechtsgeschichte, 2. Abschn. – Die Jurisprudenz vom frühen Prinzipat bis zum Ausgang der Antike, Joseph Georg Wolf (Hrsg.), München 2006, S. 202 f.

14 Wieacker (Fn. 13), S. 203.

transformiert hatte. Für den sogenannten Innominatvertrag wurde in den Digesten eine Vierteilung von Paulus übernommen; auf sie wird zurückzukommen sein.

Trotz der Zusammenfassung unter die Kategorie des *contractus* blieben die Kategorien von Verträgen unter sich nach Abschlussvorgang und Rechtswirkungen verschieden. Für jeden Vertrag enthalten die Digesten ausführliche Einzelbestimmungen. Die Masse dessen, was wir z.B. als römisches Kaufrecht ansehen, kommt im Kern aus der zuvor beschriebenen Rechtsliteratur, die für die Digesten verwertet wurde. Diese Fülle von Einzelregelungen wurde zu einer, vielleicht der vorrangigen Quelle, aus der sich – über eine Kette geschichtlicher Vermittlungen – der Regelungsbestand des Besonderen Teils des OR speist. Ein einziges Beispiel zur Gebrauchsleihe mag genügen; es liesse sich fast beliebig vermehren:

Art. 307 Abs. 1 OR

Der Entlehner trägt die gewöhnlichen Kosten für die Erhaltung der Sache, bei geliehenen Tieren insbesondere die Kosten der Fütterung.

D. 13,6,17,2

[…] cibariorum impensae naturali […] ratione ad eum pertineat qui utendum accepisset. […] modica […] impendia verius est, ut sicuti cibariorum ad eundem pertineant.

Die Aufwendungen für Verpflegung betreffen den, der [die Sache] zum Gebrauch übernimmt; es ist ja so, dass ihn angemessene Kosten ebenso wie die Verpflegung treffen.

Indem die Digesten das *ius vetus* in selektierter und redigierter Gestalt mit Gesetzeskraft versahen, wurden die Ausführungen der klassischen Juristen endgültig zu gewöhnlichem «Gesetzesrecht». Da dies auch für die zahlreichen Erläuterungen in den Ediktskommentaren zum Verpflichtungsinhalt der verschiedenen Verträge galt, kann man hierin die förmliche «Geburtsstunde» der gesetzlich fixierten «non-mandatory rules» sehen, die den Vertragskonsens in Abwesenheit besonderer Parteivereinbarungen ergänzen.

Aufgrund der justinianischen Kodifikation wurde auch die Frage gestellt, warum eigentlich zu einem Vertrag bestimmte, wegdingbare Rechtsfolgen aufgestellt sein sollten. Die byzantinischen Juristen fanden die Begründung im Konzept der *natura contractus*.[15] Die *natura contractus* wird mit der Summe des dispositiven justinianischen Gesetzesrechts wiedergegeben, diese und jene fallen zusammen. Die *natura contractus* gilt nun als die eigentliche Quelle all derjenigen juristischen Erfahrungssätze, die man in der juristischen Literatur – umgegossen in die Digesten – vorgefunden hatte. In und seit der

15 Heike de Jong, The application of natura (φύσις) in Byzantine law, Byzantinische Zeitschrift 2013, S. 683.

justinianischen Kodifikation bedingen sich die Vorstellung von der *natura contractus* und der Bestand einer Vertragstypenordnung wechselseitig: Das Wesen des Vertrages macht eben dessen Typ aus, und mit dem Typ verbinden sich die typengemässen, ihm natürlich innewohnenden Vertragsfolgen. Diese Theorie war eine Neuerung gegenüber der Rechtsfindung durch die *iudices privati*: Für diese war es um das *bonum et aequum* gegangen, wie es sich für das konkrete Vertragsverhältnis aus dessen gesamten Umständen und dem rechtlichen «Umfeld» ermitteln liess. Nun steht mit dem Begriff, mit dem Namen des Vertrages, fest, wo man in den Digesten nachzuschauen hat, und dort wird man mit einem reichen, ohne weiteres geltenden Bestand von Sekundärnormen versorgt. Die Vertragstypen werden als regelrechte Entitäten begriffen; jeder Vertragstypus hat eine andere *natura*, löst daher einen je eigenen Satz von Rechtsfolgen aus. Die praktische «Entlastungsfunktion» dieses Normbestandes wird hervorgehoben: Da das, was aus der *natura contractus* abgeleitet werden kann, schon objektivrechtlich kraft kaiserrechtlicher Gesetzgebung gilt, brauchen die Parteien insoweit nichts mehr zu vereinbaren.

Die Wendung *natura contractus* kam auch schon in der klassischen römischen Jurisprudenz vor. Sie hatte dort aber eine andere, ganz spezifische Bedeutung. Es ging darum, ob man durch eine nachträgliche Nebenabrede (ein *pactum ex intervallo*) noch den Verpflichtungsinhalt eines Kaufvertrages ändern konnte. Dies wurde von den römischen Juristen verneint, insoweit es bei der Zusatzabrede um etwas *extra naturam contractus* ging.[16] Entscheidend war hier nicht irgendeine «Typengrenze» zwischen verschiedenen Verträgen, sondern der Umstand, dass das *pactum* seinem Inhalt nach stimmig zur Grundtendenz des abgeschlossenen Vertrages – gleich welchem Typ dieser angehören mag – «passen» musste. Diese Überlegungen setzen gar nicht voraus, dass man den Vertrags*typ* Kauf mit einem ausgefeilten Programm von typengerechten Vertragsfolgen verbindet,[17] wie dies aber die Vorstellung der byzantinischen Juristen war. Die *natura contractus*, obschon als Begriff dem klassischen Recht geläufig, hatte dort noch nicht die Funktion, eine Gesamtheit von Sekundärfolgen des Abschlusses einer Vereinbarung zu legitimieren, die mit der Zuordnung zu einem bestimmten Vertragstyp ausgelöst werden.

16 Zu D. 2,14,7,5 s. Theo Mayer-Maly, ‹Natura contractus› in: Robert Feenstra et al. (Hrsg.), Collatio Iuris Romani. Ètudes dédiées à Hans Ankum à l'occasion de son 65e anniversaire, Amsterdam 1995, S. 291 ff., hier S. 294 f.; Martin Hohlweck, Nebenabreden – Pacta im römischen und im modernen Recht, Bielefeld 1996, S. 24 f.; Werner Flume, Rechtsakt und Rechtsverhältnis, Paderborn u.a. 1990, S. 51 f.

17 Antonio Carcaterra, Intorno ai bonae fidei iudicia, Neapel 1964, S. 22; dem zustimmend Ulrike Babusiaux, Id quod actum est, München 2006, S. 219.

IV. Ius Commune – Gelehrtes Vertragsrecht seit dem Hochmittelalter

1. Das gelehrte Recht als Nährboden europäischer Rechtskulturen

Das heutige Vertragsrecht wurzelt nach seiner Grundkonzeption im gelehrten Recht des Mittelalters.[18] Wir sprechen oft von den römisch-rechtlichen Grundlagen des Rechts; wesentliche Charakteristika der kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen sind indes der mittelalterlichen Rechtswissenschaft – und der jüngeren Rechtswissenschaft, die sich auf deren Grundlage entwickelt hat – geschuldet. Mit der römischen Antike sind wir mittelbar verbunden, indem die mittelalterliche Wissenschaft den grossen Bestand an gehaltvollen Texten römischer Juristen, zusammengestellt unter Justinian, als ihren zentralen Gegenstand hatte. In der Formel vom «Römischen Recht des Mittelalters» kommt die Janus-Gesichtigkeit des Vorgangs gut zum Ausdruck: Die in der justinianischen Kodifikation gesammelten Rechtstexte römischer Juristen und römischer Kaiserjustiz wurden zum Gegenstand universitär-scholastischer Stoffbehandlung, was einen Dialog mit den philosophischen Lehren der Zeit einschloss.[19]

Die Wissenschaft vom römischen Recht wurde zur Leitwissenschaft der Rechtsordnungen Europas. In verschiedenen Gemeinwesen ist das römische Recht – in unterschiedlichem Masse – neben anderen Rechtsmassen in Gebrauch gekommen, die man als Partikularrechte anspricht. In diesem Nebeneinander stellte das römische Recht die Fachintellektualität, und von daher wurde auch alles weitere Recht – wieder in unterschiedlichem Masse und in zeitlich verschobenen Prozessen – romanisiert: In einem über Jahrhunderte anhaltenden Vorgang wurde so das jeweils angestammte Recht mit Begriffen erfasst und durch Regeln ergänzt und verfeinert, die gelehrte Juristen im Umgang mit dem justinianischen Gesetzbuch entwickelten («Rezeption»).[20] Das entstehende Amalgam angestammter und gelehrter, d.h. scholastisch-römischer Rechtsbestände war als Ganzes mit den Methoden der zeitgenössischen Jurisprudenz überformt; es trug verwissenschaftlichten Charakter und war sachgemäss nur von professionell ausgebildeten Fachleuten zu handhaben. Die Bedeutung der gelehrten Rechtsarbeit, die Hochschätzung der juristischen Fakultäten und deren vielfältiges Einwirken auf die Rechtspraxis, die starke Betonung von Begrifflichkeit und Systemdenken: All dies haben wir von den Vorgängern geerbt,

---

18 S. Helmut Coing, Europäisches Privatrecht 1500 bis 1800. Band I Älteres Gemeines Recht, München 1985, S. 389 ff.; Emanuele Conte, Diritto comune. Storia e storiografia di un sistema dinamico, Bologna 2009.

19 Vom Einfluss der mittelalterlichen Philosophie auf die Entwicklung des Vertragsrechts im «Ius Commune» handelt James Gordley, The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine, Oxford 1991.

20 Zur Bedeutung des römischen Rechts speziell für die Schweiz s. prägnant Pascal Pichonnaz, Die Schweiz und das Römische Recht. Ein Bild in groben Zügen, in: Iole Fargnoli, Stefan Rebenich (Hrsg.), Das Vermächtnis der Römer, Römisches Recht und Europa, Bern/Stuttgart/Wien 2012, S. 21 ff.

die seit dem Hochmittelalter Recht im Medium römischer Juristentexte studiert haben.

2. *Zum Vertragssystem der Glossatoren*

Der Gesamtprozess, in welchem sich das neuzeitliche Vertragsverständnis entwickelt hat, ist durch folgende Entwicklungstendenz gekennzeichnet: Es wurde allmählich ein abstraktes, alle konkreten Typen überwölbendes, allgemeines Vertragsrecht entwickelt, dessen Einzelheiten gegenüber dem konkreten Vertragsinhalt weitgehend indifferent sind.[21] Es zeichnet sich durch zunehmende Abstraktheit aus. Dieses allgemeine, abstrakte Vertragskonzept löste den Bestand konkreter Vertragstypen nicht ab; vielmehr erscheinen, als Endpunkt dieser Entwicklung, konkrete Vereinbarungen nun als Anwendungen zugleich des allgemeinen Vertragsbegriffs als auch eines spezifischen Vertragstyps. Das spannungsreiche Zusammenspiel von abstrakt auf den allgemeinen Vertragsbegriff bezogenen Normen mit Beständen typusabhängiger Sonderregeln ist die bestimmende Grundgegebenheit kontinentaleuropäischer Vertragsordnungen.

Die Entwicklung nahm ihren Ausgang damit, dass die mittelalterliche Jurisprudenz für die römischen Vertragsfiguren einen einheitlichen gedanklichen Rahmen schuf: Das *pactum*, nach den römischen Quellen vor allem Nebenabrede und sonst nur ausnahmsweise geschützt, rückte zum Zentralbegriff auf. Unterschieden wurde nun zwischen *pacta*, die keine «Anspruchsgrundlage» darstellen *(pacta nuda)*, und den klagbaren *pacta*, als die nun alle nur irgendwie klageweise durchsetzbaren Geschäfte zusammengefasst werden; für diese Gruppe wurde bildersprachlich der Gegenbegriff der *pacta vestimenta*, die «bekleideten» *pacta*, gebildet. Als *vestimenta*, die dem *pactum* die Klagbarkeit verliehen, wurden schulmässig zumeist sechs Kategorien aufgezählt: Es sind zunächst die Sachleistung (Realverträge), die Formelworte (Verbalverträge), der Konsens (Konsensualverträge) sowie die Schriftlichkeit (beim Litteralvertrag), also die vier kanonischen Vertragsgruppen des justinianischen Rechts. Hinzu kam die Klagbarkeit der vertragsunmittelbaren Nebenabreden *(contractus cohaerentiae)* und der Innominatverträge, auf die noch zurückzukommen ist. Auf der Grundlage der neu systematisierten Vertragsordnung ergab sich für die Vertragspraxis wiederum die Aufgabe, die für die kontinentaleuropäischen Vertragsordnungen kennzeichnend ist: Der konkrete Vertrag muss zu seiner rechtlichen Erfassung einem Vertragstyp zugeordnet werden, er bedarf einer Qualifikation.[22] Es traten Fragen auf, die uns wohlbekannt sind, etwa die, ob der

21 Klassiker: Italo Birocchi, Causa e categoria generale del contratto, un problema dogmatico nella cultura privatistica dell'Età Moderna, I: Il Cinquecento, Turin 1997.

22 Dazu Andrea Massironi, Nell'officina dell'interprete. La qualificazione del contratto nel diritto comune (secoli XIV-XVI), Mailand 2012.

Vertragsbezeichnung durch die Parteien oder deren Absichten der Vorzug zu geben sei.

Auf der Ebene des «Oberbegriffs» *pactum* wurde die Entwicklung durch das kanonische Recht der römischen Kirche vorangetrieben. Dieses war zum Gegenstand einer Zwillingswissenschaft geworden, die im selben gelehrten Umfeld gedieh wie die Wissenschaft vom römischen Recht, mit der sie auch die scholastische Methode teilte. Beide Zweige des gelehrten Rechts befruchteten sich gegenseitig.[23] Wegen der moraltheologischen Verwerflichkeit des Wortbruchs sollten nach dem Recht der Kirche alle *pacta* als bindend gelten: Die Parömie *pacta sunt servanda* besagte insofern, dass jedwedes *pactum*, ungeachtet weiterer Voraussetzungen, einzuhalten ist. Obschon diese Erkenntnis zunächst nur für die vom Kirchenrecht geregelten Bereiche galt, war doch eine Ausstrahlung auf das weltliche Recht unvermeidlich. Als weiterer Beitrag des kanonischen Rechts gilt die Einebnung des Unterschiedes von strengrechtlichen Vertragstypen (wie der Stipulation) und solchen, bei denen die richterliche Verurteilung anhand des flexiblen Massstabs der *bona fides* erfolgen konnte: Die christlich gefärbte *aequitas canonica* verlangte nach einer durchgängigen Berücksichtigung von «Treu und Glauben».[24]

3. *Vertragsfreiheit und zwingendes Recht*

Ein eigentliches Prinzip der «Vertragsfreiheit» ist im römischen Recht nirgends ausgesprochen. Die verschiedenen Rechtsakte waren freilich auch nur zur Aufnahme der jeweils «passenden» Inhalte geeignet. Es begegnen etliche weitergehende Einschränkungen, die sich je auf bestimmte Vertragstypen beziehen und spezielle Hintergründe haben. Die meisten dieser Einschränkungen betrafen die Stipulation, da diese sich durch Inhaltsfreiheit auszeichnete. Durch eine Stipulation durfte nichts Verwerfliches versprochen werden;[25] Frauen wurden von Sicherungsgeschäften ausgeschlossen.[26] Die rigorosen Preiskontrollen, die

---

23 S. Orazio Condorelli, Franck Roumy und Mathias Schmoeckel (Hrsg.), Der Einfluss der Kanonistik auf die europäische Rechtskultur. Bd. 1: Zivil- und Zivilprozessrecht. Köln/Weimar/Wien 2009.

24 S. Coing (Fn. 18), S. 399 f.; Norbert Horn, Aequitas in den Lehren des Baldus. Köln/Graz 1968.

25 D. 45,1,26 (Ulp. 42 ad Sab.).

26 S. Ulrike Mönnich, Frauenschutz vor riskanten Geschäften – Interzessionsverbote nach dem Velleianischen Senatsbeschluss, Köln/Weimar/Wien 1999; Verena Tiziana Halbwachs, Calliditas feminarum versus infirmitas sexus, in: Ulrike Babusiaux, Peter Nobel und Johannes Platschek (Hrsg.), Der Bürge einst und jetzt: Festschrift für Alfons Bürge, Zürich 2017, S. 137 ff.; zur Anwendung seit dem Mittelalter s. Stephan Wagner, Die rechtstatsächliche Aussagekraft rechtshistorischer Quellen am Beispiel der mittelalterlichen Rezeption des Senatus Consultum Velleianum, Rechtskultur 2 (2013), S. 1 ff.; Wolfgang Ernst, Interzession: Vom Verbot der Fraueninterzession über die Sittenwidrigkeit von Angehörigenbürgschaften zum Schutz des Verbrauchers als Interzedenten, in: Reinhard Zimmermann et al. (Hrsg.), Rechtsgeschichte und Rechtsdogmatik, Karlsruhe 1999, S. 394 ff.

unter Diokletian eingeführt worden waren, sind als solche nicht in das justinianische Recht übernommen worden.[27] Kannte schon das römische Recht gewisse Zinsbeschränkungen, so rückte das Verbot des Zinswuchers unter dem Einfluss von Theologie und Kanonistik in eine für das ganze Vertragsrecht zentrale Stellung auf.[28] Auch in anderen Vertragsverhältnissen als dem Darlehen musste nun nach «überteuerten» Kreditgewährungen gesucht werden. Während das römische Recht die Preisfindung grundsätzlich den widerstreitenden Interessen von Käufer und Verkäufer überliess,[29] wurde eine kaiserrechtliche Spezialregelung zur krassen Übervorteilung (C. 4.44.2) unter dem Einfluss der Kanonistik zur Lehre vom «gerechten Preis» *(iustum pretium)* ausgebaut.[30] Charakteristisch war, dass alleine das gestörte Preis-/Leistungsverhältnis, ohne Rücksicht auf eine Ausbeutung einer Notlage oder dergleichen, den Kauf anfechtbar machen sollte. In der Entwicklung und Überwindung dieser Lehre, die sich noch bis in den ursprünglichen Code civil (Art. 1674)[31] und in das österreichische ABGB (§ 943) hinein erhalten hat, spiegeln sich tiefgreifende Wandlungen der Wirtschafts- und Gesellschaftsordnungen.[32]

Wie der Begriff des *pactum* zum Zentralbegriff aufrückte, so wurde auch ein auf *pacta* bezogener Juristentext zum allgemeinen Ausdruck des Vorrangs «zwingenden Rechts» vor der vertraglichen Vereinbarung: *Ius publicum privatorum pactis mutari non potest* – «Das öffentliche Recht kann durch *pacta* unter Privaten nicht verändert werden».[33] Aus den römischen Quellen abgreifbar

---

27 Robert L. Scheuttinger, Eamonn F. Butler, Forty Centuries of Wage and Price Controls: How not to fight Inflation, Washington D.C. 1979, S. 20 ff.; Hartwin Brandt, Erneute Überlegungen zum Preisedikt Diokletians, in: Alexander Demandt (Hrsg.), Diokletian und die Tetrarchie, Berlin u.a. 2004, S. 47 ff.

28 Entsprechend der zentralen Stellung des Wucherverbots existiert eine Fülle an Forschungsarbeiten; hier seien nur genannt Charles R. Geisst, Beggar Thy Neighbor: A History of Usury and Debt, Philadelphia 2013, und als Klassiker John Thomas Noonan, The scholastic analysis of usury, Boston 1957.

29 Die Formulierung *«invicem se circumscribere»* aus D. 19,2,22,3 (Paul 34 ad ed.) ist zu einem klassischen Topos geworden; s. dazu etwa Reinhard Zimmermann, The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition, Kapstadt 1990, S. 256 f.

30 S. etwa Luca Marazzi, Das iustum pretium im Tractatus de emptionibus et venditionibus des Petrus Ioannis Olivi, Zürich 1990.

31 «Si le vendeur a été lésé de plus de sept douzièmes dans le prix d'un immeuble, il a le droit de demander la rescision de la vente, quand même il aurait expressément renoncé dans le contrat à la faculté de demander cette rescision, et qu'il aurait déclaré donner la plus-value.»

32 Nachweise bei Wolfgang Ernst, in: Mathias Schmoeckel, Joachim Rückert und Reinhard Zimmermann (Hrsg.), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB (HKK), Band III – Schuldrecht: Besonderer Teil, 1. Teilband §§ 433–656, Tübingen 2013, vor § 433 N 7; seither etwa Thomas Finkenauer, s.v. «Laesio enormis», in: Jürgen Basedow et al. (Hrsg.), Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, Band II, Tübingen 2009; Jan Hallebeek, Some remarks on laesio enormis and proportionality in Roman-Dutch law and Calvinistic commercial ethics, Fundaminia 21 (2015), S. 14 ff.; Wim Decock, Elegant Scholastic Humanism? Arias Piñel's (1515–1563) Critical Revision of Laesio Enormis, in: Paul du Plessis, John Cairns (Hrsg.), Reassessing Legal Humanism and its Claims: Petere Fontes?, Edinburgh 2016, S. 137 ff., alle m.w. Nachw.

33 D. 2,14,38 (Pap. 2 quaest.); s. noch Art. 6 frz. Code civil[1804].

war eine Unterscheidung der Verbotsgesetze danach, ob diese eine *lex perfecta*, eine *lex minus quam perfecta* oder eine *lex imperfecta* darstellten: das Gesetz der ersten Kategorie spricht die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts aus, bei den Gesetzen der dritten Kategorie ist es dem Prätor überlassen, das an sich gültige Rechtsgeschäft zu entkräften; die Zwischenkategorie lässt das Geschäft bestehen, sanktioniert aber den Verstoss mit einer Busse. Die Behandlung der Vertragsungültigkeit wurde noch ergänzt mit der Lehre von der Gesetzesumgehung, die auf der Grundlage der römischen Vorstellung von einer *fraus legis* entwickelt wurde.[34]

4. *Die Trias essentialia, naturalia, accidentalia negotii*

Zum festen Bestand der Vertragslehre des Ius Commune gehört die Trias *essentialia, naturalia, accidentalia negotii*.[35] Obschon man Rechtsaussagen und Begriffe aus dem justinianischen Recht herausnahm und an und mit ihnen eine Systematisierungsleistung erbrachte, war doch diese Trias als solche dem römischen Recht der Antike unbekannt: Es handelt sich also um eine Leistung der scholastischen Jurisprudenz, die hierzu auch philosophisches Material hinzuzog.[36] Als *locus classicus* gilt die Darstellung durch Baldus de Ubaldis (1327–1400): Die *substantialia* (beim Kauf: Sache und Preis) kann man nicht durch *pactum* wegnehmen; sie bilden die *radix originalis* des Vertrages, die die *naturalia* als Fortsetzung hervorbringt. Demgegenüber seien die *accidentalia «praeter naturam»*, während die *naturalia secundum naturam* sind. Interessanterweise ist für Baldus alles *accidens*, was die über die Substanz des Vertrages gelegte Form ausmacht, sei es *ex natura*, sei es *ex aliquo speciali modo, vel pacto*, so dass sich Vorhandensein oder Fehlen nicht in einer *transmutatio* der dadurch formbestimmten Substanz bemerkbar macht. Begreift man *substantia* und *accidentalia* als kontravalent, sind die *naturalia* ja in der Tat kein gleichgeordnetes Drittes und da sie nicht zur *substantia* rechnen, ist es konsequent, sie als Unterfall der *accidentalia* zu begreifen. Die weitere Unterscheidung zwischen *accidentalia* und *naturalia* soll sich danach so ergeben, dass die *naturalia* dem Vertrag *tacite* eingeschlossen sind (z.B. die Verpflichtung zur Evikti-

---

34 Klassiker: Heinrich Honsell, «In fraudem legis agere», in: Festschrift für Max Kaser, München 1976, S. 112 ff., Okko Behrends, Die fraus legis: Zum Gegensatz von Wortlaut- und Sinngeltung in der römischen Gesetzesinterpretation, Göttingen 1982; Jan Schröder, Gesetzesauslegung und Gesetzesumgehung. Das Umgehungsgeschäft in der rechtswissenschaftlichen Doktrin von der Spätaufklärung bis zum Nationalsozialismus, Paderborn/München/Wien/Zürich 1985.

35 Zum Folgenden Maria Floriana Cursi, La vicenda di formazione della categoria degli ‹accidentalia negotii› nella dottrina intermedia, Index 29 (2001), S. 301–338; Wojciech Dajczak, The nature of the contract in the reasoning of civilian jurists, Posen 2012, S. 57 ff.

36 Zu der insoweit massgeblichen Substanzlehre auf aristotelischer Grundlage s. die Beiträge in: Holger Gutschmidt, Antonella Lang-Balestra, Gianluigi Segalerba (Hrsg.), Substantia – Sic et Non, Heusenstamm 2008; Gordley (Fn. 19), S. 62.

onsgewähr), während dies bei den *accidentalia* nicht der Fall sei (z.B. das «*pactum de eundo Romam*»). Als Erklärung für die Geltung der *naturalia negotii* findet sich der Gedanke der stillschweigenden Vereinbarung: *quod venit ex natura contractus presumitur a iure tacite agi inter partes* («Was sich aus der Vertragsnatur ergibt, wird von Rechts wegen als zwischen den Parteien stillschweigend vereinbart vermutet»).[37] Die Lehre erlaubte auch, die Abdingbarkeit der *naturalia* einsichtig zu machen. Von Baldus wird eine für das dispositive Vertragsrecht charakteristische Frage erörtert, ob und wo der Nachgiebigkeit der *naturalia* eine Grenze gesetzt ist. Diese ist nach Baldus erreicht, wenn eine Denaturierung des Vertrages eintritt.

5. *Innominatverträge im Ius Commune*

Das spätklassische römische Recht hatte verschiedene Klagemöglichkeiten ausgebaut, um atypische Vereinbarungen mit einem gewissen Rechtsschutz auszustatten. Die Mechanismen unterschieden sich, je nachdem ob es um den vereinbarten Austausch einer Sachleistung gegen eine Sachleistung *(do ut des)*, um das wechselseitige Versprechen bestimmter Handlungen *(facio ut facias)* oder um eine Sachleistung gegen die Vornahme einer Handlung ging.[38] Gemeinsam war diesen prozesstechnisch verschiedenen Klagemöglichkeiten, dass eine der Parteien mit ihrer Leistung freiwillig voranging. Erst dadurch wurde der Anspruch auf die «Gegenleistung» gerichtsfest. Daher musste bei Abmachungen über Handlung/Sachleistung unterschieden werden, ob zuerst die Sachleistung erbracht *(do ut facias)* oder die Handlung vorgenommen wurde *(facio ut des)*. Aufgrund eines Ansatzes der spätklassischen Schuljurisprudenz hat die mittelalterliche Doktrin diese Gestaltungen zu einer einheitlichen Figur des Innominatvertrages verschmolzen.[39] Dabei blieb es bei dem zentralen Erfordernis, dass bei Anwendung dieses Vertragstyps erst die (ungezwungene) Vorleistung einen Anspruch auf die Gegenleistung erzeugte. Durch diese Voraussetzung ergab sich eine – durchaus bemerkte – Nähe zu den Realverträgen; der Unterschied wurde darin gesehen, dass beim Realvertrag die Leistung sogleich mit der Vereinbarung erfolgte, während sie bei den Innominatverträgen dem *pactum* nachfolgte, das dann erst in diesem Moment seine «Bekleidung» erhielt. Später hat man diese Erscheinungsform des Innominatvertrags daher als Innominat*real*vertrag angesprochen.

---

37 Bartolus, In secundam Digesti Veteris Partem, Venedig 1585, S. 6 (zu D. 12,1,3, N 3).

38 S. statt aller Bruno Schmidlin, Das Nominatprinzip und seine Erweiterung durch die actio praescriptis verbis, ZRG Rom. Abt. 124 (2007), S. 53 ff.; Lihong Zhang, Contratti innominati nel diritto romano: impostazioni di Labeone e di Aristone, Mailand 2007; zur weiteren Entwicklung s. HRG, Susanne Lepsius, s.v. «Innominatkontrakt», 13. Lieferung, Berlin 2011, Sp. 1225 f. m.Nachw.

39 Massironi (Fn. 22), S. 211 ff.

6. *Das Vermächtnis des gelehrten Rechts*

Die Vorstellung, dass aus dem einzelnen Vertragstyp «natürliche» Rechtsfolgen abzuleiten sind, hätte wohl die Möglichkeit eröffnet, unter Beachtung des lebendigen Geschäftsverkehrs laufend neue Regeln dieser Art zu gewinnen. Tatsächlich hat man es aber bei der Anwendung derjenigen Ergänzungsnormen belassen, die schon in der justinianischen Kodifikation enthalten waren. Soweit das Ius Commune seine Interpretationshoheit für das Rechtswesen entfaltete, ergab sich eine gewisse Versteifung und Versteinerung der Vertragsordnung: Die Vertragsordnung bestand in den kanonischen Vertragstypen und in den für diese bereitgestellten Dispositivnormen. Der Bestand an *naturalia negotii* erschien durch die von den Juristen Justinians getroffene Auswahl, der wie jeder Auswahl etwas Willkürliches anhaftete, ein für alle Mal fixiert. Innovative Vertragsgestaltungen konnten und mussten sich neben dem gelehrten Recht etablieren, waren allenfalls irgendwie mit der allgemeinen Vertragslehre zu koordinieren. Der neuzeitliche Versicherungsvertrag und seine Geschichte bieten ein anschauliches Beispiel.[40] Die hermetische Geschlossenheit des gelehrten Vertragsrechts dürfte eine Ursache dafür gewesen sein, dass sich der Handel ein eigenes Rechtsumfeld geschaffen hat.

Charakteristisch für die europäische Geschichte des Vertragsrechts erscheint damit ein Wechselspiel eines eher statischen Systems von römischen Vertragstypen, das im Zentrum der wissenschaftlich-gelehrten Befassung stand und von dieser Stelle aus die allgemeinen Grundsätze des Vertragsrechts lieferte, mit einer dynamischeren Entwicklung, die ihre Grundlage vor allem in der Übung von Kaufleuten fand («Handelssitte»); diese wurde in Sondergerichtsbarkeiten von Gilden/Innungen rechtsförmig angewandt und zum Teil in städtischen Satzungen aufgezeichnet und fortentwickelt; das Handelsgeschehen ist ja von jeher im wesentlichen städtischer Natur.

V. Von der spanischen Spätscholastik zum *usus modernus* der Kodifikationszeit

Eine neue Systematisierung der Vertragsordnung erfolgte durch Vertreter der sogenannten spanischen Spätscholastik des 16. Jahrhunderts, die oft auch als «Schule von Salamanca» angesprochen wird. Es handelt sich um eine intellektuelle Hervorbringung der Gegenreformation, Ausdruck eines Bemühens um eine rationale Wirtschafts- und Soziallehre auf katholischer (zumeist: jesuitischer) Grundlage. Die Vertreter integrierten das Zivil- und namentlich das Vertragsrecht in ihre Gedankengebäude;[41] ihnen werden aber auch wesentliche

40 Phillip Hellwege, A Comparative History of Insurance Law in Europe, American Journal of Legal History 2016, S. 66 ff.

41 Thomas Duve, Kanonisches Recht und die Ausbildung allgemeiner Vertragslehren in der Spanischen Spätscholastik, in: Orazio Condorelli, Franck Roumy, Mathias Schmoeckel (Hrsg.), Der

Grundlegungen der modernen Volkswirtschaftslehre zugeschrieben. Es ist bemerkenswert, wie die institutionelle Bedeutung der Vertragsfreiheit von Vertretern dieser «Soziallehre», die eben das Wirtschaftsgeschehen als Teil des Sozialgeschehens umfasste, herausgearbeitet wurde.[42] Als bleibenden Beitrag hat man auch die scharfe Unterscheidung von entgeltlichen und unentgeltlichen Geschäften zu verzeichnen. Übergangen werden in diesem Schnelldurchgang durch die Geschichte die Beiträge aus der Zeit des frühneuzeitlichen Natur- und Vernunftrechts, die von verschiedenen Ansatzpunkten aus versuchten, das bestehende Vertragsrecht von Grund auf neu zu systematisieren.[43]

Kurz sei derjenige Stand des Vertragsrechts resümiert, der im Zeitalter des *usus modernus* erreicht wurde; von diesem Stand aus erfolgten die Kodifikationen seit dem späten 18. Jahrhundert. Jeder Vertrag – auch das *nudum pactum* – gilt als klagbar; soweit dies nicht schon partikularrechtlich anerkannt war,[44] wurde hierfür eine Überwindung des römischen Rechts durch neueres Gewohnheitsrecht geltend gemacht. Die unterschiedlichen Abschlussvorgänge, etwa die für die Realverträge erforderliche Realleistung, waren beibehalten. Der Innominatvertrag wurde unverändert erst mit einer Vorleistung verbindlich. Für die Kodifikationen seit dem Zeitalter des ausgehenden Naturrechts hat man jeweils eine Auswahl der gesetzlich zu regelnden Verträge getroffen und sich bemüht, diese in eine systematische Ordnung zu bringen. Obschon jede der zahlreichen Kodifikationen insoweit ihre eigene Auswahl und Systematik der Vertragstypen aufweist,[45] überwiegen die Ähnlichkeiten, was den Grundbestand der Vertragstypen und die allerwesentlichsten Folgenormen betrifft.

Insoweit auch das Handelsrecht von der Kodifikationswelle erfasst wurde,[46] die ja stets eine Fixierung des Rechtszustandes bedingt, war man besorgt, den

---

Einfluss der Kanonistik auf die europäische Rechtskultur. Bd. 1: Zivil- und Zivilprozessrecht. Köln/Weimar/Wien 2009, S. 389 ff. Das Frankfurter Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte hat einen Arbeitsschwerpunkt «The Legal History of the School of Salamanca» eingerichtet.

42 Wim Decock, Jesuit Freedom of Contract, TR (= Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis), 2009, S. 423 ff.

43 S. dazu Gordley (Fn. 19), S. 112 ff.

44 So hiess es in der «Stadt Basel Statuta und Gerichtsordnung» von 1719 (im Anschluss an das Freiburger Stadtrecht): «Welcher dem anderen mit bedächtlichen Worten oder sonsten etwas verspricht oder zusagt, der soll sein Versprechen halten oder auff des andern Theils gebuhrlich ansuchen und Klagen, mit Recht darzu angehalten werden; und solle hiemit der, zwischen den *pactis nudis* und *Contractibus* in den Römischen Rechten geordnete Unterscheid auffgehebt und alle Verkommnussen, wie die gemacht worden, gehalten werden» (Teil II Tit. XIII: Von bedächtigen Zusagen oder Versprechen).

45 Als beispielhafte Untersuchung für das öst. ABGB sei genannt: Hans Charmatz, Zur Geschichte und Konstruktion der Vertragstypen im Schuldrecht. Mit besonderer Berücksichtigung der gemischten Verträge, Brünn/Prag/Leipzig/Wien 1937.

46 Zum Handelsrecht im 19. Jahrhundert s. Helmut Coing, Europäisches Privatrecht. 1800 bis 1914. Band II. 19. Jahrhundert, München 1989, S. 531 ff.; Mathias Schmoeckel, Matthias Maetschke, Rechtsgeschichte der Wirtschaft seit dem 19. Jahrhundert, 2. Aufl., Tübingen 2016, S. 87 ff.; Johannes W. Flume, Law and Commerce – The Evolution of Codified Busi-

Anschluss an das lebendige Rechtsleben nicht zu verlieren. Hierauf gehen Vorschriften zurück wie die des Art. 1 des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs (ADHGB) von 1861: «In Handelssachen kommen, insoweit dieses Gesetzbuch keine Bestimmungen enthält, die Handelsgebräuche und in deren Ermangelung das allgemeine bürgerliche Recht zu Anwendung.» Unter dem Dach der Kodifikation sollte der Handelsbrauch nicht nur als Mittel der Auslegung dienen können, sondern das Gesetz anerkannte den Inhalt der Handelsgebräuche als gleichsam mittelbaren Gesetzesinhalt. Ersichtlich wurde hier der Versuch unternommen, eine Abkapselung von dem lebendigen Verkehrsgeschehen zu vermeiden.

VI. Das Vertragsrecht in der Kritik der Pandektisten

Im neunzehnten Jahrhundert sehen wir eine einmalige Intensivierung der theoretischen Auseinandersetzung mit dem Privatrecht und seinen Grundlagen.[47] Ein selektiver Rundblick in die Literatur betreffend die Frage der dispositiven Folgenormen mag hiervon einen knappen Eindruck geben. Friedrich Carl von Savigny unterschied absolute oder gebietende Rechtsregeln (diese herrschten mit «unabänderlicher Nothwendigkeit, ohne der individuellen Willkühr Spielraum zu lassen») und die von ihm als «vermittelnd» bezeichneten Regeln: Diese liessen «zunächst dem individuellen Willen freye Macht, und nur wo dieser unterlassen hat seine Macht auszuüben, tritt die Rechtsregel an seine Stelle, um dem Rechtsverhältnis die nöthige Bestimmtheit zu geben». Man könnte solche Regeln «als Auslegungen des unvollständig gebliebenen Willens betrachten.»[48] Viele Autoren folgten Savigny, so etwa der Zürcher Friedrich Ludwig von Keller,[49] der von Rechtsregeln sprach, die «zunächst dem individuellen Willen freie Macht [lassen], und nur wo dieser nicht gebraucht wird, ergänzt ihn die Rechtsregel, um dem fraglichen Verhältnis die nöthige Bestimmtheit zu geben. Das sind die Auslegungen des unvollständig gebliebenen oder unvollständig ausgedrückten Willens, *interpretationes voluntatis*.»[50] Im neunzehnten Jahrhundert wurde aber auch die Frage zugespitzt, wie sich das Konzept des nachgiebigen Rechts mit der Vorstellung verträgt, dass die vertragliche Regelung auf dem übereinstimmenden Willen der Kontrahenten beruht. Bei Alois Brinz fand sich die Savignysche Lehre von der «Auslegung

---

ness Law in Europe, CLH – Comparative Legal History 2014, S. 46 ff.; zur Entwicklung in der Schweiz s. die Beiträge in: Pio Caroni (Hrsg.), Le droit commercial dans la société suisse du XIXe siècle, Fribourg 1997.

47 Hans-Peter Haferkamp, Die Historische Rechtsschule, Frankfurt 2018.

48 Friedrich Carl von Savigny, System des heutigen römischen Rechts, 1. Band, Berlin 1840, S. 57 ff.

49 Zu ihm s. Wolfgang Ernst, Friedrich Ludwig Keller als Gegenstand der rechtshistorischen Forschung, ZRG Rom Abt. 125 (2008) S. 688 ff.

50 Friedrich Ludwig Keller, Pandekten, Leipzig 1861, S. 17.

des unvollständigen Willens» verschärft: Brinz verfocht die Ansicht, dass Rechtsgeschäfte «keinen anderen Inhalt und keine anderen Wirkungen haben, als gewollte.»[51] Auch «aller naturale Rechtsinhalt» habe daher in mittelbarer oder unmittelbarer Auslegung seinen Ursprung. Der Einwand, dass der Wille nicht immer positiv oder wirklich sei, lasse sich gegen jede Auslegung erheben. Der wahrscheinliche Wille müsse als der wirkliche erachtet werden. Der Usualinterpretation oder der Geltung des naturalen Geschäftsinhalts könne nur durch ausdrückliche Derogation vorgebeugt werden. Für Brinz ergibt sich eine anders strukturierte Trichotomie, indem alle Bestimmungen «theils nothwendige, theils frei gewollte, letztere ‹sich von selbst verstehende› oder aber ausdrücklich auszusprechende wären.» Es standen sich bei Brinz also notwendige und optionale Parameter gegenüber, wobei die optionalen immer willentlich vereinbart sind, wobei nur der Wille unmittelbar ausgesprochen sein kann oder mittelbar durch Nichtausspruch wirkt. Eine Grundsatzkritik kam von Ernst Immanuel Bekker: Die herkömmliche Trias der *essentialia/naturalia/accidentalia negotii* mache nicht deutlich, ob hier der Tatbestand der rechtsgeschäftlichen Einigung oder deren Rechtsfolgen dreigeteilt werde. Bekker probierte eine Dreiteilung sowohl des Tatbestandes – hier ergäbe sich ein sinnvoller Dualismus nur zwischen entbehrlichen Vereinbarungselementen und unentbehrlichen (wozu die Form gerechnet werden müsste) – als auch der Rechtsfolgen. Danach seien die *essentialia* diejenigen Vertrags*folgen*, die der Typus unerlässlich fordere, *naturalia* solche, die er erlässlich fordere (was in etwa eine gesetzliche Präsumtion bedeute), und *accidentalia* schliesslich solche, die er nicht fordere, aber vertrage. Bernhard Windscheid wollte nur die *essentialia* und die *accidentalia* unterscheiden, und zwar im Sinne wesentlicher und unwesentlicher Vertragsbestimmungen; die Kategorie der *naturalia negotii* verwarf er, weil sie Gewolltes und Nichtgewolltes zusammen werfe.[52] Am Ende des Jahrhunderts steht der Universaljurist Josef Kohler:[53] Es sei an sich denkbar, dass sich eine Rechtsordnung auf zwingendes Recht beschränke.[54] Das zwingende Recht würde ein «Vakuum» lassen, weil innerhalb seiner Schranken die Parteien machen dürften, was sie wollten. Die Erfahrung zeige aber das Vorkommen von Normierungen auch innerhalb der durch das zwingende Recht gesetzten Grenzen. Dies habe seinen Grund darin, dass die Rechtsordnung nicht nur Freiheit und Zwang gegenüberstelle, «sondern auch der Freiheit die Wege ebnen und fördern» solle. Träten vertraglich nicht geregelte Fragen auf, weil die Par-

---

51 Alois von Brinz, Lehrbuch der Pandekten, 4. Band, 2. Aufl. (besorgt von Philipp Lotmar) 1892, S. 195.

52 Bernhard Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. Aufl. (bearbeitet von Theodor Kipp), Frankfurt a.M. 1900, 1. Band, S. 383 f.

53 Zu ihm s. Bernhard Grossfeld, Josef Kohler (1849–1919), in: Festschrift 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin, Berlin 2010, S. 375 ff.

54 Josef Kohler, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 1. Band – Allgemeiner Teil, Berlin 1906, S. 18 f.

teien erfahrungsgemäss nur regelten, was ihnen besonders am Herzen liege, ergäben sich zwei Möglichkeiten: Zum einen die Ermittlung der hypothetischen Regelung, die die Parteien getroffen hätten, wenn sie an die betreffende Frage gedacht hätten. Abgesehen von der häufigen Unmöglichkeit einer sicheren Ermittlung stehe dem aber vor allem die Gegensätzlichkeit der Parteiinteressen entgegen. Daher bekomme das nachgiebige Recht einen positiven Inhalt. «Die Rechtsordnung sagt: wenn es an einer Bestimmung fehlt, solle eine von ihr bezeichnete Vernunftnorm eintreten, und sie solle eintreten, entweder weil die Rechtsordnung annimmt, dass dies meistens den Absichten der beteiligten Menschen entspricht, oder weil die Rechtsordnung die einen oder anderen Interessen besonders begünstigt und daher den leeren Raum mit einem solchen Stoff anfüllt, der ihren Absichten am besten entspricht, der ihr als der vernünftigste erscheint.»

C. Die Vertragsordnung des Schweizer Rechts

I. Die Vertragsordnung in der Entstehung des OR

Die äussere Entstehungsgeschichte des OR muss hier nicht erneut dargestellt werden. Gedrängte Zusammenfassungen haben in jüngerer Zeit URS FASEL[55] und HEINRICH HONSELL[56] gegeben. Im Folgenden werden nur solche Fragen herausgegriffen, die das Grundverständnis der gesetzlichen Vertragsordnung betreffen. Die kantonalen Vertragsordnungen vor dem OR[1881] werden nicht mit dargestellt; der allgemeine Befund, wonach manche Kantone Vorbilder im französischen Code civil fanden,[57] andere im österreichischen ABGB und wieder andere im gemeinen Recht Deutschlands, gilt auch für das Vertragsrecht.

Es ist bekanntlich ein wichtiges Charakteristikum des schweizerischen Rechts, dass die Typenordnung des Besonderen Teils Verträge enthält, die sich in anderen Ordnungen zwischen Handelsrecht und allgemeinem Zivilrecht aufgeteilt finden *(Code unique)*.[58] Am Anfang standen gerade die Geschäfte des Handelsverkehrs: Das Konkordat Munzinger stellte das Gesellschaftsrecht an die Spitze, diesem folgten für die Geschäfte des Mobiliarverkehrs allgemeine

55 URS FASEL, Handels- und obligationenrechtliche Materialien, Bern/Stuttgart/Wien 2000, S. 1 ff.

56 HEINRICH HONSELL, 100 Jahre Schweizerisches Obligationenrecht, ZSR 2011 II, S. 5 ff., hier S. 9 ff.

57 S. EUGEN BUCHER, Der Einfluss des französischen Code Civil auf das Obligationenrecht, in: Pio Caroni (Hrsg.), Das Obligationenrecht 1883–1983 – Berner Ringvorlesung zum Jubiläum des schweizerischen Obligationenrechts, Bern/Stuttgart 1984, S. 139 ff.

58 S. URS FASEL, Code unique als Schweizer Glanzleistung, Rechtskultur 2015, S. 40 ff.; EUGEN BUCHER, Der Gegensatz von Zivilrecht und Handelsrecht. Bemerkungen zur Geschichte und heutigen dogmatischen Bedeutung der Unterscheidung, in: Ursula Falkner und Martin Zweifel (Hrsg.), Aspekte der Rechtsentwicklung – Festschrift zum 50. Geburtstag für Arthur Meier-Hayoz, Zürich 1972, S. 1 ff.

Bestimmungen – ein allgemeines Vertragsrecht – sowie besondere Vorschriften für Kauf, Tausch, Prokura, Kommission, Transportvertrag, für den Wechsel und die Anweisung. In den von Munzinger für den Entwurf 1865 verfassten Motiven heisst es, man habe sich «im Bestreben, nicht zu viel zu wollen, auf diejenigen Normen beschränkt, deren einheitliche Annahme von jedem Sachkundigen ohne Bedenken als Errungenschaft für unseren Kredit, für den Schutz wichtiger Rechte, für die Sicherheit des Verkehrs anerkannt werden muss.»[59] Mit dem Entwurf von 1871 wurde der Bestand von besonders vertypten Verträgen ausgeweitet: Es wurden Verträge aufgenommen, die nicht typischerweise Kaufmannsgeschäfte betreffen, nämlich Miete, Pacht, Dienst- und Werkvertrag. Gleichwohl blieb die Typenordnung des OR[1881] in der Auswahl der geregelten Verträge, aber auch im Inhalt der für diese aufgestellten Normen, weiterhin stark am Handelsverkehr orientiert. Das Handelsrecht bietet die Grundlage für die ständig wiederholte, gewerbliche Vornahme von Geschäften gleicher Art, und ist daher für eine scharf konturierte Typisierung ausgesprochen geeignet, die ihm auch besonders zugutekommt. In den Beratungen und in den Kommentaren zum OR 1881/83 spielt der Innominatvertrag offenbar keine Rolle.

Bei der Beratung der Anpassung des OR an das ZGB hat man eine Vorschrift entworfen, die eine Vermutungsregel für den dispositiven Charakter der Vertragsnormen enthalten sollte. In einer Entwurfs-Vorschrift, die als Vorgänger des heutigen Art. 19 OR gelten kann, hieß es:

> «Das Gesetz ist nur da als unabänderliche Vorschrift anzunehmen, wo es diese Geltung selbst beansprucht oder wo eine Abweichung vom Gesetz gegen die öffentliche Ordnung, gegen die guten Sitten oder gegen den der Persönlichkeit gewährten Schutz verstoßen würde.»[60]

Die Botschaft 1905 hatte die Frage gestellt, ob die Vorschriften des Obligationenrechts bezüglich des Inhalts der Verträge von absoluter oder nur dispositiver Bedeutung seien: «Man darf hierauf antworten, dass die Abänderlichkeit die Regel bildet, also nur in bestimmt formulierter Ausnahme dem Gesetz eine absolute Geltung beigelegt wird.»[61] In einer späteren Entwurfsfassung war die Vermutung für den dispositiven Charakter fallen gelassen, indem es nurmehr hiess: «Das Gesetz gilt in allen Fällen als unabänderliche Vorschrift, wo es diese Geltung selbst beansprucht usw.»[62] Die Frage, ob das Gesetz selbst ausdrücklich klarstellen sollte, ob eine Vorschrift zwingend oder nachgiebig ist,

---

59 S. 190, in: Fasel (Fn. 55), S. 348.

60 Art. 1035 Abs. 2, 3. Entwurf zur Anpassung an das ZGB (1905), in: Fasel (Fn. 55), S. 1492. Vorbild war Art. 6 Code Civil: *«On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre publique et les bonnes mœurs.»* Hierfür wiederum muss D. 2,14,38 (Pap. 2 quaest.) als Vorlage gelten: *Ius publicum privatorum pactis mutari non potest*: «Das öffentliche Recht kann nicht durch *pacta* von Privatpersonen abgeändert werden».

61 S. 13 a.E., in: Fasel (Fn. 55), S. 1449.

62 5. Entwurf (1909), ebenda, S. 1660.

war auch für das deutsche BGB gestellt worden.[63] Man hat von diesem Verfahren, das man für an sich erwünscht hielt, abgesehen, weil sich eine schwerfällige Gesetzessprache ergeben müsste. Die Aufgabe, zum richtigen Verständnis des Gesetzes zu kommen, könne man der Auslegung überlassen. Dies ist auch die Überzeugung der schweizerischen Gesetzgebung gewesen. Bei der deutschen Gesetzgebung wurde noch ein Gesichtspunkt hervorgehoben, der bereits bei Munzinger angeklungen war: Bei dem Erlass dispositiver Rechtsnormen sei «obwohl nicht ausschliesslich, doch vorzugsweise die Erwägung maßgebend [...], welche Bestimmung verständige Parteien getroffen haben würden, wenn sie den fraglichen Punkt in den Bereich der Willensregelung gezogen hätten.»

Mit Art. 19 OR[1911] war eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage für die Vertragsfreiheit gewonnen. Der 1911 erschienene Kommentar von Fritz Fick lässt keinen Zweifel: «Abs. 1 stellt den Grundsatz der Vertragsfreiheit in aller Schärfe auf. Daraus folgt mit Notwendigkeit, dass das Gesetz dem Willen der Parteien den Vorrang lässt, also nur dispositiver Natur ist. [...] Zwingende Rechtssätze [...] enthält das Gesetz nur da, wo der Natur der Sache nach der zwingende Charakter des Rechtssatzes klar zutage tritt.»[64] Hier wird die Vermutung, die nicht Gesetz geworden war, bekräftigt: Im Zweifel ist die gesetzliche Vertragsordnung dispositiver Natur. Andreas von Tuhr hob hervor, dass die gesetzlichen Vertragstypen im heutigen Recht keine exklusive Bedeutung haben.[65] Es sei den Parteien unbenommen, andere, im Gesetz nicht erwähnte Verträge zu schliessen. von Tuhr macht insoweit bereits einen Unterschied zwischen Mischverträgen und «Verabredungen von so singulärem Inhalt, dass sie unter keinen dem Gesetz oder der Verkehrssitte bekannten Typus gebracht werden können, sog. contractus sui generis.» Zwingendes Recht sei im Obligationenrecht die Ausnahme; die Mehrzahl der Rechtssätze stellten nachgiebiges Recht dar. Für den Bereich des nachgiebigen Rechts *(ius dispositivum)* hatte von Tuhr noch eine feinere Unterscheidung, nämlich von Normen einerseits, die bei Fehlen einer vertraglichen Regelung eingreifen, und solchen Normen andererseits, die bei zweifelhaftem Parteiwillen eine Auslegungsrichtung bevorzugen.[66] Die Identifikation zwingender Rechtssätze im OR sei – anders als im VVG[1910] Art. 9 f. – eine Auslegungsfrage anhand von Art. 19 Abs. 2 OR. Für den Arbeitsvertrag sind die (beidseits) zwingenden Vorschriften in Art. 361 OR aufgezählt.

---

63 Werner Schubert (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Allgemeiner Teil, Teil 1, Berlin/New York 1981, S. 105.

64 Fritz Fick, Das Schweizerische Obligationenrecht, Zürich 1911, Art. 19 N 1 und 2; Hervorhebungen im Original.

65 Andreas von Tuhr, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 1. Halbband, Tübingen 1924, S. 219.

66 Ebenda, S. 219. Als solche Regeln werden genannt (S. 243): Art. 76–77, Art. 158, Art. 159 OR.

Der Gesetzgeber des OR hat sich nicht zu einer Aufwertung der Handelsbräuche zu einer subsidiären Rechtsquelle entschliessen können. Es gibt kein Handelsgewohnheitsrecht, das neben das OR treten würde:

> «Neben dem Obligationenrecht, das gemeines bürgerliches Recht für Kaufleute wie für Nichtkaufleute bildet, [kann] ein Handelsgewohnheitsrecht mit derogatorischer Wirkung auf das geschriebene Recht nicht bestehen; andernfalls würde der Zweck des Obligationenrechts, Rechtseinheit in den ihm geregelten Materien zu schaffen, gänzlich vereitelt; Handelsgewohnheiten und -gebräuche können nur bei der Auslegung des Parteiwillens Berücksichtigung finden».[67]

Fehlt eine allgemeine Bezugnahme auf Handelsbräuche oder dergleichen, ist doch in Einzelvorschriften auf Übungen (oder «das Übliche») und damit auf die Anschauung des betreffenden Geschäftskreises verwiesen (z.B. Art. 188 OR, Art. 394 Abs. 3 OR).

Für das OR charakteristisch ist die vergleichsweise deutliche Zurückhaltung in der Frage der *laesio enormis* und des *iustum pretium*. Bei der Beratung des OR[1881] war man der Ansicht, eine Festlegung nach dem Vorbild des Art. 286 ADHGB (die Vorschrift stellte klar, dass Handelsgeschäfte nicht wegen *laesio enormis* angefochten werden konnten) sei entbehrlich, weil kein Schweizer Gesetz dergleichen anerkenne; die Vorschrift des französischen Code civil falle ausser Betracht, da sie den Grundstücksverkauf betreffe.[68] In der Anpassung an das ZGB erscheint das Thema in neuem Licht. Die Botschaft 1905 rechtfertigt die Einfügung einer Vorschrift zur Übervorteilung:

> «Das geltende Recht glaubt, diesfalls mit den Vorschriften über Irrtum und Betrug auszukommen. Und einer rein geschäftsmässigen Auffassung des Verkehrslebens mag dies auch entsprechen. Allein es gibt Fälle im bürgerlichen Verkehr, wo es, ohne dass wesentlicher Irrtum oder Betrug vorläge, doch als sehr unbillig erscheint, wenn auf die Ausführung eines die Gegenpartei übervorteilenden Vertrages bestanden wird, nämlich jedenfalls dann, wenn das Missverhältnis durch Ausbeutung einer Notlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit des Verletzten herbeigeführt wird».

Zugleich wurde die Regelung vorgeschlagen, den hierauf gestützten Rücktritt vom Vertrag (wie man es nannte) zeitlich zu befristen,[69] die dann in Art. 21 OR Gesetz wurde.

II. Elemente der geltenden Vertragsordnung

1. Besondere Vertragstypen – Allgemeiner Vertragsbegriff

Die folgenden Betrachtungen wollen die grundlegenden Elemente der Vertragsordnung, wie sie durch das OR aufgestellt ist, in ihrem Zusammenhang erfas-

67 BGE 23, 769 E. 1; s. schon BGE 14, 475.
68 Motive 1865 (Munzinger), S. 191 f., bei Fasel (Fn. 55), S. 348 f.
69 Bericht des Bundesrats v. 1.6.1909, BBl 1909 III 725, 732; Fasel (Fn. 55), S. 1635.

sen.[70] Für die Vertragsordnung des schweizerischen Obligationenrechts ist zunächst das kontinentaleuropäische «Normal» zu verzeichnen, nämlich ein konkreter Bestand einer Anzahl von besonderen Vertragstypen, die mit einem allgemeinen Vertragsrecht zusammen spielen. Man könnte auch von einem Zwei-Ebenen-Modell sprechen.[71] Für die gesetzlich geregelten Vertragstypen sind Folgenormen aufgestellt, die überwiegend dispositiver Natur sind. Man kann diese weiterhin als *naturalia negotii* bezeichnen. Für eine konkrete Vertragsvereinbarung ist festzustellen, ob sie einem der gesetzlich geregelten Vertragstypen entspricht (Qualifikation, Kategorisierung). Die gesetzliche Typenbildung erfolgt durch die Aufstellung einer oder zweier (oder mehrerer) «Hauptleistungspflichten», die alleine oder in einer ganz bestimmten Kombination den Typus definieren.[72] Diese für die Typenkennzeichnung massgeblichen Leistungspflichten (in ihrer Kombination) kann man weiterhin als *essentialia negotii* ansprechen. Das Konzept der *essentialia negotii* setzt sich in der heutigen Lehre von den objektiv wesentlichen Punkten der vertraglichen Einigung fort;[73] was objektiv-wesentliche Punkte sind, ergibt sich aus dem Typus, dem die konkrete Vereinbarung zuzuordnen ist.[74] Schliesslich wird die Vertragstypenordnung noch bestimmt durch das Zusammenspiel von gesetzlich festgelegten Schuldvertragstypen mit dem Innominatvertrag; neben beiden ist auch das abstrakte Schuldversprechen – die Stipulation – beibehalten (Art. 17 OR). Systematisierend kann man festhalten: Der schuldrechtliche Vertrag des OR ist entweder kausaler oder abstrakter Schuldvertrag; kausale Schuldverträge entsprechen entweder einem gesetzlichen Vertragstypus oder gelten als Innominatvertrag.

2. *Der allgemeine Vertragsbegriff des OR*

Das OR kennt einen einheitlichen, allgemeinen Vertragsbegriff. Er gilt für alle Schuldverträge des OR. Dieser Vertragsbegriff entspricht dem grundsätzlich formfreien Konsensualvertrag der geschichtlichen Entwicklung. Alle Verträge

---

70 S. auch Peter Gauch, Das gesetzliche Vertragstypenrecht der Schuldverträge, in: Friedrich Harrer, Wolfgang Portmann und Roger Zäch (Hrsg.), Besonderes Vertragsrecht – aktuelle Probleme – Festschrift für Heinrich Honsell zum 60. Geburtstag, Zürich 2002, S. 3 ff.

71 Vor- und Nachteile von Mehrebenenmodellen sind vielfach diskutiert worden. Zur Diskussion der Frage, ob sich für ein kodifikatorisches Regelwerk des Privatrechts ein Allgemeiner Teil empfiehlt, s. statt aller Franz Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl., Göttingen 1967, S. 486 ff.; Franz Bydlinski, System und Prinzipien des Privatrechts, Wien 1996, S. 119 ff.

72 Krit. im Einzelnen: Gauch (Fn. 70), S. 6 ff.

73 Zu dieser s. Alfred Koller, Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Bern 2017, § 6 III, S. 106 ff. Auch in der jüngsten Reform des Code civil hat sich das Konzept der *essentialia (= substantialia) negotii* in etwa diesem Sinne erhalten: *«Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite»* (Art. 1170).

74 Die schulmässig getrennte Behandlung von Allgemeinem und Besonderem Teil des Obligationenrechts behindert oft die sachgemäss integrale Erfassung beider Teile des Gesetzes in ihrem Zusammenspiel.

stehen unterschiedslos unter dem Gebot von Treu und Glauben; Art. 2 ZGB.[75] Auch die Verträge, die gemeinrechtlich noch als Realverträge aufgefasst wurden, sind als Konsensualverträge ausgestaltet.[76] Formerfordernisse sind weitgehend zurückgedrängt; Schenkungsversprechen, Grundstücksverkauf und Bürgschaft stechen als wesentliche Fälle hervor.

Die Nachbarrechtsordnungen Deutschlands und Frankreichs sind verschiedene Wege gegangen, was das Erfordernis einer *causa* für den Schuldvertrag betrifft: Während Art. 1131 Code civil 1804 in der Tradition der französischen Jurisprudenz des Ancien Régime die Begründung der Obligation von einer *causa* abhängig machte (2016 aufgehoben), kennt das deutsche BGB kein besonderes *causa*-Erfordernis für den Schuldvertrag,[77] Nach deutschem Recht «ist die causa nichts anderes als der Inhalt des Schuldvertrages, indem der kausale Schuldvertrag aufgrund der Anerkennung durch die Rechtsordnung die durch ihn vereinbarte Rechtsfolge, nämlich die durch ihn begründeten Forderungen, rechtfertigt.»[78] Diese Aussage trifft ebenso auf das Obligationenrecht zu: Was den kausalen Schuldvertrag betrifft (zu Art. 17 später), entsprechen die *causae* der gesetzlich geregelten Vertragstypen je einem angebbarem Geschäftszweck, der sich auf einen lebenstatsächlich vorkommenden, im Sozialgeschehen bereits vertypten Vorgang bezieht. Der Geschäftszweck definiert den Vertragstyp. Was die kausalen Schuldverträge angeht, so ist dem Innominatvertrag kein spezifischer Geschäftszweck zugewiesen; dieser liegt beim Innominatvertrag vielmehr im Austauschverhältnis zweier frei zu vereinbarender Leistungen.

3. Der Innominatvertrag des OR

Art. 19 OR stellt die Gültigkeit auch solcher Verträge ausser Frage, die sich keinem der im Besonderen Teil vertypten Schuldverträge zuordnen lassen. Die Möglichkeit der Zuordnung einer konkreten Austauschvereinbarung zu einem

---

75 Zur Entwicklung Bruno Huwiler, Aequitas und bona fides als Faktoren der Rechtsverwirklichung, in: Bruno Schmidlin (Hrsg.), Vers un droit privé européen commun? – Skizzen zum gemeineuropäischen Privatrecht, Basel 1994, S. 57 ff.

76 Ob auch die Auslobung (Art. 8 OR) einen Anwendungsfall des Schuldvertrages darstellt, ist bekanntlich umstritten, s. Corinne Zellweger-Gutknecht und Eugen Bucher, in: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt und Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar. Obligationenrecht I. Art. 1–529 OR, 6. Aufl., Basel 2015, Art. 8 N 1, 3 ff.

77 Vgl. dazu demnächst den Sammelband der trinationalen Forschungskonferenz «Causa contractus. Auf der Suche nach den Bedingungen der Wirksamkeit des vertraglichen Willens», die 2016–2018 an der Villa Vigoni durchgeführt wurde; Tagungsbericht: Martina D'Onofrio, ZEuP 2018, S. 478 ff.; s. bereits Peter Weimar, Zur Kausalität der Zuwendungen im römischen, französischen und schweizerischen Recht, in: Bruno Schmidlin (Fn. 75), S. 95 ff. Zum Vertragsbegriff im franz. Recht jüngst Claude Witz, La définition du contrat dans le Code civil français réformé – Retour sur la distinction entre le contrat et la convention, in: Ulrike Babusiaux, Peter Nobel und Joahnnes Platschek (Hrsg.), Der Bürge einst und jetzt: Festschrift für Alfons Bürge, Zürich 2017, S. 639 ff.

78 Flume (Fn. 1), S. 170.

der im Besonderen Teil vertypten Schuldverträge bestimmt nicht mehr über die Klagbarkeit der vereinbarten Pflichten, wohl aber über das mit zur Anwendung gelangende dispositive oder zwingende Recht, das der Gesetzgeber für einen bestimmten Vertragstypus aufgestellt hat. Es ist in der Hauptsache der Innominatvertrag, durch den der Grundsatz der Typenfreiheit verwirklicht ist.[79] Ein Innominatvertrag liegt vor, wenn die gesetzliche Ordnung für die konkrete Paarung zweier Leistungspflichten, die nach der Regelung der Parteien im Austauschverhältnis stehen sollen, keine Regelung von *naturalia negotii* aufstellt. Ein Vertrag wird nicht schon dadurch «Nominatvertrag», dass der Vertragsname in irgendeinem Erlass, etwa einem Steuererlass, erwähnt wird. Auch der sogenannte gemischte Vertrag, bei dem sich ausschliesslich solche Leistungen gegenüberstehen, die in den Vertragstypen des Besonderen Teils an sich «vorkommen» (Vermieterleistung gegen Hausmeisterarbeiten), ist Innominatvertrag, wenn nicht die Folgenordnung im Besonderen Teil gerade auf diese konkrete Pflichtenkombination eingeht. Es kommt nicht darauf an, in welchem Gesetz sich die rechtliche Ausgestaltung befindet; der im Bundesgesetz über Pauschalreisen vom 18. Juni 1993 geregelte Pauschalreisevertrag ist ebenso Nominatvertrag wie der im VVG geregelte Versicherungsvertrag.

Es wäre ein Fehlverständnis, wenn man meinen würde, es gebe eine Vielzahl von Innominatverträgen, so dass man nur zu den jeweils einzelnen Verträgen, kaum aber zum Innominatvertrag als solchem Wesentliches aussagen könnte. Das schweizerische Recht kennt genau eine einheitliche Figur des Innominatvertrags, nicht deren vier, wie die spätklassische römische Schuljurisprudenz, aber auch nicht unendlich viele. Die einheitliche Rechtsfigur des Innominatvertrages steht für Geschäfte unterschiedlichen Inhalts zur Verfügung. Diese mögen dann u.U. ihrerseits wieder eine Typenbildung erlauben, nicht anders als verschiedene Anwendungen des Werkvertrags (etwa der Bauvertrag) sich als Anwendungstypen herausgebildet haben. Über den Innominatvertrag des schweizerischen Obligationenrechts lassen sich wesentliche Aussagen treffen, ohne dass man sich sogleich auf die Ebene seiner diversen Verwendungen begibt. Der Innominatvertrag des OR ist, wie alle dessen Schuldverträge, eine Anwendung seines allgemeinen Vertragsbegriffs: Es handelt sich um einen Konsensualvertrag. Der Abschluss des Vertrages unterliegt grundsätzlich keiner Form. Die Klagbarkeit setzt nicht voraus, dass die klagende Partei aus freien Stücken vorgeleistet hat. Es gilt Art. 82 OR; insoweit genügt es für die klagende Partei, wenn diese ihre Leistung mit der Klage anbietet. Allerdings können die Parteien beliebig abweichende Vor- und Nachleistungsverhältnisse gültig vereinbaren.

Der Innominatvertrag ist wesentlich zweiseitiger (synallagmatischer) Vertrag. Man könnte daher auch vom Innominat-Austauschvertrag sprechen. Der Innominatvertrag ist – anders als das Schuldbekenntnis – kausaler Schuldvertrag. Der Innominatvertrag hat seine *causa* im Entgeltverhältnis, in welchem beide Leistun-

79 Dazu ZELLWEGER-GUTKNECHT/BUCHER (Fn. 76), Vor Art. 1–40f N 12 ff.

gen zueinander stehen. Auch für den Innominatvertrag gilt, dass *causa* nichts anderes ist als der Inhalt des Schuldvertrages, doch gehört es beim Innominatvertrag zu seiner *causa*, dass die versprochenen Leistungen im Austauschverhältnis stehen. Man könnte sagen, dass Synallagma bilde die *causa* des Innominatvertrages. Es ist nicht möglich, durch Innominatvertrag eine abstrakte Forderung zu begründen. Neue, dem Obligationenrecht unbekannte Wertpapiertypen (Innominat-Wertpapiere) können nicht gestützt auf Art. 19 OR kreiert werden.[80]

Es gibt keinen unentgeltlichen Innominatvertrag. Einem unentgeltlichen Vertrag fehlt das Austauschverhältnis, ohne das der Innominatvertrag seine *causa* entbehrt. Die gesetzlich geregelten unentgeltlichen Geschäfte bilden insofern einen *numerus clausus*.[81] Es kommt vor, dass eine Leistung unentgeltlich versprochen werden soll, die ihrem Inhalt nach weder der eines Schenkers noch der eines Verleihers, Darleihers, Beauftragten oder Verwahrers entspricht. Als Beispiel kann die Leistung gelten, wie sie von einem Vermieter geschuldet wird, den ja ein anderes Pflichtenprogramm trifft als den Verleiher.[82] Zur Begründung einer solchen einseitigen Verpflichtung ist das Schuldbekenntnis der richtige Vertrag (Art. 17 OR). Werden Leistungen, wie sie ein Vermieter schuldet, erbracht und empfangen, ohne dass der Leistende sich zuvor gem. Art. 17 OR zur künftigen Erbringung verpflichtet hatte, so enthält die Leistungserbringung die Vereinbarung einer *causa*, was eine Rückforderung nach Bereicherungsrecht ausschliesst. Handelt es sich um eine Dauerleistung und ist diese Leistung nicht vorab für eine bestimmte Dauer versprochen, kann der Leistende die Erbringung jederzeit – unter Vorbehalt nur des Rechtsmissbrauchs – abbrechen.

Hinsichtlich der Leistungen, die sich die Parteien versprechen können, bestehen keine Beschränkungen.[83] Es kann sich auch um Dauerverpflichtungen handeln.[84] Das Verbot der Übervorteilung (Art. 21 OR) gilt auch für den Innominat-

---

80 Das Schuldbekenntnis kann in schriftlicher Form errichtet werden, wobei für die Übertragung der dadurch begründeten Forderung mittels Abtretung (Art. 164 ff. OR) bestimmte Erfordernisse vereinbart werden können; s. Daniel Girsberger und Johannes Lukas Hermann, in: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt und Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar. Obligationenrecht I. Art. 1–529 OR, 6. Aufl., Basel 2015, Art. 164 N 32.

81 Schenkung (Art. 239 OR), Gebrauchsleihe (Art. 305 OR), unverzinsliches Darlehen (vgl. Art. 313 OR), unentgeltlicher Auftrag (Art. 394 OR) und unentgeltliche Hinterlegung (Art. 472 OR). Unentgeltlich sind auch Preisausschreiben und Auslobung (Art. 8 OR). Die Preisfreiheit erlaubt die Verwendung entgeltlicher Vertragstypen zur Vereinbarung «gemischter Schenkungen», solange die Entgeltlichkeit nicht zur Fiktion wird *(verum pretium)*: Wolfang Ernst, Entgeltlichkeit, in: Jan Wilhelm u.a. (Hrsg.), Festschrift für Eduard Picker zum 70. Geburtstag, Tübingen 2010, S. 139 ff.

82 Zur Problematik, auch aus geschichtlicher Sicht, s. Klaus Slapnicar, Gratis habitare – Unentgeltliches Wohnen nach römischem und geltendem Recht, Berlin 1981.

83 Zu den Leistungsinhalten des OR überhaupt s. Zellweger-Gutknecht/Bucher (Fn. 76), Vor Art. 1–40f N 31 ff.

84 Zum Austausch zweier Schulderlasse als Innominatvertrag s. Zellweger-Gutknecht, in: Heinz Hausheer und Hans Peter Walter (Hrsg.), Berner Kommentar. Obligationenrecht Bd. VI, 1. Abt., 7. Teilbd., 2. Unterteilbd. Das Erlöschen der Obligation. Verrechnung Art. 120–126, Bern 2012, Art. 120 N 315.

vertrag. Durch den Innominat-Austauschvertrag können lediglich schuldrechtliche Verpflichtungen begründet werden; es ist nicht möglich, die rechtliche Güterzuordnung unmittelbar durch Innominatvertrag zu beeinflussen. Es gibt z.B. keinen Innominat-Gesellschaftsvertrag, der für die Güterordnung einer einfachen (nicht eingetragenen und nicht-kaufmännischen) Gesellschaft die Fähigkeit zur Haltung eines Sondervermögens der Gesellschaft an die Stelle der gesamthänderischen Zuordnung setzen könnte.[85] Kurzum: Der Innominatvertrag der schweizerischen Vertragsordnung ist schuldrechtlicher Austauschvertrag über vermögenswerte Leistungen beliebiger Art, die nach der Vereinbarung der Parteien im Entgeltverhältnis von Leistung und Gegenleistung stehen. Der Innominatvertrag ist damit eine Figur des Vermögensrechts:[86] Für unbenannte Vereinbarungen im Bereich des Familienrechts zum Beispiel kann man sich nicht auf die Figur des Innominatvertrags des OR berufen.

Für den Innominatvertrag gibt es an sich keine objektiv-wesentlichen Punkte, keine *essentialia*; diese sind ja gerade objektivrechtlich für die im Gesetz vertypten Schuldverträge aufgestellt. Bekanntlich haben sich bestimmte Austauschvereinbarungen, die als Innominatvertrag gültige Schuldverträge darstellen, in der Praxis derart etabliert, dass die beteiligten Verkehrskreise bestimmte Regelungen als zum Vertrag passend, als typengerecht, ansehen. Hier ist es die Verkehrspraxis, die – etwa durch anerkannte Vertragsmuster – die *naturali negotii* des Geschäfts erkennen lässt. Beispiele sind bekanntlich Factoring, Franchising, Leasing usw. Um zur Anwendung solcher Regeln zu kommen, ist wieder eine Qualifikation erforderlich, indem z.B. zu fragen ist, ob der konkrete Vertrag als Leasingvertrag einzuordnen ist. Insofern kann man auch von den durch den Rechtsverkehr vertypten Verträgen sagen, sie würden durch ihre Kernpflichten definiert, hätten so etwas wie objektiv wesentliche Punkte.[87]

Es gilt als Zentralfrage der rechtlichen Behandlung von Innominatverträgen, inwieweit *naturalia negotii*, die der Gesetzgeber für bestimmte vertypte Schuldverträge aufgestellt hat, zur rechtlichen Erfassung des Vertrags beigezogen werden können oder müssen, und nach welcher Methode – oder Methoden – die massgeblichen Vorschriften aufzufinden sind. Die hierüber geführte Diskussion muss an dieser Stelle nicht in voller Breite aufgenommen werden.[88] Kurze Bemerkungen sollen genügen: Für die Ergänzung der vertraglichen Einigung ist man auf die *naturalia negotii*, wie sie für Vertragstypen mit einer ähn-

85 Instruktiv BGE 140 III 206, dazu, ob der Grundsatz der Vertragsfreiheit eine hinreichende Grundlage dafür darstellt, dass eine Genossenschaft in ihren Statuten Eigenkapitalinstrumente sui generis in Form von Partizipationsscheinen schaffen kann (verneint).

86 Eine Beschränkung auf den Handelsverkehr im engeren Sinne besteht nicht.

87 Marc Amstutz und Ariane Morin, in: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt und W. Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar. Obligationenrecht I. Art. 1–529 OR, 6. Aufl., Basel 2015, Einl. vor Art. 184 ff. N 7.

88 Zellweger-Gutknecht/Bucher (Fn. 76), Vor Art. 1–40f N 41–47; Gauch (Fn. 70), S. 23 f.; Amstutz/Morin (Fn. 87), Einl. vor Art. 184 ff. N 7.

lichen, vergleichbaren Leistungspflicht aufgestellt sind, nur bedingt angewiesen, da eine ergänzende Vertragsauslegung zu denselben oder doch zu annähernd denselben Lösungen führen sollte. Stärker sollte das Augenmerk auf die zwingenden Vorschriften gerichtet werden, die der Gesetzgeber mit Bezug gerade auf bestimmte Vertragstypen eingeführt hat. Hier ist es meines Erachtens eine Frage der Auslegung der konkreten Gesetzesnorm, ob diese auch auf den vorliegenden Innominatvertrag anzuwenden ist; man kann insoweit der allgemeinen Methode der Gesetzesauslegung folgen.[89] Verzeichnet werden soll noch die allgemeine Ablehnung der rechtslogisch attraktiven Ansicht LAURENTS, wonach ausschliesslich die Vorschriften des Allgemeinen Teils des OR zur Anwendung kommen sollten.[90] In der Ablehnung dieser Ansicht, und in der Suche nach dem «richtigen» Zugriff auf bereits präformierte *naturalia negotii* zeigt sich ein starker Drang zur Typifizierung. Hierauf wird zurückzukommen sein.[91]

In der Schweiz, wie in anderen vergleichbaren Vertragsordnungen, besteht eine charakteristische Entwicklungsmöglichkeit darin, dass Vereinbarungen, die vom Gesetzgeber zunächst ohne eigenständige Regelung gelassen wurden und demnach als Innominatvertrag erfasst werden, durch Reformgesetzgebung auf die Seite der Nominatverträge gezogen werden. Der prominente Fall ist der Tauschvertrag, der in der Tradition des *Ius Commune* als Musterbeispiel des Innominatvertrages galt; das OR führt ihn als Nominatvertrag (Art. 237 f. OR). Auch der umgekehrte Vorgang ist denkbar, obschon die Regelungen für einen Nominatvertrag, der in der Lebenswirklichkeit ausser Gebrauch kommt, zumeist als totes Recht in der Kodifikation verbleiben.

4. *Der Innominatvertrag und das Sachenrecht*

Soweit der Innominatvertrag eine oder beide Parteien zu einer Übertragung von Eigentum verpflichtet, stellt er die zum Eigentumserwerb erforderliche *causa* dar. Das OR anerkennt den Innominatvertrag nur als schuldrechtlichen Austauschvertrag; als solcher eignet er sich nicht als Geschäft zur unmittelbaren Einwirkung auf die sachenrechtliche Zuordnung. Hierzu muss gar nicht erst der *numerus clausus* der sachenrechtlichen Zuordnungstypen[92] beschworen werden. Das Sachenrecht kennt auf seinem Gebiet zahlreiche Vereinbarungen («Verträge»), die nicht im Besonderen Teil des OR ausgestaltet sind; als Bei-

89 S. auch treffend GAUCH, (Fn. 70), S. 13 (N 13).

90 FRANÇOIS LAURENT, Principes de droit civil, tom. 24, Gent 1877, N 68 i.f., S. 78.

91 S. unten D. VI.

92 Dazu WOLFGANG WIEGAND, Numerus clausus der dinglichen Rechte. Zur Entstehung und Bedeutung eines zentralen zivilrechtlichen Dogmas, in: Gerhard Koebler (Hrsg.), Wege Europäischer Rechtsgeschichte – Karl Kroeschell zum 60. Geburtstag dargelegt von Freunden, Schülern und Kollegen, Frankfurt/M. 1987, S. 623; CHRISTOPH ALEXANDER KERN, Typizität als Strukturprinzip des Privatrechts, Tübingen 2013.

spiele können der Pfandvertrag und der Dienstbarkeitsvertrag genannt werden. Solche Vereinbarungen sind keine Schuldverträge, selbst wenn das ZGB an solche Verträge Leistungspflichten anknüpft. Soweit Vorschriften aus dem Allgemeinen Teil des Obligationenrechts zur Anwendung kommen sollen, beruht dies auf Art. 7 ZGB. Die im Sachenrecht des ZGB vorkommenden Verträge sind auch keineswegs «innominat» im Sinne einer freien Inhaltsbestimmung. Vielmehr ergibt sich aus der Sachenrechtsordnung des ZGB, welche Parameter in diesen Verträgen festzulegen sind. Nehmen wir als Beispiel die Vereinbarung, die der Errichtung eines Faustpfandes zugrunde liegt, so hat diese als solche keine Verpflichtungswirkung in dem Sinne, dass der Gläubiger, dem die Pfandsache noch nicht übergeben ist, aufgrund nur dieser Pfandabrede auf Übergabe klagen könnte; insofern hat sich der Charakter eines Realvertrages erhalten. Verträge, durch die eine einseitige Verpflichtung begründet werden soll, ein bestimmtes beschränktes dingliches Recht zu errichten (oder an dieser Errichtung mitzuwirken), können als Schuldbekenntnis (Art. 17 OR) abgeschlossen werden. Hat man eine Pfandvereinbarung, so ist es eine Auslegungsfrage, ob diese ein solches Schuldbekenntnis einschliesst, so dass daraus auf Übergabe der Pfandsache geklagt werden könnte. Es kommt vor (und ist wohl der Regelfall), dass die sachenrechtliche Errichtungsvereinbarung in einen Vertrag integriert wird, durch den anderweitige schuldrechtliche Verpflichtungen begründet werden, die mit dem Errichtungsakt und/oder mit dem zu errichtenden Recht im Zusammenhang stehen. Namentlich ist an eine Gegenleistung zu denken, die einmal oder periodisch zu erbringen ist. Bei solchen Verträgen handelt es sich um eine hybride Erscheinung. Sie schliessen eine Innominatvereinbarung ein, die als solche auch einen Anspruch auf die Errichtung des Pfandes (oder eines anderen beschränkten dinglichen Rechtes) begründen kann.

5. *Das Schuldbekenntnis nach Art. 17 OR*

Die Vertragsordnung der Schweiz wird abgerundet durch den «Nachfahren» der Stipulation, das Schuldbekenntnis nach Art. 17 OR. Der Ausdruck Schuldbekenntnis lässt den Vertragscharakter des Rechtsinstituts nicht hervortreten. Es handelt sich für das OR um einen Unterfall des Konsensualvertrags, so dass etwa die Vorschriften über den Vertragsschluss anzuwenden sind.[93] Bemerkenswert ist die Formfreiheit des Schuldbekenntnisses. Wenn man das Schuldbekenntnis als abstrakten Schuldvertrag anspricht, ergibt sich eine Entgegensetzung zu den übrigen Verträgen, die sich als kausale Schuldverträge darstellen und entweder einen der im Besonderen Teil vertypten Inhalte aufweisen oder

93 Bekanntlich nicht unbestr.; zutr. m.E. Ingeborg Schwenzer, in: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt und Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar. Obligationenrecht I. Art. 1–529 OR, 6. Aufl., Basel 2015, Art. 17 N 3 m.w. Nachw. auch der Gegenansicht.

Innominatvertrag sind; wir hatten ja gesehen, dass auch der Innominatvertrag ein kausaler Schuldvertrag ist.

Durch das Schuldbekenntnis wird dem Empfänger eine Forderung zugewandt. Für diese Zuwendung wird es in aller Regel einen Rechtsgrund geben, doch ist das Verhältnis dieses Rechtsgrundes zur begründeten Forderung und deren gerichtlicher Durchsetzung bekanntlich umstritten.[94] Vor dem Hintergrund der geschichtlichen Entwicklung zögert der Verfasser nicht, der Meinung beizutreten, wonach der Mangel des Rechtsgrundes vom Versprechenden derart geltend zu machen ist, dass er die zugewandte Forderung kondiziert.[95] Wird er aus der rechtsgrundlos zugewandten Forderung in Anspruch genommen, steht ihm die in Art. 67 Abs. 2 OR angesprochene (unverjährbare) Einrede zu, wonach die Zuwendung der Forderung eine ungerechtfertigte Bereicherung darstellt. Rechtspraktisch dürfte dem Schuldner zumeist schon mit dieser Einrede geholfen sein; es sollte aber nicht zweifelhaft sein, dass auch ein Rechtsanspruch auf Aufhebung der rechtsgrundlos zugewandten Forderung besteht, woran ja auch ein Feststellungsinteresse bestehen kann. Es ist aber zu beachten, dass auf die Abgabe eines Schuldbekenntnisses, die ohne Rechtsgrund erfolgt ist, Art. 63 Abs. 1 OR analog anzuwenden ist: Wer ein Schuldbekenntnis abgibt, weil er sich für verpflichtet hält *(solvendi causa)*, kann das Schuldbekenntnis als rechtsgrundlos nur dann kondizieren, wenn er nachzuweisen vermag, dass er sich über den Mangel des Rechtsgrundes im Irrtum befunden hat. Dies muss auch Voraussetzung dafür sein, dass er sich einredeweise gegen eine Inanspruchnahme aus dem Schuldbekenntnis wehrt. Das Vorliegen eines Irrtums gehört zum Tatbestand der Einrede. Zu der Frage der Beweislast für das Nichtbestehen des Rechtsgrundes ergibt sich die Antwort meines Erachtens aus dem soeben Ausgeführten; eine Vertiefung ist hier indes nicht nötig. Auf die Arbeiten von Krauskopf sei verwiesen.[96]

---

94 Es ist aufschlussreich, dass die Einordnung vergleichbarer Geschäfte in das Ganze der Vertragsordnung seit dem Mittelalter, ja eigentlich schon seit der Spätantike, immer wieder zu Diskussionen Anlass gegeben hat; s. Andreas Thier, in: Mathias Schmoeckel, Joachim Rückert und Reinhard Zimmermann (Hrsg.), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB (HKK). Band III. Schuldrecht. Besonderer Teil. 2. Teilband: §§ 657–853, Tübingen 2013, §§ 780–782 N 4 ff.; Jürgen Creutzig, Das selbständige Schuldversprechen. Eine vergleichende Darstellung nach dem englischen, deutschen, schweizerischen und französischen Recht, Basel 1969, S. 22 ff.

95 Ebenso Bruno Huwiler, in: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt und Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar. Obligationenrecht I. Art. 1–529 OR, 6. Aufl., Basel 2015, Art. 67 N 13, dort auch zur Gegenansicht.

96 Frédéric Krauskopf, Die Schuldanerkennung im schweizerischen Obligationenrecht, Freiburg/Ue. 2003; vgl. auch ders., Der Begriff, die Erscheinungsformen und die Bedeutung der Schuldanerkennung im Obligationenrecht, recht 2005 Heft 5, S. 171 ff., S. 179, und dazu kritisch Huwiler (Fn. 95), Art. 67 N 14.

Das Schuldbekenntnis hat eine erhebliche Einsatzbreite. Hier sei nur vermerkt, dass der Garantievertrag,[97] soweit das Garantieversprechen nicht durch eine Gegenleistung «erkauft» wird (in welchem Fall ein Innominatvertrag vorliegt), Schuldbekenntnis ist. Ein Schuldbekenntnis kann auch schenkungshalber abgeschlossen werden. Die formlose Abgabe des abstrakten Schuldversprechens erfüllt indes nicht die Voraussetzung einer Schenkung von Hand zu Hand (Art. 242 Abs. 1 OR); vielmehr ist die Form des Art. 243 OR einzuhalten:[98] Das schenkweise abgegebene Schuldbekenntnis unterliegt der Schriftform; bei deren Fehlen gilt Art. 11 OR. Erst die Erfüllung der schenkweise zu begründenden Forderung heilt den Mangel der Form für die schenkweise Zuwendung. Auch für das unentgeltliche Versprechen einer Leistung, die sich ihrem Inhalt nach keinem der gesetzlich geregelten unentgeltlichen Schuldverträge zuordnen lässt, ist das Schuldbekenntnis zu benützen, da der Innominatvertrag nur für Austauschverhältnisse zur Verfügung steht.[99]

Eine letzte hier angesprochene Frage des Schuldbekenntnisses geht dahin, welche Vorschriften des OR auf die Forderung anzuwenden sind, die mit ihm begründet wird. Anwendbar sind die Regelungen des Allgemeinen Teils, soweit sie nicht spezifisch auf die Gegenseitigkeit zweier Vertragspflichten abstellen (Art. 82, 109, 119 Abs. 2 OR). Soweit es sich um ein Geldversprechen handelt, gelten insbesondere die Vorschriften zur Geldobligation. Ist mit Rücksicht auf den konkreten Inhalt des Versprechens auf Vorschriften zurückzugreifen, die im Besonderen Teil des Obligationenrechts aufgestellt sind? Wenn etwa die Leistung einer bestimmten Sache versprochen wird, soll dann das Recht kaufrechtlicher Gewährleistung angewandt werden, wenn die Sache einen Sachmangel aufweist? Meines Erachtens ist es Sache der Parteien, das Schuldbekenntnis inhaltlich auszugestalten. Eine Möglichkeit, dies zu tun, besteht in einer Bezugnahme auf das «bestätigte» Rechtsverhältnis; dadurch können mittelbar dessen inhaltliche Parameter neu auch für die abstrakte Forderung vereinbart sein. Vorschriften, die das OR für bestimmte kausale Schuldtypen aufstellt, sind aber nicht schon deshalb auf die durch Schuldbekenntnis begründete Forderung anzuwenden, weil es sich um einen entsprechenden Leistungsinhalt handelt. Ob eine *analoge* Anwendung möglich ist, ist eine Frage des Einzelfalls.

---

97 Zu ihm zuletzt Peter Nobel, Bürge oder Garantiegeber? – Eine schwierige Abgrenzung, in: Ulrike Babusiaux, Peter Nobel und Johannes Platschek (Hrsg.), Der Bürge einst und jetzt: Festschrift für Alfons Bürge, Zürich 2017, S. 61 ff.

98 BGE 39 II 85, 89; Nedim Peter Vogt und Annaïg L. Vogt, in: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt und Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar. Obligationenrecht I. Art. 1–529 OR, 6. Aufl., Basel 2015, Art. 239 N 7.

99 Oben 3.

6. *Zur Vertragsfreiheit aufgrund des Obligationenrechts*

Die schweizerische Vertragsordnung ist nicht einfach auf den Nenner «Everything goes» zu bringen. Mit der Aussage, jeder beidseits gewollte Vertrag sei doch als Konsensualvertrag gültig, würde man es sich entschieden zu einfach machen. Das Ziel, die Teilnehmer am Rechtsverkehr ihre Vertragsbeziehungen selbst bestimmen zu lassen, verlangt aber auch nicht, dass das Recht der Beliebigkeit eine Grundlage bietet: Es genügt, ist aber auch zu fordern, dass die verfügbaren Vertragsfiguren klar konturiert sind (Rechtssicherheit), und bei überlegtem Einsatz hinreichende Gestaltungsspielräume eröffnen, so dass den Transaktionen, die aus wirtschaftlicher Sicht angestrebt werden, eine zweckmässige rechtliche Grundlage gegeben werden kann. Von den hauptsächlichen Aspekten der Vertragsfreiheit muss an dieser Stelle nicht besonders gehandelt werden; sie sind schulmässig in allen Kommentaren und Lehrbüchern aufgezählt und erläutert.[100] Hier sollen einige seltener thematisierte Aspekte zur Sprache kommen.

Als Teil der Inhaltsfreiheit sei hier zunächst die Berechtigung der Parteien hervorgehoben, die dispositiven Bestimmungen des Gesetzes[101] wegzubedingen und durch selbst geschaffene Regelungen zu ersetzen. Eine Strukturfrage geht hierbei dahin, ob die «Gegenäusserung» der Parteien, durch die sie eine bestimmte dispositive Norm wegbedingen, einer bestimmten Förmlichkeit unterliegt. Bei einer überraschend hohen Zahl von Dispositivnormen setzt das OR für die Abbedingung die Schriftform voraus;[102] ansonsten wird eine bestimmte Form von Gesetzes wegen nicht verlangt. Man hat sich intensiv mit der Frage auseinandergesetzt, ob eine «Ausschaltung» dispositiver Gesetzesnormen auf ergänzende Vertragsauslegung[103] gestützt werden kann: Ist eine dispositive Gesetzesnorm unanwendbar, wenn sich ein hypothetischer Parteiwille nachweisen liesse, dem zufolge die Parteien etwas anderes gewollt hätten? Namentlich EUGEN BUCHER ist für eine bejahende Antwort eingetreten.[104] Es ist

---

100 Einen wesentlichen Beitrag zur Systematisierung leistete KARL OFTINGER, Die Vertragsfreiheit, in: Juristische Fakultäten der schweizerischen Universitäten (Hrsg.), Die Freiheit des Bürgers im schweizerischen Recht, Zürich 1948, S. 316 ff.; zur Freiheit der Vertragspartnerwahl – und auch zu ihrer Erosion – s. KAI-OLIVER KNOPS, Die Personalität des Schuldverhältnisses, Tübingen 2018.

101 Zu diesen umfassend PETER JÄGGI, PETER GAUCH und STEPHAN HARTMANN, Zürcher Kommentar. Obligationenrecht, Art. 18 OR. Auslegung, Ergänzung und Anpassung der Verträge; Simulation, 4. Aufl., Zürich 2014, Art. 18 OR N 565 ff.

102 Auswahl: Art. 214 Abs. 3, Art. 260, Art. 289a Abs. 1, Art. 324a Abs. 4, Art. 330 Abs. 2, Art. 332 Abs. 2, Art. 335b Abs. 2, Art. 339 Abs. 2, Art. 339c Abs. 1 und 4, Art. 418g, Art. 418f OR.

103 Zur ergänzenden Auslegung s. ERNST A. KRAMER, Juristische Methodenlehre, 6. Aufl., Bern 2016, S. 158 f.

104 EUGEN BUCHER, Der Ausschluss dispositiven Gesetzesrechts durch vertragliche Absprachen – Bemerkungen zu den Erscheinungsformen dispositiver Rechtssätze, in: Rechts-, wirtschafts- und sozialwissenschaftliche Fakultät der Universität Freiburg Schweiz (Hrsg.), Festgabe für Henri Deschenaux zum 70. Geburtstag = Mélanges en l'honneur de Henri Deschenaux: professeur à l'Université de Fribourg publiés à l'occasion de son soixante-dixième anniversaire, Frei-

ein Charakteristikum der ergänzenden Auslegung, dass sie am ehesten nach dem «Verkehrsüblichen» fragt; ergänzende Vertragsauslegung kann kaum zu gänzlich esoterischen und einmaligen Lösungen kommen, wie sie aber die Parteien mit ihrem Vertrag zu setzen vermögen. Insofern sind ergänzende Vertragsauslegung und dispositives Gesetzesrecht, soweit es diesem um eine für den Verkehr förderliche, in sich ausgewogene Regelung geht, im Grundsatz gleichgerichtet. Durch den Abschluss eines gesetzlich vertypten Geschäfts gelten die vom Gesetzgeber für diesen Typus aufgestellten Dispositivnormen. Nehmen wir die Unterscheidung auf, wonach dispositive Normen zum Teil bei Fehlen einer vertraglichen Regelung eingreifen, zum Teil aber nur bei zweifelhaftem Parteiwillen eine Auslegungsrichtung bevorzugen wollen,[105] wird man jedenfalls in Fällen der letzteren Gruppe zulassen, dass vernünftige Überlegungen zur konkreten Interessensituation das Pendel entgegen der gesetzlichen Vermutung, um die es sich hier doch handelt, ausschlagen lassen. Die «Vertragsergänzung» mittels (ergänzender) Vertragsauslegung und mittels dispositiver Ergänzungsnormen, so nah sie sich stehen mögen, sind nicht gleichzusetzen: Die untergerichtliche Fehlanwendung von dispositivem Gesetzesrecht erlaubt die Beschwerde zum Bundesgericht wegen Verletzung von Bundesrecht. Ist die unterlegene Prozesspartei hingegen der Ansicht, das kantonale Gericht sei im Wege ergänzender Vertragsauslegung zu einem unrichtigen Auslegungsergebnis gekommen, kann das Bundesgericht als Frage des Bundesrechts nur die objektivierte Vertragsauslegung prüfen, nicht hingegen die subjektive Vertragsauslegung, soweit sie eine Beweiswürdigung involviert.[106] Dasselbe gilt dem Bundesgericht zufolge für die tatgerichtlichen Feststellungen über die äusseren Umstände sowie das Wissen und Wollen der Beteiligten im Rahmen der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip.

Sodann steht es den Parteien frei, ihren Schuldvertrag durch Nebenabreden zu ergänzen.[107] Für Nebenabreden sind teilweise eigene Formerfordernisse aufgestellt, so etwa für die Vereinbarung eines Konkurrenzverbots im Arbeitsvertrag: Art. 340 Abs. 1 OR. Beim Viehhandel ist eine Zusicherung nur in Schriftform möglich; Art. 198 OR. Solche Nebenabreden, zusammen mit dem vom Gesetz vorgesehenen Instrument der Bedingung (Art. 151 ff. OR), mag man weiterhin als *accidentalia negotii* ansprechen. Die Zufügung von Nebenabreden als solche kann dem Vertrag die Wirksamkeit nicht nehmen (sofern nicht die Nebenabrede als solche Grenzen der Inhaltsfreiheit überschreitet[108]), wohl

burg/Ue. 1977, S. 249 ff.; Felix Dasser, Vertragstypenrecht im Wandel, Zürich 2000, S. 304 ff.; zuletzt Thomas Finkenauer, Ergänzende Auslegung bei Individualabreden, AcP 213 (2013) Heft 5/6, S. 619 ff., hier S. 625.

105 Oben im Text bei Fn. 66.

106 BGer Urt. v. 22. Juni 2017, C_99/2017 E. 5.1 (Art. 97, 105 BGG bleiben vorbehalten).

107 Martin Hohlweck, Nebenabreden – Pacta im römischen und im modernen Recht, Bielefeld 1996.

108 Vgl. auch Art. 157 OR.

kann aber die Nebenabrede qualifikationsrelevant sein. Vertragsanfängliche Nebenabreden sind daher bei der Qualifikation zu berücksichtigen. Allenfalls verhindert die Nebenabrede eine glatte Zuordnung zu einem gesetzlichen Vertragstyp; dann ist ein Innominatvertrag anzunehmen.

Es gehört zur Bestimmung der Parteien über den Vertrag, dass sie diesen noch nach dessen erstmaligen Abschluss modifizieren können. Von den einverständlichen Eingriffen in den in Geltung gesetzten Vertrag sticht die Vertragsaufhebung als die stärkste Veränderung hervor. Wird indes der Inhalt der vertraglichen Einigung geändert, so ist zu unterscheiden: Manche nachträgliche Änderungen sind ohne Einfluss auf die Qualifikation (Beispiele: Vereinbarung eines neuen Zahlungsziels; Stundung). Auch die nachträgliche Beigabe einer Nebenabrede kann allenfalls qualifikationsneutral erfolgen. Aufgrund mancher Änderungen wird man indes die Qualifikationsfrage neu stellen müssen. Hier ist zu beachten, dass die Qualifikation eines Vertrages abschliessend im Zeitpunkt seines Abschlusses erfolgt.[109] Soll ein bestehender Vertrag so geändert werden, dass sich für die neue vertragliche Beziehung eine andere Qualifikation ergibt, sind die Parteien auf eine Kombination von Vertragsaufhebung und -neuabschluss verwiesen. Dies kann überall dort von rechtlicher Bedeutung sein, wo es auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses ankommt, z.B. bei der paulianischen Anfechtung, bei Änderungen der Gesetzeslage und dergleichen mehr.

Die vorstehenden Überlegungen sollten vor allem verdeutlichen, dass auch die Änderungs- und die Aufhebungsfreiheit, ebenso die Freiheit der Vereinbarung von *accidentalia negotii*, ein ganz bestimmtes, positivrechtliches Gepräge haben: Auch diese Freiheiten sind eröffnet auf der Grundlage von und mit Bezug auf die objektivrechtliche Vertragsordnung mit ihrem Bestand vertypter Verträge.

Was schliesslich die Preisfreiheit betrifft, so folgt Art. 21 OR nicht den im Ausland teilweise vorkommenden Regelungen, wonach schon ein bestimmtes Preis-/Leistungs-Missverhältnis als solches zur Anfechtung des Vertrags berechtigt. Wie eh und je ist die Zinsfreiheit gesetzlich beschränkt.[110] Die Frage der Preisfreiheit leitet über zu der Bedeutung der kantonalen Gesetzgebung in Ergänzung des Bundeszivilrechts:

---

109 Die blosse Abwicklung des Vertrags ändert als solche die erfolgte Qualifikation nicht mehr. Ein Gattungskauf wird nicht rückwirkend zum Stückkauf, wenn der Verkäufer den Käufer mit einer bestimmten Sache befriedigt hat. Dies gilt auch, wenn die Vertragsabwicklung gestört ist: Hat der Verkäufer den Käufer mit einer bestimmten Sache in Annahmeverzug gesetzt, dann ist von diesem Zeitpunkt an der Gattungsverkauf nicht zu einem Spezieskauf über die angebotene Sache mutiert.

110 Ausf. ALEXANDER BLAESER, Die Zinsen im schweizerischen Obligationenrecht. Geltendes Recht und Vorschlag für eine Revision, Zürich/St. Gallen 2011, S. 43 ff.

III. Die Vertragsfreiheit in der Verfassungsordnung

Ursprünglich hatte man der verfassungsrechtlichen Garantie der Handels- und Gewerbefreiheit (Art. 31 BV[1874]) eine Vorgabe an die Privatrechtsgesetzgebung nicht entnehmen wollen:

> «Der Privatgesetzgeber kann sicher die Freiheit der Gewerbetreibenden durch formalistische und engherzige Regelung der Rechtsgeschäfte, deren sie sich bedienen, indirekt beschränken; die B. V. erblickt aber darin keine Verletzung ihres Grundsatzes, denn durch solche privatrechtliche Regelung werden erst die Voraussetzungen eines möglichen Gewerbebetriebs geschaffen, und diese Aufgabe gehört zur Kompetenz des Privatgesetzgebers, wenn auch die gegebene Lösung notwendigerweise die Freiheit der Gewerbeausübung mitbestimmt.»[111]

Burckhardt veranschaulichte dies anhand der gesetzlichen Regelung der Handlungsfähigkeit, bei der sich eine Verletzung der Handels- und Gewerbefreiheit immerhin denken lasse: Allein, «wo ist da die Grenze zwischen dem durch Art. 31 unbeengten Zivilrecht und dem durch Art. 31 beherrschten Gewerberecht zu finden?»[112] Mit einer Regelung zu der Fähigkeit, private Rechtsgeschäfte überhaupt einzugehen, überschreite der Privatgesetzgeber sein eigenes Gebiet noch nicht. Es war möglicherweise ANDREAS VON TUHR, der als erster den Bogen zur Bundesverfassung schlug: «Die Vertragsfreiheit ist die zivilrechtliche Seite der in der BundesV Art. 31 garantierten Handels- und Gewerbefreiheit.»[113] In der grundlegenden Studie SALADINS heißt es dann, unter Berufung auch auf Zaccaria Giacometti, «Die Handels- und Gewerbefreiheit setzt ... das Institut des Vertrages voraus und schliesst die Vertragsfreiheit ein.»[114] Eine Analyse der einschlägigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung im jüngsten Standardwerk zur Wirtschaftsfreiheit ergibt, dass die Vertragsfreiheit von der Rechtsprechung zumeist der Berufsfreiheit zugeordnet und auf die Wirtschaftsfreiheit als Individualrecht zurückgeführt wird (Art. 27 BV).[115] Hingewiesen werde in der Rechtsprechung auch auf die Anerkennung der Vertragsfreiheit, eine der Konkretisierungen der Privatautonomie, als allgemeinem Grundsatz des Privatrechts.

Für das Thema «Vertragsfreiheit und Verfassungsrecht» ist die föderale Zuständigkeitsregelung der Bundesverfassung bedeutsam. Das Bundeszivilrecht geht allem kantonalen Recht vor (vgl. Art. 49 BV). Die Setzung öffentlichen Rechts durch einen Kanton widerspricht an und für sich nicht notwendig dem

---

111 WALTHER BURCKHARDT, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, 2. Aufl., Bern 1914, S. 252.

112 Ebenda, S. 253.

113 VON TUHR (Fn. 65), S. 218 Fn 3.

114 PETER SALADIN, Grundrechte im Wandel, Bern 1970, S. 270; kurz zuvor war erschienen HANS HUBER, Die verfassungsrechtliche Bedeutung der Vertragsfreiheit. Vortrag gehalten vor der Berliner Juristischen Gesellschaft am 12. November 1965, Berlin 1966.

115 JOHANNES REICH, Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit, Zürich 2011, N 131, dort auch N 496 zur Ausbildung der *«liberty to contract»* im amerikanischen Recht.

Vorrang des Bundes*zivil*rechts, doch entsteht ein Abgrenzungsproblem in denjenigen Fällen, in denen kantonales öffentliches Recht auf privatrechtliche Rechtsverhältnisse einwirkt. An diesem Schnittpunkt setzt Art. 6 ZGB ein. Die Vorschrift wird so verstanden, dass eine kantonale Rechtssetzung nicht schon aus dem Grund bundesrechtswidrig ist, dass sie auf Rechtsverhältnisse einwirkt, die aufgrund Bundeszivilrechts bestehen.[116] Von jeher gelten Vorschriften des Arbeitsschutzes und der Gewerbepolizei als Beispielsfälle. Die Voraussetzungen der kantonalen Zuständigkeit, privatrechtsergänzendes öffentliches Recht (in Gesetzesform) zu erlassen, sind in der bundesgerichtlichen Praxis auf der Grundlage von Art. 6 Abs. 2 ZGB konkretisiert worden. Auf dieser Grundlage kann auch zu der Frage Stellung genommen werden, inwieweit die Vertragsfreiheit gegen kantonales öffentliches Recht aufgeboten werden kann, mit der Folge, dass dieses sich als verfassungswidrig darstellt.

Hier kommt der Grundsatz der Vertragsfreiheit zunächst in der konkreten Ausgestaltung in Betracht, die sie durch das Bundeszivilrecht erfahren hat; inwieweit die Parteien in der Gestaltung ihrer Vertragsverhältnisse «frei» sind, ergibt sich ja nur im Zusammenspiel einer Vielzahl von bundesgesetzlichen Regelungselementen: Erst das konkrete Bundeszivilrecht ergibt, welche Freiheitsgrade für die Gestaltung von Vertragsbeziehungen bestehen. Dabei ist wesentlich, dass eine in sich abgeschlossene Regelung auf der Ebene des Bundeszivilrechts eine «Ergänzung» durch Kantonsgesetze nicht mehr erlaubt.[117] Unter diesem Gesichtspunkt ist wiederholt die Frage gestellt worden, ob das Auftragsrecht des OR in dem Sinne abschliessend ist, dass z.B. für den Behandlungsvertrag keine zusätzlichen Patientenrechte eingeführt werden könnten.[118] Im Allgemeinen wird man sagen können, dass das dispositive Vertragsrecht einer Kodifikation immer nur eine Auswahl sinnvoller Einzelregelungen bringen kann; dieser Umstand dürfte es erschweren, das Vorliegen einer abschliessenden Regelung geltend zu machen.

Schliesslich ist noch anerkannt, dass kantonale Gesetzgebung wegen eines «Verstosses gegen Sinn und Geist des Bundeszivilrechts» unzulässig sein kann; durch diese Formulierung stellt sich das übergreifende Prinzip der Vertragsfreiheit als eine Schranke der kantonalen Gesetzgebungsbefugnis dar. Wenn man die Vertragsfreiheit als Teil der Wirtschaftsfreiheit ansieht, ergibt sich, dass jedenfalls dem Kerngehalt der Vertragsfreiheit unbedingt derogative Kraft gegenüber kantonaler Gesetzgebung zukommt.[119] Dieser Zusammenhang

---

116 Flavio Lardelli, in: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt und Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar. Zivilgesetzbuch I. Art. 1–456 ZGB, 5. Aufl., Basel 2014, Art. 6 N 1 ff.

117 Christian Bovet und Stéphane Grodecki, in: Pascal Pichonnaz, Bénédict Foëx (Hrsg.), Commentaire Romand. Code civil I, Basel 2010, Art. 6 N 34 ff.; Lardelli (Fn. 116), Art. 6 N 21 ff.

118 Dazu BGE 114 Ia 350 E. 4b = Pra 1989, S. 951.

119 S. auch Reich (Fn. 115), N 131: sowohl die verfassungsrechtliche Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) als auch das Bundeszivilrecht beschränken die kantonale Gesetzgebungsbefugnis, wobei das Verhältnis beider Schranken nicht vollständig geklärt zu sein scheint.

erscheint für eine gesamthafte Bestandsaufnahme in puncto «Vertragsfreiheit» besonders bedeutsam, da im verfassungsrechtlichen Verhältnis von Bund und Kantonen den Kantonen – jedenfalls im Verfassungsrechtsvergleich – verhältnismässig umfangreiche Zuständigkeiten zustehen.

Die Rechtsprechung hat sich wiederholt mit kantonalen Regelungen zu Begrenzungen von Leistungsentgelten befasst, sei es auf dem Gebiet des Mietrechts, sei es auf anderen Gebieten (z.B. Tarifordnung für Mäkler);[120] etwas vergröbernd kann man sagen, dass das Bundesgericht zu einer grosszügigen Beurteilung neigt. Jedenfalls müssen zu einer sachgemässen Einschätzung der Preisfreiheit die auf der Grundlage von Art. 6 ZGB erlassenen kantonalen Gesetzen mit in den Blick genommen werden. Aufschlussreich ist die deutlichere Grenze, die den Kantonen gezogen wurde, soweit deren Gesetze sich als Einwirkungen auf bundeszivilrechtliche Formvorschriften darstellen. So hat das Bundesgericht eine kantonale Regelung (BL) verworfen, wonach eine gültige Verpflichtung zur Übereignung eines Grundstücks durch ein bloss schriftliches Einverständnis eines zu Enteignenden begründet werden sollte; dem standen Art. 657 Abs. 1 ZGB und Art. 216 Abs. 1 OR entgegen.[121] Umgekehrt wurde auch die Aufstellung eines dem Bundeszivilrecht unbekannten Formerfordernisses (kantonalgesetzliche Form für den An- und Vorauszahlungsvertrag) für unzulässig gehalten.[122] Wie festgehalten sei, gelten damit gewisse Schranken der Vertragsfreiheit nur kantonal und damit landesuneinheitlich. Im interkantonalen Verhältnis zieht dies für die betreffende Schranke eigene kollisionsrechtliche Probleme nach sich.[123]

IV. Schweizer Vertragsrecht im Licht der Europäischen Menschenrechtskonvention

Im Sinne eines Merkpostens sei noch festgehalten, dass das Vertragsrecht von Staaten, die die Europäische Menschenrechtskonvention ratifiziert haben, in seiner konkreten Anwendung durch die Gerichte Verstösse gegen die Grundrechte der Konvention vermeiden muss. Die Vertragsfreiheit als solche wird durch die Konvention nicht ausdrücklich gewährleistet.[124] Eine Teilnahme der Vertragsfreiheit an der Gewährleistung des Eigentums (Art. 5 Abs. 1 S. 1 EMRK) erscheint jedenfalls plausibel. Möglich ist aber auch, dass aus anderen Grundrechten Schranken möglicher Vertragsgestaltung abgeleitet werden. So könnte man daran denken, dass der nach Art. 100 Abs. 1 OR zulässige Ausschluss der Haftung, soweit diese auf leichter Fahrlässigkeit beruht, konven-

120 Kasuistik bei Bovet und Grodecki (Fn. 117), Art. 6 N 49 ff.
121 BGE 102 Ia 553.
122 BGE 85 I 17.
123 Zu einem Beispiel aus dem Berufsrecht Felix Hunziker-Blum, Verschärfte Freizügigkeit, Beschluss aus Hindelbank, strenge Massstäbe – Ein Laborbericht, Anwaltsrevue 2017, S. 443 ff.
124 Anders die Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit (Art. 11 EMRK).

tionswidrig ist, wenn sie den Vertragspartner für erlittene Körperschäden ohne Ersatz lässt; eine entsprechende Frage kann man für Art. 101 OR stellen.[125] Die EMRK könnte die Schweizer Vertragsordnung noch verstärkt mit dem berüchtigten Problem der Drittwirkung von Grundrechten konfrontieren;[126] an das Diskriminierungsverbot des Art. 14 EMRK sei erinnert.[127]

D. Tendenzen in Vertragspraxis und Vertragstheorie

I. Kodifikation – kein veraltetes Modell

In dem folgenden Rundblick sollen die Entwicklungen und Tendenzen zur Sprache kommen, denen die geltende schweizerische Vertragsordnung seit ihrer Gestaltwerdung im Obligationenrecht 1881/1911 ausgesetzt gewesen ist. Jedes der hier angerissenen Themen würde eine eigene Monographie verdienen. Ein Anspruch auf Vollständigkeit wird nicht erhoben.[128] Ebenso wie die einzelnen Aspekte nur in groben Zügen angesprochen werden können, sind auch die Stellungnahmen des Verfassers auf das – hoffentlich – Wesentliche verknappt. Man kann die übergreifende Frage stellen, ob in den folgenden Thematiken ein grundlegender Prozess der Dekodifikation zu beobachten ist, und wie darauf zu antworten wäre.[129] Auf eine umfassende Diskussion der abstrakten Grundsatzfrage wird hier verzichtet. Es verhält sich nicht so, dass wir wegen der Komplexität der rechtlichen Entwicklung die Idee der Kodifikation als überholt ansehen müssten, weil die Kodifikation einer vermeintlich einfacher gestrickten Zeit angehört. Die Komplexität vergangener Rechtsordnungen wird oft unter-

125 Nur hingewiesen sei auf das erhebliche Ausmass, in welchem Verfassungsgerichtsbarkeiten des Auslands – der Autor denkt an Deutschland – aus den Grundrechten Vorgaben für die Privatrechtsordnung abgeleitet haben; s. dazu Heinrich Honsell, Die Einheit der Rechtsordnung, in: Tanja Domej et al. (Hrsg.), Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2008: Einheit des Privatrechts, komplexe Welt – Herausforderungen durch fortschreitende Spezialisierung und Interdisziplinarität, Stuttgart 2009, S. 11 ff., hier S. 14 ff.; s. auch Wolfgang Ernst, Das Bundesverfassungsgericht in der Privatrechtsordnung, in: Zentaro Kitagawa et al. (Hrsg.), Das Recht vor der Herausforderung eines neuen Jahrhunderts, Tübingen 1998, S. 205 ff.

126 Pointierte Stellungnahme schon bei Eugen Bucher, Drittwirkung der Grundrechte? – Überlegungen zu «Streikrecht» und «Drittwirkung» i.S. von BGE 111 II 245–259, SJZ 83 (1987), S. 37 ff.; aus jüngerer Zeit: Florian Rödl, Gerechtigkeit unter freien Gleichen. Eine normative Rekonstruktion von Delikt, Eigentum und Vertrag, Baden-Baden 2016, S. 363 ff.

127 Aus der schon unübersehbaren Literatur sei als Empfehlung ausgewählt: Eduard Picker, Antidiskriminierungsprogramme im freiheitlichen Privatrecht, in: Egon Lorenz (Hrsg.), Karlsruher Forum 2004. Haftung wegen Diskriminierung nach derzeitigem und zukünftigem Recht, Karlsruhe 2005, S. 7 ff.

128 S. auch die Beiträge in Uwe Blaurock und Günter Hager (Hrsg.), Obligationenrecht im 21. Jahrhundert, Baden-Baden 2010.

129 Susanne Genner, Dekodifikation: Zur Auflösung der kodifikatorischen Einheit im schweizerischen Zivilrecht, Basel 2006; s. weiter die Beiträge in: J. Michael Milo, Jan H. A. Lokin und Jan M. Smits (Hrsg.), Tradition, Codification and Unification. Comparative-Historical Essays on Developments in Civil Law, Cambridge/Antwerpen 2014.

schätzt. Auch Rechtsordnungen der Vergangenheit waren meistens Mehrebenensysteme. Von jeher war es auch eine Aufgabe der Kodifikation, die juristische Komplexität der Zeit zu meistern. Laufende Reformarbeiten an den Kodifikationen des Auslands – zuletzt die Reform des französischen Code civil 2016 – zeigen die Lebendigkeit des Kodifikationsgedankens, der sich ja auch in den Bemühungen um ein gemeineuropäisch kodifiziertes Privatrecht ausdrückt. Schliesslich sollte man nicht vergessen, welch wesentliche Bedeutung die Kodifikation für den Rechtsunterricht hat.[130] Die Qualitäten, die eine Kodifikation für den Rechtsunterricht empfehlen, sind eigener Art: Klarheit und Einfachheit der Grundprinzipien, Übersichtlichkeit und «Vernünftigkeit» der systematischen Ordnung, Schwerpunkte auf den wesentlichen, systemtragenden Fragen.

II. Wandlungen des Vertragsrechts

1. Konsumentenschutz

Die grundlegende Transformation des Privatrechts durch den Gedanken des Konsumentenschutzes ist eine vollendete Tatsache, auch wenn die Entwicklung des Konsumentenschutzes noch in vollem Gange ist. Eine Reaktion des Gesetzgebers auf eine sich immer erneut und erfindungsreich steigernde Aggressivität der Absatzbemühungen im Endkundengeschäft war – und bleibt – unausweichlich und unverzichtbar. Auch eine ländervergleichende Betrachtung zeigt als das in Marktgesellschaften weltweite Normal einen Wettlauf zwischen Marketingstrategen einerseits, der Rechtsprechung und dem Gesetzgeber andererseits. Auf der Verlustseite dieses Wechselprozesses von Kundenausbeutung und legislativen Schutzbemühungen ist freilich schon jetzt der Umstand zu verbuchen, dass der uniforme Rechtsstatus, der die Verkehrsteilnehmer ausgezeichnet hat, seit ständestaatliche Differenzierungen überwunden worden sind, aufgegeben werden musste. Das Verbrauchervertragsrecht und das allgemeine Vertragsrecht driften auseinander. Unerfreuliche Abgrenzungsschwierigkeiten dazu, wann im Einzelfall das Sonderrecht für den Konsumenten an die Stelle der allgemeinen Vertragsregeln tritt, sind unvermeidlich. Für die Zukunft wird es – immer wieder – darum gehen müssen, das richtige Mass des Schutzes zu finden. Zugleich wird man bemüht sein, das Verbraucherprivatrecht (als Sonderprivatrecht) so gut es geht weiter an den Grundstrukturen des Privatrechts teilnehmen zu lassen. In einer wichtigen Hinsicht tritt das Vertragsrecht, das sich an der Konsumentenbeteiligung ausrichtet, zu der traditionellen Vertragsordnung in einen Gegensatz: Das Verhältnis von dispositiven und zwingenden Normen kehrt sich um. So bestimmt Art. 19 PauRG, dass von den Bestimmungen des Gesetzes nur dort abgewichen werden kann, wo dies

130 S. Wolfgang Ernst, Gelehrtes Recht, in: Christoph Engel und Wolfgang Schön (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, Tübingen 2008, S. 3 ff.

ausdrücklich vorgesehen ist. Die zum Zweck des Konsumentenschutzes aufgestellten Vorschriften, die sich als Folgenormen *(naturalia negotii)* darstellen, sind im Zweifel zwingendes Recht, oft einseitig nur zu Lasten des Unternehmers, so dass konsumentenfreundlichere Regelungen zugelassen bleiben. Etwas überspitzt könnte man sagen, der Konsumentenvertrag könne – weitgehend – nur zu den vom Gesetzgeber vorgegebenen Vertragsbedingungen (oder zu allenfalls konsumentenfreundlicheren Bedingungen) abgeschlossen werden. Die Inhaltsfreiheit ist auf eine kleinere Anzahl von Parameter verringert, zu denen aber – in Abwesenheit von Preiskontrollen – der Abgleich von Leistung und Gegenleistung gehört, also das Äquivalenzverhältnis. Bei Hinzunahme einer Preiskontrolle wäre eine Situation nicht mehr fern, in der schlussendlich ein bestimmter Vertragstyp, der der Endverbraucherversorgung dient, nur zu einem vom Gesetzgeber aufgestellten Inhalt abgeschlossen werden könnte. Sobald Preiswettbewerb und Konditionenwettbewerb gleichermassen ausgeschlossen sind, ist für den entsprechenden Sektor der Marktmechanismus ausgeschaltet. Ein echter Wettbewerb von Anbietern erschiene kaum noch möglich.

Es ist eine Frage des Gesetzgebungsdesigns, inwieweit die Kodifikation des Privatrechts (ZGB/OR) als ein Amalgam konsumentenschützender und allgemein-privatrechtlicher Regeln fortgeführt wird, oder ob man die Regeln des Konsumentenschutzes getrennt hält, sei es in Einzelerlassen, sei es gebündelt in einer eigenen Sonderkodifikation wie dem französischen *Code de la consommation*[131] oder dem italienischen *Codice del Consumo*.[132] Der Gesetzgeber der Schweiz hat sich in dieser Frage bislang keine klare Linie gegeben, wie das Pauschalreisevertragsgesetz und das KKG einerseits, die Vorschriften über den Widerruf bei Haustürgeschäften andererseits (Art. 40a ff. OR) zeigen. So oder so wird das Konzept des *Code unique*, was die Seite des Konsumentenschutzes betrifft, nicht mehr konsequent durchgehalten.

In den europäischen Nachbarländern, die einen steten Strom von unionsrechtlichen Verbesserungen des Konsumentenschutzes in ihre Vertragsordnungen integrieren müssen, kommt das teilweise bevorzugte Modell einer integralen Einarbeitung in die zentrale Privatrechtskodifikation offenbar an seine Grenzen.[133] Ein Grund liegt darin, dass die zwingenden Unionsrechtsvorgaben eine Dichte und einen Grad an Detailversessenheit erreicht haben, der eine harmonische Abstimmung mit Strukturen und Begriffen der Kodifikation verunmöglicht. Mög-

131 Zu diesem, statt aller, Claude Witz und Gerhard Wolter, Das neue französische Verbrauchergesetzbuch, ZEuP 1995, S. 35 ff.

132 Zu diesem s. Anna-Julka Lilja, Der Codice del Consumo (2005) – ein Vorbild für die Europäische Verbrauchergesetzgebung?, Berlin 2010.

133 Eine wesentliche Ursache liegt darin, dass die europäischen Behörden derzeit das Konzept vollharmonisierender Richtlinien bevorzugen; abgesehen von allem anderen Pro und Contra wird durch dieses Vorgehen die stimmige Anpassung der privatrechtlichen Kodifikationen an die Unionsrechtsvorgaben erschwert, teilweise verunmöglicht.

licherweise haben die Staaten, in denen man sich für einen *Code de la consommation* entschieden hat, das zukunftsfähigere Modell gewählt.

2. *Allgemeine Geschäftsbedingungen*

a. *Allgemeine Geschäftsbedingungen – (k)ein Prüfstein der Vertragsfreiheit*

Das Aufkommen und die rechtliche Bewältigung allgemeiner Geschäftsbedingungen (AGB) brauchen hier nicht nochmals aufgerollt zu werden.[134] Es ist aus meiner Sicht ein Missgriff gewesen, dass man die richterliche Kontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen unter Berufung auf die Vertragsfreiheit hat abwehren wollen. Allgemeine Geschäftsbedingungen sind in Tat und Wahrheit nicht das Ergebnis einer vertraglichen Aushandlung, sondern einseitige Bestimmungen vertraglicher Rechte und Pflichten. Dies gilt auch dann, wenn man an der Vorstellung festhält, dass Allgemeine Geschäftsbedingungen zu ihrer Wirksamkeit beidseits in den Vertrag einbezogen worden sein müssen. Es ist ein fester Bestand der kontinentaleuropäischen Vertragslehre, dass Leistungsbestimmungen, die im Vertragsverhältnis einer der beiden Parteien überlassen bleiben, der richterlichen Kontrolle unterliegen:[135] AGB, bei denen es sich so verhält, müssen billigem Ermessen entsprechen. Eine Kernfrage des AGB-Rechts geht dahin, inwieweit eine richterliche Überprüfung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen auch im unternehmerischen Verkehr stattfindet.[136] Aus der hier eingenommenen Sicht, wonach die *ratio* dieser Überprüfung in der Einseitigkeit besteht, mit der eine der Parteien die Bedingungen des Vertrages bestimmt, sollte man gegenüber einer AGB-Kontrolle auch im unternehmerischen Verkehr offen sein. Der Gesetzgeber hat indes die auf Art. 8 UWG gestützte AGB-Kontrolle zunächst einmal am Schutz des Konsumenten ausgerichtet.

b. *Dispositives Vertragsrecht: Leitbild der AGB-Kontrolle?*

Im Ausland hat die Anerkennung richterlicher Klauselkontrolle schon seit Längerem zu einem Bedeutungszuwachs des dispositiven Vertragsrechts geführt: «Die gesetzlichen Dispositivnormen ergeben den Massstab für die Beurteilung, ob die Regelung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht der Billigkeit entspricht.»[137] Man spricht bekanntlich von der Leitbildfunktion der Dispositiv-

---

134 Umfassend und grundlegend jetzt HELMUT HEISS, in: Reto Heizmann und Leander D. Loacker (Hrsg.), UWG: Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb: Kommentar, Zürich 2018, Art. 8 N 1 ff.

135 Für den Kaufvertrag zum Beispiel war anerkannt, dass die Preisbestimmung, wenn sie einer Seite überlassen war, nicht willkürlich, sondern nach billigem Ermessen zu erfolgen hatte; daraus ergab sich ein richterliches Moderationsrecht; s. BERNHARD WINDSCHEID, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. II, 8. Aufl., Frankfurt/M. 1900, § 386, S. 590, m.w. Nachw.

136 Dazu etwa ISABELLE WILDHABER, Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im unternehmerischen Verkehr, Gefahr für die Vertragsfreiheit?, SJZ 2011, S. 537 ff.

137 FLUME (Fn. 1) S. 671.

normen.[138] Auch Art. 8 aUWG[1986] wies in diese Richtung: Hier kamen Vorschriften in Unlauterkeitsverdacht, die «von der unmittelbar oder sinngemäss anwendbaren gesetzlichen Ordnung erheblich abweichen oder eine der Vertragsnatur erheblich wiedersprechende Verteilung von Rechten und Pflichten vorsehen»; freilich war zusätzlich noch eine Irreführung gefordert. Auch wenn die Revision des UWG nun eine andere Formulierung verwendet, will die Mehrzahl der Autoren «das formelle Missverhältnis durch einen Vergleich der AGB-Regelung mit dem dispositiven Recht bestimmen».[139] Es bleibt abzuwarten, ob sich die Rechtsprechung in der Handhabung des neuen Art. 8 UWG der Vorstellung vom dispositiven Vertragsrecht als dem massgeblichen «Leitbild» bedienen wird.[140]

Die Zuweisung der Leitbildfunktion gibt dem dispositiven Recht eine zusätzliche Dimension: Es wirkt nun als zwingende Schranke gegenüber einer abweichenden Regelung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, während eine Individualabrede neben oder entgegen den Regelungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen weiterhin von der dispositiven Vorschrift wegführen darf. Die dispositiven Regelungen des Gesetzes erscheinen «AGB-fest». Soweit sich der Verkehr auf die Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen angewiesen sieht, was ja im Massengeschäft der Fall ist, müssen die Allgemeinen Geschäftsbedingungen dem dispositiven Recht folgen: Im Massengeschäft gibt das Gesetz damit die Vertragsbedingungen zwingend vor, soweit es für den betreffenden Vertragstypus einschlägige Dispositivnormen enthält. Mit Recht las man vor einigen Jahren, dispositives Vertragsrecht werde so, «in Verbindung mit dem wirtschaftlichen Zwang zum Formularvertrag, zu faktisch *in*dispositivem Recht.»[141] Gegen den Befund, dass dann im Massengeschäft der Konditionenwettbewerb durch den Privatgesetzgeber ausgeschaltet wird, kann man sich aber noch darauf zurückziehen, dass Unternehmer immerhin zu günstigeren Konditionen anbieten können als gesetzlich (über Art. 8 UWG) gefordert.

Obschon diese Entwicklung hin zur Kontrolle am «Leitbild» sich als fast zwingend darstellt, ist doch der einschneidende Funktionswandel, den das dispositive Vertragsrecht dabei durchmacht, keineswegs problemlos. Zunächst sei

---

138 Zur Leitbildfunktion vor dem Hintergrund der geschichtlichen Vertragstypenlehre GÜNTER WEICK, Die Idee des Leitbildes und die Typisierung im gegenwärtigen Vertragsrecht, NJW 1978, S. 11 ff.; aus jüngerer Zeit s. NILS JANSEN, Klauselkontrolle, in: Horst Eidenmüller et al. (Hrsg.), Revision des Verbraucher-*acquis*, Tübingen 2011, S. 53 ff.; MORITZ RENNER, Die »Natur des Vertrages» nach § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB. Soziologische Massstabsbildung bei der AGB-Inhaltskontrolle, AcP 213 (2013), S. 677 ff.

139 HEISS (Fn. 134) Art. 8 N 193 ff., dort auch zur Gegenansicht, wonach sich aus dem gesetzlichen Formulierungswechsel ein Verbot der Bezugnahme auf die dispositive Vertragsordnung ergeben soll.

140 S. als Beispiel ANDREAS SCHIRRMACHER, Die Sachmängelgewährleistung in der Vertragsgestaltung, insbesondere durch Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB), Diss. iur. Zürich 2018, S. 149 ff.

141 CHRISTIAN THOMALE, Der Maklervertrag als Hybrid der Vertragstypenlehre, JZ 2012, S. 716 ff., S. 721.

auf den fragmentarischen Charakter der Dispositivnormen hingewiesen: Aus der Unzahl von Folgefragen, die bei Verträgen desselben Typus auftreten können, regelt der Gesetzgeber ja nur eine Auswahl. Bei dieser Auswahl, die zu einem überwiegenden Teil in der zweiten Hälfte des neunzehnten Jahrhunderts – unter Rückgriff auf das damals Übliche – erfolgt ist, hatte man die Kontrollfunktion gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht im Sinn. Teilweise verfolg(t)en Dispositivnormen vorrangig einen Vereinheitlichungszweck, weil sich Usancen kantonal unterschieden. Teilweise geben die Dispositivnormen nur einer von mehreren möglichen Vertragsauslegungen den Vorzug. Wenn diese Normen als zwingende Grenze der Vertragsgestaltung mittels Allgemeiner Geschäftsbedingungen wirken, ergibt sich ein bemerkenswerter Befund: Je umfassender und detailfreudiger ein historischer Gesetzgeber in puncto dispositiver Folgenormen gewesen ist, desto engmaschiger sind nun die zwingenden Vorgaben für AGB-gestützte Massengeschäfte.

Im Idealfall sollte es für jede einzelne Dispositivnorm stimmen, dass sie die *natura contractus* verwirklicht, aber ob dem wirklich so ist, mag im Einzelfall doch zweifelhaft erscheinen. Als Gegenbeispiel sei auf die rechtspolitischen Zweifel verwiesen, die gegenüber Art. 185 OR schon geäussert wurden.[142] Eine AGB-Kontrolle, die sich zu stark auf die Leitbildfunktion der Dispositivnormen verlässt, greift leicht zu kurz in den Fällen, in denen der Gesetzgeber des OR[1881] eine Dispositivnorm hätte aufstellen können, davon aber – aus welchen Gründen auch immer – abgesehen hat. Es ist daher die Frage, ob nicht für die AGB-Kontrolle ein klares gesetzgeberisches Verbot unzulässiger Klauseln, zumindest in Ergänzung der am Leitbild dispositiven Rechts orientierten Inhaltskontrolle, zu wünschen ist (Verbotskatalog). Schliesslich trifft eine am dispositiven Vertragsrecht als Leitbild orientierte Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen noch auf Probleme, wenn es um Allgemeine Geschäftsbedingungen für Innominatverträge geht; die Streitfrage, welche Vorschriften aus dem Bereich der gesetzlich geregelten Verträge hier anwendbar sind, kehrt damit auf einer neuen Ebene wieder, indem nach den Leitbild-geeigneten Vorschriften gefragt werden muss.[143] Für das Thema dieses Beitrags sei festgehalten: Als Kontrollmassstab bietet sich das dispositive Vertragsrecht nur an, weil und insoweit es dem Ideal verpflichtet ist Normen aufzustellen, «deren einheitliche Annahme von jedem Sachkundigen ohne Bedenken als Errungenschaft für unseren Kredit, für den Schutz wichtiger Rechte, für die Sicherheit des Verkehrs anerkannt werden muss» (Munzinger).[144]

---

142 S. BGE 128 III 370, und dazu, statt aller, Pascal Pichonnaz, Periculum emptoris und das schweizerische Recht: Ein Fall des Rückgriffs auf römisches Recht durch das Schweizerische Bundesgericht, in: Eva Jakab und Wolfgang Ernst (Hrsg.), Kaufen nach Römischem Recht – Antikes Erbe in europäischen Kaufrechtsordnungen, Berlin/Heidelberg 2008, S. 183 ff.

143 Dieses Thema ist Gegenstand der Arbeit von Markus Stoffels, Gesetzlich nicht geregelte Schuldverträge. Rechtsfindung und Inhaltskontrolle, Tübingen 2001 (zum deutschen Recht).

144 S. 190, in: Fasel (Fn. 55), S. 348.

3. *Und immer wieder: die Vertragsäquivalenz*

Für die Zentralfragen des Vertragsrechts gilt wohl auch das «Prinzip der Ewigen Wiederkunft». Die Frage, ob das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung allein durch die Übereinstimmung der Parteien gerechtfertigt ist, oder ob eine – der richterlichen Überprüfung unterliegende – Übereinstimmung mit einem überindividuellen Massstab stattzufinden hat (Vertragsgerechtigkeit), ist mit der Regelung dieser Frage im Obligationenrecht – nämlich durch die Bestimmung zur Übervorteilung – nicht zur Ruhe gekommen. Vielfältig zeichnet sich ein Drang zu paternalistischer Preiskontrolle ab; die Entwicklung ist teilweise mit dem Gedanken des Konsumentenschutzes verquickt. Als Ausgangspunkt sei die Erkenntnis festgehalten: «Es kommt bei einem gegenseitigen Vertrag nicht darauf an, in welchem Verhältnis bei einer objektiven Betrachtung Leistung und Gegenleistung stehen, sondern die Vertragsschliessenden bestimmen den Entgeltcharakter, es sei denn, dass ausnahmsweise besondere gesetzliche Bestimmungen bestehen, wie im Fall von Preisgesetzen. Das pretium ist ein iustum pretium, weil und wenn es vereinbart ist.»[145]

Ein Weg, der häufiger beschritten wird, um einen Ausgleich für die vermeintlich fehlende Äquivalenzkontrolle zu schaffen, ist die Ausdehnung der Unwirksamkeitsgründe auf Fälle, in denen eine strukturelle Unterlegenheit im Spiel ist (oder vermutet wird).[146] Beispielhaft sei ein Blick in den französischen Code civil geworfen, der 2016 revidiert wurde.[147] Durch Art. 1143 wird die Anfechtbarkeit des Vertrages wegen *violence* [!] auf den Fall erstreckt, dass sich eine Partei in Ausbeutung einer Notlage der Gegenpartei einen übermäßigen Vorteil *(avantage excessif)* verschafft.[148] In einem neuen Art. 1122–2 wird namentlich der Verbraucher vor einem erheblichen Ungleichgewicht der Leistungen *(déséquilibre significatif)* geschützt, indem er Abänderung oder Aufhebung der entsprechenden Vertragsklausel verlangen kann. Eine andere Entwicklung, in Deutschland zu beobachten, besteht darin, das «subjektive» Element der Ausnutzung einer Notlage etc. herunterzuspielen oder geradezu zu negieren; dies hat zur Folge, dass das objektive Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung, jedenfalls ab einer gewissen Schwelle, ausreicht, um sich gestützt auf das gesetzliche Verbot sittenwidriger Verträge vom Vertrag loszusagen.[149] Damit ergibt sich in etwa wieder eine objektive Preiskontrolle, die der Gesetzgeber

---

145 Flume (Fn. 1), S. 170.

146 S. z.B. Art. 51 CESL.

147 Zur Revision des Code civil s. Ulrike Babusiaux und Claude Witz, Das neue französische Vertragsrecht: Zur Reform des Code civil, JZ 2017, S. 496 ff.; aus rechtsvergleichender Sicht s. die Beitrage in: John Cartwright und Simon Whittaker (Hrsg.), The Code Napoléon Rewritten: French Contract Law after the 2016 Reforms, Oxford/Portland 2017.

148 «Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif.»

149 Zur Lehre vom «wucherähnlichen» Rechtsgeschäft nach § 138 Abs. 1 BGB s. BGHZ 146, 298.

des deutschen BGB – wie vor ihm der des OR – bewusst nicht aufgenommen hatte.

4. *Ausgeübte Vertragsfreiheit – ungetreue Geschäftsbesorgung?*

Die eidgenössische Volksinitiative «gegen die Abzockerei» und der aus dieser hervorgegangene Art. 95 Abs. 5 (neu) BV[150] haben das Problem der *laesio enormis* für den Bereich der Lohngerechtigkeit wieder belebt, dabei indes eine neue Seite der Problematik aufgezeigt: Der Abschluss der Vergütungsvereinbarungen erfolgt seitens Gesellschaft durch Vertreter, die nicht selber die von Vor- und Nachteiligkeit der Vereinbarung betroffenen Vermögensträger sind. Der neuralgische Punkt liegt darin, dass die Inäquivalenz ein Vermögen belastet, das für den Vertragsschliessenden ein fremdes Vermögen ist, nämlich das Vermögen der Gesellschaft. Im Umgang mit fremdem Vermögen kann man sich, was die Belastung dieses Vermögens mit Zahlungspflichten für Vorstandsmitglieder betrifft, nicht auf die Vertragsfreiheit berufen; die Belastung des Gesellschaftsvermögens mit der Entgeltverpflichtung muss vielmehr im Rahmen der «business-judgment-rule» angemessen sein. Wenn hingegen ein Einzelkaufmann mit seinem Prokuristen ein Gehalt vereinbart, das geradezu unerhört ist und jede Vorstellung sprengt: Unter welchem rechtlichen Gesichtspunkt wollte man eine solche Vereinbarung beanstanden?

Dieses Beispiel zeigt, dass das Problem des *iustum pretium* eine neue Dimension gewonnen hat. Ursächlich ist eine sich wandelnde Verbreitung verschiedener Rechtssubjektivitäten, weg von der natürlichen Person, dem klassischen Kaufmann, hin zu juristischen Personen oder Handelsgesellschaften. Der Vertragsschluss für juristische Personen/Gesellschaften erfolgt durch deren Vertreter, die sich hierbei – im Verhältnis zur vertretenen Gesellschaft – pflichtgemäss, und also gerade nicht willkürlich, zu verhalten haben. Auch wenn nach der Vertragsordnung das rechtliche «Können» gegeben ist, zu jedwedem Preis-/Leistungsverhältnis zu kontrahieren, sind die konkreten Akteure doch im jeweiligen Innenverhältnis gehalten, eine auffällige Inäquivalenz von Leistung und Gegenleistung zu vermeiden; man könnte sagen, diese Einschränkung betreffe ihr rechtliches «Dürfen» im Innenverhältnis. Ein Vertrag, der sich durch ein objektives Missverhältnis auszeichnet (ohne dass ein Fall von Art. 21 OR vorliegt), ist danach zwar gültig, führt aber allenfalls zu einer Verantwortlichkeit des Handelnden gegenüber der verpflichteten/berechtigten juristischen Person. Ein solcher Pflichtverstoss mag eine Strafbarkeit wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung auszulösen (Art. 158 StGB). Obschon es sich beim vertragsrechtlichen «Können» und dem auftragsrechtlichen «Dürfen» um zwei verschiedene Ebenen handelt, setzt die Rechtsordnung, soweit es die mit juristischer Persona-

150 Seit dem 1. Jan. 2014 ist hierzu die VegüV (Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften) in Kraft.

lität ausgestatteten Akteure betrifft, doch einen erheblichen Anreiz, unausgewogene Verträge zu vermeiden. Nimmt man hinzu, dass der Konsumentenschutz darauf drängt, auch gegen ein objektives Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung einzuschreiten, dürfte sich der Bereich, in welchem ganz unbekümmert zu jedwedem Preis-/Leistungsverhältnis kontrahiert werden kann, als erheblich beschränkt darstellen. Es bleibt etwa der Kunstsammler, der bei einer Auktion das für seine Sammlung fehlende Bild zu einem exorbitanten Preis, einem Vielfachen des Schätzpreises, ersteigert.

III. Aspekte der Vertragsordnungen in Nachbarländern

1. Wettbewerb der Vertragsordnungen

In den Anfängen ist eine Vertragsordnung typischerweise einem konkreten Kulturkreis eigen: Die Vertragsordnung erscheint als urtümlich vorgegeben. In der Entwicklung werden dann Elemente anderer Rechtsordnungen entlehnt. Vertragsordnungen verschiedener Rechtsräume beliefern sich gegenseitig mit Regelungselementen, die sich für die übernehmende Ordnung als – gezielte oder unbewusste – Innovation darstellen. Die europäische Geschichte der Vertragsordnungen ist seit dem Mittelalter geprägt von der Tendenz zu einer Zusammenfassung kleinerer Rechtsräume mit eigenen Vertragsordnungen zu grossräumigeren Einheiten mit einheitlichem oder angeglichenem Vertragsrecht. Die Schaffung des OR ist das naheliegende Musterbeispiel. Vergleichbare Prozesse sind in allen Nachbarländern abgelaufen. Dem internationalen Geschäftsverkehr kommen länderübergreifende Vertragsordnungen zu Gute; das UN-Kaufrecht ist ein Beispiel unter vielen. Die Instrumente solcher Raumvergrösserung sind verschieden: Es gibt Einheitsrecht aufgrund von völkerrechtlichen Konventionen, aber auch die Übertragung der Zuständigkeit für das Vertragsrecht auf grössere und schlussendlich supranationale Verbände. Heute gibt auch das WTO-Recht einen Rechtsrahmen für die nationalen Vertragsrechte vor. Neben regelrechter Vereinheitlichung kommen informelle Prozesse inhaltlicher Annäherung (Konvergenz) vor, in deren Folge sich Unterschiede zwischen Vertragsordnungen einebnen.[151] Von der akademischen Seite wird der Wettbewerb der Vertragsordnungen durch rechtsvergleichende Untersuchungen flankiert.

An der Aufstellung eines gemeinsamen europäischen Vertragsrechts, oder zuerst einmal nur eines gemeineuropäischen Kaufrechts, wird seit Jahrzehnten gearbeitet.[152] Der Prozess ist zähflüssig und hängt auch von der Vitalität der Europäischen Union insgesamt ab. Mit etwas Abstand wird man aber nicht zweifeln, dass die Entwicklungstendenz auf ein gemeineuropäisches Vertragsrecht gerichtet

151 Die Problematik ist für das Gesellschaftsrecht grundlegend aufgearbeitet durch Hans-Ueli Vogt, Konvergenz von Gesellschaftsrechten, Zürich 2012.

152 Zur Geschichte der bisherigen Bemühungen s. umfassend Nils Jansen und Reinhard Zimmermann (Hrsg.), Commentaries on European Contract Laws, Oxford 2018.

ist.[153] Noch nicht abzuschätzen sind die rechtliche Grundlage eines solchen kommenden Vertragsrechts – die Rechtssetzungskompetenzen der EU sind hier derzeit ungenügend –, die Vertragstypen, die es erfassen wird, und das Verhältnis zu den beizubehaltenden nationalen Vertragsrechten.[154] Mit diesen Entwicklungen geht eine gewisse Abkoppelung von den unterschiedlichen rechtskulturellen Umfeldern einher: Je grossräumiger ein Vertragsrecht gelten soll, desto abstrakter wird es sein. Erkannt ist freilich auch ein Spannungsverhältnis von Rechtsvereinheitlichung oder -angleichung einerseits und Wettbewerb von Vertragsordnungen andererseits, der sich ja am besten bei einem Nebeneinander distinkter Systeme entfalten kann: Vereinheitlichung kann sich als Feind des Wettbewerbs entpuppen.

Immer noch sollten Vertragsordnungen in allererster Linie auf den heimischen Geschäftsverkehr zielen. Eingeladen durch die Möglichkeit der Rechtswahl steht der internationale Geschäftsverkehr indes vor der Aufgabe, Vor- und Nachteile von verschiedenen Vertragsordnungen gegeneinander abzuwägen, um eine zweckmässige Wahl zu treffen. So hat sich eine Konkurrenz von Vertragsordnungen ergeben. Wenn der Gesetzgeber heute gestaltend in die Vertragsordnung eingreift, muss man zu vermeiden suchen, dass heimische Kontrahenten sich vom schweizerischenertragsrecht abwenden; ebenso kann man es als sekundäres Regelungsziel anerkennen, das Schweizer Vertragsrecht für ein kollisionsrechtliches opt-in von Auslandsparteien attraktiv zu halten. Derzeit wird dem Vertragsrecht des OR eine grosse internationale Beliebtheit nachgesagt. Es handelt sich um anekdotische Eindrücke, methodisch abgesicherte Studien sind dem Verfasser nicht bekannt.

2. *Angelsächsische Vertragsordnungen – ein Seitenblick*

Ein kurzer Blick sei auf die im Grundsätzlichen anders geartete Ordnung des Vertragswesens in der englischen Rechtstradition geworfen.[155] Vertragstypen kommen hier in einer anderen Weise ins Spiel.[156] Im Zentrum der englischen Rechtsentwicklung stand die Frage der Klagbarkeit des Versprechens. Für das Versprechen wurde die Doktrin der *consideration* entwickelt, von welcher der englische Rechtshistoriker S. F. C. Milsom gesagt hat, sie sei «the essence of

153 Als Monographie hervorzuheben: Karl Riesenhuber, System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts, Berlin 2003. Die Literatur im Übrigen ist längst unüberschaubar.

154 Hierzu Leander Loacker, Unnötige Qual bei der Wahl des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts: Zum geplanten territorialen Anwendungsbereich der Kaufrechtsverordnung und seiner Interaktion mit dem Kollisionsrecht, EuZW 2014, S. 888 ff.

155 Rechtsvergleichenden Überblick für die Frage der Vertragstypenordnungen: Francisco Javier Andrés Santos, Christian Baldus und Helge Dedek (Hrsg.), Historical Development and European Perspectives: Contract Types in Europe. Vertragstypen in Europa – Historische Entwicklung und europäische Perspektiven, München 2011; dazu Florian Bien und Artur Fabisch, ERCL 2012, S. 499 ff.

156 Zum folgenden ausf. Eugen Bucher, England und der Kontinent, Zur Andersartigkeit des Vertragsrechts – die Gründe und zu consideration, ZVglRWiss 105 (2006), S. 164 ff.

the common law of contract».[157] Der Inhalt des Versprechens und der Gegenstand der *consideration* müssen nicht einem bestimmten vertypten Austauschvorgang (Sachübereignung gegen Geld, Gebrauchsüberlassung gegen Geld usw.) entsprechen, um die Klagbarkeit des Versprechens zu begründen. Versprechen und *consideration* zeichnen sich im Gegenteil geradezu durch eine erstaunliche Inhaltsindifferenz aus. Dies zeigt sich an den verschiedenen Gesichtspunkten, unter denen man das Erfordernis einer *consideration* thematisiert und präzisiert: *past* oder *executed*, Aufbringung durch den Versprechensempfänger selbst oder durch einen Dritten, die Frage einer bloss symbolischen *consideration («peppercorn»)*. Es ist demgegenüber überhaupt kein Thema, ob die *consideration* die zu einem bestimmten Vertragstyp gehörende, charakteristische Leistung zum Gegenstand hat. Ebenso wenig wird diese Frage für das Versprechen gestellt, das durch die *consideration* seine Klagbarkeit erhält. Die Vertragslehre des englischen Rechts ist also im Ansatz *nicht* vertrags*typen*bezogen. Nicht nur war die Klagbarkeit eines Versprechens nie davon abhängig, dass die Vereinbarung mit einem vorgegebenen Vertragstypus zur Deckung gebracht werden kann. Es fehlte auch die Vorstellung, es gebe verschiedene Vertragstypen, für die sich vor Eintreten auf die konkrete Vertragsvereinbarung aufgrund der *natura contractus* bereits Wesentliches aussagen lasse. Wenn man das englische Vertragsrecht mit einer kontinentaljuristischen Brille sehen will, genügt es, dass der Vertragsschluss nach den Regeln des «allgemeinen Vertragsrechts» in Ordnung ist. Das Weitere ergibt sich zunächst aus der Auslegung des konkreten Vertrages. Das englische Recht zeigt also nicht denselben ausgeprägten Dualismus von allgemeinem Vertragsrecht und ausgefeilten Normbeständen vertragstypenspezifischer Natur wie die Vertragsordnungen der römischrechtlichen Tradition. Man arbeitet mit einem allgemeinen *contract law* und wertet im Übrigen den Inhalt der konkreten Vereinbarung aus. Die konkrete Vertragsvereinbarung erfährt freilich eine wesentliche Ergänzung durch *implied terms*: Vertragsparteien müssen sich die Behandlung anhand bestimmter Vertragsbedingungen gefallen lassen, die nicht vereinbart worden sind. Die richterliche Berücksichtigung solcher Bedingungen *(implied terms)* wird als *implication* bezeichnet. Es hat sich eine ausgefeilte Lehre von der *implication* entwickelt, die sich als wesentlicher Bestandteil des angelsächsischen Vertragsrechts darstellt.[158] Diese Lehre ist hier im Einzelnen nicht darzustellen. Für unser Thema ist wesentlich, dass für die *implied terms* dem Vertragstyp «vielfach entscheidende Bedeutung» zukommt.[159] Die *implied terms* – zumin-

157 Stroud Francis Charles Milsom, Historical Foundations of the Common Law, London 1981, S. 356.

158 Umfassend Martin Schmidt-Kessel, Implied Terms, ZVglRWiss 96 (1997), S. 101 ff.; zuvor bereits Reinhard Zimmermann, «Heard melodies are sweet, but those unheard are sweeter ...» – Condicio tacita, implied terms und die Fortbildung des europäischen Privatrechts, AcP 121 (1993), S. 121 ff.

159 Schmidt-Kessel (Fn. 158), S. 117 m.w. Nachw. in Fn. 118.

dest ein Teilbereich derselben – lassen sich als Funktionsäquivalente unseres dispositiven Vertragsrechts verstehen. Sie gehen auch mit der Ausbildung spezieller Vertragstypen einher, die als Anwendungsauslöser fungieren. Mit dem *Sale of Goods Act* verfügt das englische Recht über eine wichtige Teilkodifikation, für die etwa auch Abgrenzungsfragen zum Tausch oder zur Werklieferung zu stellen sind. Ähnliches gilt für den *Supply of Goods and Services Act* 1982. Durch diese Teilkodifikationen wurden einschlägige *implied terms* zu «Gesetzesrecht» gemacht, das sich ganz direkt mit dem dispositiven Vertragsrecht der kontinentalen Tradition vergleichen lässt.[160]

3. *Vertragsordnungen von Mitgliedsstaaten der Europäischen Union*

Eine Klarstellung sei vorausgeschickt: Die Unions-Mitgliedschaft hat auf die Entwicklung der Rechtsordnungen aller Mitgliedsstaaten – nicht nur im Privatrecht – in kaum zu überschätzendem Umfang und auf vielfältigste Weise eingewirkt. Das derzeitige Bemühen im Vereinigten Königreich, die Rechtsordnung aus ihrer Verflechtung mit dem Rechtswesen der Union wieder herauszulösen, zeigt das erreichte Ausmass der rechtlichen Integration. An dieser Stelle ist weder eine politische Bewertung der Mitgliedschaft in der Europäischen Union beabsichtigt, noch soll die gesamte Transformation der mitgliedsstaatlichen Rechtsordnungen unter dem Einfluss der Unionsmitgliedschaft evaluiert werden. Es geht an dieser Stelle einzig um gewisse Veränderungen der herkömmlichen Vertragsordnungen. Wenn im Folgenden eine kritische Sicht überwiegt, so stehen dem vielfältige Positiveffekte – auf rechtlichem, wirtschaftlichem und gesellschaftlichem Gebiet – gegenüber, die hier indes nicht thematisch einschlägig sind.

Sieht man vom Recht Englands und Wales ab, dürften die Vertragsordnungen in den derzeitigen Mitgliedsstaaten der Union durchweg ebenso strukturiert sein wie die Vertragsordnung der Schweiz: Ein allgemeiner Vertragsbegriff (Konsensualvertrag) spielt mit einem Bestand besonderer Vertragstypen zusammen; Innominatverträge sind ebenfalls gültig. Die Einarbeitung unionsrechtlicher Vorgaben ist, soweit sie durch Erlass von Richtlinien erfolgte, von Staat zu Staat unterschiedlich erfolgt. Hier wird als Beispiel die deutsche Entwicklung skizziert. Der deutsche Gesetzgeber hat in den letzten Jahrzehnten konsequent den Weg beschritten, die aus der gesellschaftlichen Lebenswirklichkeit bekannten Typen als neue Nominatverträge in das BGB zu integrieren. Grundsätzlich denselben Weg beschreitet man in den Niederlanden und in weiteren Mitgliedsstaaten der EU. Soweit die Rechtssetzung der Europäischen Union die Aufstellung zwingender (oder halbzwingender) Normen im Vertragsrecht erfordert, muss der Gesetzgeber des Mitgliedsstaats, der das durch die EU vorgeschriebene *ius cogens* in die Privatrechtskodifikation integrieren will, hierfür

160 S. auch Hein Kötz, Undogmatisches, Tübingen 2005, S. 181.

auch ein passendes Typenumfeld schaffen. Die vom europäischen Recht verlangten zwingenden Vorschriften sind tatbestandlich in der Regel nämlich nicht so formiert, dass sie an die überkommenen Vertragstypen mitgliedsstaatlicher Rechte anknüpfen würden (was doch wenigstens manchmal möglich wäre); vielmehr schafft das europäische Recht für seine Verbotsnormen eine jeweils eigene und neue Vertragstypologie. Kategorien wie «Haustürgeschäfte» oder «Verträge über digitale Leistungen» liegen ja, bildlich gesprochen, «quer» zur herkömmlichen Typenordnung. Soll die Typenordnung der Kodifikation nicht völlig umgekrempelt und unübersichtlich werden, kann man natürlich auch ein Sondergesetz aufstellen, das dann aber den idealtypischen Anspruch der Kodifikation unterminiert, erschöpfend über das Privatrecht Auskunft zu geben. Skylla und Charybdis.

Eine Aufzählung der neu in das deutsche BGB einmontierten Vertragstypen soll den Gestaltwandel verdeutlichen: Im Bereich des Kaufs ist (neben Verträgen über den Erwerb besondere Gegenstände wie z.B. Schiffen) speziell der Verbrauchsgüterkauf geregelt. Es folgen Abschnitte über Teilzeit-Wohnrechteverträge, Verträge über langfristige Urlaubsprodukte, Vermittlungsverträge und Tauschsystemverträge. Im Bereich des Darlehensvertrags ist der Verbraucherdarlehensvertrag verselbständigt, wobei für den Immobiliar-Verbraucherdarlehensvertrag nochmals Sonderregeln aufgestellt sind. Im Zusammenhang mit dem Mäklervertrag ist des Darlehensvermittlungsvertrages gedacht. Das Sachdarlehen ist vom Finanzierungsdarlehen vollständig gelöst. Der Behandlungsvertrag (Behandelnder – Patient) ist als besondere Ausprägung des Dienstvertrages (der kein Arbeitsvertrag ist) eingeführt. Als besondere Unterarten des Werkvertrags sind Bauvertrag und Verbraucherbauvertrag normiert. Auch für den Architektenvertrag, für den Ingenieurvertrag (im Zusammenhang mit Bauwerkserstellung) und für den Bauträgervertrag sind eigene *naturalia negotii* aufgestellt. Schon länger hatte der Reisevertrag einen eigenen Vertragstyp im Gesetz erhalten (mit einer Sonderbestimmung für Gastschulaufenthalte). Für die Pauschalreise wurde ab 1. Januar 2018 ein eigener Vertragstypus in das BGB eingeführt. Eine eigene Vorschrift behandelt die Gewinnzusage. Eine regelrechte Inflation hat das Auftragsrecht erfahren, indem als Anwendungsbereich des entgeltlichen Auftrags (in Deutschland: Geschäftsbesorgung) das Recht der Zahlungsdienste in das BGB integriert wurde. Besonders geregelt sind hier (und nicht etwa im Bereich der Anweisung) die Aufträge zur Übertragung von Wertpapieren in Systemen, der Zahlungsdienstevertrag und der Zahlungsdiensterahmenvertrag.

Bei dieser legislativen Proliferation von Vertragstypen stehen die verschiedenen Typen systematisch keineswegs auf einer Ebene. Vielmehr erscheinen Typen, Untertypen und Unter-Untertypen in einer mehrfachen Stufung des Systems.[161] Der Zusammenhang wird durch die Anordnung im Gesetz, durch

161 Auch das OR kennt diese Regelungstechnik, setzt sie freilich weitaus zurückhaltender ein; s. dazu GAUCH (Fn. 70), S. 3 ff., hier S. 10 f. u. öfter.

dessen Untergliederung und durch zahlreiche gesetzliche Querverweise hergestellt. Das Ideal des dem Bürger leicht zugänglichen Gesetzes – es war für das BGB ohnehin nie die Leitidee – wird hier und an vielen anderen Stellen eklatant verfehlt. Durch den Anspruch, eine allumfassende Quelle des Privatrechts zu bleiben, hat sich das deutsche BGB erheblich gewandelt.[162] Wiederholt ist schon an das Preußische Allgemeine Landrecht (ALR) von 1794 erinnert worden, dessen Überfülle an Details nicht als Wohltat, sondern als Plage galt. Es fällt auf, dass zahlreiche atypische Verträge, die im Verkehrsleben eine große Rolle spielen, sich dem Prozess der kontinuierlichen Rekodifikation bislang entzogen haben. So ist der Leasingvertrag (in seinen verschiedenen Varianten) bislang nicht für einen neuen gesetzlichen Vertragstypus verwertet worden. Das Arbeitsrecht hat sich der Integration in das BGB – und überhaupt einer Kodifizierung – entzogen, obschon wiederholt Versuche in diese Richtung gemacht worden sind.[163]

In überraschender Weise hat die Ordnung der Europäischen Union noch eine weitere rechtliche Dimension des dispositiven Vertragsrechts sichtbar werden lassen: Man stellt die Frage, wie sich die national unterschiedlichen Vertragsrechte, gerade auch in ihrem dispositiven Element, zu den Grundfreiheiten der Union verhalten: Kann es eine «Massnahme gleicher Wirkung» sein, dass ein Staat nach seiner Typenordnung dispositive Folgenormen zur Anwendung bringt, die in anderen Staaten so nicht gelten? Immerhin erzeugen Dispositivnormen eine Art «Wegbedingungsobliegenheit».[164] Wie soll die hierdurch erfolgte Beschränkung einer betroffenen Verkehrsfreiheit des primären Unionsrechts, wenn man eine solche erkennen wollte, gerechtfertigt werden? Die Problematik wird von der Möglichkeit der internationalprivatrechtlichen Rechtswahl überlagert.[165] Die Fragestellung schreckt auf, doch dürften die gewöhnlichen Dispositivnormen wohl den Verhältnismässigkeitstest, auf den es hinausläuft, bestehen.[166]

---

162 Beim deutschen HGB verlief die Entwicklung weniger einschneidend: Dem Frachtvertrag wurde ein Unterabschnitt zum Umzugsvertrag beigestellt; der multimodale Transportvertrag wurde eigens geregelt.

163 Entwürfe eines Arbeitsvertragsgesetzes wurden in der Weimarer Republik diskutiert, in der BRD der siebziger Jahre des 20. Jahrhunderts und dann nach der deutschen Wiedervereinigung (die DDR hatte über ein Arbeitsgesetzbuch verfügt); s. umf. Enrico Iannone, Die Kodifizierung des Arbeitsvertragsrechts – ein Jahrhundertprojekt ohne Erfolgsaussicht?, Frankfurt/M. 2009.

164 Für zwingende Normen wurde die Frage untersucht durch Oliver Remien, Zwingendes Vertragsrecht und Grundfreiheiten des EG-Vertrages, Tübingen 2003.

165 Grundlegend Andreas Furrer, Zivilrecht im gemeinschaftlichen Kontext. Das Europäische Kollisionsrecht als Koordinierungsinstrument für die Einbindung des Zivilrechts in das europäische Wirtschaftsrecht, Bern 2002.

166 S. (Auswahl) Irene Klauer, Die Europäisierung des Privatrechts – Der EuGH als Zivilrichter, Baden-Baden 1998; Olaf Langner, Das Kaufrecht auf dem Prüfstein der Warenverkehrsfreiheit des EG-Vertrages, RabelsZ 2001, S. 223 ff.; Apostolos Tassikas, Dispositives Recht und Rechtswahlfreiheit als Ausnahmebereiche der EG-Grundfreiheiten. Ein Beitrag zur Privatautonomie, Vertragsgestaltung und Rechtsfindung im Vertragsverkehr des Binnenmarkts, Tübingen 2004; Heinrich Foglar-Deinhardstein, Gerichtliche Europäisierung des Vertragsrechts,

IV. Impulse der Vertragsrechtstheorie

1. Der vollständige und der unvollständige Vertrag

Ein in jüngerer Zeit intensiv diskutierter Aspekt des Vertragsrechts ist die Kennzeichnung der Verträge als «vollständig» *(complete)* oder «unvollständig» *(incomplete)*.[167] Der «vollständige» Vertrag ist derjenige, der aus sich heraus abschliessend Regelungen für alle Eventualitäten enthält und auch die im Vertragstext benutzten Begriffe definiert; der vollständige Vertrag will nicht durch dispositives Gesetzesrecht ergänzt werden. Die Vertragsordnung des OR will im Sinne der kontinentalen Tradition den «unvollständigen» Vertrag ermöglichen, für dessen Abschluss – wenn es sich um einen der gesetzlich geregelten Vertragstypen handelt – die Parteien sich auf die Vereinbarung der *essentialia* beschränken können (aber nicht müssen). Es gibt indes keine gesetzliche Regelung, die bei Geltung des schweizerischen Rechts als *lex contractus* den Abschluss vollständiger Verträge hindern würde. Wenn freilich eine von der schweizerischen Rechtsterminologie grundverschiedene Begrifflichkeit definiert und benutzt wird, können in der Handhabung «vollständiger» Verträge Schwierigkeiten auftreten, sobald Regelungen des schweizerischen Rechts ins Spiel kommen, wie es hinsichtlich des Kollisionsrechts, des zwingenden Rechts, der AGB-Kontrolle oder der Vollstreckung kaum zu vermeiden ist.

Aus geschichtlicher Sicht ist aufschlussreich, dass archaische Rechtsordnungen offenbar zum «vollständigen» Vertrag neigten. Gehen wir noch einmal auf das römische Recht zurück, so scheint der republikanischen Vertragspraxis, wie wir sie beispielsweise in den *leges locationis* bei Cato finden, der «vollständige» Vertrag vorgeschwebt zu haben. Keineswegs hat man sich auf eine objektiv-rechtliche Reserveordnung verlassen, die einen knappen Vertragskonsens ergänzt hätte. Auch andere literarische Zeugnisse deuten in diese Richtung. Was nicht im Vertrag versprochen ist, und sei es noch so elementar, wird nicht geschuldet. Spitzfindig werden Verträge formuliert, mit denen man die andere Partei benachteiligen kann. Es könnte sich um eine allgemeine Charakteristik archaischer Vertragsrechte handeln. Man denke an die Vereinbarung zwischen Jakob und Laban,[168] die von beiden Seiten manipulativ ausgenutzt wird. In der biblischen Geschichte erscheint dies nicht als ein Bruch des Vertrages, gegen den die andere Partei rechtlich geschützt gewesen wäre. Schön unterschied GEOFFREY MILLER die beiden Modelle der Vertragspraxis: «The parties to a

---

ZfRV 2005, S. 22 ff.; FLORIAN MÖSLEIN, Dispositives Recht. Zwecke, Strukturen und Methoden, Tübingen 2011, S. 398 ff.; alle auch zu dem Leitentscheid EuGH 24. 1. 1991, Rs C-339/89, Alsthom Atlantique/Sulzer AG, Slg. 1991, I-107.

167 S. HANNO MERKT, Angloamerikanisierung und Privatisierung der Vertragspraxis versus Europäisches Vertragsrecht, ZHR 171 (2007), S. 490 ff.; PETER MANKOWSKI, Rechtskultur: Eine rechtsvergleichend-anekdotische Annäherung an einen schwierigen und vielgesichtigen Begriff, JZ 2009, S. 321 ff.

168 1. Buch Mose (Genesis) 30,33.

contract must be careful to state the conditions of their agreement if they wish to take advantage by manipulating those conditions to his own benefit. Such a doctrine is not part of contract law today. A contract is considered to incorporate the reasonable conditions to its performance, even if those conditions are not expressly set forth.»[169] Das Vorkommen solcher Spitzbübereien, die in den Lebenswelten der Antike zahlreich belegt sind,[170] zeigt, dass auf eine Ergänzung des Vertrages durch «unparteiische» Regeln, die von der objektiven Rechtsordnung bereitgehalten werden, nicht gerechnet werden durfte. Was ungeregelt geblieben war, unterfiel nicht einer unparteiischen Reserveordnung, sondern erlaubte die unnachsichtige Ausnutzung zum eigenen Vorteil.

Heute haben wir die unter US-amerikanischem Einfluss[171] zunehmende Verbreitung des Konzepts des vollständigen Vertrages in der Vertragspraxis als Tatsache zu konstatieren. Es ist nicht nur akademischer Purismus, sondern entspräche pragmatischer Vorsicht, hybriden Vertragskonzepten nach Möglichkeit aus dem Weg zu gehen, da unnötige Komplikationen kaum auszuschliessen sind.

2. *Materialisierung des Vertragsrechts?*

In der Diskussion häufig aufgegriffen wurde das von Franz Wieacker geprägte Stichwort vom «individualistischen Sozialmodell»,[172] das im Sinne eines «Funktionswandels des Schuldrechts» zu überwinden sei. In den 70er- und 80er-Jahren des 20. Jahrhunderts ist namentlich in der deutschen Diskussion das Schlagwort von der Materialisierung des Privatrechts aufgebracht worden. Es ging darum, dem – wie es hiess – «bloss formalen» Obligationenrecht der Kodifikation nun endlich auch die ihm vermeintlich fehlenden materiellen Gerechtigkeitsstandards einzuprägen.[173] Diese Vorstellung fiel teilweise mit einer Fundamentalkritik an der westlichen Privat- und Marktgesellschaft zusammen; sie verband sich in wirkungsvoller Weise mit dem konkreten rechtspolitischen Postulat des Konsumentenschutzes. Theoretisch-methodisch erhielt das Anlie-

---

169 Geoffrey P. Miller, Contracts of Genesis, The Journal of Legal Studies 22 (1993), S. 15 ff., hier S. 34 f.

170 Aus dem röm. Recht s. etwa D. 4,3,7,3 (Ulp. 11 ad ed.) zu Fällen einer Vernichtung des Leistungsgegenstandes durch den Schuldner.

171 Auf die Frage der «Amerikanisierung» des Vertragsrechts kann hier nicht in vollem Umfang eingegangen werden; s. Jens Drolshammer, A Timely Turn to the Laywer? Globalisierung und die Anglo-Amerikanisierung von Recht und Rechtsberufen – Essays, Zürich/St. Gallen 2009; Wolfgang Wiegand, Americanization of Law – Reception or Convergence, in: Lawrence M. Friedmann und Harry N. Scheiber (Hrsg.), Legal Culture and the Legal Profession, Boulder (Col.)/Oxford 1996, S. 137 ff.

172 Franz Wieacker, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung in der modernen Gesellschaft, Karlsruhe 1953; s. auch ders., Das bürgerliche Recht im Wandel der Gesellschaftsordnungen, Karlsruhe 1960; ders., Pandektenwissenschaft und industrielle Revolution, in: Juristen-Jahrbuch 9 (1968/69), S. 1 ff.

173 S. z.B. Heinz-Dieter Assmann, Gert Brüggemeier, Dieter Hart und Christian Joerges, Wirtschaftsrecht als Kritik des Privatrechts, Königstein/Ts. 1980.

gen Nachdruck durch einen viel beachteten AcP-Beitrag von CLAUS-WILHELM CANARIS.[174] In der Formel der «Materialisierung des Privatrechts» liessen sich griffig verschiedene Tendenzen auf einen Punkt bringen, vor allem der Schutz des Schwächeren und die Austauschgerechtigkeit – Punkte, in denen man dem im 19. Jahrhundert kodifizierten Privatrecht einen Nachholbedarf attestierte. Die jüngere rechtsgeschichtliche Forschung hat diese ihrerseits stark durch den Zeitgeist der 1970er Jahre bedingte Sicht auf die Gesetzgebungswerke vom Ende des neunzehnten Jahrhunderts erheblich korrigiert und verfeinert.[175] Die Vorstellung, das OR sei eine Kodifikation im Geist des Manchester-Liberalismus, wäre ein Zerrbild. Das Obligationenrecht ist am Ende des 19. Jahrhunderts von Volksvertretern und Juristen mit ausgeprägtem Verantwortungsbewusstsein, freilich im Umfeld der damaligen Zeit, erarbeitet worden. Wie alle Teile der Rechtsordnung will auch das Obligationenrecht im Sinne der Rechtsidee angewendet werden. Es ist eine Fehlvorstellung, die Ordnung durch das Obligationenrecht sei «bloss formal» und bedürfe erst noch einer wertungsmässigen Unterfütterung etwa durch Verfassungsprinzipien,[176] Menschenrechte, sozialpolitisches Verantwortungsbewusstsein oder gleichsam naturrechtliche Vorstellungen etwa von Vertragsgerechtigkeit. Wie das Obligationenrecht ist auch die Überlieferung, an die es auf Schritt und Tritt anknüpft, der Rechtsidee verpflichtet gewesen. So wird man nicht sagen können, dass etwa das ausgefeilte Recht des römischen Verbalvertrages zu seiner Vervollkommnung noch einer «Materialisierung» bedurft hätte; im Gegenteil sehen wir heute in der «Materialisierung» dieses Vertragstyps, der in der Spätantike zu beobachten ist, ein Anzeichen sinkender Rechtskultur. Für Versuche, das Vertragsrecht für die Implementierung übergeordneter sozialpolitischer Leitbilder – oder Ideologien – zu gebrauchen, gibt es abschreckendes Anschauungsmaterial in der Geschichte. Es wird leider oft verkannt: Gerade der Rechtsformalismus ist Garant der Freiheit. Die Zurückdrängung des Rechtsformalismus zur Implementierung «materialer Wertethik», die in einer pluralistischen Gesellschaft ja auch erst in Diskursen der Öffentlichkeit und in Parlamentsverfahren destilliert werden muss, kann Freiheit gefährden.

---

174 CLAUS-WILHELM CANARIS, Wandlungen des Schuldvertragsrechts. Tendenzen zu seiner «Materialisierung», AcP 200 (2000), S. 273 ff.; abgewogen STEFAN ARNOLD, Vertrag und Verteilung. Die Bedeutung der iustitia distributiva im Vertragsrecht, Tübingen 2014; FLORIAN RÖDL, Gerechtigkeit unter freien Gleichen. Eine normative Rekonstruktion von Delikt, Eigentum und Vertrag, Baden-Baden 2016, S. 267 ff.

175 Grundlegend – mit Ausrichtung auf die Entstehung des deutschen BGB – TILMAN REPGEN, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, Tübingen 2001; JOACHIM RÜCKERT, Das Bürgerliche Gesetzbuch – ein Gesetzbuch ohne Chance?, JZ 2003, S. 749 ff.; NORBERT HORN, Philosophische und historische Grundlagen des bürgerlichen Rechtsstaats, in: Patrick Gödicke, Horst Hammen, Wolfgang Schur und Wolf-Dietrich Walker (Hrsg.), Festschrift für Jan Schapp zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 2010, S. 267 ff.

176 MICHAEL STÜRNER, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht, Tübingen 2010.

3. *Elemente der Vertragsordnung in theoretischer Sicht*

a. *Ein internationaler Diskurs*

Die jüngere Vertragstheorie, insbesondere auch soweit sie ökonomisch inspiriert ist, hat sich mit grossem Interesse der Funktion sowohl der zwingenden als auch der dispositiven Normen zugewandt; es handelt sich um einen internationalen, vertragstheoretischen Diskurs.[177] Die Diskussion soll hier in einem Literaturbericht gespiegelt werden. Nur am Rande sei notiert, dass die Frage dispositiver Vertragsregelungen auch schon im Hinblick auf die Bemühungen um ein gemeineuropäisches Vertragsrecht untersucht worden ist.[178]

b. *Dispositives Vertragsrecht*

In einem brillanten Grundlagenwerk hat FELIX DASSER für eine radikale Abkehr von der Typenbezogenheit der Erfassung von Schuldverträgen plädiert.[179] Dasser zeigt unnachsichtig die Schwierigkeiten auf, die in der Handhabung der Typenordnung des OR auftreten. Das Obligationenrecht biete nur eine ungenügende Grundlage für die Behandlung von Dauerschuldverhältnissen und komplexen Verträgen. Unter Verweis vor allem auf das angloamerikanische Recht[180] vertritt Dasser die Vorstellung eines Kontinuums der Vertragstypen. Vertragstypen seien nicht isolierbare Erscheinungen, sondern miteinander durch stufenlose Übergänge verbunden.[181] In gewisser Weise hat sich Dasser nicht weniger vorgenommen als eine Überwindung des charakteristischen Dualismus von allgemeinem Vertragsrecht und besonderen Vertragstypen, der ja in der Tat nicht auf Design beruht, sondern das Ergebnis eines historisch-kontingenten Entwicklungsprozesses ist.

GAUCH räumte als Grunddefizit jeder Vertragstypenordnung ein, dass stets mit einer Diskrepanz des gesetzlichen Typenprogramms und des im Einzelfall «passenden» Vertragsinhalts gerechnet werden muss.[182] Dieses Defizit werde jedoch durch die Möglichkeit der Wegbedingung weitgehend aufgefangen; ausserdem habe der Gesetzgeber durch Aufstellung von Untertypen für eine passgenauere Deckung mit den im Einzelfall «richtigen» Vertragsinhalten gesorgt.

---

177 S. z.B. RANDY E. BARNETT, The Sound of Silence: Default Rules and Contractual Consent, Virginia LR 78 (1992), S. 821 ff.

178 MARTIJN W. HESSELINK, Non-mandatory Rules in European Contract Law, ERCL 2005, S. 44 ff.; MATTHIAS E. STORME, Freedom of Contract: Mandatory and Non-mandatory Rules in European Contract Law, Juridica International. Law Review University of Tartu 2006, XI. = ERCL 2007, S. 233 ff.

179 FELIX DASSER, Vertragstypenrecht im Wandel. Konsequenzen mangelnder Abgrenzbarkeit der Typen, Zürich 2000; dazu ERNST A. KRAMER, SJZ 98 (2002), S. 26 f.; s. auch FELIX DASSER, Vertragsrecht ohne Vertragstypenrecht, in: Heinrich Honsell, Wolfgang Portmann u.a. (Hrsg.), Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts. Festschrift für Heinz Rey zum 60. Geburtstag, Zürich 2003, S. 207 ff.

180 DASSER, Vertragstypenrecht (Fn. 179), S. 246 ff.

181 DASSER, Vertragstypenrecht (Fn. 179), S. 19.

182 GAUCH (Fn. 70), S. 3 ff.

Unter Berücksichtigung wesentlicher Strukturelemente der Vertragsordnung (Innominatverträge, zwingendes Recht, Allgemeine Geschäftsbedingungen) kommt GAUCH zu einer Würdigung: Das gesetzliche Vertragstypenrecht sei «ein zweckmässiges Instrument [...], um praktisch wichtige Schuldverträge differenzierend zu regeln», gleichwohl aber umfassend reformbedürftig. In abgestimmter Weise müsse diese Reform das allgemeine Vertragsrecht einbeziehen. In der von Dasser vorgeschlagenen Abschaffung des Vertragstypenrechts und dessen Ersetzung durch ein monistisches allgemeines Vertragsrecht sähe GAUCH einen Rückschritt:

> «Entweder würde es die Besonderheiten der einzelnen Verträge noch weniger berücksichtigen als das Vertrtagstypenrecht. Oder seine Regelungen wären so unbestimmt gefasst, dass es einer intensiven Rechtsprechung bedürfte, um sie für die einzelnen Verträge zu konkretisieren. An die Stelle des gesetzlichen Vertragstypenrechts träte nach und nach ein Vertragstypenrecht der Gerichte [...] Gewonnen wäre damit nichts, verloren aber ein Stück an ‹Orientierungssicherheit›, die das Gesetz in der derzeitigen Kombination von allgemeinen und besonderen Vertragsregeln zwar nicht vollständig, aber doch besser gewährt.»[183]

Eine besonders eindringliche, interdisziplinäre Untersuchung des Phänomens «Dispositives Vertragsrecht» stammt von JOHANNES CZIUPKA.[184] In seinem Werk ist, wie schon bei Dasser, auch die angelsächsische Diskussion über «default rules» («non-mandatory rules») aufgearbeitet, womit eine Berücksichtigung der ökonomischen Seite einhergeht. «Transaktionskostenminimierung» ist ein naheliegendes Stichwort. Diskutiert wird die Sichtweise, wonach das dispositive Recht aufgrund einer Marktimitation gestaltet wird.[185]

Zu der wissenschaftlichen Analyse dispositiven Rechts als Element der Vertragsordnung hat in jüngster Zeit namentlich FLORIAN MÖSLEIN beigetragen.[186] MÖSLEIN verfolgt einen systemischen Ansatz, bei dem das Wechselspiel von Gesetzgeber und privaten Akteuren im Zusammenhang erfasst werden soll. Er befürwortet ein Verständnis des dispositiven Vertragsrechts als ein Instrument von «governance», indem es nicht um hoheitliche Intervention, sondern um eine Ermunterung zur Selbstregulierung gehe. Der Staat stelle mit dem disposi-

---

183 GAUCH (Fn. 70), S. 26.

184 JOHANNES CZIUPKA, Dispositives Vertragsrecht. Funktionsweise und Qualitätsmerkmale gesetzlicher Regelungsmuster, Tübingen 2010.

185 FELIX MAULTZSCH, Die Grenzen des Erfüllungsanspruchs, AcP 207 (2007), S. 530 ff. (S. 546 ff.).

186 MÖSLEIN (Fn. 166); dazu die Rezensionen von ANDREAS ENGERT, ERCL 2013, S. 196 ff., und SEBASTIAN MARTENS, ZEuP 2013, S. 441 ff.; s. auch schon FLORIAN MÖSLEIN, «Governance by Default» – Innovation und Koordination durch dispositives Recht, in: Stefan Grundmann et al. (Hrsg.), Festschrift für Klaus J. Hopt zum 70. Geburtstag am 24. August 2010. Unternehmen, Markt und Verantwortung, Bd. II, Berlin 2010, S. 2861 ff.; DERS., Dispositive Regeln im transnationalen Privatrechtsverkehr – Same same, but different?, in: Gralf-Peter Calliess (Hrsg.), Transnationales Recht. Stand und Perspektiven, Tübingen 2014, S. 155 ff.; weiterhin unter Beteiligung desselben Autors: FLORIAN MÖSLEIN und STEFAN GRUNDMANN, Vertragsrecht als Infrastruktur für Innovation, ZfPW 2015, S. 435 ff.

tiven Recht eine «Rahmenordnung». Mit der Akzeptanz oder Abbedingung der dispositiven Folgenormen gäben die Parteien ein Signal, das man als Rückkopplung ansehen könne. Als zukunftsprägende Tendenzen sieht MÖSLEIN die sich beschleunigenden Innovationenen für die Vertragsgestaltung, verbunden mit einer gewissen «Entstaatlichung», die mit einer Schwerpunktverlagerung auf die globale Ebene einhergeht.[187] Das Schlagwort «Entstaatlichung» stellt einen Bezug her zu dem Phänomen der «Rechtssetzung durch Private»,[188] die hier vor allem in Form von verbandsgenerierten Musterverträgen (und weniger in Form einer echten Delegation rechtssetzender Zuständigkeit) ins Spiel kommt. MÖSLEIN kann sich ein «Regelungs-Wiki» (nach dem Modell von Wikipedia) vorstellen, in welchem Musterregelungen ausgewogener Art abgerufen werden können. Auf einer mehr technischen Ebene untersucht MÖSLEIN die unterschiedlichen Mechanismen für ein «opt-out» aus der gesetzlichen Dispositivregelung; der Gesetzgeber kann die Wegbedingung erleichtern oder erschweren. Schliesslich ist bemerkenswert, dass MÖSLEIN der kurz zuvor geäusserten Meinung entgegen getreten ist, die gesetzlichen Bestimmungen dispositiver Art könnten einer anderen Auslegungsmethode unterliegen als zwingende Normen.[189] Dem Thema der «Contract Governance» ist jetzt ein gewichtiger Sammelband gewidmet.[190]

c. *Zwingendes Recht: Die objektive Vertragsordnung als Regulierung?*

Andere Arbeiten haben sich dem zwingenden Vertragsrecht gewidmet. Ein Anliegen des Beitrags von GERHARD WAGNER[191] besteht darin, der im Zuge europäischer Rechtssetzung verzeichneten Tendenz entgegenzutreten, bestimmte Regelungsmaterien überhaupt (für jedermann) der Privatautonomie zu entziehen, obwohl es spezifisch um den Schutz von Verbrauchern geht oder gehen sollte. Seine Schlussworte seien hier zitiert:

> «Die Komplexität und Vielgestaltigkeit der Vertragspraxis müsste eigentlich Anlass für eine demütige Haltung des Gesetzgebers sein, der sich eingestehen müsste, nicht auf alle Probleme der Praxis eine vorgefertigte Antwort zu haben. Genau darin – in

187 Zur These von der «Entstaatlichung des Rechts» s. die Beiträge in REINHARD ZIMMERMANN (Hrsg.), Globalisierung und Entstaatlichung des Rechts, Tübingen 2008.

188 Aus historischer Sicht: STEPHAN MEDER, Ius non scriptum – Traditionen privater Rechtsetzung, 2. Aufl., Tübingen 2009; für die heutige Dogmatik: GREGOR BACHMANN, Private Ordnung. Grundlagen ziviler Regelsetzung, Tübingen 2006; sowie die Beiträge in: CHRISTIAN BUMKE und ANNE RÖTHEL (Hrsg.), Privates Recht, Tübingen 2012; s. schon URSULA BRUNNER, Rechtsetzung durch Private. Private Organisationen als Verordnungsgeber, Diss. iur. Zürich 1982.

189 Diese Ansicht war vertreten worden von MARTIN SCHMIDT-KESSEL, Europäisches Vertragsrecht, in: Karl Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 2. Aufl., Berlin 2001, N 23 ff.

190 STEFAN GRUNDMANN, FLORIAN MÖSLEIN und KARL RIESENHUBER (Hrsg.), Contract Governance, Oxford 2015.

191 GERHARD WAGNER, Zwingendes Vertragsrecht, in: Horst Eidenmüller et al. (Hrsg.), Revision des Verbraucher-*acquis*, Tübingen 2011, S. 1 ff.

der mit dezentralen Entscheidungen verbundenen Flexibilität und Veränderungsdynamik – liegt schliesslich der massgebende Vorteil marktwirtschaftlicher Systeme vor Planwirtschaften».[192]

In der jüngeren Zeit ist die Verwendung von Verbotsnormen kritisch auf ihre Effektivität hin untersucht worden, namentlich unter interdisziplinärem Einbezug von Methoden der Verhaltensökonomie.[193] Für Verbotsnormen fehlt oft eine methodisch abgesicherte Folgenabschätzung. Wiederholt ist angeregt worden, anstelle von zwingendem Recht stärker auf Anreize zu umfassender wechselseitiger Information der Vertragspartner zu setzen, doch ist auch für diesen Ansatz die Effektivität in der Lebenswirklichkeit angezweifelt worden.[194]

Ordnungspolitisch gesehen kann zwingendes Vertragsrecht als «Regulierung» begriffen werden. Diese Sichtweise wurde massgeblich durch die 1999 erschienene Monographie von HUGH COLLINS, «Regulating Contracts», eröffnet.[195] Danach sollen sich unter dem Stichwort der Regulierung die auseinanderdriftenden Elemente der Vertragsordnung gerade wieder neu fokussieren lassen. Dies schliesst die Überlegung ein, dass nicht bloss der gerechte Interessenausgleich zwischen den Parteien, der möglicherweise «gestört» ist, befördert werden soll, sondern dass – darüber hinaus – gesellschaftspolitisch erwünschte Effekte (Allgemeinwohlziele) angestrebt werden. Vor allem im Bereich der Europäischen Union hat dieser Gedanke Fuss gefasst, weil die Europäische Union mit ihrer Rechtssetzung Integrationsziele verfolgt, die das Privatrechtsverhältnis von Bürgern und Unternehmen untereinander transzendieren. Die Auswirkungen sind teilweise gravierend. Als Beispiel sei hier nur die Vorgabe eines pönal ausgestalteten Verzugszinses genannt, mit dem nicht bloss eine Entschädigung des Geldgläubigers für den verspäteten Zahlungseingang bezweckt ist, sondern eine Hebung der «Zahlungsmoral» im Geschäftsverkehr.[196] Letzten Endes muss sich hier das einzelne Unternehmen (resp. der einzelne Bürger) gefallen lassen, dass seine Vertragspositionen für ausserprivatrechtliche Zwecke instrumentalisiert werden.[197] Derart krasse Abweichungen von naturalen Folgenormen müssen ihrerseits wieder gegen Wegbedingung ab-

192 WAGNER (Fn. 191), S. 52.

193 STEFAN BECHTOLD, Die Grenzen zwingenden Vertragsrechts, Tübingen 2010.

194 S. WOLFGANG SCHÖN, Zwingendes Recht oder informierte Entscheidung – zu einer (neuen) Grundlage unserer Zivilrechtsordnung, in: Andreas Heldrich et al. (Hrsg.), Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, München 2007, S. 1191 ff.; LEANDER LOACKER, Große Erwartungen, oder: Vorvertragliche Informationspflichten und Verhältnismäßigkeit, in: Robert Koch, Manfred Werber und Gerrit Winter (Hrsg.), Der Forschung – der Lehre – der Bildung. 100 Jahre Hamburger Seminar für Versicherungswissenschaft und Versicherungswissenschaftlicher Verein, Karlsruhe 2016, S. 189 ff.

195 HUGH COLLINS, Regulating Contracts, Oxford 1999.

196 Dazu, mit eindringlicher Kritik dieser Regelung, HEINRICH HONSELL und THEO MAYER-MALY, Rechtswissenschaft. Die Grundlagen des Rechts, 7. Aufl., Bern 2017, S. 315 ff.

197 S. schon HEINRICH HONSELL, Die Erosion des Privatrechts durch das Europarecht, ZIP 2008, S. 621 ff.

gesichert werden: Zwängerei braucht den Zwang. Inzwischen ist bereits eine umfangreiche theoretische Auseinandersetzung mit diesem Ansatz zu verzeichnen, bei der über die sachliche Rechtfertigung von Regulierung, über deren richtiges Mass und über die richtigen Regulierungsmittel diskutiert wird.[198]

Das Obligationenrecht setzt seine Regelungen in transparenter – und begrenzter – Weise der Ergänzung durch öffentliches Recht aus. Art. 73 OR mit dem Vorbehalt öffentlich-rechtlicher Zinsbeschränkungen ist ein Beispiel.[199] Freilich treten zunehmend öffentlich-rechtliche Regulierungen mit eigenen Durchsetzungsmechanismen neben das Privatrecht, die zugleich vertraglich begründeten Rechten zur Durchsetzung verhelfen können. Hierdurch wird das Privatrecht an sich weder aufgehoben noch verändert, doch kann sich ein Abstimmungsbedarf unter dem Stichwort «Einheit der Rechtsordnung» ergeben.[200]

V. «OR 2020»

Die unter der Leitung von Claire Huguenin unter dem Titel «OR 2020» durchgeführte Studie, die mit einem viel beachteten Vorschlag für einen neuen Allgemeinen Teil abgeschlossen hat, deckt zentral das allgemeine Vertragsrecht ab (daneben auch vieles andere, insbesondere das Haftpflicht- und das Verjährungsrecht).[201] Mit Absicht blieben bei diesem Projekt die besonderen Vertragsverhältnisse ausgeklammert, damit aber auch das Zusammenspiel des allgemeinen Vertragsrechts mit den besonders vertypten Verträgen. Ein legislatives Aufgreifen dieses Projekts würde freilich zu einem erheblichen Teil auch Änderungen im Bereich der vertypten Verträge erfordern. Zum Beispiel übernimmt der Entwurf (aus dem UN-Kaufrecht und manchen Nachbarrechten) das abstrakte Konzept der «Pflichtverletzung» und regelt allgemein die sich daraus ergebenden Rechtsfolgen (Art. 118 ff. OR 2020): Diese Vorschriften sol-

198 Alexander Hellgardt, Regulierung und Privatrecht. Staatliche Verhaltenssteuerung mittels Privatrecht und ihre Bedeutung für Rechtswissenschaft, Gesetzgebung und Rechtsanwendung, Tübingen 2016; Stefan Grundmann, Privatrecht und Regulierung, in: Marietta Auer et al. (Hrsg.), Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 80. Geburtstag, Berlin 2017, S. 907 ff.; zum Regulierungsaspekt auch Bechtold (Fn. 193).

199 Art. 253b, Art. 342 OR sind weitere Beispiele.

200 S. etwa Markus Hess, Zunehmende Unklarheiten im Verhältnis zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht – Gedanken an Beispielen aus dem Anleger- und Konsumentenschutzrecht, in: Pascal Grolimund u.a. (Hrsg.), Festschrift für Professor Anton K. Schnyder zum 65. Geburtstag, Zürich 2018, S. 1163 ff.

201 S. die Beiträge in Jan Dirk Harke und Karl Riesenhuber (Hrsg.), OR 2020 – Die schweizerische Schuldrechtsreform aus vergleichender Sicht, Tübingen 2016; Ewoud Hondius, Towards a New Swiss Law of Obligations, ERPL 2014, S. 1 ff.; Bruno Schmidlin, Das Schweizer Obligationenrecht 2020, SJZ 2015, S. 25 ff.; Patrick Sutter, Kritische Anmerkungen zu den Prämissen des Entwurfs für einen neuen allgemeinen Teil des Schweizerischen Obligationenrechts (OR 2020), Anwaltsrevue 2017, S. 407 ff.; Christoph A. Kern und Nicole Jasmin Bettinger, Schuldrechtsmodernisierung in der Schweiz? – Der Entwurf Obligationenrecht 2020, ZEuP 2014, S. 562 ff.

len auch die «qualitativ mangelhafte Leistung» erfassen,[202] also Störungen, wie sie jetzt durch Art. 197 ff. OR oder Art. 259a ff. OR geregelt sind. Die letztgenannten Vorschriften müssten bei einer Umsetzung des OR 2020 zwingend revidiert werden, da sie in ihrer jetzigen Gestalt nicht mit den Entwurfsregelungen zur «Pflichtverletzung» zusammenpassen. Obschon die Gebiete der Gewährleistungsrechte sicher nochmals mit Gewinn novelliert werden könnten,[203] fehlt es derzeit an einer sauberen Aufnahme des nach der isolierten Verlängerung der Gewährleistungsfristen (Art. 210neu, seit 1.1.2013) noch verbleibenden Reformbedarfs. Inzwischen hat der Bundesrat entschieden, dass von einer Gesamtrevision des Allgemeinen Teils des ORs abzusehen sei, weil dafür ein genereller Handlungsbedarf nicht bestehe.[204]

VI. Stellungnahmen

Es ist eine Erfahrungstatsache, dass kein Rechtssystem das mannigfaltige Vertragsgeschehen der Lebenswirklichkeit je als eine Abfolge von ausschliesslich individuellen, massgeschneiderten Vereinbarungen zu erfassen sucht. Vielmehr werden Vereinbarungen mit wesentlich gleichen Inhalten als wiederkehrend empfunden und es wird versucht, diese als Anwendungen desselben Typus zu erfassen. Auch dort, wo eine gesetzliche Typenordnung die Parteien nicht in vorgegebene Formate zwingt, ergeben sich so schematisierte Inhalte. Dieser Drang zur Schematisierung dürfte zum einen der «Ökonomie der (juristischen) Logik» geschuldet sein, weil ein routine-orientierter Zugriff eine schnellere Erfassung und Bewältigung des anstehenden Vorgangs ermöglicht. Zum anderen verwirklicht sich im Schematismus der Grundsatz der Rechtsgleichheit, indem wesentlich gleiche Vereinbarungen einer gleichen rechtlichen Erfassung unterworfen werden. Es gehört «zu den Selbstverständlichkeiten bewährter juristischer Tradition», dass ein konkretes Geschäft als Typus beurteilt werden muss (Flume). Es ist die bleibende Herausforderung der Vertragsrechtspraxis, die individuellen Besonderheiten einer Vertragsbeziehung unter den Bedingungen eines gesetzlich sanktionierten Typenschematismus zur Geltung zu bringen.

Die Ausbildung von *naturalia negotii* ist ein Wirklichkeitsgeschehen, das in der steten Wiederholung gleichartiger Geschäfte besteht, die sich im Verlauf zu

202 Markus Müller Chen, in: Claire Huguenin und Reto M. Hilty (Hrsg.), Schweizer Obligationenrecht 2020. Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil, Zürich 2013, Art. 118 OR 2020 N 13.

203 Eine schon weit vorangeschrittener Reformanlauf wurde bekanntlich abgebrochen; zu diesem s. Wolfgang Ernst, Die kaufrechtliche Gewährleistung nach der Teilrevision des Obligationenrechts, in: Eugen Bucher et al. (Hrsg.), Norm und Wirkung. Festschrift für Wolfgang Wiegand zum 65. Geburtstag, Bern/München 2005, S. 255 ff.

204 Bundesrat, Bericht v. 31.1.2018 in Erfüllung der Postulate 13.3217 Bischof und 13.3226 Caroni zur Modernisierung des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Obligationenrechts, 1 ff., https://www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2018/2018-01-310/ber-br-d.pdf, abgerufen 24.5.2018.

Standardinhalten abschleifen. Es muss nicht der Gesetzgeber sein, der *naturalia negotii* fixiert. Dies geschieht schon durch das Verkehrsgeschehen, aber heute in eindrucksvoller Weise auch durch Verbände oder Interessengemeinschaften, die Musterverträge herausgeben. So kann sich, wer zum Beispiel das erste Mal einen Leasing-Vertrag abschliessen will, eine Vielzahl von Formularen im Internet ansehen. Wenn der Gesetzgeber heute dispositive Gesetzesvorschriften aufstellt, übernimmt er nicht bloss eine Informationsaufgabe, die in der heutigen Gesellschaft vielleicht überflüssig geworden ist. Wenn der Gesetzgeber Folgeregelungen in das Gesetz aufnimmt, darf man davon ausgehen, dass er die möglicherweise dem Rechtsverkehr abgeschauten *naturalia* auf ihre Sachgerechtigkeit hin überprüft hat. Mit einer blossen Umsetzung empirisch auffindbarer Vertragspraktiken ist es nicht getan. Erst durch die Ausgewogenheitsprüfung, die man vom Gesetzgeber erwarten kann, kommt gesetzlichen *naturalia negotii* ihre volle Entlastungsfunktion zu: Aufgrund des Erlasses in Gesetzesform sollten die Verkehrsteilnehmer sich darauf verlassen können, dass der Konsens über die *essentialia* auch ohne nähere Nachprüfung ein stimmiges Ganzes von Folgeregelungen auslöst, durch das der Vertrag gesteuert wird.

Der Nachdruck, mit dem der Rechtsverkehr nach der Sicherheit konturierter Vertragstypen mit erwartungsfesten *naturalia negotii* verlangt, ist verschieden, je nachdem, um welche Verkehrskreise es geht. Spezialisierte Verkehrskreise vermögen sich diese Sicherheit durch «selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft» selber zu geben. Ähnliches gilt für das Vertragsgeschehen mit internationaler Ausrichtung: Hier werden die Parteien keine Schwierigkeiten haben (und keine Kosten scheuen), für ihre Transaktion eine massgeschneiderte Rechtsgrundlage zu kreieren; die Abhängigkeit vom kodifizierten Vertragsrecht ist gemindert, wenn nicht ganz aufgehoben. Der Imperativ des «complete contract» weist ja in dieselbe Richtung. Für den Bürger hingegen ist die gesetzgeberische Stabilisierung von Vertragstypen von ungleich höherer Bedeutung. Bei der Auswahl von Vertragstypen für eine Aufstellung eines gesetzlichen Typenbildes sollte der Gesetzgeber daher besonders auf die Grundgeschäfte der Sozialexistenz des Bürgers schauen: Für den Leasing-Vertrag mag eine gesetzliche Typenfixierung entbehrlich sein, für den Kauf, die Miete und den Arbeitsvertrag, an denen der Bürger beteiligt ist, sieht dies anders aus.

Im Lichte jüngerer Forschung hat die Aufstellung dispositiver Gesetzesnormen, bildlich gesprochen, ihre Unschuld verloren. Dispositive Folgenormen erscheinen nicht mehr automatisch als reine Wohltat. Stärker als in der Vergangenheit wird man sich bewusst sein, dass auch dispositive Folgenormen – in schwacher Weise – verhaltenssteuernd wirken. Dispositive Folgenormen dürften die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen erheblich beeinflussen; sie geben unter Umständen vor, was alleine noch formularvertraglich «geht». Soll nicht aus Wohltat Plage werden, muss der Gesetzgeber sich bei der Aufstellung von Dispositivnormen fragen, ob er auch diese Folgen will. Eine «Rechtssetzungslehre für das Privatrecht» ist schon wiederholt an-

gemahnt worden.[205] Zum Abschluss seien goldene Worte aus einer Schrift von 1984 zitiert:

> «[D]em dispositiven Recht [ist] eine standardisierende, pädagogische Funktion zur Aufrechterhaltung eines Verkehrsethos zu eigen [...], die vernachlässigt wird, wenn das Recht sich in laissez-faire-Manier der Herausbildung wenigstens vor-konkretisierter Leitlinien entzieht, um partei-autonome Dispositionen zu erzwingen. [...] Zwar ergeben sich bei der Feststellung der Verkehrstypik gewisse Schwierigkeiten, die aber eher überwindbar erscheinen als das Unbehagen, das sich aus verkehrsfremden, von Fall zu Fall und von Ort zu Ort schwankenden richterlichen Billigkeitsentscheidungen ergibt.»[206]

E. Smart Contract: Vertrag der Zukunft?

I. Einleitung

Die jüngste Herausforderung der Vertragsordnung ist in den sogenannten Smart Contracts zu sehen. Es handelt sich nicht um einen Rechtsbegriff. Vielmehr geht es um eine Kategorie von Computerprogrammen, durch die eine Leistungsbewegung, ein «Werttransfer», vorprogrammiert wird. In Kürze sei hier zunächst die technische Seite zusammengefasst, wie sie sich aus der Sicht des technisch ungebildeten Juristen darstellt:[207] Im Kern steckt eine Wertbewegung, die im Rahmen eines Software-Durchlaufs erfolgt. Der gesamte Vorgang spielt sich ausschliesslich auf der Ebene eines elektronischen Datenaustauschs ab. Die Wertbewegung hat typischerweise Einheiten von sogenannten Kryptowährungen zum Gegenstand (Bitcoin, Ethereum u.a.). Sie ist vorprogrammiert, indem sie (oder ihr Umfang) vom Eintritt oder Ausfall bestimmter Ereignisse abhängig gestellt ist. Als vereinbarte Auslöser der Übertragung kommen im Internet stattfindende, digital abgreifbare Vorkommnisse in Betracht; z.B. im Internet verzeichnete Börsennotierungen. Sollen Ereignisse in der natürlichen Lebenswelt als Bedingung benutzt werden, bedarf es einer Umsetzungsinstanz, die ein «externes» Ereignis zum Auslöser eines im Internet abgreifbaren Daten-

---

205 Bechtold (Fn. 193), S. 331 ff.

206 Ivo G. Caytas, Der unerfüllbare Vertrag. Anfängliche und nachträgliche Leistungshindernisse und Entlastungsgründe, Diss. iur. St. Gallen 1984, S. 461.

207 S. Swiss LegalTech Association (SLTA), Data, Blockchain and Smart Contracts – Proposal for a robust and forward-looking Swiss ecosystem. Regulatory Task Force Report, 27. April 2018, http://www.swisslegaltech.ch/wp-content/uploads/2018/04/SLTA-Regulatory-Task-Force-Report-1.pdf, abgerufen am 30.04.2018; Martin Heckelmann, Zulässigkeit und Handhabung von Smart Contracts, NJW 2018, S. 504 ff.; Martin Hess, Stephanie Lienhard, Übertragung von Vermögenswerten auf der Blockchain, in: Jusletter 4. Dezember 2017; Markus Kaulartz, Die Blockchain-Technologie, CR 2016, S. 474 ff.; Jörn Heckmann, Markus Kaulartz, Smart Contracts – Anwendungen der Blockchain-Technologie, CR 2016, S. 618 ff.; Christoph Simmchen, Blockchain (R)Evolution, MMR 2017, S. 162 ff.; Hajo Schulz, Das macht Blockchain – Die Technik hinter Bitcoin & Co., c't 23/2017, S. 102 ff.

flusses macht; diese Umsetzungsinstanz, die man sich möglichst neutral und unbeeinflusst von den Beteiligten wünscht, wird auch als «Oracle» bezeichnet.[208] Das sogenannte «Internet der Dinge» erweist sich hier als zunehmend wichtige Datenquelle. Als Beispiel sei das Tracking von Brief- oder Paketzustellung durch die Schweizerische Post genannt: Die hier erzeugten Daten könnten benutzt werden, um eine Wertbewegung auszulösen («Bitcoin-Zahlung bei Zustellung»).

Die Verarbeitung der Daten einschliesslich der abschliessenden Wertbewegung erfolgt nicht auf einem einzelnen Gerät, sondern dezentral über eine oft kaum absehbare Zahl von Rechnern, auf denen dasselbe Programm abläuft und die ihre Daten untereinander abgleichen können. Eine aufwendige Verschlüsselungstechnik soll sicherstellen, dass alles Geschehen der zugrundeliegenden Programmstruktur entspricht. Eine Mehrzahl von geplanten Bewegungen wird zusammengefasst (in einem «Block») und mit einer mathematischen Rechenaufgabe verbunden; mehrere Anwender können unter Einsatz von Rechenzeit an der Lösung arbeiten. Derjenige, der als erster die Lösung der Rechenaufgabe findet, schaltet damit die mehreren Vorgänge frei; er erhält hierfür eine Art Vergütung. Rechenaufgabe und Lösung werden jeweils aufgezeichnet, und zwar so, dass die neue Bewegung – blockweise zusammengefasst mit weiteren jüngsten Bewegungen – den bereits aufgezeichneten früheren Bewegungen hinzugefügt wird; der hinzukommende Datenblock enthält auch ein Datenkondensat des vorangegangenen Blocks («Hash»). So entsteht eine Kette, die den Juristen an die Kette von Indossamenten erinnern mag. In dem entstehenden Verzeichnis («Blockchain») ist jedenfalls der gesamte zurückliegende Lebenslauf von Wertbewegungen ablesbar.[209] Die elektronische Aufbewahrung dieser Transaktionsverzeichnisse («Ledger»)[210] erfolgt wiederum dezentral («distributed ledger»), oft (aber nicht zwingend) in öffentlicher Weise.[211] Von allen derart strukturierten Systemen erhofft man sich einen aussergewöhnlich hohen Grad von Störunanfälligkeit und Schutz vor Manipulationen. Die schlussendliche Wertbewegung ist nicht notwendig transaktionskostenfrei. Die Wertbewegung erfolgt auch nicht zwingend «blitzschnell», obschon die technische Entwicklung hier auf eine Beschleunigung drängt.

Die Entwicklung dieser Technik ist mit sogenannten Kryptowährungen verbunden: Die transaktionsgesteuerte Übertragung von Einheiten dieser sog.

---

208 Dazu Rolf H. Weber, Leistungsstörungen und Rechtsdurchsetzung bei Smart Contracts, in: Jusletter 4. Dezember 2017, N 33 ff.; Jörn Heckmann, Markus Kaulartz, Smart Contracts: Quellcode als Vertragstext, c't 24/2016, S. 138 f.

209 S. Rolf H. Weber, Blockchain als rechtliche Herausforderung, in: Jusletter IT 18. Mai 2017.

210 Den Ausdruck «Transaktionsverzeichnis» übernehme ich von Eleonor Gyr, Dezentrale Autonome Organisation DAO, in: Jusletter 4. Dezember 2017, N 3.

211 Smart Contracts können auch auf andere technische Weisen als durch Blockchain verwirklicht werden, s. Heckelmann (Fn. 207), S. 504 ff., doch ist derzeit das eine stark mit dem anderen verbunden, so dass für diesen Beitrag eine Gleichsetzung erlaubt sei.

«Währungen» stellt einen zentralen Anwendungsfall von Smart Contracts dar. Es können aber auch andere, ebenfalls digitale Werteinheiten («Token») verschoben werden, die ihrerseits wieder zu bestimmten Leistungen weiterbenutzt werden können. Es gibt nicht ein einheitliches System dieser Art; vielmehr konkurrieren zahlreiche Systeme verschiedener Entwickler miteinander. Ein bestimmtes Blockchain-System (z.B. Ethereum) erlaubt die Benutzung für eine Vielzahl spezieller Applikationen; diese können als die eigentlichen Smart Contracts angesprochen werden. Eine vielfältige Vernetzung und Verschachtelung mehrerer Anwendungen lässt sich denken. In einem intensiven Wettbewerb entwickeln sich die technischen Möglichkeiten offenbar immer weiter. Zahlreiche Dienstleistungen werden bereits auf dieser Grundlage angeboten. Geradezu fieberhaft wird nach weiteren Anwendungsmöglichkeiten gesucht. Insbesondere der Finanzsektor muss diese Entwicklung als Herausforderung ansehen, weil die Wertverschiebungen, die mit dieser Technologie ermöglicht werden, eine hochinteressante Alternative zu den herkömmlichen Formen des Zahlungsverkehrs darstellen. In allen Anwendungen verspricht man sich von den Smart Contracts, wegen der Entbehrlichkeit von aufwendigen Überwachungsaktivitäten, eine Senkung der Transaktionskosten.

Im Folgenden soll es ausschliesslich darum gehen, wie sich diese Entwicklungen und das Vertragsrecht des OR zueinander verhalten. Mehrere benachbarte Themen bleiben daher ausgeblendet: Was das Privatrecht betrifft, ist die geschilderte Technik nicht auf vertragliche, d.h. spontan und selbstbestimmt vereinbarte Transaktionen zwischen mehreren Parteien beschränkt; auch im Bereich des Sachenrechts («Smart Grundbuch»?) und des Erbrechts kann man sich einen Einsatz dieser Technologie vorstellen. Desweiteren soll es nicht um sogenannte Kryptowährungen als solche gehen. Hier stellt sich bekanntlich die Frage nach dem Rechtsstatus der einzelnen Werteinheit, die (derzeit) gewiss nicht «Geld» ist, wie auch die Kryptowährungen nicht als Währung im herkömmlichen Sinne gelten können.[212] Eine mögliche Schuld, die die Verschaffung von Einheiten einer Kryptowährung zum Inhalt hat, ist nicht Geldschuld im Sinne des schweizerischen Privatrechts. Neben den Fragen materiellen Zivilrechts kommen auch Probleme des Prozessrechts, einschliesslich der Vollstreckung, in den Blick.[213] Schaut man über das Privatrecht hinaus, so wird vom öffentlichen Recht her ein Regulierungsbedarf zu prüfen sein, insbeson-

212 Zu rechtlichen Aspekten der Kryptowährung, die hier als solche nicht behandelt wird, s. nur (Auswahl): Luzius Meisser, Kryptowährungen, in: Rolf H. Weber, Florent Thouvenin (Hrsg.), Rechtliche Herausforderungen durch webbasierte und mobile Zahlungssysteme, Zürich 2015, S. 84 ff.; die Beiträge in Helgo Eberwein, Anna-Zoe Steiner (Hrsg.), Bitcoins, Wien 2014; Merih Erdem Kütük-Markendorf, Rechtliche Einordnung von Internetwährungen im deutschen Rechtssystem am Beispiel von Bitcoin, Frankfurt a.M. 2016.

213 Zu Kryptowährung als Vollstreckungsobjekt aus deutscher Sicht Merih Erdem Kütük, Christoph Sorge, Bitcoin im deutschen Vollstreckungsrecht – Von der «Tulpenmanie» zur «Bitcoinmanie», MMR 2014, S. 643 ff.

dere im Sektor der Finanzdienstleistungen, da mittels Smart Contracts in erheblichem Umfang Dienstleistungen erbracht werden können, deren konventionellere Varianten nur unter regulierten Bedingungen angeboten werden dürfen. Dem Gesetzgeber stellt sich die Frage nach sektoralen Regulierungen des derzeit möglicherweise unterregulierten Smart Contract-Geschehens; auf der bestehenden Gesetzesgrundlage sind möglicherweise Fälle der Gesetzesumgehung zu identifizieren.[214] Beispielsweise ist schon der Datenschutz in den Blick gekommen.[215] Schliesslich sind auch das Strafrecht und das Strafprozessrecht betroffen (Einziehung von Einheiten der Kryptowährung?). Wie hier deutlich geworden sein sollte, sehen sich die Rechtsordnungen einer umfassenden Aufgabe gegenüber, neue technologische Entwicklungen rechtlich angemessen zu erfassen und zu begleiten. Auch für die Juristen handelt es sich um «the next big thing». Bereits jetzt liegt eine umfangreiche Literatur vor.[216]

II. Smart Contract und Vertragsrecht

1. Verschiedene Beteiligungsformen

Es verhält sich nicht so, dass jeder am Smart Contract-Geschehen irgendwie Beteiligte dieselbe Rolle eines (End-)Nutzers einnimmt. Vielmehr wirken Beteiligte in unterschiedlichen Rollen zusammen, was auch eine unterschiedliche rechtliche Erfassung nach sich ziehen muss.[217] Nur kurz sei hier auf die Entwickler eingegangen, die die zugrundeliegenden Programme entwickeln. Die Programmentwicklung erfolgt typischerweise in einer offenen Zusammenarbeit («open source»), bei der die Abstimmung über ein Internetprotokoll erfolgt. Man spricht von einer «Decentralized autonomous organisation» (DOA). Das stabilisierte Software-Produkt, das aus einer solchen Zusammenarbeit hervorgeht, kann unter Umständen weiterentwickelt werden, sodass neue Programm-Versionen einander ablösen (sog. «fork»). Da es keinen zentralen Entscheider gibt, stellt sich die Frage, wie hierüber entscheiden wird (Mehrheitsentscheidungen der Zusammenarbeitenden?). Für die vertragsrechtliche Erfassung wird man (wenigstens) auseinander halten müssen (1.) das Verhältnis der Entwickler

---

214 Zur Gesetzesumgehung s. Heinrich Honsell, in: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt und Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 5. Aufl., Basel 2014, Art. 2 N 31 ff.

215 Michael Isler, Datenschutz auf der Blockchain, in: Jusletter 4. Dezember 2017.

216 S. schon Fn. 207, weiterhin: Hans Rudolf Trüeb, Smart Contracts, in: Pascal Grolimund et al. (Hrsg.), Festschrift für Anton K. Schnyder, Zürich/Basel/Genf, 2018, S. 723 ff.; Stephan D. Meyer, Benedikt Schuppli, «Smart Contracts» und deren Einordung in das schweizerische Vertragsrecht, recht 2017, S. 204 ff.; Barbara Graham Siegenthaler, Andreas Furrer, The Position of Blockchain Technology and Bitcoin in Swiss Law, in: Jusletter 8. Mai 2017; Rolf H. Weber, «Rose is a rose is a rose» – what about code and law? Computer Law & Security Review (2018), https://doi.org/10.1016/j.clsr.2018.05.005; ders., Smart Contracts: Vertrags- und verfügungsrechtlicher Regelungsbedarf? Sic! 2018, S. 291 ff.

217 Zutr. Meyer/Schuppli (Fn. 215), S. 204 ff.

und «Miner», welche in einer DOA die betreffende Blockchain-Grundtechnik herstellen, untereinander;[218] (2.) das Verhältnis der Entwickler und Anbieter einzelner Anwendungen, sozusagen die «Verleger» eines bestimmten, abstrakten Smart Contract, untereinander; und schliesslich (3.) die Endnutzer, die konkret einen solchen Smart Contract untereinander oder im Verhältnis zu dessen «Verleger» einsetzen. In den erstgenannten Konstellationen könnte man möglicherweise einfache Gesellschaften – oder entsprechende Personenverbindungen ausländischer Rechtsordnungen – sehen,[219] sofern man nicht die Entwicklungsbeteiligung als Gefälligkeitsverhältnis aus dem Rechtsbereich herausnimmt. Die Rechtsformen, in der sich Personen zur Entwicklung einzelner Anwendungen zusammen finden (2), dürften breiter gestreut sein; hier werden auch juristische Personen beobachtet. Im Folgenden soll es indes nur noch um Anwendungen von Smart Contracts gehen (3). Insofern mag die bisherige Darstellung den Eindruck erweckt haben, die Sache spiele nur zwischen technikaffinen Nutzern. Dies trifft in gewisser Weise zu, doch können Smart Contracts auch hinter einer endkundenfreundlichen Benutzeroberfläche eingesetzt werden und unterscheiden sich nicht merklich von Internetseiten, mit denen Anbieter wie «amazon» oder «ricardo» heute auftreten. Für Internet-gestützte Geschäftsmodelle dürfte der vielfältige Einsatz von Smart Contracts in Betracht kommen; etwas vereinfacht handelt es sich dann darum, dass Unternehmen wie z.B. «amazon» ihre Betriebssoftware auf ein Blockchain-Produkt umstellen. Schon auf erste Sicht ist erkennbar, dass in einem solchen Fall die Rechtsnatur der Beziehung des Unternehmens zum Endkunden gar nicht betroffen ist.

2. *Der Trägervertrag für den Smart Contract*

Manche Beteiligte, vorwiegend von der technischen Seite kommend, sahen und sehen in den «Smart Contracts» eine grundlegende Alternative zum rechtlich abgesicherten Vertrag: Der Automatismus der Durchführung soll eine Durchsetzung mit dem gerichtsgeschützten Vertragsrecht einer nationalen Rechtsordnung vollständig entbehrlich machen. Smart Contracts erscheinen in dieser Sicht als sich von selbst vollziehende Verträge, bei denen keine der Parteien in irgendeiner Situation auf eine umgebende Rechtsordnung angewiesen sein könnte («Code is Law»). Die technologische Entwicklung hat sich – partiell – mit einem anarcho-liberalen Ansatz verbunden, dem es um eine gesellschaft-

218 Hierzu Eleonor Gyr, Dezentrale Autonome Organisation DAO, in: Jusletter 4. Dezember 2017.

219 Noch klärungsbedürftig ist auch das Kollisionsrecht dieser Gemeinschaften. Aus der Sicht schweizerischer Gerichtsbarkeit wird man beim Fehlen einer zentralen Organisation durch Art. 150 Abs. 2 IRPG auf das Kollisionsrecht der Verträge verwiesen. Ob man sodann in Entwicklerbeiträgen «charakteristische Leistungen» wird sehen können? Dann würde jeder Entwickler vermutlich auf der Grundlage des Privatrechts desjenigen Staates tätig, in dem er seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.

liche Umgestaltung geht, die institutionelle Intermediäre und Hierarchien zu Gunsten bürgerschaftlicher Direktbeziehungen «von Gleich zu Gleich» zurückdrängt.

Aus der Sicht des Juristen handelt es sich bei der Vorstellung «Code statt Law» um eine Illusion. Wenn wir als Smart Contract das Programm bezeichnen, das eine Wertbewegung entsprechend eines im Voraus festgelegten Bedingungsprogramms automatisch durchführt, dann ist dieses Programm nicht «Vertrag» im Sinne der Rechtsordnung. Der «Code», die Programmiersprache, ist nicht Vertragssprache. Ein Vertrag im Sinne der Rechtsordnung aber kann und wird in aller Regel die Benützung des Programms begleiten. Im Folgenden wird vom Trägervertrag gesprochen. Trägervertrag ist jeder privatrechtliche Vertrag, für dessen Vollzug der Einsatz eines Elements der Blockchain-Technologie (oder einer Vielzahl solcher Elemente) vereinbart ist. Auf den Trägervertrag muss man sich stützen, wenn man wegen Störungen in der Ausführung des Smart Contract um gerichtlichen Schutz nachsuchen will. Aus der Sicht des Privatrechts ist der Trägervertrag der «eigentliche» Vertrag, in dem sich die Parteien auf die Benutzung eines Programms für einen bestimmten Zweck verständigen.

Das Verhältnis des Blockchain-Elements (Smart Contract) zum privatrechtlichen Vertrag kann unterschiedlicher Natur sein. Es besteht ein Spektrum, an dessen einem Ende ein konventioneller, möglicherweise in Schriftform oder in notarieller Form abgesetzter Vertrag steht, in dem die Parteien als eine von mehreren Leistungspflichten eine Wertbewegung mittels Blockchain-Technologie vorsehen resp. antizipieren. Am anderen Ende steht eine auf erste Sicht vermeintlich vertragslose Transferbewegung, die von Verwendern der Technologie mittels ins Netz gestellter Software ausgelöst wird; den Parteien kann im letzteren Fall die Vorstellung, sie würden einen Vertrag im Sinne einer bestimmten Privatrechtsordnung durchführen, möglicherweise fehlen oder zuwider sein.

Wir beginnen mit dem zuletzt genannten, kritischen Fall. Wenn die Wirkung eines Programmablaufs darin besteht, dass einem Empfänger eine werthaltige Position zufliesst, und wenn hierfür eine zuwendende Partei eine Vermögenseinbusse erleidet, dann ist – aus der Sicht nicht nur des schweizerischen Privatrechts – hierfür eine *causa* erforderlich, weil sonst für den verlierenden Teil ein Anspruch auf Rückgewähr bestünde. Zur Schaffung einer *causa* ist erforderlich, dass es zwischen beiden Beteiligten zu einem Vertragsschluss gekommen ist. Nun ist hierzu in allen Landen, wo wie im OR grundsätzlich Form- und Inhaltsfreiheit besteht, nichts weiter erforderlich, als die Herstellung eines Konsenses hinsichtlich der Wertbewegung und ihrer programmgemässen Bedingungen. Diese Übereinstimmung lässt sich unschwer in der Benützung desselben Programms finden, falls das Geschehen nicht ohnehin von einem Vertragsschluss herkömmlicher Art begleitet ist. Der automatisierte Vollzugsmechanismus schafft dauerhafte und rechtlich anerkannte Güterverschiebungen, wenn das durchführende Programm von den Beteiligten vertraglich verein-

bart worden ist.[220] Inhalt der vertraglichen Einigung ist (mindestens) die Zustimmung zu einer bestimmten Nutzung des zur Verfügung stehenden Programmgeschehens. Die Welt der Smart Contracts bildet nicht eine Parallelwelt, die neben die Vertragsordnungen treten würde und ohne Berührung mit dieser ablaufen würde. Vielmehr stehen Geschehnisse, bei denen sich Beteiligte eines Smart Contract bedienen, der rechtlichen Beurteilung offen, ebenso wie alle anderen Vorkommnisse des Geschäftsverkehrs.

3. Einzelfragen

a. Gerichtsfähigkeit

An sich ist jedes Rechtsverhältnis gerichtsfähig. Möglicherweise ist es hier aber gerade die Intention der Parteien, einer allenfalls streitigen Klärung ihres Rechtsverhältnisses auf der Grundlage traditionell-juristischer Verfahren aus dem Weg zu gehen. Es ist die Frage, ob Parteien in Übereinstimmung ihre Vereinbarung, die auf eine verbindliche Güterbewegung gerichtet ist, gleichsam aus dem bestehenden Rechts- und Gerichtssystem «heraushalten» können. Besteht sozusagen die Möglichkeit, eine Vereinbarung durch übereinstimmenden Entschluss als ein rechtsschutzloses «gentlemen's agreement» zu klassifizieren? Prozessual betrachtet: Gibt es eine vertragliche Derogation jeglicher Gerichtsbarkeit? Das schweizerische Recht eröffnet die Wahl zwischen der staatlichen Gerichtsbarkeit und der Schiedsgerichtsbarkeit. Ansprüche aus Verträgen mit Smart-Contract-Bezügen sind schiedsfähig. Könnten Parteien sich auf den Standpunkt stellen, für sie sei der Programmautomatismus das «Schiedsgericht» und das Ergebnis des Programmdurchlaufs wie ein a-nationaler (delokalisierter) Schiedsspruch zu behandeln? Das geltende Recht des Schiedsverfahrens (Art. 359 ff. ZPO; Art. 176 ff. IPRG) passt von vornherein nicht für ein automatisiertes Verfahren, dessen Ergebnis nicht auf einer (im weitesten Sinne) rechtlichen Kognition durch natürliche Personen beruht (rechtliches Gehör?) und das als solches die Qualitäten eines Schiedsspruchs entbehrt (Rechtskraft, Vollstreckbarkeit?). Es bedürfte einer sehr tief greifenden Revision von ZPO und IPRG, wenn man anstreben würde, so etwas wie «AI-Schiedssprüche» in das Recht der Schiedsentscheidung zu integrieren. Undenkbar wäre dies nicht, aber es wäre intensiv die rechtspolitische Frage zu debattieren, ob und unter welchen Kautelen man die Bildung einer letztlich rechtsfreien Enklave zulassen will.

Im Einzelfall bleibt heute möglich, dass die Parteien ein *pactum de non petendo in perpetuum* abschliessen, und sich gegenseitig vor jeder gerichtlichen Inanspruchnahme schirmen, soweit es um Streitigkeiten mit Bezug auf die

220 Gabriel Jaccard, Smart Contracts and the Role of Law, in: Jusletter IT 23. November 2017, S. 9 f.

Smart Contract-Verwendung geht.[221] Abgesehen von der Frage, ob ein solches *pactum* nachweislich geschlossen wurde, wäre die Vereinbarkeit mit Art. 27 ZGB zu bedenken. Auch der Konsumentenschutz kann ins Spiel kommen.

b. Gerichtsstand

Was die Bestimmung des internationalen Gerichtsstandes betrifft, dürften Art. 5 Ziff. 1 LugÜ und Art. 113 IPRG ausser Betracht fallen, da ein «Ort der Leistung» (der in der Schweiz liegen müsste) kaum auszumachen ist. Das Leistungsergebnis eines Smart Contract-Durchlaufs ist sozusagen «ortlos». Es wird – wohl auch im Ausland[222] – für Klagen im Zusammenhang mit Smart Contract-Transaktionen daher regelmässig auf das Gericht am Wohnsitz/Aufenthalt des Beklagten hinauslaufen; Art. 1 LugÜ, Art. 112 IPRG. Aus dem genannten Grund fällt innerstaatlich die zweite Alternative von Art. 31 ZPO aus, so dass nur das Gericht am Wohnsitz/Sitz der beklagten Partei zuständig ist; die Anwendung von Art. 32 ZPO erscheint im Einzelfall denkbar, sofern der Smart Contract-Mechanismus einem Konsumentenvertrag nach Abs. 2 zuzuordnen ist.

c. Anwendbares Recht

Da der Programmablauf über verschiedenste Rechner ungeachtet von Landesgrenzen erfolgt, stellt sich die Frage, welche Rechtsordnung die *lex causae* darstellt. Es geht hierbei nicht um eine *lex causae* des Smart Contract, also des im Internet zugänglichen Programms. Bei diesem handelt es sich nicht um ein konkretes Rechtsverhältnis, für das man die Frage des darauf anwendbaren Rechts stellen oder beantworten könnte. Die Frage des anwendbaren Rechts lässt sich nur für die konkrete Trägervereinbarung stellen, die eine bestimmte Benutzung eines Smart Contract begleitet. Nehmen wir an, diese Frage wird nach dem IPRG entschieden, weil ein Schweizer Gericht angerufen ist. Die Frage des anwendbaren Rechts ist vielleicht weniger problematisch, als es auf erste Sicht den Anschein haben mag. Zunächst sei daran erinnert, dass Smart Contract-Bewegungen in konventionelle Verträge eingebettet sein können, die ansonsten ganz einem gesetzlichen Vertragstyp des OR entsprechen. Für diese wird das anwendbare Recht wie gewöhnlich bestimmt, wobei die Rechtswahlregel des Art. 116 IPRG spielen kann. Sofern es sich aber um eine isolierte Smart Contract-Benutzung handelt, in die man in rechtsgeschäftlicher Sicht nicht mehr als eine dürre Zustimmung hineinlesen kann, gilt am ehesten das Folgende: Was die parteiautonome Rechtswahl betrifft, schwebt den Parteien – im Sinne des Mottos «Code is Law» – möglicherweise vor, dass sie sich mit der Benutzung des Smart Contract überhaupt gegen die Geltung irgendeines Hinter-

---

221 Zum *pactum de non petendo in perpetuum* s. EUGEN BUCHER, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Bern 1988, S. 400: materiellrechtliche Vereinbarung, bundesrechtlich zulässig.

222 Im Bereich der Europäischen Union s. Art. 4 Abs. 1 Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 («Brüssel I-VO»).

grundrechts verwahren. Es würde sich um eine allumfassende «negative Rechtswahl» handeln, die Wahl völliger «Rechtsabwesenheit». Eine solche Wahl ist vom schweizerischen Kollisionsrecht – aber wohl auch von den Kollisionsrechten anderer Staaten – nicht vorgesehen.[223] Sind die Beteiligten von einer solchen Vorstellung geleitet, kann dies nur dazu führen, dass das anwendbare Recht objektivrechtlich bestimmt wird; die objektivrechtliche Bestimmung des anwendbaren Rechts durch das Gesetz ist als solche nicht abdingbar.

Wird jemand mit einem Begehren beklagt, dass sich darauf stützt, eine von Beklagtenseite ausgehende Wertbewegung sei ausgeblieben, wird man nach (oder analog) Art. 117 Abs. 2 IPRG das Recht am Wohnsitz des Beklagten anwenden. Stützt sich die Klage darauf, dass den Beklagten ein Smart Contract-gesteuerter Güterzufluss zu Unrecht bereichert hat, sollte ebenfalls das Recht am Wohnsitz des Beklagten zur Anwendung kommen. Ergebnisse, die sich für ein Schweizer Gericht hinsichtlich des anwendbaren Rechts ergeben, sind nicht mit den Ergebnissen koordiniert, zu denen Gerichte anderer Staaten kommen würden. Es ist dies ein mit der globalen Anlage der Technik verbundener Umstand. Zukünftig werden möglicherweise Abkommen für eine Harmonisierung des Kollisionsrechts sorgen. Für die folgenden Einzelfragen wird die Anwendbarkeit des schweizerischen Privatrechts auf die Trägervereinbarung, die mit der Smart Contract-Verwendung einhergeht, vorausgesetzt.

d. Vertragsschluss

Das schweizerische Vertragsrecht ermöglicht aufgrund der Inhalts- und Formfreiheit einen niedrigschwelligen Einstieg in den Trägervertrag: Eine Zustimmung zu einer bestimmten Benützung eines bestimmten Smart Contract kann schon im Start des Programms gesehen werden; eine rückläufige Annahmeerklärung durch den anderen Teil dürfte nach Art. 6 OR entbehrlich sein. Problematisch ist möglicherweise der Rechtsbindungswille der Parteien, insbesondere wenn diese der Ansicht sein sollten, es handele sich um ein rechtsfreies Geschehen. Ergibt hier aber nicht das Vertrauensprinzip, dass die Programmverwendung damit einhergeht, dieses als verbindlich anzuerkennen? Wer sich eines Smart Contract bedient, um eine Güterbewegung zu steuern, hat meines Erachtens keine Möglichkeit, sich gegen eine Deutung dieses Verhaltens als rechtliche Zustimmung zu verwahren. Hilfreich ist hier der Gedanke der *protestatio facto contraria*: Gegenüber einem Vollzug eines Rechtsgeschäfts, z.B. der willentlichen Inanspruchnahme einer angebotenen Leistung, ist die offene *protestatio*, dies nicht als das Rechtsgeschäft zu wollen, um das es sich handelt, wirkungslos.[224]

---

223 Zur negativen Rechtswahl s. Max Keller, Jolanta Kren Kostkiewicz, in: Daniel Girsberger et al. (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2004, Art. 116 N 16.

224 Zu dieser Figur s. Thomas Lobinger, Rechtsgeschäftliche Verpflichtung und autonome Bindung, Tübingen 1999, S. 72 ff.

Die Bedeutung des Vertragsrechts des OR für Smart Contract-Transaktionen sei beispielhaft verdeutlich an der Auswirkung von Willensmängeln: Wer von einem Erpresser durch Drohung zum Start eines Smart Contract veranlasst worden ist, muss sich auf Art. 29 f. OR berufen können, mit der Folge, dass er eine Rückgewähr dessen verlangen kann, was infolge des Smart Contract-Durchlaufs beim Empfänger angekommen ist. Der Vertrag, dessen Unverbindlichkeit hierbei geltend gemacht wird, ist nicht der Smart Contract als solcher, sondern der Trägervertrag, durch den sich die Parteien auf den Durchlauf dieses Programms einigen: Anfechtbarkeit oder Ungültigkeit sind keine Prädikate, mit denen man den Smart Contract als solchen ansprechen könnte. Entsprechendes sollte in Fällen des wesentlichen Irrtums gelten (Art. 23 f. OR). Es ist aber die Frage, in welcher Gestalt hier ein wesentlicher Irrtum auftreten kann. Hierbei ist zu bedenken, dass der (minimale) Vertragsinhalt in der Vereinbarung besteht, ein bestimmtes Programm laufen zu lassen. Gerade diese Erklärung muss durch einen Irrtum nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1 bis 4 OR beeinflusst sein. Irrt sich ein Beteiligter über Eigenschaften des Smart Contract-Programms, so muss sich der Irrtum als wesentlich für den Abschluss des Trägervertrags darstellen, der mit dem Eintritt in die Smart Contract-Transaktion einhergeht. Als einschlägige Kategorie dürfte sich wohl nur der Grundlagenirrtum nach Ziff. 4 anbieten.

Was den Vertragsschluss betrifft, wird man sich weiter fragen müssen, inwieweit Vereinbarungen, die die Parteien über die Auslösung des Programms hinaus treffen (Nebenabreden), Berücksichtigung finden und mit dem automatischen Vollzugsprogramm zusammenspielen. Wenn sich zwei Parteien z.B. verabreden, einen Smart Contract zu benützen, und die eine Partei sich ausser-netzlich (oder auch nur «ausserhalb» des Smart Contract-Programms) verpflichtet, der anderen Partei einen prozentualen «kickback» in Landeswährung auszuzahlen: Bewirkt die Festlegung auf den Smart Contract, dass ausser-netzliche Vereinbarungen ausgeschlossen oder ungültig sind? Hier kommt der Umstand in den Blick, dass – anders als das Smart Contract-Vollzugsprogramm – die Trägervereinbarung durchaus einer Auslegung im herkömmlichen Sinne zugänglich ist. Im Ausgangspunkt wird man die regelmässige Methode der Vertragsauslegung zu Grunde legen.

e. Typenqualifikation

Es sei daran erinnert, dass auf dem Gebiet von Smart Contracts Akteure in verschiedenen Rollen engagiert sind, und dass dementsprechend Vertragsbeziehungen sehr unterschiedlicher Art anzutreffen sind. Die folgenden Überlegungen gelten der Ebene der «Endnutzer», die im Netz fertig bereitstehende Smart Contract-Programme starten.

Der Smart Contract ist nicht als solcher Gegenstand einer Typenqualifikation. Es handelt sich um ein Vollzugsprogramm in Gestalt einer Software; dieses ist kein Vertrag im Rechtssinne und einer vertragssystematischen Typen-

qualifikation nicht zugänglich. Qualifizieren kann man nur den Trägervertrag. Daraus ergibt sich zugleich, dass es nicht die eine, einheitliche Qualifikation des Smart Contract gibt. Vielmehr hängt die Qualifikation des Trägervertrags davon ab, welche Transaktion die Parteien mittels des Smart Contract durchführen wollen. Es ist möglich, dass ein und derselbe Smart Contract, je nach dem Zweck, zu dem er eingesetzt wird, von Trägerverträgen begleitet wird, die unterschiedlich zu qualifizieren sind. Es ist nicht gesagt, dass die Vertragsbeziehung der Parteien sich in dem Durchlauf eines Smart Contract erschöpft. Dies mag der Fall sein; es ist aber ebenso denkbar, dass ein Smart Contract lediglich als ein Vollzugsbaustein in eine weit umfangreichere Vertragsbeziehung eingeklinkt wird. So kann man sich vorstellen, dass «Zahlungen» (wenn man diesen Begriff für die Verschiebung von Einheiten einer Kryptowährung benutzen will) vertragsgemäss mittels eines Smart Contract erfolgen sollen; die Gegenleistung könnte dann z.B. in der Errichtung eines Bauwerks liegen. Es liegt dann lediglich ein vereinbarter Zahlungsautomatismus vor, bei dem die Bedingungen, die den Zahlungsvorgang auslösen, im Internet abgreifbare Daten sein müssen; das übrige Vertragsprogramm mag ganz dem eines gewöhnlichen Bauvertrags entsprechen. Der Umstand, dass in die Vertragsabwicklung ein Smart-Contract-Element eingeschaltet ist, muss daher gar keinen notwendigen Einfluss auf die Vertragsqualifikation haben. Die von den Vertragspartnern eingesetzten Techniken der Leistungserbringung sind an und für sich nicht qualifikationsrelevant. Ob ein Bauunternehmer die vertraglich versprochene Baugrube durch Arbeiter oder durch Maschineneinsatz herstellt, spielt für die Qualifikation als Werkvertrag keine Rolle. Allerdings werden mittels des Smart Contract-Elements regelmässig von einer Seite (oder von beiden Seiten) Einheiten einer sogenannten Kryptowährung oder Token oder andere Einheiten digitaler Natur bewegt. Dieser Leistungsinhalt findet bei der Qualifikation Berücksichtigung. Für die Verträge, bei denen eine der Parteien die Leistung der anderen Partei mit einem Entgelt vergütet, kann sich nur die Frage stellen, ob das Geschäft noch dem gesetzlichen Typus unterzuordnen ist, wenn diese Vergütung in Einheiten einer Kryptowährung zu erfolgen hat. Während niemand bezweifelt, dass die Vereinbarung einer Giralzahlung statt Barzahlung kein Ausweichen auf den Tauschvertrag erzwingt, wird man bei der Vereinbarung von Kryptowährung zögern: Während die Giralzahlung immerhin auf Einheiten der (oder: einer) staatlichen Währung lautet, ist dies bei Einheiten einer Kryptowährung nicht der Fall. Meines Erachtens handelt es sich daher, wenn eine Sachleistung mit der Zuwendung von Einheiten einer Kryptowährung entgolten wird, um Tausch (Art. 237 ff. OR);[225] soweit es um andere Leistungen als die Sachleistung nach Verkäuferart geht, ist ein Innominatvertrag anzunehmen.

225 So auch, für das deutsche Recht, Harm Peter Westermann, in: Franz Jürgen Säcker et al. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, § 433 – § 453, 7. Aufl., München 2016, § 433 N 16.

Sollten die Entwicklungen der sogenannten Kryptowährungen einmal an einen Punkt gelangen, an dem eine solche Einrichtung als Währung erscheint, würde eine Schuld von entsprechenden Einheiten einer Fremdwährungsschuld gleichzusetzen sein, die bekanntlich auch als Geldschuld im Sinne des OR gilt.[226] Dies würde die Möglichkeit eröffnen, eine Vereinbarung, bei der etwa eine Werkleistung durch eine Smart-Contract-gesteuerte «Zahlung» einer solchen Kryptowährung vergolten wird, glatt als Werkvertrag im Sinne der Art. 363 ff. OR zu behandeln.

Nicht übersehen sollte man schliesslich, dass auch das Schuldbekenntnis (Art. 17 OR) eine passende Grundlage für die Smart Contract-Nutzung darstellen kann: Der Inhalt des Versprechens besteht dann darin, dass der Versprechende sich des Smart Contract bedient und dem Empfänger dadurch diejenige Leistung zukommen lässt, die sich aus dem Durchlauf des Smart Contract ergibt. Auf diese Rechtsgrundlage wird man namentlich dann verwiesen sein, wenn die Wertbewegung, wie der Smart Contract sie steuert, nicht in ein Synallagma eingebettet ist.

f. Naturalia negotii für den Smart Contract?

Als wesentliche Folge der Typenqualifikation ergibt sich, dass für die Smart Contract-Transaktion unter Umständen auch *naturalia negotii* ins Spiel kommen. Inwiefern dies der Fall ist, hängt von der Gestalt der Transaktion ab. Es sei an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass auch der Allgemeine Teil des OR Dispositivnormen enthält, die, wenn nicht wegbedungen, den Vertrag näher ausgestalten. Diese Normen können auch einen Innominatvertrag betreffen, der eine Smart Contract-Wertbewegung begleitet. Als Beispiele seien die Normen über Ort und Zeit der Erfüllung genannt (Art. 74, 75 OR). Diese Bestimmungen gelten grundsätzlich auch für einen Erfüllungsvorgang, der durch einen Smart Contract gesteuert wird. Man wird sich aber fragen, ob in der Zustimmung zur Smart Contract-Abwicklung nicht zugleich die Vereinbarung liegt, dass die Erfüllung in diesen beiden Parametern so geschuldet ist, wie sie vom Smart Contract-Programm herbeigeführt wird. In dieser Weise wird das zivilrechtliche Vertragsprogramm durch Vorgaben des Smart Contract mitbestimmt. Es dürfte überhaupt eine Hauptaufgabe der privatrechtlichen Bewältigung von Smart Contract-Geschehen sein, die programmierten Mechanismen des Smart Contract mit dem genauen Inhalt einer vertraglichen Vereinbarung abzustimmen.

g. Vollzug und Missbrauch

Bei den schon aus der Vergangenheit geläufigen Zahlungsautomatismen, namentlich beim Akkreditiv, ist die Problematik gut bekannt, dass die Unbeein-

226 Die Fremdwährungsschuld ist Geldschuld im Sinne des OR, vgl. Art. 84 Abs. 2 OR und Kommentare dazu.

flussbarkeit der vorprogrammierten Wertbewegung, die von den Parteien gerade gesucht wird, die Möglichkeit eines Missbrauchs einschliesst. In vergleichbarer Weise wird sich wohl auch bei den Smart Contracts die Frage stellen, ob der Leistende den gestarteten Automatismus noch auf dem Rechtsweg abbrechen kann. Die Technologie ist indes so angelegt, dass der hierzu nötige Eingriff unmöglich sein sollte. Auf dem Rechtsweg wird man eher eine neutralisierende Gegenbewegeng durchzusetzen suchen, vergleichbar der Stornobuchung im Giralverkehr.

Was Leistungsstörungen betrifft,[227] so ist ein allfälliges Versagen eines Smart-Contract-Mechanismus eine Störung eigener Art. Es handelt sich darum, dass für den Vertragsvollzug ein Instrument vorgesehen ist, das nicht oder nicht richtig funktioniert, entgegen dem, was sich die Parteien bei Vertragsschluss vorgestellt haben. Wie sich diese Störung vertragsrechtlich darstellt, ist damit nicht gesagt. Es könnten vor allem Verzugs- und Unmöglichkeitsregeln zur Anwendung kommen. Wenn keine der Parteien als Entwickler an der Bereitstellung des Smart Contract beteiligt ist, könnte es sich um eine «neutrale» Störung handeln, die von keiner der Parteien zu vertreten ist.

h. Ungerechtfertigte Bereicherung

Damit die durch Smart Contract bewirkte Wertverschiebung nicht einer Rückforderung nach Art. 62 Abs. 1, Abs. 2 OR unterliegt, bedarf es eines gültigen Grundes, einer causa. Der Smart Contract ist als solcher keine derartige *causa*. Zu einer *causa* wird der Smart Contract nur durch die übereinstimmende Absicht der Parteien, das Leistungsergebnis, das sich mit dem Durchlauf des Smart Contract ergibt, zu wollen; diese Vereinbarung ist im Trägervertrag – und nur in diesem – enthalten.

III. Smart Contracts – Perspektiven für die Vertragsordnung

Das Vertragsrecht, sei es das Recht des OR oder das gesetzliche Vertragsrecht eines anderen Staates, wird durch das Aufkommen von Smart Contracts nicht gegenstandslos. Umgekehrt wird ein Schuh daraus: Ohne ein begleitendes Vertragsrecht sind bestandskräftige Wertbewegungen mittels Smart Contract nicht erwartungssicher durchführbar. Für Unregelmässigkeiten aller Art schafft erst die Möglichkeit eines Rückgriffs auf Ansprüche und Rechtsbehelfe, die das positive Vertragsrecht anerkennt, Sicherheit gegen Enttäuschungen von Erwartungen und Ausgleichsansprüche für unrechtmässig erlittene Schädigungen. Die Inhalts- und die Formfreiheit des schweizerischen Vertragsrechts bilden im

227 Zu Leistungsstörungen und Rechtsdurchsetzung bei Smart Contracts s. Rolf H. Weber, Leistungsstörungen und Rechtsdurchsetzung bei Smart Contracts, in: Jusletter 4. Dezember 2017.

Ausgangspunkt gute Voraussetzungen, um den fortschreitenden Einsatz von Smart Contracts rechtlich zu begleiten.

Mittels Smart Contract dürfte es möglich sein, die Anzahl der Fälle, in denen zur Durchsetzung des Vereinbarten staatliche Gerichte (oder Schiedsgerichte) angerufen werden müssen, zu vermindern. Es ist von jeher ein Bestreben der Vertragspraxis gewesen, Vertragsprogramme so zu strukturieren, dass man sich auf die versprochene Leistungserbringung verlassen kann. Wertpapiere sind lange Zeit ein beliebtes Instrument gewesen, um diese Erwartungssicherheit zu erhöhen. Als Beispiel sei das Akkreditiv genannt, bei dem der Auszahlungsanspruch gleichsam «vorprogrammiert» ist. Es ist gerade ein Vorzug privatautonom gestalteter Transaktionen, dass die Beteiligten selbstbestimmt Mitverantwortung übernehmen für die Reibungslosigkeit ihres Austauschs und dass ihnen Streitvermeidung und Streitregulierung ein Anliegen sind. In dieser Richtung werden auch Smart Contract-Technologien wohltuend wirken können.

Die Verlässlichkeit der Leistungserbringung ist für eine stark arbeitsteilige Wirtschaft, in der die Produktionsschritte schnell getaktet sind, von ausserordentlich hohem Wert. Die Prognose fällt nicht schwer, dass Smart Contracts sich noch einer enormen Beliebtheit erfreuen werden. Wenn es gelingt, Transaktionen so verlässlich zu gestalten, dass sich die Beanspruchung der im Gerichtswesen organisierten Durchsetzungsmechanismen reduzieren lässt, ist dies ein Fortschritt. Abwehrbewegungen seitens des Juristenstandes sind nicht angebracht. Es ist eine mögliche Entwicklung, dass über Smart Contracts laufende Transaktionen einen grossen Anteil am gesamten Transaktionsaufkommen ausmachen werden und dass die Beanspruchung des Rechtswesens zur Vertragsdurchsetzung spürbar zurückgeht. Ein Absterben des Gerichtssystems, weil niemand mehr (über Transaktionen) in Streit kommen kann, erscheint aus jetziger Sicht nicht sehr wahrscheinlich. Es ist aber gut denkbar, dass sich gesamtgesellschaftlich der Schwerpunkt intellektueller Tätigkeit verschiebt, indem weniger Juristen sich um die Aufarbeitung gescheiterter Vertragsbeziehungen kümmern müssen, während mehr Informatiker/Programmierer die Qualitäten der Selbstvollzugsmechanismen perfektionieren. Ob es in dieser Entwicklung einen Punkt geben könnte, in dem dann doch das informatikgetragene Austauchgeschehen sich vollständig von dem herkömmlichen Rechtswesen emanzipiert? Es wäre vermessen, wenn der Jurist hier ein sicheres «Nein» sprechen wollte.

Inwieweit ergibt sich mit Smart Contracts ein Handlungsbedarf für den Gesetzgeber? In Bezug auf sogenannte Kryptowährungen und im Zusammenhang stehende Blockchain-Anwendungen wird bereits jetzt ein deutlicher Regulierungsbedarf gesehen, vor allem insoweit es sich um Geschehnisse mit Bezug zum Finanzmarkt handelt; in der Schweiz[228] ebenso wie international. Ist auch der Privatgesetzgeber gefordert? Wir beobachten einen Findungsprozess, in

228 Nur als Beispiel genannt seien die von der FINMA erlassenen «ICO Guidelines for enquiries regarding the regulatory framework for initial coin offerings (ICOs)» v. 16.2.2018.

dem die Erfassbarkeit neuer Technologien mit den Mitteln des Obligationenrechts getestet wird. Es wird sich in vielen Einzelfragen zeigen müssen, wie die Regeln des OR über Risikoallokation bei Vertragsschluss und -abwicklung die Vorgänge rund um einen Smart Contract rechtlich strukturieren. Anlass für grundlegenden Zweifel, dass die bestehende Vertragsordnung die neuen Phänomene nicht sachgerecht aufnehmen könnte, ist derzeit nicht zu erkennen. Für ein Gesetz mit Sonderregelungen zu «Smart Contracts» besteht kein Grund, und es wäre vermutlich auch verfrüht, wenn der Gesetzgeber jetzt in einen noch laufenden Findungsprozess eingreifen würde.

F. Schlussthesen

- Es besteht kein hinreichender Anlass, vom bewährten System der Vertragstypenordnung, wie es vom OR aufgestellt wird, zugunsten einer radikalen Neuregelung abzugehen.
- Eine weitergehende Ausdifferenzierung gesetzlicher Vertragstypen könnte hier und da erwogen werden. Der Gesetzgeber mag, wenn er die Kodifikation *à jour* halten will, nach «kodifikationsreifen» Innominatverträgen Ausschau halten; eine legislative Grundentscheidung, jeden in der Rechtspraxis irgendwie erkennbaren Typus mit einer neuen gesetzlichen Typenregelung zu bedenken, erscheint indes nicht angebracht.
- Von jeher empfahl sich eine Aufnahme neuer, «kodifikationsreifer» Vertragstypen in den Besonderen Teil des OR vor allem bei Geschäften, die im Alltagsleben der Bürger eine feste Rolle spielen. Für Geschäfte, die ganz überwiegend im unternehmerischen Bereich getätigt werden, dürfte zumeist das selbstgeschaffene Recht der beteiligten Verkehrskreise ausreichen. Soweit es nicht um B2B-Geschäfte geht, spielt heute bei gesetzlichen Neuregelungen fast immer der Gedanke des Konsumentenschutzes mit; damit kommt zugleich die Variante einer Typenregelung in einem Sondergesetz in die Diskussion.
- Zur Zusammenführung der bestehenden konsumentenschutzrechtlichen Bestimmungen und zu deren allfälligem Ausbau ist ein *Code de la consommation* nach französischem (und italienischem) Vorbild zu erwägen. Eine solche Nebenkodifikation würde es erleichtern, dem Vertragsrecht des OR seinen weitgehend dispositiven, flexiblen und marktfreundlichen Charakter zu belassen. Die Attraktivität des OR-Vertragsrechts im Wettbewerb der Rechtsordnungen würde gestärkt.
- Die Aufstellung dispositiver Normen sollte auch in Zukunft dem Ideal verpflichtet bleiben, Regelungen anzubieten, wie sie von verständigen Vertragsparteien gleicher Verhandlungsmacht getroffen würden, wenn diese in ihren Vertrag eine Regelung des entsprechenden Punktes eingefügt hätten. Dies ist auch eine Voraussetzung für die Verwendung dispositiver Gesetzesvorschrif-

ten als Leitbild bei der Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen. Mit einer empirisch ausgerichteten «Marktimitation», die durchaus hilfreich sein kann, ist es freilich nicht getan; es geht um eine normative Setzung, die eine wertende Billigung durch den Gesetzgeber impliziert.

- Aufgrund des Umstands, dass die Schweiz unionsrechtlichen Vorgaben nur insofern unterliegt, als diese durch völkerrechtliche Verträge übernommen werden,[229] geniesst der Schweizer Privatrechtsgesetzgeber ungleich grössere Spielräume in der Gestaltung der gesetzlichen Vertragsordnung als die Gesetzgeber der Mitgliedsstaaten der EU. In der konkreten Entwicklung ist im Vergleich mit den Nachbarländern ein deutliches Zurückbleiben des Konsumentenschutzes zu verzeichnen.[230]
- Soweit aus Gründen des Allgemeinwohls im Bereich des Privatrechts regulierend eingegriffen werden muss, sollten zwingende Vorschriften aufgestellt werden; von einer Instrumentalisierung dispositiven Gesetzesrechts wird besser abgesehen. Vermischung von Privatrecht mit Öffentlichem Recht ist nach Möglichkeit zu meiden. Einschränkungen der Vertragsfreiheit, wo diese notwendig erscheinen, sind möglichst landeseinheitlich, also durch Bundesgesetzgebung oder durch abgestimmte Kantonsgesetzgebung einzuführen.
- Die technologischen Entwicklungen, die mit dem Stichwort «Smart Contract» angesprochen werden, veranlassen derzeit im untersuchten Bereich des Obligationenrechts keinen Handlungsbedarf für den Privatrechtsgesetzgeber.[231] Ob eine Einordnung der Einheiten von Kryptowährungen in das Gütersystem des schweizerischen Vermögensrechts ein Tätigwerden des Gesetzgebers nötig oder wünschenswert macht, bleibt ebenfalls noch abzuwarten.

---

229 Im Bereich des Vertragsrechts muss namentlich das Arbeitsrecht wegen der bilateral vereinbarten Personenfreizügigkeit auf Unionsrecht Rücksicht nehmen, s. z.B. Astrid Epiney und Patrizia Zbinden, Arbeitnehmerentsendung und Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EG. Zur Tragweite und Auslegung der Dienstleistungsfreiheit im Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EG, Fribourg 2009.

230 Zum Stand des Verbraucherschutzes in Deutschland Beate Gsell, Verbraucherschutz, in: M. Martinek (Redaktor), Eckpfeiler des Zivilrechts. J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz u. Nebengesetzen, Bearb. 2018, Berlin 2018, S. 713 ff.

231 Für Verfügungsgeschäfte über Kryptopositionen wurden bereits Gesetzesreformen vorgeschlagen, etwa die Gleichstellung einer Blockchain-Bewegung mit der Schriftform (Art. 165 OR). Ich verdanke diesen Hinweis Corinne Zellweger-Gutknecht.