

- Nr. 33** **Der Einfluss des französischen Code Civil
auf das Obligationenrecht**
In: Das Obligationenrecht 1883-1983, Berner Ringvorlesung
zum Jubiläum des schweizerischen Obligationenrechts,
hrsg. von Pio Caroni, Bern/Stuttgart (Haupt) 1984

S. 139-176

Der Einfluss des französischen Code Civil auf das Obligationenrecht

I.	Die Stellung des Code Civil in der allgemeinen Kodifikationsgeschichte	140
II.	Negativkatalog von dem CC entgegengesetzten Lösungen des OR	143
	1. "Code unique"	143
	2. Keine eigentumsübertragende Wirkung von Übereignungsverträgen	145
	3. Verzicht auf die Vertragsgültigkeits-Erfordernisse "objet certain" und "cause licite" gemäss CC art. 1108	147
	4. Willensmängel als Tatbestände der Anfechtbarkeit, nicht der Nichtigkeit	147
	5. Rechtsnatur der Formvorschriften	149
	6. Verrechnungswirkungen	150
	7. Verjährung nur als Forderungsverjährung, nicht als sachenrechtlicher Ersitzungstatbestand verstanden	150
	8. Nichtübernahme der Tatbestände richterlicher Rechtsgestaltung	151
III.	Die (mehr bloss punktuellen) Einflüsse des CC auf das Vertragsrecht des "Allgemeinen Teils"	152
	1. Wörtliche Übereinstimmungen	152
	2. Direkte sachliche Einflüsse ohne wörtliche Übernahme	154
IV.	Beispiele von Einflüssen des CC auf den "Besonderen Teil"	155
	1. Kaufvertrag	155
	2. Zession	157
	3. Auftrag	157
	4. Bürgschaft	159
	5. Spiel und Wette: Leibrentenvertrag	161
V.	Der Einfluss des CC auf das Deliktsrecht des OR	162
VI.	Der indirekte Einfluss des CC über den "Dresdener Entwurf"	163
VII.	Der Einfluss des CC auf die begriffliche Grundentscheidung zu Gunsten eines "Obligationenrechts"	165
VIII.	Bestimmender Einfluss Walter Munzingers sowie des Berner "genius loci"	170
IX.	Einflüsse der Doktrin des CC	172
X.	Schlussbemerkungen	175

I. Die Stellung des Code Civil in der allgemeinen Kodifikationsgeschichte

Wenn im Folgenden die Einflüsse des französischen *Code Civil* oder *Code Napoléon* (hier CC) auf unser schweizerisches Obligationenrecht untersucht werden, bleiben ausser Betracht die im alten OR des Jahres 1883 (hier "aOR") enthaltenen sachenrechtlichen Vorschriften, die der Beitrag meines Kollegen WIEGAND behandelt. Zu betrachten sind demnach die im geltenden OR geregelten Bereiche mit Ausnahme dessen handelsrechtlichen Teils, der nicht vom CC, sondern vom Code de Commerce beeinflusst wäre.

Vorab ist in Erinnerung zu rufen, dass das Recht, heute mit Selbstverständlichkeit als *Gesetzesrecht* verstanden, erst in vergleichsweise junger Vergangenheit diesen Habitus annimmt. Die Wende hat ihre Wurzeln in der Aufklärungszeit des 17. und 18. Jahrhunderts, die einerseits das Postulat der Durchkodifizierung des Rechts, die Modellvorstellung der Kodifikation entwickelt und andererseits den methodischen Ansatz liefert, wonach diese Kodifikationen soweit als möglich deduktiv aus apriorisch vorgegebenen Konzepten wie "Vertrag", "Konsens", "subjektives Recht", "Pflicht/Obligation" zu entwickeln seien.

In der vor knapp zwei Jahrhunderten ihre ersten Früchte tragenden Kodifikationsbewegung lassen sich zwei Höhepunkte unterscheiden. Eine *erste Welle* der Kodifikation bringt uns drei wichtige Gesetzbücher, von denen jedes auf seine Weise naturrechts-philosophisch ausgerichtet ist: das Allgemeine Landrecht für die Preussischen Staaten ("ALR") mit Publikationspatent vom Jahr 1794, dann der CC des Jahres 1804 und schliesslich das österreichische Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch ("ABGB") von 1811. Die beiden letztgenannten stehen, wenn auch Teilrevisionen unterzogen, noch heute in Geltung, während das ALR im Jahr 1900 mit Inkrafttreten des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches ("BGB") seine Geltung verlor.

Das Jahr 1814 (Wiener Kongress, SAVIGNYS "Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft") markiert einen tiefen Einschnitt. Die Zeit ist gekennzeichnet durch eine Abwendung von Naturrechtsphilosophie und apriorischem Denken und durch Hinwendung zur Empirie, insbesondere durch eine Hinorientierung zur Geschichte von ungeheurem Ausmass. Die "historische Rechtsschule" darf allerdings nicht als eine antiquarisch-historische Richtung gesehen werden. Der geschichtliche Stoff ist deren wichtigstes Untersuchungsmaterial, aber es tritt im Lauf der Jahrzehnte immer stärker der Charakter einer "empirischen" Rechtsschule hervor. Das historische Argument ist oft mehr ein Mittel der Begründung eines gewollten Resultates als dessen Ursache. Während in der Naturrechtsära die Konsequenz der

juristischen Deduktion, die Geschlossenheit des Systems, sozusagen die Ästhetik, im Vordergrund steht, ist jetzt, der modernen Zeit besser entsprechend, die Ausrichtung nach der sachlichen Angemessenheit und Praktikabilität der Lösung massgebend.

Die Ära dieser *zweiten Generation von Gesetzbüchern* wird eröffnet durch eine Reihe von Partikulargesetzbüchern des deutschen Sprachraumes, von denen das *Zürcherische Privatrechtliche Gesetzbuch ("PGB")* von BLUNTSCHLI (1854/56) eines der ersten und vielleicht das bedeutendste darstellt. Weiter sind hier zu nennen das *deutsche Handelsgesetzbuch*, dessen Verabschiedung im Jahr 1861 der äussere Anstoss für die Rechtsvereinheitlichung in der Schweiz und zur Schaffung unseres OR darstellt (im Jahr 1871, nach der deutschen Einigung, ist es zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, "ADHGB" geworden). Wichtiger als dieses nur in einzelnen Partien ("Handelskauf") in das allgemeine Vertragsrecht reichende Gesetz ist in unserem Zusammenhang der in den Jahren 1863-1866 ausgearbeitete, aber nie Gesetz gewordene "Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse", kurz "*Dresdener Entwurf*". Alle diese legislatorischen Werke hatten nie oder haben doch heute keine Geltung. Das *älteste noch in Kraft* stehende Gesetz der hier besprochenen Kodifikationen der zweiten Generation ist das OR, das später vom deutschen BGB (1900) und dem schweizerischen ZGB (1912) gefolgt wird.

Während die Wirkungsgeschichte der genannten Kodifikationen hier nicht weiter interessieren darf, soll zur ersten Generation zurückgekehrt und hier die älteste der noch geltenden Kodifikationen betrachtet werden¹.

Der *ungeheure Einfluss des CC* erstreckt sich praktisch auf den *gesamten romanischen Sprachbereich*. Sämtliche *spanischsprachigen Kodifikationen* Lateinamerikas und in geringerem Masse auch die – zeitlich nachfolgende – Kodifikation des früheren Mutterlandes Spanien sind entscheidend vom CC beeinflusst und lassen bis in Einzelheiten hinein diesen Einfluss erkennen². Gleiches galt auch von den Kodifikationen *Portugals* (1867) und *Italiens* (1865). In den neueren Kodifikationen (Brasilien 1916, Mexico 1928) steht der

¹ Die *Wirkungsgeschichte des österreichischen ABGB* muss hier ausser Betracht bleiben. Diese Kodifikation, die hinsichtlich rechtsschöpferischer Originalität und formaler Gestaltungskraft einen ähnlichen Rang wie der CC beanspruchen kann, hat nicht einen Einfluss ausgeübt, welcher der in jeder Beziehung unvergleichlichen Wirkung des CC zur Seite gestellt werden könnte. Trotz der partiellen Rezeption des ABGB im Kanton Bern und im Tessin ist dessen Einfluss auf das OR wie auch auf das ZGB vergleichsweise bescheiden.

² Die bedeutendste Leistung stellt der von ANDRÉS BELLO geschaffene Código Civil von Chile (1855) dar; ein hohes Mass an Eigenständigkeit zeigen insbesondere auch die Kodifikationen von *Argentinien* (1871), *Spanien* (1889) und *Brasilien* (1916).

Einfluss des CC allerdings in Konkurrenz mit jenem von BGB, ZGB und OR. Dasselbe gilt auch für jene Kodifikationen des Bereichs der romanischen Sprachen, die einer tiefgreifenden Revision unterzogen worden sind (*Perú 1936, Italien 1942, Portugal 1967*).

Ich möchte diesen "globalen" Einfluss des CC im lateinischen Sprachkreis nicht geschildert haben, ohne mich gleichzeitig von einem verbreiteten Missverständnis mit Entschiedenheit zu distanzieren, nach welchem diese romanischsprachigen Kodifikationen nichts anderes seien als Übersetzungen oder Nachahmungen des CC ohne jede Originalität. Das Gegenteil ist richtig: Jede einzelne Kodifikation ist ein selbständiger Versuch, sich mit dem Vorbild auseinanderzusetzen, in kritische Distanz zu diesem zu gehen und neue – besser scheinende und tatsächlich oft auch heute mehr überzeugende – Lösungen zu verwirklichen. Beeinflussung liegt nicht nur vor, wenn man die gleichen Dinge vielleicht in anderer Form präsentiert, sondern auch, wenn man etwas Eigenständiges verwirklicht, aber in der Fragestellung vom Vorbild bestimmt ist.

Die Auseinandersetzung mit den Kodifikationen des spanischen, portugiesischen und italienischen Sprachgebiets ist intellektuell höchst anregend. Dass die französische Wissenschaft in erstaunlicher Selbstgenügsamkeit glaubt, darauf verzichten zu können, sich mit diesen "Nachfolgekodifikationen" und der reichhaltigen hiezu entstandenen Literatur auseinanderzusetzen, scheint mir ein echtes Problem der in manchen Bereichen von Stagnation bedrohten zeitgenössischen französischen Privatrechtsdoktrin zu sein.

Die Wirkungsgeschichte des CC ist damit zwar mit Blick auf die Gegenwart einigermaßen beschrieben, wenn man noch auf das Weiterwirken des CC in *Belgien* und *Holland* oder die von Frankreich beeinflusste Rechtstradition in *Canada*, *Louisiana (USA)* oder anderen Einflussgebieten (z. B. *Ägypten*) hinweist. Für unseren Gegenstand bedeutsam ist dagegen eine heute vielfach übersehene Wirkung im *deutschsprachigen Raum*. An erster Stelle ist zu denken an die *Frankreich* (im Jahr 1795) einverleibten linksrheinischen Departemente, darüber hinaus aber auch an die im sog. Rheinbund zusammengefassten, mehr oder weniger mit Frankreich liierten deutschen Länder und Fürstentümer. Napoleon übte politischen Druck in Richtung einer Rezeption "seines" Code aus; dieser hatte aber auch in sich eine Attraktivität. Die von THIBAUT noch im Jahr 1813/14 postulierte Kodifizierung des deutschen Privatrechts war in seinen Vorstellungen wohl eine sich stark am CC orientierende naturrechtliche Gesetzgebung. Dazu ist es nicht gekommen. Aber das "*Badische Landrecht*" von 1810 war nichts anderes als ein übersetzter CC mit Modifikationen und Zusätzen. Weniger bekannt ist, dass auch im *Königreich Bayern* nur wenig fehlte, dass ein Gesetz nach dem Muster des CC

geschaffen worden wäre. Vielerorts ist immerhin Prozess und Gerichtsverfassung nach französischem Muster reorganisiert worden, und die Mehrzahl der Juristen des Rheinbundes befürworteten eine Rezeption des CC, was zur Übernahme zahlreicher einzelner Konzepte des CC im Bereich des Rheinbundes führte³. Die Bewunderung des CC wird durch die deutsche Übersetzung der vorhandenen französischen Lehrbücher belegt, besonders aber durch die eigenständige wissenschaftliche Bearbeitung von hohem Rang des CC im deutschen Sprachgebiet von ZACHARIÄ (Göttingen 1808)⁴. Diese Einflüsse zu Beginn des vergangenen Jahrhunderts sind nicht ohne Wirkung auf die an dessen Ausgang entstandenen Kodifikationen geblieben.

II. Negativkatalog von dem CC entgegengesetzten Lösungen des OR

Entgegen der hier gestellten Frage des Einflusses des CC sollen zur Gewinnung eines ausgewogenen Bildes vorab einige Entscheidungen des Gesetzgebers des OR betrachtet werden, welche die herkömmliche Auffassung bestätigen, dass der CC nicht zu den für unser OR wirksam gewordenen Einflüssen gehöre.

1. *Code unique*

Das in Frankreich inaugurierte (im Gegensatz zur einzigen wichtigen Vorläufer-Kodifikation, dem ALR, stehende) System der Abtrennung eines gesonderten "Code de Commerce" hat weltweite Gefolgschaft gefunden und dem

³ Vgl. hierzu (wie auch überhaupt zur Frage des Einflusses des CC im deutschen Sprachbereich im frühen 19. Jahrhundert) die hier als Quelle benutzte grundlegende Darstellung von WERNER SCHUBERT, *Französisches Recht in Deutschland zu Beginn des 19. Jahrhunderts* (Köln /Wien 1977), p. 358 ff. und passim.

⁴ CARL SAL. ZACHARIÄ VON LINGENTHAL, *Handbuch des französischen Zivilrechts*. Zu Lebzeiten des Autors (Professor in Heidelberg) verschiedene Neuauflagen, nach dessen Tod (1837) Bearbeitungen durch andere Autoren bis zur letzten Auflage 1894. – Der für die Doktrin des CC grundlegend gewordene weitausholende "Cours de droit Civil français" der Strassburger Professoren AUBRY und RAU beruht auf der "Méthode de Zachariae", der damit – in Gegenbewegung zu den hier untersuchten Einflüssen der französischen Tradition im deutschen Sprachbereich – die Ergebnisse deutscher Gelehrsamkeit nach Frankreich vermittelte. Zu den aus dem Französischen übersetzten Werken vgl. SCHUBERT (zit. Anm. 3) p. 211; das bekannteste dürfte sein die "Analyse raisonnée du CC" von MALEVILLE (4 Bde., 1804-1805, deutsch: Köln 1808-1809).

Anschein nach auch die entsprechende Lösung in Deutschland beeinflusst, jedoch keine Nachfolge in der Schweiz gefunden. Die Gründe dieser dem allgemeinen Trend zuwiderlaufenden schweizerischen Lösung (die ihrerseits seither immerhin im revidierten Codice Civile Italiens des Jahres 1942 Nachfolge gefunden hat) sind vielfältig und können hier nicht einlässlich untersucht werden; der Beitrag von Herrn CARONI ist dieser Frage gewidmet. Immerhin sei ein Zusammenhang hier wenigstens angedeutet⁵. Die Entscheidung gegen eine Aussonderung des Handelsrechts in einer gesonderten Kodifikation beruht m. E. nicht auf sachlicher Abwägung der Vorteile des unitarischen Systems und schon gar nicht war sie motiviert durch irgendwelche (offen eingestandene oder verheimlichte, bewusste oder unbewusste) Zielsetzungen hinsichtlich der inhaltlichen Gestaltung der Gesetzgebung, sondern vielmehr Resultante in der Auseinandersetzung zwischen zentralistischen und föderalistischen Tendenzen. Den letzteren mochte überhaupt jegliche Rechtsvereinheitlichung unbeliebt sein; für sie kam höchstens eine nationale Kodifizierung des Handelsrechts in Frage (was zwangsläufig dessen Abtrennung in einem separaten Handelsgesetzbuch bedingt hätte). Die zentralistischen Tendenzen umgekehrt strebten zum vornherein eine Vereinheitlichung des gesamten Privatrechts an, wie sie schliesslich dreissig Jahre später (Verfassungsrevision des Jahres 1898) Wirklichkeit wurde. Die gefundene Lösung (Vereinheitlichung des Handelsrechts und des Schuldrechts, unter Ausschluss der übrigen Bereiche des Zivilrechts) war der helvetische Kompromiss zwischen diesen beiden entgegengesetzten politischen Richtungen. Er wurde durch den überzeugenden (vor allem von den Vertretern des Kantons Bern wirksam zur Geltung gebrachten) sachlichen Gesichtspunkt erleichtert, dass die kaufmännischen Geschäfte (Handelskauf) ohne eine gemeinsame Basis allgemeinen Vertragsrechts und Immobiliarsachenrechts nicht befriedigend (und auch nicht einheitlich) abgewickelt werden könnten. Nachdem die Verbindung des Handelsrechts mit dem Schuldrecht einmal eingelebt war, stand bei Schaffung der gesamten Privatrechtskodifikation um die Jahrhundertwende die Abtrennung des Handelsrechts gar nicht erst zur Diskussion.

Nur anhangsweise sei bemerkt, dass diese in der Schweiz sich als wirksam erweisenden Kräfte den hiesigen Betrachter zur Vermutung bringen, vielleicht sei auch in *Deutschland* die Entscheidung zugunsten des dualistischen Systems weniger das Ergebnis einer bewussten Grundsatzentscheidung zugunsten einer kodifikatorischen Aussonderung des Handelsrechts als vielmehr

⁵ Vgl. dazu auch BUCHER, Hundert Jahre OR, in ZSR 102/1983 II p. 262-265 und die dortigen Hinweise auf die Materialien der Gesetzgebung.

das fast zufällige Produkt der Zeitumstände, die vorerst eine Beschränkung der Rechtsvereinheitlichung auf das Handelsrecht als das Maximum des politisch Realisierbaren erzwangen und damit zwangsläufig die Schaffung einer Sonderkodifikation bedingten.

Zum Obligationenrecht zurückkehrend ist abschliessend festzuhalten, dass die schweizerische Lösung des "code unique" keine "prise de position" gegen die in Frankreich begründete dualistische Konzeption darstellt, da diese schweizerische Besonderheit nicht durch Sachüberlegungen gerechtfertigt wurde, sondern das Ergebnis der momentanen politischen Konstellation darstellte.

2. Keine eigentumsübertragende Wirkung von Übereignungsverträgen

Nach CC bewirken die auf Eigentumsübertragung gerichteten Verträge *per se* diese Eigentumsübertragung: CC art. 711 "La propriété des biens s'acquiert et se transmet ... par effet des obligations"; dazu weiterhin art. 1138 und 1583. Ohne die Bedeutung dieser Bestimmungen weiter zu analysieren⁶, kann festgestellt werden, dass jedenfalls die Eigentumsübertragung an Fahrnis unabhängig von einer Besitzübertragung, aufgrund blossen Vertragskonsenses, bewirkt wird. Die schweizerische Lösung (die sich hierin mit derjenigen des BGB deckt), hält an der Unterscheidung von schuldrechtlichem Verpflichtungsgeschäft einerseits, sachenrechtlichem Verfügungsgeschäft andererseits fest und verlangt für die Eigentumsübertragung jedenfalls Besitzübertragung und damit einen, zum Abschluss des bloss obligatorisch, nicht aber dinglich wirkenden schuldrechtlichen Vertrags einen zusätzlich hinzutretenden Akt. So sagt aOR 199: "Soll infolge eines Vertrages Eigentum an beweglichen Sachen übertragen werden, so ist Besitzübergabe erforderlich", welche Norm zu ZGB 714/II geworden ist: "Zur Übertragung des Fahrniseigentums bedarf es des Überganges des Besitzes auf den Erwerber." Beide Formeln haben identischen Inhalt und markieren die dem CC entgegengesetzte Position. Aber noch in ihrer sprachlichen Gestaltung verraten sie –wenn auch im Negativen – den CC: Vor dem Hintergrund des harten Kampfes zwischen den Vertretern der welschen und der deutschen Schweiz klingen beide Bestimmungen wie das erleichterte

⁶ Vgl. zu der Frage, inwiefern diese Konzeption von den romanischsprachigen Kodifikationen übernommen worden ist, die Hinweise bei BUCHER, Obligationenrecht Allg. Teil (Zürich 1979) p. 5, Anm. 5, und insbesondere ANDREAS RÖTHLISBERGER, Traditionsprinzip und Konsensprinzip bei der Mobilienübergabe; eine vergleichende Untersuchung zu den iberischen und lateinamerikanischen Kodifikationen. Diss. Bern (Zürich 1982).

Aufatmen darüber, dass man sich zu einer Lösung durchgerungen hat und man endlich weiss, dass hierzulande Eigentumsübertragung den Besitzübergang voraussetzt. Der Einfluss des CC – hier negativ spürbar im Kampf um Abwendung eines dessen Grundkonzepte – äussert sich auch darin, dass die gesetzgeberische Aussage sich auf dieses eine Element der Besitzübertragung, das die gewollte Lösung vom CC unterscheidet, beschränkt und nicht zur abschliessenden Regelung des Tatbestandes der Fahrnisübereignung gelangt: Es fehlt die Erwähnung des weiteren Elementes, das im deutschen Recht "Einigung" heisst; die in BGB § 929 gegebene Umschreibung kann ohne weiteres als auch in der Schweiz gültige Regel betrachtet werden⁷. Die Kontroverse um das Requisite des "dinglichen Vertrages" ist in der schweizerischen Literatur in einen eher sterilen Terminologien-Streit ausgeartet. Im Ergebnis scheint mir allerdings ausser Zweifel zu stehen, dass man auf ein wie auch immer bezeichnetes voluntarisches Erfordernis so wie im BGB § 929 statuiert, nicht verzichten kann. Insbesondere darf nicht Eigentumsübergang angenommen werden, ohne entsprechenden Eigentumsübertragungswillen des Veräusserers; erfüllt dieser nicht freiwillig, darf nicht der faktische Sachübergang (z. B. der dem Erwerber spontan zulaufende Hund, das vom Erwerber mit Eigenmacht an sich gezogene Auto) Eigentumsübergang auslösen, vielmehr ist der Erwerber auf die Zwangsvollstreckung zu verweisen. Selbst Besitzübergang im hier massgeblichen Sinn (der in den genannten Beispielen nicht vorliegt, da der Besitzübertragungswille fehlt) genügt nicht: Wenn der zur Eigentumsübertragung verpflichtete Veräusserer beispielsweise sagen würde: "Ich übergebe Dir die Sache, aber nicht zu Eigentum, sondern zu Pfand", so dürfte wohl, mangels auf Eigentumsübertragung gerichteten Willens des Veräusserers, kein Eigentumsübergang angenommen werden. Dass diese Dinge in Unklarheit gerieten, steht wohl mit der Fixierung der Diskussion auf die Abwehr der Lösung des CC in Zusammenhang.

Wie die Form der die Fahrnisübereignung regelnden Rechtsnormen (aOR 199 und ZGB 714/II) nur aus der Kontroverse um das "Konsensprinzip" des CC heraus verstanden werden kann, so auch die daran anschliessenden Kontroversen. Unten wird im Zusammenhang der Gefahrtragung beim Kauf noch zu zeigen sein, dass dieser – ebenfalls fragwürdige – Zug des schweizerischen Rechts seinen Ursprung in genau demselben Bereich hat, d. h. in der politischen Auseinandersetzung um die Übernahme des Prinzips der eigentumsübertragenden Wirkung schuldrechtlicher Verträge (unten Zif. IV/1/a).

⁷ BGB § 929: "Zur Übertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache ist erforderlich, dass der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergibt und beide darüber einig sind, dass das Eigentum übergehen soll. Ist der Erwerber im Besitze der Sache, so genügt die Einigung über den Übergang des Eigentums."

3. Verzicht auf die Vertragsgültigkeits-Erfordernisse "objet certain" und "cause licite" gemäss CC art. 1108

Der CC statuiert als Gültigkeitserfordernis neben Konsens der Parteien und deren Geschäftsfähigkeit bekanntlich auch "un objet certain qui forme la matière de l'engagement" und "une cause licite dans l'obligation". Die Tragweite dieser beiden Elemente ist vielfältig, aber für unsere Begriffe auch etwas schillernd⁸. Bereits in den frühesten Entwürfen von Munzinger wird auf sie verzichtet; die Funktion dieser traditionellen Requisite wird im OR von anderen Bestimmungen übernommen, ohne dass sich im praktischen Ergebnis viel ändern würde. Das Erfordernis der Rechtmässigkeit der cause wird durch aOR 17 (heute OR 20, Ausschluss widerrechtlicher und sittenwidriger Vertragsinhalte) gewährleistet.

4. Willensmängel als Tatbestände der Anfechtbarkeit, nicht der Nichtigkeit

In der romanistischen Tradition sind die Willensmängel als Dissens-Tatbestände konzipiert, deren Folge entsprechend als Nichtigkeit des betroffenen Vertrages. Im CC wird diese Linie voll verwirklicht (art. 1110 "L'erreur ... cause de nullité"; ebenso art. 1111 für "violence", art. 1116 für "dol"). Demgegenüber ist es eine entscheidende Neuerung, dass das OR die Willensmängel von den Dissensstatbeständen absondert, die Nichtigkeitsfolge auf die letzteren beschränkt und für "Irrtum, Betrug, Furcht" eine eigenständige, den Gegebenheiten wohl besser angepasste Rechtsfolge, die *Anfechtbarkeit*, schafft, damit aber eine neue Rechtstradition begründet und jene des CC nicht aufnimmt.

Diese Lösung ist einer der bedeutsamsten Beiträge des OR zur Weiterentwicklung des Vertragsrechts. Im *zürcherischen* PGB sind die Rechtsfolgen der Willensmängel noch seltsam vage umschrieben; vgl. § 922: "ist berechtigt, die Verbindlichkeit ... (sc. des Vertrages) von sich abzulehnen ..." oder § 925: "Der Verbindlichkeit des Vertrages kann sich entziehen und auf Wiedererstattung des Geleisteten klagen, wer durch *Betrug* des andern Kontrahenten zur Eingehung desselben verleitet worden ist." Der *Dresdener*

⁸ Vgl. dazu MURAD FERID, Das französische Zivilrecht, Frankfurt a.M. / Berlin 1971, Bd. I p. 317 ff.; C. S. ZACHARIÄ VON LINGENTHAL, a. a. O. (Anm. 4), Bd. II §§ 340-346 (hier zit. nach 6. Aufl., Heidelberg 1875). Zu "cause" auch JEAN DOMAT (1625-1696), Les lois civiles dans leur ordre naturel etc. Bd. I Teil 1, 1. Buch, 1. Titel § 5 und 6 (hier zit. nach Ausgabe Paris 1777).

Entwurf (Art. 59 ff.) führt zwar erstmals im Zusammenhang der Willensmängel die Unterscheidung zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit ein, beschränkt letztere jedoch auf die Fälle von "Betrug" und "Furcht", während der – praktisch weitaus bedeutsamere – Irrtumstatbestand weiterhin, als Dissens verstanden, der traditionellen Nichtigkeitsfolge unterworfen bleibt. Angesichts dieses mutigen Schrittes der schweizerischen Kodifikation ist es bedauerlich, dass ein Teil der Lehre zögert, die Rechtsfolgen der Willensmängel als Anfechtungstatbestand zu beschreiben, demzufolge bis zu einer eventuellen anfechtenden Erklärung des Irrenden der Vertrag als gültig betrachtet wird. Das Konzept einer (durch nachträgliche Heilung zu behebenden) Vertragsungültigkeit, an der festgehalten wird, führt zwar, soviel ersichtlich, nicht zu anderen praktischen Ergebnissen, ist aber unnötig kompliziert und missverständlich. Auch die Formel der "*einseitigen Unverbindlichkeit des Vertrages*", die etwa von GUHL/MERZ/KUMMER, Schweiz. OR, Zürich 1980, § 16/IV p. 123, immer noch verwendet wird, ist verwirrend, wörtlich genommen auch falsch. In keinem Zeitpunkt ist der Vertrag für den einen Partner gültig, den anderen nicht: Vorbehältlich der Irrtumsanfechtung sind beide Partner gleichermassen gebunden, nach Anfechtungserklärung beide Partner gleichermassen befreit. Diese Umschreibung ist allerdings durch eine unglückliche Fassung von aOR 18 bzw. OR 23 ("Der Vertrag ist für denjenigen Teil unverbindlich, der sich ...") induziert. Ein Blick in die Entstehungsgeschichte zeigt deutlich, dass hier nichts anderes als die *Anfechtbarkeit* gemeint ist, wie sie auch vom deutschen BGB – unter Einfluss der hiesigen Entwicklung, wie zu vermuten steht – übernommen worden ist (§ 119). Der allererste, im Jahr 1869 von MUNZINGER vorgelegte Entwurf sah in § 42 noch vor: "Ein wesentlicher Irrthum ... macht den Vertrag nichtig." Der von ihm ein Jahr später verfasste Entwurf 1870/71 statuierte nun bereits ganz anders einen bewussten Gegensatz zwischen anfechtbaren und nichtigen Verträgen, d. h. führte die heute noch massgebliche Unterscheidung zwischen Dissens- und Willensmangel-Tatbestand ein. Art. 33 lautet: "Ein Vertrag kann von dem Kontrahenten, der sich in einem wesentlichen Irrthume befunden hat, angefochten werden, der Irrthum sei entschuldbar oder nicht. – Nichtig ist der Vertrag nur dann, wenn auch eine übereinstimmende Erklärung der Kontrahenten fehlt." In Ergänzung hiezu ist der ganze neunte Abschnitt (Art. 84-89) unter den Gegensatz "Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Verträge" gestellt, insbesondere bestimmt Art. 86/I für den Willensmangel-Tatbestand: "Ein anfechtbarer Vertrag gilt als zu Recht bestehend, bis derselbe von den hiezu Berechtigten angefochten wird." MUNZINGER ist, wie keinem Zweifel unterliegt, der geistige Vater

dieser hier besprochenen grundlegenden Neuerung der Umschreibung der Rechtsfolgen des Willensmangel-Tatbestandes. Es ist nun in keiner Weise dargetan, dass die nach seinem Tode erfolgten Umformulierungen in diesem Punkt eine materielle Änderung beabsichtigten; die zitierten Regeln des Entwurfes von MUNZINGER dürfen als die noch heute gültige Umschreibung des Rechtszustandes verstanden werden. Die von v. TUHR (Allg. Teil des Schweiz. Obligationenrechts, § 393) vertretene Auffassung, das OR wolle im Gegensatz zum BGB und dem traditionellen Konzept der Anfechtbarkeit den willensmängel-behafteten Vertrag nicht bis zur Anfechtung als gültig, sondern umgekehrt als ungültig behandelt haben und ihn nur durch tatsächliche oder gemäss OR 31/I fingierte Genehmigung gültig werden lassen, hat in der Entstehungsgeschichte des aOR keine Stütze.

5. Rechtsnatur der Formvorschriften

Das OR ist dem Grundsatz der Formfreiheit bei Verträgen allgemein verpflichtet und weicht nur in wenigen, klar umschriebenen Fällen von ihm ab. Wo indessen Formvorschriften bestehen, sind diese als Gültigkeitserfordernisse (auch "Solemnitätserfordernisse") konzipiert, d. h. die Vertragsgültigkeit steht und fällt mit der richtigen Beachtung der Formvorschriften. Im Gegensatz dazu das französische Recht. Dieses steht in einer Tradition, die mindestens bis zur Ordonnance de Moulins von 1566 (Art. 54) zurückdatiert, nach der der Zeugenbeweis ausgeschlossen war, wenn es galt, Vereinbarungen in einer den Betrag von 100 Pfund übersteigenden Verpflichtungssumme zu beweisen⁹. Formvorschriften i. S. materieller Gültigkeitsvoraussetzungen bestehen kaum, jedoch umfassende Beweisregeln, welche in Einschränkung des hiesigen Prinzips freier Beweisführung und freier richterlicher Beweiswürdigung die Möglichkeiten des Beweises beschneiden (CC 3. Buch/III/IV, "De la Preuve des Obligations, et de celle du Paiement", art. 1315-1369), insbesondere auch hier den Zeugenbeweis bei Übersteigen einer bestimmten Summe

⁹ Vgl. dazu ERNST RABEL, The statute of frauds and comparative legal history, in Law Quarterly Review 63/1947 p. 174-187, oder Gesammelte Aufsätze, Bd. III (Tübingen 1967) p. 261-275. RABEL zeigt, dass Vorschriften, die durch Ausschluss des Zeugenbeweises den Prozessbetrug bekämpfen wollen, sich bereits im spätmittelalterlichen Statutarrecht der oberitalienischen Städte finden, dann aber auch (unter Einfluss der genannten Ordonnance) das *Statute of Frauds* des Jahres 1677 von England bestimmten, das bis zu einem gewissen Grade in England heute noch Recht macht und das Beweisrecht der englischsprachigen Welt im allgemeinen bestimmt; die von RABEL formulierte Hoffnung, diese überholte Konzeption werde bald der Vergangenheit angehören, ist noch keineswegs in Erfüllung gegangen.

(im CC von 1804, art. 1341/I, 150 francs, heute 5000 neue Franken; décret no. 80-533 du 15 juillet 1980) ausschliessen.

Die hier genannte Abweichung des schweizerischen (wie auch deutschen) Systems von der hier ausnahmsweise übereinstimmenden Tradition des französischen und englischen Sprachbereichs schafft im internationalen Privatrecht die bekannten Qualifikationsprobleme (sollen in der Schweiz bzw. in Deutschland, wenn auf französisches materielles Recht verwiesen ist, die art. 1341 ff. des CC als miterfasst gelten oder sollen diese, als beweisrechtlich qualifiziert, ausser Betracht bleiben?). Art. 10 des ZGB ist seinerseits Ausdruck der Befürchtung, die welschen Kantone möchten versucht sein, durch Einführung beweisrechtlicher Vorschriften nach dem Modell von CC art. 1315 ff. den bundesrechtlichen Grundsatz der Formfreiheit zu durchkreuzen.

6. Verrechnungswirkungen

Entgegenstehende Forderungen erlöschen nach CC art. 1289-1299 kraft Verrechnung ohne Zutun der Parteien, ja ohne deren Wissen, sobald die sog. Verrechnungslage eintritt. Im Gegensatz hiezu hat das OR (wie das BGB) die von der jüngeren Pandektistik entwickelte Auffassung übernommen, wonach Verrechnungswirkung (d. h. Erlöschen der beiden sich gegenüberstehenden Forderungen) nur auf rechtsgestaltende Willenserklärung ("Verrechnungserklärung") eines der Verrechnungsgegner hin eintritt (aOR 138/I = OR 124/I; BGB § 388). Allerdings wird auch die von OR und BGB vertretene Konzeption in dem Sinne verstanden, dass die Verrechnungserklärung nicht *ex nunc*, sondern *ex tunc*, d. h. zurückbezogen auf den Zeitpunkt der Entstehung der Verrechnungslage wirke. Damit wird im praktischen Ergebnis eine Annäherung an die Lösung des CC (die sich bereits bei DOMAT findet und die von den meisten Kodifikationen des romanischen Sprachbereichs übernommen wurde) erreicht¹⁰.

7. Verjährung nur als Forderungsverjährung, nicht als sachenrechtlicher Ersitzungstatbestand verstanden

Das aOR regelt bekanntlich in seinem 6. Titel (Art. 199-228) auch das Mobiliarsachenrecht hinsichtlich der Eigentumsübertragung sowie Pfand- und Retentionsrecht. Weder an dieser Stelle noch im Zusammenhang der Regelung

¹⁰ Vgl. dazu weitere Hinweise bei BUCHER, Obligationenrecht Allg. Teil § 23/II p. 374 f.

der Forderungsverjährung (aOR 146-161) wird die *Ersitzung von Fahrniseigentum* erfasst; die im CC vorgezeichnete Ersitzung als Tatbestand "erwerbender Verjährung" (CC 2219/ff.) findet im aOR sowenig als später im BGB und im ZGB Gefolgschaft.

8. Nichtübernahme der Tatbestände richterlicher Rechtsgestaltung

Der CC ist geprägt von der Vorstellung des Vertrags als eines "Gesetzes der Parteien", das unverbrüchlich gilt und nur durch neue Parteivereinbarung (gewissermassen durch derogierendes neues Gesetz) aufgehoben werden kann¹¹. Ein Anfechtungstatbestand als Möglichkeit einer Aufhebung des Vertrages durch einseitigen Akt bloss einer der Vertragsparteien scheint vor diesem Hintergrund ausgeschlossen; es ist denn auch symptomatisch, dass Mängel der Vertragsentstehung (Willensmängel) als Nichtigkeitstatbestände konzipiert sind (vgl. oben Ziff. 4). Sofern nun aber von der Sachlogik her einseitige Möglichkeiten des Eingriffs in den Vertrag unabdingbar sind, sieht der CC den Ausweg in der *richterlichen* Rechtsgestaltung; es soll die "loi des parties" nicht durch den einen Vertragspartner, sondern nur durch den Richter aufgehoben werden. Dies wird im CC mindestens im Zusammenhang der "condition résolutoire" von CC art. 1184 statuiert. Die dadurch gewährte Möglichkeit der Vertragsauflösung durch den die Leistung nicht erhaltenden Gläubiger wirkt nicht automatisch bzw. auf entsprechende Erklärung des Gläubigers hin; vielmehr ist nur das Urteil des Richters konstitutiv (CC art. 1184/III: "La résolution doit être demandée en justice ..."). Diesem Konzept ist weder das OR (aOR 122, OR 107) noch das deutsche BGB (§ 326) gefolgt. Diese beiden, im Ergebnis weitgehend übereinstimmenden Regelungen lassen die Rücktrittswirkungen bzw. das Abschneiden der Möglichkeit der Leistung für den säumigen Schuldner allein durch die private rechtsgestaltende Erklärung des Gläubigers eintreten, distanzieren sich jedoch von dem System judizieller Umgestaltung der Rechtslage nach dem Vorbild des CC. – Bei dieser Feststellung der unterschiedlichen Konzeption des CC einerseits, von OR und BGB andererseits, soll man allerdings nicht stehen bleiben.

¹¹ CC art. 1134/I und II: "Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise."

Diese Bestimmung ist fast wörtlich aus DOMAT (Vgl. oben Anm. 8) 1. Teil, Buch 1, Titel 1, section II par. VII übernommen: "Les conventions étant formées, tout ce qui a été convenu tient lieu de loi à ceux qui les ont faites; elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement commun, ..."

Vielmehr ist anzuerkennen, dass der CC mit seiner Vorstellung der "condition résolutoire" insofern bahnbrechend gewirkt hat, als damit erstmals überhaupt vom Schema abgewichen wird, dass der Gläubiger nur Leistung aus dem Vertrag fordern, infolge Verzugs des Schuldners indessen nicht zurücktreten dürfe¹². Ein Einfluss des CC in dieser Grundsatzfrage auf OR und BGB bleibt daher, trotz der hier signalisierten Verschiedenheit, trotzdem klar erkennbar: Ohne den Anstoss von CC art. 1184 wäre es wohl nicht zu ADHGB § 355 gekommen, der dem die Leistung nicht erhaltenden Gläubiger die Möglichkeit eröffnet, "von dem Verträge ... (abzugehen) ..., gleich als ob derselbe nicht geschlossen wäre", welche Norm ihrerseits wiederum Grundlage der die Zulassung der einseitigen Vertragsauflösung bei Verzug vorsehenden Bestimmungen sämtlicher nachfolgenden Kodifikationen (aOR 122, BGB § 326, OR 107) war.

III. Die (mehr bloss punktuellen) Einflüsse des CC auf das Vertragsrecht des "Allgemeinen Teils"

Wenn wir nun nach den tatsächlichen nachweisbaren positiven Einflüssen des CC auf das OR fragen, muss die Feststellung überraschen, dass diese im Allgemeinen Teil vergleichsweise wenig sichtbar sind, ist doch das Konzept eines allgemeinen Teils einer Kodifikation seinerseits eindeutig vernunftrechtlichen Ursprungs und damit wie der CC in der Aufklärungszeit angesiedelt.– Nun trifft es allerdings zu, dass das Vertragsrecht des Allgemeinen Teils ganz vom Grundprinzip der *Vertragsfreiheit* in allen seinen Ausprägungen bestimmt ist. Indessen ist dasselbe um 1800 bereits so allgemein anerkannt, dass es nicht als ein Spezifikum des CC betrachtet werden kann; auch das preussische ALR wie das österreichische ABGB verwirklichen mit Selbstverständlichkeit dieses Prinzip.

Immerhin verdienen es die folgenden Einflüsse, obwohl nicht von grundlegender Bedeutung, hier vermerkt zu werden.

1. Wörtliche Übereinstimmungen

Wörtliche Anlehnungen an den CC sind nicht allzu selten. Hier die wichtigsten Beispiele, aufgeführt in der Reihenfolge des OR:

¹² Vgl. statt vieler WINDSCHEID, Pandekten Bd. II § 280 A. 1.

a) aOR 15

CC art. 1132: "La convention n'est pas moins valable quoique la cause n'en soit pas exprimée."

aOR 15 (OR 17): "Ein Schuldbekenntnis ist gültig auch ohne die Erwähnung eines besonderen Verpflichtungsgrundes."

b) aOR 111 und 112

CC art. 1142: "Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommage et intérêt, en cas d'inexécution de la part du débiteur."

aOR 111 (Satz 1): "Jede Verbindlichkeit etwas zu thun, löst sich, wenn die Nichterfüllung dem Schuldner zur Last fällt, in eine Verbindlichkeit zum Schadenersatze auf."

Diese Regel ist, unter Einfluss des deutschen Rechts und zu meinem persönlichen Bedauern, in der Revision gestrichen und durch die Zulassung der Realexekution (nach den Regeln des kantonalen Prozessrechts; OR 97/II) in ihr Gegenteil verwandelt worden. – Nur die zweite Hälfte von aOR 111 hat überlebt;

aOR 111 (2. Satz): "Jedoch kann der Gläubiger ermächtigt werden, die Handlung auf Kosten des Schuldners vornehmen zu lassen. " (ähnlich OR 98/I), was eine fast wörtliche Übersetzung darstellt von

CC art. 1144: "Le créancier peut aussi, en cas d'inexécution, être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur."

CC art. 1145: "Si l'obligation est de ne pas faire, celui qui y contrevient doit les dommages et intérêts par le seul fait de la contravention."

wird zu

aOR 112 (1. Satz): "Wenn die Verbindlichkeit darin besteht, etwas nicht zu thun, so wird derjenige, welcher ihr zuwiderhandelt, schon durch das blosses Zuwiderhandeln zum Schadenersatze verpflichtet."

Die Nachfolgenorm OR 98/II ist, in leicht modifizierter Form, inhaltlich identisch.

c) OR 118/I

CC art. 1300: "Lorsque les qualités de créancier et de débiteur se réunissent dans la même personne, il se fait une confusion de droit qui éteint les deux créances."

aOR 144 (OR 118/I): "Wenn die Eigenschaften des Gläubigers und des Schuldners in einer Person zusammentreffen, so gilt die Forderung als durch Vereinigung (Konfusion) erloschen."

2. Direkte sachliche Einflüsse ohne wörtliche Übernahme

a) OR 116

(hier dem CC viel näher als aOR 140 f.!) lautet: "Die Tilgung einer alten Schuld durch Begründung einer neuen wird nicht vermutet."

Darin erkennt man mühelos:

CC 1273: "La novation ne se présume point; ..."

b) aOR 171:

"Eine Verbindlichkeit, deren Entstehung vom Eintritte einer ungewissen Thatsache abhängig gemacht wird, ist eine bedingte ..."¹³

spiegelt die naturrechtliche Lehrhaftigkeit von

CC art. 1168: "L'obligation est conditionnelle, lorsqu'on la fait dépendre d'un événement futur et incertain, ..."

c) aOR 162 = OR 143

Die Zurückhaltung in der Annahme von *solidarischer Verpflichtung* mehrerer Vertragspartner, die mangels ausdrücklicher Erklärung in Wohnungsmiete, Möbelkauf etc. nur nach Anteilen, nicht solidarisch haften, lässt sich unschwer auf die entsprechende Haltung von CC art. 1202 zurückführen: "La solidarité ne se présume point; il faut qu'elle soit expressément stipulé." In der Sache ist das Ergebnis sehr fragwürdig und in Widerspruch zu den Verkehrsanschauungen. Das BGB war gut beraten, in § 427 die entgegengesetzte Vermutung zu statuieren.

¹³ Diese Regel ist in der Revision zu OR 151/I geworden und lautet: "Ein Vertrag, dessen Verbindlichkeit vom Eintritte einer ungewissen Tatsache abhängig gemacht wird, ist als bedingt anzusehen." Ob hier eine echte Neugestaltung oder bloss eine Umstilisierung beabsichtigt war, ist schwer festzustellen. Jedenfalls bedeutet die Verlagerung des Elementes der Bedingtheit von der "Verbindlichkeit" (d. h. Obligation) im aOR hin zum "Vertrag" eine nur als Rückschritt zu bezeichnende Verunklärung. Dass das Grundschema (Bedingtheit der Obligation, nicht des Vertrags und dessen Bestand an sich) nicht schlechthin verlassen werden soll, erweist bereits OR 152 ("Der bedingt Verpflichtete ...").

IV. Beispiele von Einflüssen des CC auf den "Besonderen Teil"

Anhand einiger aus verschiedenen Vertragstypen gewählter Beispiele soll der Einfluss des CC bei der Entscheidung gesetzgeberischer Grundsatzfragen im Bereich des Besonderen Teils illustriert werden.

1. Kaufvertrag

a) Gefahrtragungsregel von OR 185 (aOR 204)

Die kaufrechtliche Gefahrtragungsregel des schweizerischen Rechts möchte vom nicht eingeweihten Betrachter als eine schlichte Weiterführung des römischrechtlichen Prinzips "periculum est emptoris" verstanden werden, als die Bewahrung der romanistischen Tradition, die sich als solche weltweit sonst kaum mehr erhalten findet. Der Blick in die schweizerische Kodifikationsgeschichte zeigt jedoch etwas anderes. Zu erinnern ist vorab an die Auseinandersetzung zwischen den Vertretern der welschen und der deutschsprachigen Kantone um die eigentumsübertragende Wirkung der Übereignungsverträge (oben Ziff. II/2), welche bekanntlich damit endete, dass Übertragung des Fahrniseigentums nicht (wie nach CC) bereits mit Abschluss des Kaufvertrags, sondern erst mit Besitzübertragung bewirkt wird (aOR 199, ZGB 714/II). Die Lösung, dass der Käufer bereits mit Vertragsabschluss und nicht mit Übergabe der Sache definitiv preiszahlungspflichtig wird, d. h. im Falle des Untergangs (bzw. der Verschlechterung) der Sache zwischen Vertragsschluss und geplanter Ablieferung trotzdem den Preis zu bezahlen hat, ist als "helvetischer Kompromiss" zu verstehen bzw. als Entgegenkommen der deutschen an die welsche Schweiz: Wenn schon mit Vertragsschluss nicht bereits Eigentum übergeht, so soll doch wenigstens die wichtigste Auswirkung des Eigentumsübergangs, die Tragung der Preisgefahr, auf diesen Zeitpunkt vorgezogen werden. Wenn schon die Gefahrtragung nicht, wie im CC, über sachenrechtliche Grundsätze der auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses verlegten Eigentumsübertragung auf den Käufer überwältzt werden kann, soll dies selbe Resultat wenigstens auf vertraglicher Ebene, durch den Mechanismus einer vertraglichen Risiko-Überwälzung auf den Käufer, bewirkt werden. Dass die schweizerische Lösung der Gefahrtragung des Käufers ihre Ursprünge in sachenrechtlichen Auseinandersetzungen hatte, lässt sich nicht mehr im heutigen OR erkennen, wohl aber im aOR, wo Art. 204 (im wesentlichen mit dem heutigen OR Art. 185 übereinstimmend) nicht im Kaufrecht, sondern im sechsten Titel ("Dingliche Rechte an

beweglichen Sachen; I. Übergang des Eigentums an Mobilien") untergebracht ist¹⁴.

Zusammenfassend lässt sich demnach feststellen, dass der CC Ursache und Ursprung der heutigen Gefahrtragungsregel von OR 185 bildet, eine Regel, die allerdings heute fast allgemein, selbst in der welschen Schweiz, als unglücklich betrachtet wird.

b) Umschreibung der Sachmängel (aOR 243, OR 197)

In der Formel von "Sache ... Mängel habe, die ihren Wert oder ihre Tauglichkeit zu dem vorausgesetzten Gebrauche aufheben oder erheblich mindern" erkennt man unschwer das Vorbild von CC art. 1641 ("défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine ou qui diminuent tellement cet usage ...").

c) Schadenersatzanspruch bei Wandelung bzw. Entwehrung

OR 208/Abs. II und III, welche eine Verunklärung schaffende Neufassung von aOR 253 darstellen und in der Literatur zu Kontroversen über die Bedeutung der verwendeten Schadensbegriffe ("unmittelbar verursachter Schaden" und "weiterer Schaden") geführt haben, lassen sich am besten nach ihren Vorbildern, den art. 1645 und 1646 des CC verstehen: Ohne Verschulden ("Si le vendeur ignorait les vices de la chose ...") haftet der Verkäufer für das negative Interesse (CC art. 1646: "les frais occasionnés par la vente"), während bei Verschulden ("Si le vendeur connaissait les vices de la chose ...") jeglicher Schaden (positives Interesse, einschliesslich *lucrum cessans*) zu ersetzen wäre ("tous les dommages et intérêts ...", CC art. 1645)¹⁵.

¹⁴ Vgl. im übrigen zur Kodifikationsgeschichte A. MEILI, Die Entstehung des schweiz. Kaufrechts, Diss. Zürich 1976, bes. p. 27 ff., A. RÖTHLISBERGER, (zit. oben, Anm. 6) und PH. MEYLAN, *Periculum est emptoris* (Explication historique de l'art. 185 al. 1 C. O.), in Festschrift für Theo Guhl, Zürich 1950, p. 9 ff. (der Autor überschätzt allerdings die Bedeutung der romanistischen Tradition in diesem Punkt der schweizerischen Kodifikationsgeschichte), während P. LIVER in derselben Festschrift p. 124 die Vorgänge eher wie der Schreibende deutet.

¹⁵ Ein rechtsvergleichender Blick auf die genannten Bestimmungen des CC vermöchte darüber hinaus auch darüber zu belehren, wie unsinnig es ist, beim Kauf als Bezugspunkt des Verkäuferverschuldens i. S. von OR 208 das Vorhandensein von Mängeln zu betrachten. Wenn wir den vom Gesetzgeber als Normalfall vorausgesetzten Sachverhalt betrachten, dass das Kaufsobjekt im massgeblichen Zeitpunkt, d. h. bei Vertragsschluss (und gleichzeitig bei Gefahrübergang) bereits bestand, kann nicht die Existenz von Sachmängeln, sondern nur die Tatsache des *Vertragsschlusses* trotz Vorhandensein der Sachmängel (d. h. das Nichtanpassen des Vertrages an die vorhandenen Mängel) als Verschulden gewertet werden. CC art. 1645 und 1646 stellen den auch heute bei uns selbstverständlich allein massgeblichen Gesichtspunkt klar heraus ("ignorer" und "connaître"). Das Bestehen oder Verursachen von Mängeln an sich kann schon allein darum niemals als schuldhaft betrachtet werden,

Die Regelung der Schadenersatzansprüche bei *Entwehrung* (aOR 241, OR 195) ist ihrerseits analog der bei der Sachmängelhaftung getroffenen Lösung gelöst. Die etwas schematische verschuldensunabhängige (d. h. auch den gutgläubigen Verkäufer treffende) Haftung von CC art. 1630 Ziff. 4 ist (wohl zu Recht) nicht übernommen worden, obwohl im übrigen die Eviktionsregeln des CC, art. 1626-1640, auch im OR ihre Spuren hinterlassen haben (vgl. CC 1630 und aOR 241 bzw. OR 195, CC 1636 und aOR 242/43 bzw. OR 196).

2. Zession

Diesbezüglich darf auf den Beitrag meines Kollegen HUWILER in diesem Sammelband hingewiesen werden.

3. Auftrag

a) Auftrag und Stellvertretung

Das Mandatsrecht der Schweiz wie auch Deutschlands unterscheidet sich grundlegend von der Konzeption des CC dadurch, dass die *Stellvertretung* sowohl in OR wie BGB aus dem Mandatsrecht herausgelöst ist und als selbständiges Institut begriffen wird. Die Einbettung der Vertretungsmacht in das Mandatsrecht, die sich auch im österreichischen ABGB §§ 1002-1034) findet, war wohl zu keiner Zeit sachlich überzeugend gerechtfertigt, sondern allein durch die Verlegenheit veranlasst, welche angesichts der ablehnenden Haltung des römischen Rechts ("alteri stipulari nemo potest") das Phänomen der Stellvertretung den Zivilisten bereitete. Die Ausgliederung der Stellvertretung

weil Verschulden immer Verletzung einer Rechtspflicht voraussetzt, niemand jedoch gehalten ist, seine Ware (selbst wenn er sie zu verkaufen beabsichtigt) vor Schaden zu bewahren. Diese Zusammenhänge werden gelegentlich verkannt, so neuestens in BGE 107 II 162, wo p. 167 die unzulässige Frage der schuldhaften Verursachung von (unbestrittenermassen bei Vertragsschluss dem Verkäufer unbekanntem) Sachmängeln aufgeworfen wird.

Sinnwidrig ist es aus dem gleichen Grund, Gewährleistungs-Ausschlussklauseln beim Kauf über OR 199 hinaus auch noch nach OR 100 messen zu wollen (vgl. die in BGE 107 II 166 zitierten Autoren). Gewährleistungsausschluss ist nicht Haftungsausschluss i. S. dieser letzteren Bestimmung, da das Vorhandensein von Sacheigenschaften beim Kauf nicht zu den primären Verkäuferpflichten gehört, nur das Vertragsschliessen schuldhaft sein kann und dieser letztere Sachverhalt abschliessend durch das Kriterium der Arglist nach OR 199 beurteilt werden muss.

aus dem Mandatsrecht ist in der Sache ein eindeutiger Fortschritt, da damit zwei sachlogisch getrennte Fragen (jene nach den Vertretungswirkungen im Verhältnis zum Dritten und jene nach der Leistungsbeziehung im Innenverhältnis zwischen Vertreter und Vertretenem) der angemessenen Behandlung zugeführt werden. Damit wird in gewissem Sinn der Stand vor den naturrechtlichen Kodifikationen wiederhergestellt, scheint doch bei HUGO GROTIUS, der als "Erfinder" der modernen Stellvertretung zu gelten hat, diese Verbindung von Bevollmächtigung und Mandat noch nicht bestanden zu haben¹⁶.

Trotz der Ausgliederung der Stellvertretung aus dem Mandat finden sich noch, gewissermassen als pro memoria-Posten, in den Regeln von OR 396/II und III Anklänge an den CC, die als Fremdkörper wirken und, soweit sie nichts Selbstverständliches ausdrücken, sachlich fragwürdig sind (vgl. dazu BUCHER, OR AT § 33/IV/2 Anm. 49).

b) Zulassung des entgeltlichen Auftrags

Die enge Verbindung des schweizerischen und des deutschen Rechts in der Grundfrage des Verhältnisses zwischen Auftrag und Stellvertretung wurde hier herausgestellt, damit um so deutlicher die Bedeutung sichtbar wird, welche dem diese beiden Rechtsordnungen trennenden Element zukommt, der Zulassung der *Entgeltlichkeit des Auftrags im OR* gegenüber der begriffsnotwendigen, in reiner romanistischer Tradition stehenden Unentgeltlichkeit des Mandats nach BGB¹⁷. Die praktische Bedeutung dieser Abweichung und

¹⁶ Vgl. zur Geschichte der modernen Stellvertretung ULRICH MÜLLER, Die Entwicklung der direkten Stellvertretung etc., Stuttgart etc., 1969, bes. p. 131. – Der Schritt zur "abstrakten Vollmacht" ermöglicht nicht nur eine Scheidung von Nicht-Zusammengehörigem, sondern hat auch den praktischen, die Verkehrssicherheit hebenden Vorteil, dem Vollmachtgeber die Möglichkeit abzuschneiden, zur Abwehrung seiner Gebundenheit Einreden aus dem Mandat, d. h. seinem Innenverhältnis zum Stellvertreter, zu erheben. Diese moderne Konzeption hat sich weltweit überwiegend durchgesetzt (vgl. Hinweise bei BUCHER, OR AT § 33/IV Anm. 44). An deren Entwicklung war die Schweiz entscheidend beteiligt: Das PGB BLUNTSCHLI's ist m. W. die erste europäische Kodifikation, welche (gleichzeitig mit dem *Código Civil Chiles*) die Trennung der Bevollmächtigung bzw. Vertretungsmacht einerseits, Vertragsverhältnis (Auftrag) zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigtem andererseits konsequent trennt: PGB §§ 949-945 "Stellvertretung" gegenüber §§ 1156-1188 "Auftrag (Mandat)" und §§ 1567 ff. "Honorarvertrag (Freidienstvertrag)". In Deutschland wird, wie nebenbei bemerkt werden darf, die Priorität BLUNTSCHLI's in dieser Frage konsequent übersehen und meist LABAND die entsprechenden Verdienste (die dieser selber niemals für sich in Anspruch genommen hat) zuerkannt. Vgl. weiterhin BUCHER, OR AT § 33/IV, Anm. 45.

¹⁷ aOR 392/II: "Eine Vergütung (Provision, Honorar) ist nur dann zu leisten, wenn eine solche verabredet oder üblich ist." Inhaltlich identisch OR 394/III. Demgegenüber BGB § 662: "Durch die Annahme eines Auftrags verpflichtet sich der Beauftragte, ein ihm vom Auftraggeber übertragenes Geschäft für diesen unentgeltlich zu besorgen."

gleichzeitig die Vorzüge der Konzeption des OR sind evident. Die gesellschaftlichen Hintergründe des Gefälligkeitsgeschäfts nach römischem Muster dürfen seit langem nicht mehr vorausgesetzt werden. Das begriffsnotwendig unentgeltliche Mandat ist daher unter der Herrschaft des BGB zu relativer Bedeutungslosigkeit herabgesunken; der Tätigkeit der Vertreter der "liberalen Berufe", d. h. dem angestammten Anwendungsbereich des Mandats, ist dieser Typus verschlossen. Das erzwungene Ausweichen auf Dienst- oder Werkvertrag ist in mehrfacher Hinsicht unbefriedigend. Vor diesem Hintergrund kann die Bedeutung des Einflusses des CC auf das OR ermessen werden, dessen Art. 1986 ("Le mandat est gratuit, s'il n'y a convention contraire") klarerweise das Vorbild ist, das die Freiheit gegenüber der romanistischen Tradition verschafft¹⁸.

4. Bürgschaft

Das schweizerische Bürgschaftsrecht ist seit der letzten Revision von 1941/1942 in einem Ausmass durch die Besorgtheit um den Schutz des Bürgen bestimmt, dass sich in ausländischen Rechtsordnungen keine Parallelen hiezu

¹⁸ Ist auch, angesichts der Formulierung von aOR 392/II bzw. OR 394/III der direkte Einfluss des CC evident, darf andererseits nicht übersehen werden, dass auch das ABGB (§ 1004) bereits das entgeltliche Mandat zulässt, dem auch das Civil-Gesetzbuch Berns (784. Satzung) folgt. Das *Festhalten des BGB* an der klassischen römischen Unentgeltlichkeit des Mandats ist schwer verständlich. Das *PGB* hatte zwar noch eine ambivalente Haltung eingenommen, indem es sich verpflichtet gefühlt hatte, den Auftrag im klassischen Sinn als unentgeltliches Geschäft auszugestalten (§ 1156), allerdings nicht ohne daneben "Honorarvertrag (Freidienstvertrag)" parallel zur Verfügung zu stellen. Da die diesbezüglichen Bestimmungen (§§ 1567-1571) mehr definitorische denn normierende Bedeutung hatten, waren zwangsläufig die Auftragsregeln als ergänzendes Recht anwendbar, so dass im praktischen Ergebnis auch im PGB der entgeltliche Auftrag zugelassen und das leidige Ausweichen in Dienst- und Werkvertrag nicht notwendig war. Für die *Pandektistik* war die Unentgeltlichkeit des Mandats kein unverzichtbares Dogma (vgl. z. B. WINDSCHEID, *Pandekten*, Bd. II § 409: "Der Auftrag ist seiner Natur nach unentgeltlich, doch trägt er nicht bloss ein freiwillig gegebenes Honorar, sondern auch das Versprechen eines Honorars" mit Quellenhinweisen). Entscheidend ist, dass der *Dresdener Entwurf* die Entgeltlichkeit des Auftrags ohne Umschweife zulassen wollte (§ 689: "Eine Vergütung für die Besorgung eines aufgetragenen Geschäftes ist von dem Auftraggeber nur dann zu leisten, wenn sie vereinbart worden ist."). Der Einfluss des CC springt in die Augen. Dass dieses sichtbare Beeinflusstsein des Dresdener Entwurfs durch den CC nach dem Krieg von 1870 als – den Beteiligten vielleicht nicht einmal bewusster – Grund bei dem von der Sache her nicht zu rechtfertigenden Zurückschwenken auf die Tradition der Unentgeltlichkeit des Mandats mitgespielt hat, vermag heute wohl nicht bewiesen zu werden; die dahingehende Vermutung ist jedoch für den Schreibenden, unerachtet des Fehlens entsprechender Belege in den Materialien, unabweislich.

finden lassen¹⁹ und Vergleiche nur noch beschränkt möglich sind. Immerhin finden sich noch heute Spuren des CC, und zwar in einem für das Verständnis der Bürgschaft grundlegenden Element.

Das Gesetz statuiert in sämtlichen drei Fassungen identisch: "Jede Bürgschaft setzt eine zu Recht bestehende Hauptschuld voraus" (aOR 492/I, OR 1912 Art. 494/I, rev. OR 492/II, 1. Satz). Diese an vorderste Stelle gerückte Regel ist eine klare Übernahme von CC art. 2012/I: "Le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable."²⁰ Es ist hier das Prinzip der *Akzessorietät* der Bürgschaft statuiert, das zum Grundelement deren Verständnisses geworden ist. Eine Besonderheit des OR liegt hier allerdings nicht vor:

Das *PGB* setzt diese Regel ganz an die Spitze seiner Bürgschaftsregelung § 1780: "Alle Bürgschaft setzt den Bestand einer Hauptschuld voraus, ..."); auch der *Dresdener Entwurf* sagt: "Die Bürgschaft kann nur für eine gültige Verbindlichkeit übernommen werden." Art. 929, 1. Satz). Demgegenüber begnügt sich das BGB mit der nüchternen Feststellung, "Für die Verpflichtung des Bürgen ist der jeweilige Bestand der Hauptverbindlichkeit massgebend" (BGB § 767/I, 1. Satz). Aber auch in Deutschland wird vom Prinzip der Akzessorietät gesprochen mit der Tendenz, damit mehr zu sagen als in BGB § 767 enthalten ist: Akzessorietät bedeutet nicht die – bereits im Begriff der Bürgschaft als der Sicherung einer fremden Schuld enthaltene – Selbstverständlichkeit, dass die Verpflichtung des Bürgen quantitativ nicht weiter geht als jene des Hauptschuldners, sondern die qualitative Aussage, dass ohne

¹⁹ Dabei hat der Gesetzgeber, wie immerhin als Fussnote angemerkt werden darf, sich vielleicht doch etwas "übernommen", d. h. Unmögliches versucht und teilweise Wirkungen ausgelöst, die den verfolgten Absichten zuwiderlaufen. Im Interesse der Verkehrssicherheit wird von der Praxis (z. B. BGE 101 II 325) der Begriff der Bürgschaft eingeschränkt und Tatbestände, die im traditionellen Verständnis als Bürgschaften gedeutet worden wären, i. S. eines "favor negotii" zu Nicht-Bürgschaften gemacht, um deren Gültigkeit zu bewahren. In derartigen Fällen werden Mechanismen der Bürgschaft ausgeschlossen, die sachlich notwendig wären, mögen sich diese auf den Schutz des Bürgen im allgemeinen oder auf Fragen wie dessen Schadloshaltung durch den Hauptschuldner beziehen.

²⁰ *CC art. 2012/I* hat nur andeutungsweise Anklänge bei DOMAT, a. a. O., Buch III T. IV sect. I par. VI; die eigentlichen Wurzeln finden sich bei POTHIER, *Traité des Obligations* (zit. aus Ausgabe 1821) no. 366: "L'obligation des fidéjusseurs étant, suivant notre définition, une obligation accessoire à celle du débiteur principal, il en résulte qu'il est de l'essence de l'obligation des fidéjusseurs qu'il y ait une obligation d'un principal débiteur qui soit valable ..." – Es trifft zwar zu, dass auch in der romanistischen Tradition der Sache nach die Bürgenhaftung immer "akzessorisch" war (ohne dass, soviel ich sehen kann, dort dieser Terminus verwendet würde); das liegt bereits im Begriff der Bürgschaft als der Sicherung einer fremden Schuld. Im Folgenden wird nur von der relativen Überbetonung dieses Elements gesprochen, die ich auf den Einfluss POTHIERs und des CC zurückführe.

Hauptschuld die Bürgschaft ungültig (und nicht bloss gegenstandslos, im praktischen Ergebnis ohne Wirkung) ist. Genau betrachtet ist jedoch die Feststellung, dass der Bürge, der sich für eine nicht existente Forderung verbürgt hat, nicht nur nichts bezahlen muss, sondern, infolge Ungültigkeit der Bürgschaft, auch gar nicht Bürge ist, nicht mehr als eine Leerformel²¹. Deren weitverbreitete Kolportierung ist um so augenfälliger, als sämtliche Gesetzgeber wichtige Ausnahmen zum Prinzip statuieren, d. h. Bürgschaften auch im Falle nicht existierender Forderungen als gültig erklären (*Dresdener Entwurf* Art. 929: "diese – sc. die sicherzustellende Forderung – kann eine künftige, bedingte oder unbestimmte sein"; "künftige oder bedingte Schuld" in OR 492/II); OR 492/III erweitert gar die Haftung eindeutig über eine Bürgenhaftung hinaus und macht sie zu einer selbständigen Garantieverpflichtung, wenn die Verpflichtung des "Bürgen" bei Verbürgung für verjährte oder wegen Vertragsunfähigkeit oder Irrtums ungültiger Verpflichtung als gültig (obwohl über die Hauptschuld hinausgehend) erklärt wird. Diese Hinweise wollen nicht Kritik an der – im Ergebnis unschädlichen – Doktrin von der "Akzessorietät" sein; sie sollen das Weiterwirken von Ideen, die aus dem CC stammen, zeigen, was ideengeschichtlich um so signifikanter ist, je weniger die Sachlogik der Verwendung der übernommenen Konzepte fordert.

5. *Spiel und Wette; Leibrentenvertrag* (aOR 512-523; OR 515-520)

Die Regelung dieser beiden Vertragstypen im 21. und 22. Titel des OR hat, wie niemand bestreitet, bloss geringe praktische Bedeutung. In beiden Fällen ist offenkundig, dass nicht nur Vorbild, sondern überhaupt Anlass der Kodifizierung der Titel XII des Vertragsrechts des CC darstellte, der nach naturrechtlichem Systemdenken die beiden Vertragstypen unter dem Oberbegriff des "contrat aléatoire" ("Du jeu et du pari", CC 1965-1967 und "Du contrat de rente viagère", CC 1968-1983) zusammenfasst.

²¹ Der Grundsatz der "Akzessorietät" hat eine gute Funktion im rein Deskriptiven, nämlich um die Bürgschaft begrifflich gegenüber der originären, "selbstschuldnerischen" Verpflichtung, gegenüber dem Schuldbeitritt bzw. gegenüber dem Garantievertrag abzugrenzen. Ein normativer, d. h. sich in fassbaren Rechtswirkungen niederschlagender Gehalt kommt dem Prinzip zwar nicht im Bürgschaftsrecht, wohl aber im Pfandrecht zu, um klarzustellen, dass das Pfandrecht, wenn keine Forderung zu sichern ist, nicht besteht, mit der praktischen Auswirkung, dass der Pfandbesteller das Pfand herausverlangen kann.

V. Der Einfluss des CC auf das Deliktsrecht des OR

Die im bisherigen betrachteten Einflüsse des CC auf das OR betrafen nicht zentrale gesetzgeberische Entscheidungen, sondern die Ausgestaltung von Einzelheiten. Wenn wir die gesetzliche Regelung des Entstehungsgrundes der Obligation aus "Unerlaubter Handlung" (aOR 50-69, OR 41-61) betrachten, verändert sich das Bild; die vorgefundene Lösung erscheint in hohem Masse den Bestimmungen des CC (art. 1382-1386; "Des délits et des quasi-délits") kongruent. OR 41/I (aOR 50) statuiert, wie CC art. 1382 und 1383, eine generelle Ersatzpflicht bei absichtlicher oder fahrlässiger Schadenszufügung; lediglich das Requisit deren Widerrechtlichkeit unterscheidet das OR vom CC. Das OR steht mit seiner haftpflichtrechtlichen Generalklausel im Gegensatz zu den deutschsprachigen Gesetzen des 19. Jahrhunderts, die insgesamt, das ABGB ausgenommen, durch ihr Zurückgehen auf Sondertatbestände den romanistischen Einfluss verraten. Diesem Einfluss kann sich auch das *Zürcher PGB* nicht ganz entziehen, das in § 1827 die generelle Ersatzpflicht auf "strafbare Handlungen" beschränkt, in § 1832 eine Ausweitung auf "in doloser Weise" zugefügten Schaden vornimmt und in § 1834 eine durch unqualifiziertes "Verschulden" (d. h. Fahrlässigkeit) zugefügte Schädigung nur, wenn auf "Körper" oder "Sachen" bezogen, eine Ersatzpflicht auslösen lässt. Noch konservativer ist der *Dresdener Entwurf*, der nur eine lange Reihe von Haftpflicht-Sondertatbeständen ("Tötung, Körperverletzung", art. 1007-1010, "Freiheitsberaubung", art. 1011-1012, "Verletzende Nachrede", art. 1013, "Betrug, Gewalt, Drohung", art. 1014-1015, "Unerlaubte Selbsthilfe", art. 1016, "Eigenmächtige Veränderung an Liegenschaften", art. 1017-1019 usw.), jedoch keine Generalklauseln kennt. Ähnlich auch das *BGB für das Königreich Sachsen* von 1863, §§ 1483 ff. oder der Entwurf eines *BGB für das Grossherzogthum Hessen*, 4. Abt., von 1853, Art. 661 ff. Diese hier gekennzeichnete Linie wird schliesslich, wenn auch abgeschwächt, in *Deutschland* bis heute fortgesetzt, kennt doch das *BGB* keinen Generaltatbestand deliktsrechtlichen Vermögensschutzes, sondern nur die Sanktion der Verletzung geschützter Rechtsgüter (§ 823); lediglich § 826, auf den Fall vorsätzlicher Schadenszufügung beschränkt, gibt einen Ersatzanspruch bei jeglicher Vermögensschädigung, falls diese "in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise" erfolgte²².

Mit der hier signalisierten Andersartigkeit des OR gegenüber dem BGB und deutschsprachigen Vorläuferkodifikationen ist allerdings noch nicht

²² BGB 826 hat in der Revision des Jahres 1911 die Einfügung von Abs. II des heutigen Art. 41 OR veranlasst (ähnlich ABGB § 1295/II), der im aOR keine Entsprechung hatte. Die Funktion dieser Bestimmung ist allerdings in der Schweiz angesichts der Generalklausel von OR 41/I (aOR 50) weniger klar definiert als in Deutschland.

festgestellt, in welchem Umfang ein direkter Einfluss des CC wirksam war. Es stellt sich die Frage, ob nicht ebenso sehr allgemeines naturrechtliches Gedankengut, wie es in Bern besonders lange lebendig war²³, die gesetzgeberische Lösung beeinflusst hat. In Konkurrenz zum CC als Einflussfaktor tritt z. B. das *Civil-Gesetzbuch für Stadt und Republik Bern*, dessen 964. Satzung (nach dem Vorbild von ABGB § 1295) lautet: "Jeder, welcher einen Andern durch sein Verschulden beschädigt, ist zu dem Ersatze des Schadens verpflichtet, worunter die Herstellung des früheren Zustandes, oder, wenn dieses nicht möglich ist, die Vergütung des Nachtheils verstanden wird, den der Beschädigte erlitten." Es ist davon auszugehen, dass die Postulierung eines generellen Haftungstatbestandes aus Verschulden (unter Einschluss der Fahrlässigkeit) im frühen 19. Jahrhundert zum überlieferten Bestand naturrechtlichen Gedankengutes gehörte und keine auf den CC beschränkte Besonderheit darstellte. Wie noch zu zeigen sein wird (unten Ziff. VII), hat sich die Tradition des Naturrechts gerade in Bern besonders lange gehalten. Symptomatisch etwa die "Vorlesungen über das Bernische Privatrecht" von JOH. JAK. LEUENBERGER (4. Bände, Bern 1850-1854) die, gegenüber der damals absolut herrschenden historischen Rechtsschule auf kritische Distanz gehen und im übrigen ebensowohl auf deduktive Überlegungen wie die positive (ihrerseits ebenfalls naturrechtlich bestimmte) Privatrechtsgesetzgebung Berns abgestützt sind und wo ebenfalls die Regel eines allgemeinen verschuldensabhängigen Haftungstatbestandes als geltend dargestellt wird²⁴.

VI. Der indirekte Einfluss des CC über den "Dresdener Entwurf"

Bisher wurde nach den Einflüssen des CC gefragt, um gewissermassen Ausnahmen von generellem Einfluss des PGB, des Dresdener Entwurfs und der Pandektistik zu suchen. Wir haben einige eher periphere, aber auch einige zentrale Einwirkungen des CC auf die Entstehung des OR erkennen können.

Indessen müssen wir bei näherem Zusehen feststellen, dass die Frage: "Einfluss des deutschen oder des französischen Kulturbereichs?", obwohl naheliegend und traditionell verwurzelt, letztlich nicht richtig gestellt ist. Sie setzt nämlich voraus, dass PGB und Dresdener Entwurf ihrerseits vom CC *nicht* beeinflusst wären. Dass dies nicht zutrifft, wird etwa anschaulich, wenn

²³ Dazu unten Ziff. VII.

²⁴ Vgl. J. J. LEUENBERGER, op. cit. Bd. 1 p. 353 ff.

man sich vergegenwärtigt, dass das oben (Ziff. IV/1/b) angeführte Beispiel einer Beeinflussung der Umschreibung der Sachmängel beim Kauf nach CC art. 164 ("rendre impropre à l'usage") sich nicht bloss in aOR 243 (OR197) findet, sondern, fast identisch in Art. 172 des Dresdener Entwurfs, so dass man mit gleichem Recht sagen könnte, *dieser* habe das OR (oder das BGB, vgl. § 459) beeinflusst. Ebenso findet sich die Zulassung der *Entgeltlichkeit des Mandats*, wie gesehen (oben Ziff. IV/3/b), nicht nur im OR, sondern inhaltlich identisch im Dresdener Entwurf, Art. 689, der deshalb beanspruchen könnte, Vorbild des OR gewesen zu sein.

Diese Beobachtungen zeigen, dass die Frage: "Wirkung des CC auf das OR?" uns auf die andere Frage zurückwirft: "Welches sind die Wirkungen des CC auf jene deutschsprachigen Kodifikationen, die den stärksten Einfluss auf das OR gehabt haben?" Diese Frage kann nicht im Grundsätzlichen behandelt, sondern nur zur Anregung künftiger Untersuchungen formuliert werden. Immerhin ein weiteres Beispiel, um diesen Wirkungsmechanismus zu illustrieren.

aOR 8/I lautet: "Ist ein Vertrag unter Abwesenden zu Stande gekommen, so beginnen seine Wirkungen mit dem Zeitpunkte, in welchem die Annahmeerklärung zur Absendung abgegeben wurde." (praktisch ebenso OR 10/I). Es geht hier nicht (wie z. B. in BGB § 130) um die Abschlusswirkungen, d. h. die Frage, in welchem Zeitpunkt die Parteien gebunden sind, sondern um die sog. *Gestaltungswirkungen*, die Frage, auf welchen Zeitpunkt hin die materiellen Vertragswirkungen eintreten, so im wohl wichtigsten Beispiel, dem Kauf, die Frage, von welchem Moment an der Käufer gefahrbelastet sei²⁵. Diese Norm findet sich in keinem mir bekannten geltenden Gesetz: Nicht im BGB, aber auch nicht im CC. Dem Rechtsvergleicher ist die Herkunft aus der französischen Tradition jedoch trotzdem zweifelsfrei erkennbar. Er kann etwa noch in einem heutigen Lehrbuch zum französischen Vertragsrecht vom Theorienstreit lesen, der über die Frage besteht, wann der Vertrag zustande gekommen sei: Bei Verfassung oder Versendung der Annahmeerklärung oder aber bei deren Zustellung bzw. Kenntnisnahme? Hintergrund der Kontroverse ist die Feststellung, dass in einem "naturrechtlichen" Sinn das vom CC geforderte "consentement" eigentlich bereits besteht, wenn der Offertempfänger seinen Willen, anzunehmen, gebildet hat. Aus praktischen Gründen neigt man auch in Frankreich heute zu einer der letzteren Theorien. Das OR hat jedoch dem alten theoretischen Topos, dass der Konsens und damit "eigentlich" der Vertrag

²⁵ aOR 8/I bzw. OR 10/I zeitigen in diesem Beispiel das seltsame Resultat, dass der Käufer, bei dem die Sache nach Absendung der Annahmeerklärung, aber vor deren Eintreffen, untergeht, gefahrbelastet ist, die Gefahrtragung jedoch verhindern kann, wenn er durch überholende schnellere Erklärung den Kaufvertrag abwendet (OR 9/II).

bereits mit dem Annahmenschluss des Oblaten entsteht, damit Rechnung getragen, dass dann, wenn der Vertrag durch Eintreffen des Akzepts perfekt geworden ist, dessen materielle Wirkungen auf jenen Zeitpunkt zurückbezogen werden, in dem Konsens/Vertrag "eigentlich" bereits gegeben waren.

Die Argumentation von Art. 10 ist ein klassisches Beispiel rationalistischer, deduktiver, naturrechtlicher Rechtsbildung, das schlagend die Kraft des Einflusses des CC bzw. der ihm gewidmeten Theorie auf das OR illustriert. In diesem Zusammenhang wird das Beispiel gebracht, weil auch das deutsche HGB von 1861 (art. 321) wie auch der Dresdener Entwurf (art. 50) Bestimmungen, die sinngemäss OR 10 entsprechen, aufweisen und in gleichem Sinn wie dieses von der Tradition des CC beeinflusst sind, damit jedoch ihrerseits als Vorbild des OR in Frage kommen. Das BGB hat – zutreffenderweise, wie wir heute sagen wollen – auf dieses historische Relikt verzichtet, während dieses im OR noch weiterlebt.

Beispiele wie das hier angeführte können nur zufälligen Charakter haben. Was erwünscht wäre, sind umfassende Untersuchungen über den Einfluss des CC auf sämtliche deutschsprachigen Kodifikationen des 19. Jahrhunderts, insbesondere auf den Dresdener Entwurf (der in besonders hohem Mass rechtsvergleichend abgestützt war), um gesamthaft die Einwirkung des CC, mit ihm aber auch der gesamten französischen Rechtstheorie der Aufklärungszeit auf jene beiden am Ausgang des 19. Jahrhunderts stehenden Kodifikationen zu erkennen, die heute noch Geltung haben, das OR in der Schweiz, das BGB in Deutschland.

VII. Der Einfluss des CC auf die begriffliche Grundentscheidung zugunsten eines "Obligationenrechts"

Wir haben bei Detail-Beobachtungen begonnen und versucht, zu Grundsätzlicherem und Allgemeinerem vorzustossen. Enden möchte ich im *Allgemeinsten*. Wir besinnen uns auf ein simples Grundrezept der Rechtsvergleichung, der "législation comparée", nämlich, dass das Inhaltsverzeichnis eines Gesetzes dessen Visitenkarte darstellt und seinen Habitus verrät. Oder etwas vornehmer ausgedrückt: Die Philosophie, die in Systematik und Begriffsstruktur eines Gesetzes hervortritt, ist für seine Grundhaltung charakteristisch. Aus dem Inhaltsverzeichnis jedes romanischsprachigen Privatrechtsgesetzbuches kann man in recht guter Annäherung ablesen, in welchem Grade das Gesetz vom CC abhängig ist oder umgekehrt sich von diesem emanzipieren will.

Gehen wir nun mit der Frage nach den wegleitenden Systemgedanken an

unser OR heran, so stellen wir fest, dass der zentrale Begriff derjenige der "*Obligation*" ist, dass davon ausgehend wie von einem archimedischen Punkt der ganze Rechtsstoff oder doch wenigstens der Rechtsstoff des Allgemeinen Teils in Griff genommen und geordnet wird. Die erste Abteilung, der "Allgemeine Teil", wird wie folgt eingeteilt: "Entstehung", "Wirkungen" und "Erlöschen" der Obligationen, "Besondere Verhältnisse bei Obligationen" und dann schliesslich "Abtretung von Forderungen" (wobei der Begriff der Forderung die Komplementärgrösse zur Obligation darstellt). – Die zweite Abteilung, der "Besondere Teil" mit den "einzelnen Vertragsverhältnissen" fällt allerdings aus diesem System heraus, denn dieses ist nicht auf Verträge, sondern auf Obligationen abgestützt. Nach dem auf die Obligation ausgerichteten Ordnungsprinzip haben nur die Verträge im allgemeinen ihren Platz als einen der Entstehungsgründe der Obligationen; Aussagen über die verschiedenen Vertragstypen können nach keinen auf den Begriff der Obligation bezogenen Kriterien aus dem Allgemeinen Teil ausgesondert werden.

Man könnte bereits aus dem Titel des Gesetzes "*Obligationenrecht*", der im klaren Gegensatz zum "Schuldrecht" des BGB steht, auf die zentrale Bedeutung der Obligation schliessen wollen, ein Schluss, welcher bei näherer Betrachtung stark relativiert wird. Denn der Terminus "Obligationenrecht" war im 19. Jahrhundert allgemein gängige Münze. Er wird z. B. von BLUNTSCHLI'S Kommentar zum 4. Buch des PGB vorangestellt, obwohl er dort, wie gleich zu zeigen sein wird, nicht passt. Auch der Dresdener Entwurf wird gelegentlich in der Literatur als "Obligationenrecht" bezeichnet, obwohl dies dem von dessen Verfassern gewählten System ebenfalls nicht konform ist. Um deutlicher zu sehen, muss man die drei grossen Kodifikationen der ersten Generation betrachten:

ALR

Das Allgemeine Preussische Landrecht, das gemeinhin als Prototyp eines Produkts des Rationalismus und der Naturrechtslehre betrachtet wird, gibt sich in der Systemfrage erstaunlich undoktrinär und unbefangen; es erscheint in der Systematik als das modernste aller bestehenden Gesetzbücher, da der Systemgedanke keine dominierende Bedeutung hat: Im *1. Teil* werden gewissermassen die das Individuum betreffenden Rechtsverhältnisse geregelt, so Personenrecht, Sachenrecht, die Willenserklärungen (Rechtsgeschäfte), die Verträge im allgemeinen wie in ihren besonderen Typen usw., während im *2. Teil*, beginnend mit dem Familienrecht und übergehend zum Standesrecht, Gesinde (Arbeits)recht sowie alle möglichen Dinge, welchen den Menschen in der Gemeinschaft betreffen, behandelt werden²⁶.

²⁶ Das "*Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen*" von 1863 zeigt (in ähnlichem Sinn) eine unbefangen-pragmatische Stoffeinteilung und ist wenig von begrifflich-deduktivem Systemdenken geprägt. Mit dem ABGB ist es insofern verwandt, als sein dritter Teil, seinem Sachbereich nach unserem OR entsprechend, gerade umgekehrt als dieses nicht die Pflicht, sondern

ABGB

Das jüngste Gesetzbuch unter seinesgleichen, das österreichische ABGB von 1811, ist nach dem Begriff des "*Rechts*" (d. h. des "subjektiven Rechts") ausgerichtet:

1. *Teil*: "Von dem Personenrechte"
2. *Teil*: "Von dem Sachenrechte" (hier eingeteilt in 2 Abt.: "Von den dinglichen Rechten" und "Von den persönlichen Sachenrechten", während der
3. *Teil*: "Von den gemeinschaftlichen Bestimmungen der Personen- und Sachenrechte" handelt.

Man erkennt mühelos die auf GAIUS zurückführende Gegenüberstellung des *ius ad personas* bzw. *ad res* pertinens, und im übrigen die Referenz an die Trichotomie des GAIUS, der noch das Recht der Aktionen als weitere Gruppe aufführt.

CC

Hier treffen wir die gleichen, auf GAIUS zurückführenden Ordnungsgesichtspunkte:

- Livre 1er*: "Des Personnes" ("*ius ad personas pertinens*", Personenrecht)
- Livre 2ème*: "Des Biens (et des différentes modifications de la propriété)"; *ius ad res pertinens*", Sachenrecht.
- Livre 3ème*: "Des différentes manières dont on acquiert la propriété." Wir haben hier gewissermassen das "dynamische" Sachenrecht vor uns, wobei neben Erbrecht und Ehegüterrecht auch das gesamte Vertragsrecht (auch jenes, das mit Eigentumsübertragung nichts zu tun hat) behandelt wird.

Im Gegensatz zum ABGB ist der Systemgedanke weniger dominierend. Immerhin wird in den uns vorab interessierenden Titeln III und IV des III. Buches "Des Contrats ou des Obligations conventionnelles en général" (art. 1101-1369) und "Des Engagements qui se forment sans convention" (art. 1370-1386) eindeutig der Begriff der Obligationen i. e. S. von "Pflicht" in den Vordergrund gestellt, dies im Gegensatz zum ABGB, das sich am Gegenbegriff des "Rechts" orientiert.

Dass der Obligationen-Begriff im CC eine zentrale und die Betrachtung des Rechts absolut dominierende Rolle spielt, wird weniger aus dem Gesetzestext deutlich als aus der Literatur zum CC und in dessen Ausstrahlungen bis in ferne Länder. Ob man in Frankreich selber die vertragsrechtliche Literatur betrachtet, in Italien ein Traktat zum Recht der "*obbligazioni*" oder aber ein

das Recht, die "*Forderung*" in den Vordergrund stellt und alle Einteilungsprobleme des dritten Teils nach diesem Gesichtspunkt ausrichtet.

brasilianisches zum Recht der "obrigações", immer beeindruckt, welcher gedankliche Aufwand dem "Verpflichtetsein an sich" gewidmet wird.

Welche Position haben nun die "Kodifikationen der zweiten Generation" in dieser Systemfrage eingenommen?

PGB

BLUNTSCHLI hat, das sei vorausgeschickt, vielleicht das einleuchtendste aller Systeme für die Privatrechtskodifikationen als Ganzes gefunden, das System, das in der Folge auch das ZGB und OR bestimmt hat: Das Personenrecht des GAIUS wird in Personen- und Familienrecht, das Sachenrecht in Sachenrecht i. e. S. und Obligationenrecht aufgespaltet, das Erbrecht steht, da überallhin orientiert, in der Mitte. Wie systematisiert er nun sein 4. Buch, dessen Kommentierung er selber "Obligationenrecht" nennt? BLUNTSCHLI hat als grosse Vorbilder das ABGB und den CC. Soll man auf die Seite des Rechts oder der Pflicht abstellen? BLUNTSCHLI entscheidet sich für eine – ausnahmsweise überzeugende – Kombination der beiden entgegengesetzten Gesichtspunkte: "*Forderungen und Schulden*" ist der offizielle Titel des 4. Buches, was überzeugend ist, da in der Tat das eine nicht ohne das andere bestehen kann.

Dresdener Entwurf und BGB

Der "Dresdener Entwurf" heisst in seinem offiziellen Titel "Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über *Schuldverhältnisse*". Es wird weder auf den Ordnungsgesichtspunkt "Recht" noch auf jenen der "Pflicht" abgestellt, sondern die gesamthafte Beziehung der Parteien, die als *Entstehungsgrund* der Recht-Pflicht-Beziehung erscheint, ins Zentrum gerückt.

Dem Dresdener Entwurf folgt das BGB, dessen 2. Buch "Recht der Schuldverhältnisse" heisst und dessen Einteilung ganz nach dem Begriff der Schuldverhältnisse ausgerichtet ist. Dem "Besonderen Teil" entspricht dessen 7. Abschnitt "Einzelne Schuldverhältnisse", wo alle einzelnen Vertragstypen, aber auch die Kondiktion und das Deliktsrecht zwangslos untergebracht werden können. Für uns ist wesentlich die Feststellung, dass das BGB zwar auf den Abstraktionsbegriff des Rechtsgeschäfts abstellt, hingegen im Bereich des Vertragsrechts nur den Vertrag (oder, was hier dasselbe ist, das Schuldverhältnis als Gesamtkomplex der Rechtsbeziehungen) kennt, nicht jedoch die isolierte Recht-Pflicht-Beziehung, womit das BGB (wie bereits der Dresdener Entwurf) in Gegensatz zu den vorangehenden Kodifikationen, insbesondere dem CC und dem ABGB steht. "Forderung" ist nicht systembestimmender Begriff, sondern eine gewissermassen durch die Hintertür eingeführte Vorstellung, die bei der Zession notwendig wird; der Begriff der "Schuld" tritt desgleichen nur auf bei "Schuldübernahme" auf.

Es war notwendig, diesen Überblick über die deutschsprachigen Kodifikationen zu nehmen, um zu erkennen, dass die Entscheidung des schweiz. Gesetzgebers, die Kodifikation nach dem Begriff der Obligation auszurichten, keineswegs selbstverständlich war, sondern, da im deutschen Sprachbereich jede Parallele fehlt, uns überraschen muss.

Die *praktischen Auswirkungen* der Systemwahl können hier nicht im einzelnen untersucht werden. Es bleibt weiterer Abklärung vorbehalten, festzustellen, zu welchen sachlichen Auswirkungen die legislatorische Entscheidung zugunsten des Ordnungsprinzips "obligatio" anstelle von "Schuldverhältnis" geführt hat. Dass diese Entscheidung nicht bloss die äussere Präsentation des Stoffes betrifft, sondern den Stoff selber beeinflusst, steht jedoch ausser Zweifel. Die *Gründe* dieser Grundsatzentscheidung der Systemwahl sollen in der folgenden Ziff. VIII untersucht werden. Dabei scheint die Frage sinnlos, ob das Munzingersche/bernische/schweizerische System (Ausrichtung auf den Pflicht-Begriff) oder das deutsche Modell (Ausrichtung auf den Begriff des Schuldverhältnisses) das zweckmässigere sei. Die sich stellende Frage ist jene nach den Auswirkungen, um die Kodifikation in ihren Eigentümlichkeiten besser zu verstehen. Dazu gehört auch das Erkennen von Nachteilen, die jedem System zwangsläufig immanent sind. Hier immerhin wenigstens ein Beispiel nachteiliger Auswirkung der Ausrichtung auf den Begriff der Obligation in der Schweiz: Im 2. Titel "Wirkung der Obligation" ist leitender Gesichtspunkt der Art. 68-96 jener der "Erfüllung der Obligation". Dies ist eine etwas schiefe Optik, denn das dort Gesagte hat zum weit überwiegenden Teil nur im Vertragsrecht Bedeutung (Die Frage lautet nicht: "Wie müssen Obligationen richtigerweise erfüllt werden?", sondern: "Was muss, bei Schweigen der Parteien, als deren Willen betreffend die Erfüllungsmodalitäten gelten?")²⁷. – Auch im BGB könnte man zahlreiche Unstimmigkeiten feststellen, die ihren Ursprung in der Wahl des systematischen Ansatzpunktes ("Schuldverhältnis") haben. Dieser wird als solcher allerdings nicht konsequent durchgehalten –, sondern, die Doppeldeutigkeit des Terminus ausnützend, bald im eigentlichen Sinn als Komplex der gesamten aus einem Entstehungsgrund fliessenden rechtlichen Beziehungen eines Entstehungstatbestandes (z. B. ein konkreter Kaufvertrag mit allen seinen rechtlichen Implikationen) verwendet, bald aber auch in unklarer Annäherung als eine einzelne Recht-Pflicht-Beziehung, wie sie aus einem

²⁷ Ich habe mir denn auch in meiner Darstellung des Allgemeinen Teils (§ 18) gestattet, die sonst so weit als möglich übernommene Optik des Gesetzes zu verlassen und die Art. 68-90 nicht als Regeln über die Erfüllung von Obligationen, sondern als solche über die Erfüllung von Verträgen zu präsentieren.

Schuldverhältnis heraus präpariert werden kann, verstanden. Das erstere ist z. B. überwiegend der Fall im zweiten Abschnitt ("Schuldverhältnisse aus Verträgen", §§ 305-361), während der erste Abschnitt ("Inhalt der Schuldverhältnisse", §§ 241-304) und der dritte Abschnitt ("Erlöschen der Schuldverhältnisse", §§ 362-397) den Rahmen sprengen und überwiegend auf Recht-Pflicht-Beziehungen ausgerichtet sind. Dies ist aus sachlogischen Gründen durchwegs der Fall im vierten und fünften Abschnitt, welche Abtretung, Schuldübernahme betreffen (§§ 398-413, 414-419), während eine Normierung der Novation von Forderungen, wahrscheinlich ebenfalls die Folge des gewählten systematischen Ausgangspunktes, überhaupt unterbleibt.

VIII. Bestimmender Einfluss Walter Munzingers sowie des Berner "genius loci"

Wenn wir nach den Gründen der getroffenen Systemwahl, d. h. der Ausrichtung der Kodifikation nachdem Begriff der "Obligation" fragen, scheint mir ein doppelter Befund eindeutig zu sein: Die Entscheidung ist bestimmt durch das Vorbild des CC und seinen ganzen doktrinellen (d. h. insbesondere naturrechtlichen) Hintergrund; personell ist sie auf W. MUNZINGER zurückzuführen. Schon in seinem privat ausgearbeiteten ersten Entwurf zu OR des Jahres 1869, publiziert bereits ein Jahr nach der Entscheidung, über das Handelsrecht hinauszugehen und den Stoff des ganzen heutigen OR zu kodifizieren, zeigt die sich konsequente Ausrichtung des Rechtsstoffes auf den Obligationenbegriff. Diese anscheinend privat vollzogene Grundsatzentscheidung Munzingers ist m. W. nie in Frage gestellt worden, sondern in der Folge allgemein akzeptiert worden.

Wenn wir die Gründe der Entscheidung Munzingers erfragen, so steht der Einfluss des CC und der mit ihm verbundenen Tradition ausser Frage. Aber warum öffnet sich Munzinger gerade diesem und nicht den näherliegenden Einflüssen des deutschen Sprachbereichs? Wir erinnern uns, dass Munzinger – offensichtlich aus Neigung – sich primär dem Lehrfach "französisches Civilrecht" verschrieb, nachdem er einen guten Teil seiner Studien in Paris absolviert hatte. Dazu kommt ein Weiteres. In diesen Grundsatzfragen ist das Vorbild einer Kodifikation – hier des CC – vielleicht weniger wichtig als doktrinelle, theoretische Einflüsse. Und in unserem Fall sehe ich im konsequenten Ausrichten auf den Obligationen-Begriff weniger den Einfluss des CC selber als denjenigen der den CC tragenden Rechtslehre, aber auch das Wirksamwerden einer naturrechtlich orientierten Rechtsbetrachtung. Diese Feststellung führt uns zurück an die Berner Fakultät jener Jahrzehnte.

In grober Vereinfachung könnte man sagen, dass aufklärerisches Naturrecht oder Vernunftrecht im frühen 19. Jahrhundert zu einem Ende kam. Im deutschen Sprachbereich hatte SAVIGNY im Jahr 1814 die Neuorientierung der Rechtsbetrachtung ausgelöst. Über "Naturrecht" wurde gemeinhin nirgends mehr philosophiert und doziert: Im deutschen Sprachbereich nicht, aber auch nicht in Frankreich, wo der CC gelehrt wurde (dabei allerdings auf weiten Strecken Naturrechtstheorien einfach in neues Gewand kleidend). Anders in *Bern*, wo seit Bestehen der Fakultät und der Universität (1834) bis über Munzingers Tod hinaus immer noch Vorlesungen über Naturrecht gehalten wurden²⁸. Munzinger selber hat wohl bei WILHELM SNELL dessen Vorlesung über Naturrecht besucht. Weshalb Naturrecht in Bern? Wir haben hier nicht ein Stillstehen in der Zeit vor uns, sondern angesichts der besonderen Berner Situation eine äusserst sinnvolle Weiterführung einer alten Lokaltradition der Pflege naturrechtlichen Gedankenguts unter modernen Verhältnissen. Bern hatte sich in den zwanziger Jahren ein stark am ABGB orientiertes Gesetz gegeben. Im "neuen Kantonsteil" (von heute aus betrachtet dem "früheren Kantonsteil", dem Jura) galt weiterhin französisches Recht. Was lag da näher als die Einführung der Studenten in das Recht durch Darlegung der ideologischen Grundlagen beider im Kanton geltenden Rechte zu geben, indem "Naturrecht" doziert wurde?

Ist der bernische *genius loci* durch ein Hinneigen zu naturrechtlicher Tradition gekennzeichnet, ist die *Person des ersten Gesetzesredaktors* das Bindeglied, da diese Tradition in die Ausarbeitung der Kodifikation einbringt. Der Gesetzesredaktor ist andererseits auch infolge persönlicher Neigung mehr als jeder andere für den CC eingenommen, den er in Bern zu lehren hat. Die vorstehend namhaft gemachten Einflüsse des CC auf die Entwicklung des OR sind denn wohl zur Hauptsache auf Munzinger zurückzuführen. Angesichts der Bedeutung der Persönlichkeit des Gesetzesredaktors für den Habitus des OR dürfen hier einige *biographische Hinweise* angebracht werden, und dies um so mehr, als dessen Bedeutung dem heutigen Juristen weitgehend unbekannt ist²⁹.

²⁸ Die letzten Ankündigungen von Vorlesungen über Naturrecht im Vorlesungsverzeichnis (durch Privatdozent Dr. HODLER, der in den siebziger Jahren dieses Fach betreut hatte) finden sich im Sommersemester 1876 ("Naturrecht", vierstündig) und im Wintersemester 1876/77 ("Natürliches Staatsrecht", zweistündig).

²⁹ An biographischen Würdigungen sind dem Schreibenden bekannt der Nachruf aus der Feder von Prof. K. G. KÖNIG in Zeitschr. d. bern. Juristenvereins, 1873, p. 321-338, die Darstellung von P. DIETSCHI/L. WEBER, Walther Munzinger, Ein Lebensbild, Olten 1874, sowie die Rektoratsrede, gehalten in Zürich von H. FICK im Jahr 1885 ("Walter Munzinger. Sein Leben und Wirken"). Einige Angaben über den Werdegang Munzingers als Dozent (wie auch jene über die im folgenden zitierte Eingabe der Berner Studenten) finden sich schliesslich bei FR. HAAG, Sturm- und Drang-Periode der bernischen Hochschule 1834-1854, Bern 1914, bes. p. 366 ff.

WALTER MUNZINGER wurde geboren in Solothurn im Jahre 1830 als Sohn von Joseph M., der bei der Gründung des Bundesstaates im Jahre 1848 zum Bundesrat gewählt werden sollte. Mit dem Vater 1848 in die Bundesstadt übergesiedelt, studierte Munzinger zuerst an der Berner Universität, dann aber etliche Semester in Paris. Nach Bern zurückgekehrt, wurde er 1854 zum Fürsprecher patentiert. Im Sommersemester 1855 hielt Munzinger erstmals Vorlesungen über französisches Zivilrecht; im Anschluss daran richtete die Studentenschaft eine Petition an die bernische Erziehungsdirektion, es sei Munzinger, der "in geistreicher, lebendiger Rede, nicht nach dem zur Mode gewordenen Diktiersystem" vortrage, zum ausserordentlichen Professor für französisches Zivilrecht zu ernennen. Zu dieser Ernennung kam es ein Jahr später, als Munzinger, der in der Zwischenzeit in Berlin (vorab beim Zürcher FRIEDRICH LUDWIG KELLER, der die Nachfolge Savignys bzw. Puchtas innehatte) studierte, inzwischen mit einer romanistischen Dissertation summa cum laude promoviert hatte und anschliessend für französisches Zivilrecht und Kirchenrecht habilitiert worden war. Im Vorlesungsverzeichnis zum Sommersemester 1857 findet man Munzinger zum erstenmal als "Dozent" erwähnt; er hatte damals je vierstündig "Juristische Encyclopädie und Methodenlehre" und "Französisch-Jurassisches Civilrecht" angekündigt (die letztere Vorlesung morgens 6-7 Uhr!). Im folgenden Wintersemester ist Munzinger als Extraordinarius aufgeführt; zu den genannten Vorlesungen treten in den folgenden Jahren solche über katholisches und protestantisches Kirchenrecht, Wechselrecht, Handelsrecht (dies "mit besonderer Rücksicht auf den französischen Code de Commerce", später auch mit Einbezug des deutschen Entwurfs von 1861 zum späteren ADHGB). Munzinger, seit dem Sommersemester 1863 ordentlicher Professor, hält aber auch eine vergleichende Vorlesung zum Obligationenrecht der schweizerischen Kantone, über "Deutsches Privatrecht" (fünfstündig) oder über Schweizerisches Bundesstaatsrecht. Für das Sommersemester 1873 hatte Munzinger neben Enzyklopädie und Wechselrecht wiederum Bundesstaatsrecht (vierstündig) angekündigt. Noch vor Semesterbeginn erkrankte Munzinger indes und starb nach wenigen Tagen Ende April 1873, "an einem Halsübel", wie es heisst, im Alter von nicht einmal 43 Jahren.

IX. Einflüsse der Doktrin des CC

Das Bild des OR als eines hinsichtlich seiner Grundstruktur i. S. der begrifflichen Ausrichtung im Naturrechtssystem französischer Tradition verhafteten Kodifikation, die im Gegensatz zum vorab im Begriff des Schuldverhältnisses

wurzelnden BGB und dessen Vorläufern steht, erfordert eine doppelte Präzisierung:

Die *schweizerische Wissenschaft*, besonders in der Frühzeit der Kodifikation stark nach Deutschland orientiert, hat den geschilderten Systemgedanken nicht aufgenommen und sich mit dem Begriff der Obligation nicht in jenem Mass beschäftigt, das durch die Kodifikation nahegelegt wird. Das sieht man dann deutlich, wenn man die hiesige Rechtsliteratur mit jener des CC, vor allem aber mit jener der in seiner Tradition stehenden Kodifikation vergleicht, wo die Theorie der Entstehungsgründe der Obligation, der Obligations-Inhalte, der Wirkungen für den Schuldner und Dritte, Solidarität, Alternativität der Obligation, deren Teilbarkeit usw. Erlöschen (Novation) usw. eine unvergleichlich grössere Rolle spielt als hiezulande, nicht zu sprechen von der Lehre von den Bedingungen, die ja über die "condition résolutoire" so weitreichenden Einfluss auch im deutschen Sprachbereich entfaltet hat. Bei diesem Anlass darf auch festgestellt werden, dass ein Nachholbedarf in dem Sinn besteht, dass in vermehrtem Umfang als bisher in der Schweiz (und mit gleichem Grund auch in Deutschland) die hochinteressanten Erkenntnisse der reichen, aber doch übersehbaren Literatur des romanischen Sprachkreises verwertet werden sollten, was bei mancher Rechtsfigur, die in besonderem Mass auf den Begriff der Obligation ausgerichtet ist und unter dem Gesichtspunkt des Schuldverhältnisses weniger leicht zu erfassen ist (neben den Bedingungen, etwa zu denken an Novation, Verrechnung, Verjährung) viele Anregungen verspricht.

Wenn hier unterstellt schien, dass die Systemgedanken des CC in der Schweiz und nur gerade hier gewirkt haben, trifft dies nur vordergründig, in der Wahl des Ansatzpunktes (Schuldverhältnis statt Obligation) zu. Im übrigen wiederholt sich auch hier die Feststellung, dass die deutschsprachigen Kodifikationen in viel höherem Masse als gemeinhin zugegeben vom CC beeinflusst sind. Die Regelung der Bedingungen, der Verrechnung und vieler anderer Gegenstände, die primär durch den Begriff der Obligation geprägt sind, lassen sich in heutiger Gestalt weder im OR noch im BGB ohne das CC-Vorbild denken.

Ist der Einfluss des CC in den hier besprochenen Bereichen sachlogisch bedingt, darf darüber hinaus festgestellt werden, dass in der Zeitstimmung der Mitte des 19. Jahrhunderts im deutschen Sprachbereich eine im Vergleich zu heute viel grössere Geneigtheit zur Rezeption französischen Gedankengutes bestand. Für das *Zürcherische PGB* lässt sich dies anhand des Lebenslaufs seines Redaktors nachweisen, der nach seinen Studien in Berlin und Bonn einen Studienaufenthalt in Paris einschaltete³⁰ und bei diesem Anlass sich zweifellos auch ernsthaft mit dem CC auseinandersetzte. – Der *Dresdener*

³⁰ Vgl. J. C. BLUNTSCHLI, Denkwürdiges aus meinem Leben, 1. Teil, Nördlingen 1884, p. 86 ff.

Entwurf ist mehr als jedes andere deutschsprachige Kodifikationswerk von Rechtsvergleichung geprägt. Das zeigt sich im Ergebnis, spiegelt sich gewiss auch in den Materialien³¹. Der CC war bei der Aufarbeitung auf Schritt und Tritt gegenwärtig. Wenn sich Gleiches nicht für das BGB sagen lässt, so ist über den Umweg über den Dresdener Entwurf viel französisches Gedankengut ins BGB gelangt, dies auch in Fällen, die den Vätern des BGB gar nicht bewusst waren. Bei der Ausarbeitung des BGB war – nach dem Krieg von 1870 – die Bereitschaft sichtlich weniger gross als bei der Beratung des Dresdener Entwurfs in den sechziger Jahren, sich mit französischer Rechtstradition auseinanderzusetzen und Elemente aus ihr zu übernehmen. Um so eher scheint es heute geboten, die trotzdem bestehenden Zusammenhänge herauszustellen, damit versuchend, einen Beginn mit dem Ausebnen der durch drei Kriege aufgerissenen Gräben zu unternehmen.

Entsprechend dem Thema dieses Vortrages sind die Einflüsse des CC auf das OR und darin eingeschlossen zwangsläufig die Einflüsse auf die deutschsprachigen Kodifikationen im allgemeinen zu untersuchen. Damit könnte der Eindruck geweckt werden, dass die Juristen des deutschen Sprachbereiches einseitig die Nehmenden gewesen seien. Dies trifft nicht zu, was hier, um diesem Missverständnis vorzubeugen, wenigstens andeutungsweise angemerkt sei. Die vorrevolutionäre französische Rechtslehre und damit indirekt der CC ist durch ausländische Lehren im allgemeinen (allen voran jene von HUGO GROTIUS), aber auch durch deutschsprachige Autoren, z. B. CHRISTIAN WOLF, beeinflusst³². Bedeutsamer ist die nach Erlass des CC entstandene, für dessen wissenschaftliche Bearbeitung grundlegend gewordene Darstellung des CC von ZACHARIÄ V. LINGENTHAL (dazu oben Anm. 4). In der Folge wird der Einfluss der deutschen Doktrin in Frankreich unterbrochen; auch dies eine Folge der Kriege, die nur bedauert werden kann. Denn diese Abkapselung hat, so will es wenigstens dem aussenstehenden Betrachter scheinen, eine Verarmung der französischen Doktrin in Gefolge, die noch heute nicht überwunden ist. An dieser Stelle muss jedoch noch ein *Einfluss der deutschen Wissenschaft des ausgehenden 19. und des 20. Jahrhunderts* erwähnt werden, der in Deutschland in Ausmass und Bedeutung erstaunlicherweise nicht hinreichend zur Kenntnis genommen wird: der Einfluss im *ganzen nicht-französischen*

³¹ Die Protokolle der Kommission konnten vom Verfasser hier leider nicht mehr ausgewertet werden. Bisher waren sie bloss schwer zugänglich; soeben wird indessen ein Nachdruck angekündigt: ... "Protocolle der Commission zur Ausarbeitung eines allgemeinen deutschen Obligationenrechts; Dresden 1863-1866". Reprint Frankfurt 1984; herausgegeben und eingeleitet von W. SCHUBERT.

³² Vgl. dazu H. THIEME, *Das Naturrecht und die europäische Privatrechtsgeschichte*, 2. Aufl. Basel 1954, passim, für Wolf p. 31.

romanischen Sprachgebiet, d. h. im Rechtskreis Italiens und der spanisch- und portugiesischsprachigen Länder der alten und der neuen Welt, der hier allerdings nur am Rande erwähnt werden kann.

X. Schlussbemerkungen

Die gemeinhin herrschende Auffassung, dass, abgesehen vom Einfluss der deutschen Pandektistik, unser OR sich vorab an den deutschsprachigen Kodifikationen PGB, deutsches HGB von 1861, Dresdener Entwurf sowie in der Revision am BGB orientiert habe, während der Einfluss des CC demgegenüber zurücktrete, ist nur in einem vordergründigen Sinn zutreffend. Von isolierten Einzelanordnungen über konkrete Grundsatzentscheidungen (Gefahrtragung beim Kauf, mögliche Entgeltlichkeit des Mandats) bis hin zu der Wahl des die Kodifikation oder doch den Allgemeinen Teil beherrschenden Ordnungsprinzips lässt sich ein klarer und direkter Einfluss des CC nachweisen. Sodann ist die äussere formale Gestaltung des OR, die in der Folge auch das ZGB bestimmen sollte, durch den CC mehr als durch irgend ein sonstiges Vorbild bestimmt.

Wichtiger als das ist jedoch der Umstand, dass der CC seinerseits sämtliche anderen Kodifikationen, die ihrerseits dem OR als Modell dienen mochten, tiefgreifend beeinflusst hat. Keine nach dem CC geschaffene Kodifikation ist an der Auseinandersetzung mit ihm vorbeigekommen oder hat sich seinem Einfluss entziehen können. Diese Einflüsse im romanischen Sprachbereich sind längst erkannt (und werden dort wohl eher überbewertet). Im deutschen Sprachbereich bleibt es künftiger Untersuchung vorbehalten, hier den Einfluss des CC neu zu ermitteln, den Einfluss, den drei Kriege haben vergessen lassen.

In vielen Einzelfragen der Anwendung des OR halte ich es für nützlich, den Ursprüngen und Quellen des Gesetzes nachzuspüren. Eine vermehrte Lokalisierung des OR im CC-Bereich kann nur dessen Verständnis verbessern. Es war dem Schreibenden, der immer wieder die Auffassung vertritt, dass das OR im grossen Kontext der pandektistischen Tradition wie auch des deutschen BGB und der diesem gewidmeten Wissenschaft gesehen werden muss³³, ein Bedürfnis, als Ergänzung hierzu und um dem Missverständnis der Einseitigkeit zu begegnen, auch die Bedeutung der Verwandtschaft des OR mit dem rationalistischen Naturrecht französischer Prägung und der Tradition

³³ Vgl. BUCHER, OR AT § 3/V oder Referat für den Schweiz. Juristenverein, ZSR 102/1983 II p. 251 ff.

des CC aufzuzeigen. Dies nicht in der Meinung, an dieser Stelle eine abschliessende Darstellung, als vielmehr Anregung zu weiteren Untersuchungen zu geben.

Es ging hier indessen nicht nur darum, zu versuchen, in einer, Auswahl Einzelzusammenhänge zu zeigen. Anliegen war auch, damit zu illustrieren, dass sämtliche Privatrechtskodifikationen der kontinentaleuropäischen Tradition (zu der auch ganz Lateinamerika zu zählen ist), in einem inneren Zusammenhang stehen, dass jede Kodifikation alle nachfolgenden beeinflusst hat und keine neue geschaffene Kodifikation sich der Beeinflussung durch die bereits bestehende entziehen konnte, wobei der CC seinerseits am Ursprung der meisten Einflusslinien steht. Insgesamt ergibt sich im Stadium der Schaffung der nationalstaatlichen Kodifikationen im 19. Jahrhundert das faszinierende Bild einer weltumspannenden gemeinschaftlichen Rechtskultur. Wenn diese gemeinschaftliche Rechtskultur mit der Schaffung der Nationalstaaten und dem Erlass nationaler Privatrechtskodifikationen zum Ende gebracht worden ist, so hat sie sich doch im Akt der Kodifizierung selber noch einmal grossartig bewährt. – *Rechtsvergleichung*, wie sie hier postuliert wird, versucht, einen Beitrag zur Überwindung nationaler Abkapselung zu leisten und einen Anfang mit der Wiederherstellung des verlorenen Erbes zu machen.

Bei aller Betrachtung der grossen Zusammenhänge darf jedoch auch festgestellt werden: Das Recht ist von Menschen abhängig und in seiner Fortentwicklung immer auch von einzelnen Persönlichkeiten bestimmt. In einem Vortrag an der Berner Universität, einem Vortrag zudem, der im Rahmen eines der den Festveranstaltungen zum Jubiläum des hundertfünfzigjährigen Bestehens dieser Hochschule integrierten Zyklus gehalten wurde, durfte auch hervorgehoben werden, dass der massgebende Redaktor des OR, WALTER MUNZINGER, Professor an der hiesigen Fakultät, diesem ein persönliches Gepräge gegeben hat. Dieses Gepräge ist durch eine ausgesprochene Hinneigung zur französischen Rechtstradition wie auch durch einen Zug zur Darstellung des Rechts in vernunftrechtlichen Kategorien charakterisiert. Als Zürcher stelle ich in Bern gerne fest, dass sowohl in dem hier geschilderten französischen wie auch dem naturrechtlichen Element der Kodifikation ein "Berner Beitrag" zum OR erkannt werden kann, in dem eine für das Bern des 19. Jahrhunderts eigentümliche Wissenschaftstradition noch heute weiterlebt.