
Die Entwicklung des deutschen Schuldrechts im 19. Jahrhundert und die Schweiz

Zugleich Besprechung der Materialien-Edition zum schweiz. Handels- und Obligationenrecht von URS FASEL *

von *Eugen Bucher*, Bern

I. Ausgangspunkt

Im *deutschen Sprachbereich* bestand zu Beginn des 19. Jahrhunderts obligationenrechtliche Gesetzgebung allein in Preussen: Das Allgemeine Preussische Landrecht (ALR, 1794), dem bald der französische Code Civil (F/CC, 1804) mit nachträglicher Geltung in einigen deutschsprachigen Gebieten (Badisches Landrecht von 1810) und schliesslich das österreichische Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch (ABGB, 1811) zur Seite traten. In den übrigen Gebieten (einschliesslich der Deutschschweiz) herrschte vorab gemeinrechtliche Tradition romanistischer Prägung. Am Ende des Jahrhunderts ist das Bild grundlegend verändert: Im hier betrachteten deutschen Sprachbereich besteht von den genannten allein noch das ABGB; neu auf der Bildfläche figuriert seit 1881/3 das schweizerische Obligationenrecht (CH/aOR) und an der Jahrhundertwende auch das BGB. Letzteres war bestimmt, für alle Zukunft nicht nur die dem F/CC folgenden Regelungen zu ersetzen, sondern auch den Rückgriff auf die gemeinrechtliche Tradition auszuschalten.

Das BGB, flankiert von ABGB und von CH/OR, ist uns Heutigen geläufig, und die wenigen im abgelaufenen 20. Jahrhundert eingetretenen Veränderungen sind leicht zu überblicken. Anders dagegen die Rechtsentwicklung des 19. Jahrhunderts, welche zwar unsere Gegenwart bestimmt, aber dem Vergessen anheim zu fallen droht. Dem soll das Folgende entgegenwirken und damit zum Verständnis des jetzigen Zustandes beitragen¹.

Das schweizerische Obligationenrecht ist *mitbestimmender Faktor bei der Entstehung des*

* URS FASEL (Hg.), Handels- und obligationenrechtliche Materialien, Bern/Stuttgart/Wien (Paul Haupt) 2000.

¹ Allerdings wäre ebenfalls zu untersuchen, wie weit einerseits das ALR, andererseits der F/CC einschliesslich des Badischen Landrechts von 1810 im heutigen BGB punktuell weiterleben, und zu fragen wäre nach dem Einfluss der Partikulärgesetzgebung (allen voran des Privatrechtlichen Gesetzbuches für den Kanton Zürich von 1854/56; ZH/PGb, in geringerem Masse auch des BGB für das Königreich Sachsen von 1863). Das kann hier nicht unternommen werden.

Schuldrechts des BGB, was es hier zu dokumentieren gilt. Äusserer Anlass unseres Unternehmens ist das Erscheinen einer monumentalen Publikation der Materialien, d.h. des Textes des Obligationenrechts von 1881/3 wie auch { S. 353-354 } von dessen Vorläufern und Entwürfen, welche, wie sich weisen wird, auf die Ausarbeitung des BGB ebenso Einfluss hatten wie der Gesetz gewordene Text selber.

Wenn der Schweizer Jurist es unternimmt, dem deutschen (wie auch dem schweizerischen) Kollegen den gegenwärtig kaum bewussten Einfluss des CH/aOR 1881/83 auf das BGB anzuzeigen, muss er alsogleich beifügen, dass der zu demonstrierende helvetische Einfluss auf das deutsche Privatrecht exzeptionell ist und allein *punktuellen, episodischen Charakter* hatte. Angesichts des damaligen bescheidenen Status der Rechtswissenschaft im Raume der heutigen Schweiz² fällt vor der Entstehung der kantonalen Kodifikationen nennenswerter Einfluss auf Deutschland nicht in Betracht, und ein solcher kann ebenfalls seit dem Bestehen des BGB nicht mehr festgestellt werden. Aber hier zu illustrieren ist, dass *im halben Jahrhundert vor der Entstehung des BGB die Fortbildung und Kodifizierung des Schuldrechts in Deutschland und der Schweiz in ständiger gegenseitiger Wechselwirkung erfolgten und teilweise in Eins zusammenflossen*.

Es waren einzelne Persönlichkeiten, welche in der Schweiz den Prozess der Modernisierung bestimmten. Drei hervorragende Figuren sind zu nennen: Die aus alten Geschlechtern der Stadt Zürich stammenden FRIEDRICH LUDWIG VON KELLER (1799-1860) und JOHANN CASPAR BLUNTSCHLI (1808-1881), beide Schüler und Freunde SAVIGNYS. In der Heimat hatte KELLER vorab grosse Verdienste um die Modernisierung der Justiz, während BLUNTSCHLI das bahnbrechende Privatrechtliche Gesetzbuch (ZH/PGB von 1855) schuf³. Beide verlegten das Feld weiteren Wirkens nach Deutschland, wo sie hohen wissenschaftlichen Rang einnahmen (KELLER schliesslich auf dem Lehrstuhl Savignys⁴) und auch politisch Wirksamkeit entfalteten⁵. Anders der jüngere WALTHER

² Einen (zahlenmässig bescheiden) Juristenstand gab es gewiss, aber dieser bildete sich im umliegenden Ausland, während eigene Rechtsschulen nur ansatzweise bestanden. Vgl. dazu ALOIS V.ORELLI, *Rechtsschulen und Rechtsliteratur in der Schweiz vom Ende des Mittelalters bis zur Gründung der Universitäten von Zürich und Bern*, Festschrift für J.C.Bluntschli, Zürich 1879; FERDINAND ELSENER, *Geschichtliche Grundlegung: Rechtsschulen und kantonale Kodifikationen bis zum schweiz. ZGB*, in *Schweiz. Privatrecht*, hgg. von MAX GUTZWILLER et al., Basel/Stuttgart 1969, S. 1-237.

³ Wenn hier die damalige weite Ausstrahlung Zürichs erwähnt wird, darf beigefügt werden, dass diese Stadt in der ersten dort veranstalteten Volkszählung *anno* 1836, drei Jahre nach der Gründung der Universität, nur gerade 14'243 Einwohner zählte.

⁴ Dies auf Betreiben SAVIGNYS. In einem langen Schreiben an den preussischen Kultusminister J.A.F.Eichhorn tritt er u.a. Bedenken wegen der "liberalen" politischen Haltung Kellers in Zürich entgegen, betont die Bedeutung des Lehrstuhls und schreibt: "Ich weiss in ganz Deutschland nur Einen Mann, der dieser Aufgabe zu entsprechen im Stande ist, nämlich Keller. Dieser hat nicht nur als geistreicher und gelehrter Schriftsteller einen grossen Namen erworben, sondern auch als Lehrer, und selbst unter den ungünstigsten äusseren Verhältnissen die Gabe bewährt, die jungen Leute für die Wissenschaft zu begeistern und zu ernstlicher Arbeit anzueifern" (zit. aus LISELOTTE JELOWIK, *F.L.Keller - seine Berufung nach Halle und Berlin im Spiegel des Briefwechsels berühmter Zeitgenossen*, S. 455 in *ZSR Zeitschr.f.schweiz.R.* 1992 S.441-457, enthaltend auch u.a.die Antwort Bluntschlis an Savigny über die Person Kellers, seines ehemaligen politischen Widersachers in Zürich; insgesamt unterhaltsam-spannende Lektüre für den an damaligen Verhältnissen Interessierten).

⁵ Vgl. zu Keller EMIL BECK, S. 107-133, und zu dem unglaublich weitreichende literarische Produktion entfaltenden Bluntschli HANS FRITZSCHE, S.135-167, beide in *Schweizer Juristen der letzten hundert Jahre*, hgg. Hans

MUNZINGER (1830-1873) aus Solothurn: Nach Studien in Berlin und Paris hatte er eine Professur in Bern inne und wurde { S. 354-355 } mit den Vorbereitungsarbeiten zu einem schweizerischen Handelsrecht und schliesslich Obligationenrecht betraut, welches Vorhaben er indessen, für uns Heutige schmerzlich, wegen frühen Todes nicht bis zum Ende begleiten konnte. Im Folgenden steht Munzinger im Vordergrund. Seine Bedeutung für die Schaffung des gemeinschweizerischen Obligationenrechts ist allerdings selbst in der Schweiz weitherum vergessen worden. Schon gar nichts wusste man bis jetzt um das vielfältige Wirken Munzingers in vielen anderen Bereichen von Recht, Politik und Kunst. Die hier ausgebreiteten Gesetzgebungsmaterialien verlangen nach Aufklärung über jene Person, welcher das Hauptverdienst an der in ihnen sichtbar werdenden Weiterentwicklung des Obligationenrechts innerhalb der Schweiz und darüber hinaus zukommt. So ist die soeben herausgekommene Biographie Munzingers aus der Feder des Herausgebers der besprochenen Materialsammlung gewissermassen deren zwangsläufige Ergänzung. Die weit ausholende Darstellung zeichnet ein packendes Bild vom Umfeld des Helden und macht die faszinierende Dichte und Vielfalt sichtbar, mit der Munzinger die 43 ihm vergönnten Jahre gelebt hat⁶.

II. Der Ablauf der Entstehung des schweizerische Obligationenrechts von 1881/83

Beim Zusammenschluss der Kantone zur heutigen Schweiz als Bundesstaat im Jahre 1848 wurde dem Bunde keinerlei Gesetzgebungskompetenz zugestanden. Allerdings war die Schaffung gesamtschweizerischen Rechts (d.h. vorab Privatrechts) für die Meisten von Anfang an ein Ziel: Die ohne Verzug gegründete "Zeitschrift für Schweizerisches Recht" (1. Jahrgang 1852) verkündete in ihrem Namen ein rechtspolitisches Programm, das auch den 1861 geschaffenen Schweizerischen Juristenverein bestimmte. In der Anfangsphase der Kodifizierungsbemühungen war der äussere Ablauf entscheidend bestimmt durch *Vorgänge in Deutschland*: Unter dem Eindruck des Entstehens des ADHGB (Vollendung des Entwurfs März 1861) wurde umgehend im Parlament die Ausarbeitung eines Handelsgesetzbuches gefordert, das mangels entsprechender Gesetzgebungskompetenz auf dem Wege eines Konkordates⁷ hätte eingeführt werden sollen. Der Bundesrat betraute mit den Vorarbeiten MUNZINGER, der denn auch 1863 einen ersten und 1864 einen erweiterten Entwurf vorlegte⁸. Die Vorbereitung und das Erscheinen des Dresdener Entwurfes veranlasste die Erwartung eines deutschen Gesetzes über das Obligationenrecht⁹ und trug entscheidend dazu bei, das Projekt { S. 355-356 } der

Schulthess, Zürich 1945; sodann STINZING/LANDSBERG, *Gesch.d.deutschen Rechtswissenschaft*, Bd. Abt. III Bd.2 1910 (Reprint 1978), zu Keller S. 465-471 und zu Bluntschli S.552-558.

⁶ URS FASEL, *Bahnbrecher Munzinger*, Bern/Stuttgart/Wien 2003. Dazu auch der Beitrag URS FASEL oben in diesem Heft S. 345-352.

⁷ "Konkordat" als Vereinbarung unter Kantonen, auf kantonaler Ebene einheitliche Gesetze einzuführen (so heute, d.h. bis zu der geplanten Schaffung eines schweizerischen Prozessrechtes, etwa bedeutsam das Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit). Die konstitutionellen Möglichkeiten rechtsvereinheitlichender Gesetzgebung waren damals in der Schweiz und im Zielbereich des ADHGB sehr ähnlich.

⁸ Zu den Abläufen im einzelnen vgl. Fasel (Fn.6) S. 57 ff. sowie oben S. 345 ff.

⁹ Der sog. "Dresdener Entwurf" war der "Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über

Kodifizierung des Handelsrechts auf das Obligationenrecht auszudehnen. Allerdings ging es in der Schweiz anders als in Deutschland nicht um ein Zusatzprogramm (der Schaffung eines neben das Handelsgesetz tretenden Obligationenrechts), sondern von Anbeginn an um die Ausweitung des bereits laufenden Vorhabens auf eine die beiden Rechtsgebiete vereinigende Kodifikation. Hier liegen die Wurzeln der Integrierung des Handelsrechts in das Schuldrecht bzw. das Privatrecht überhaupt, die eine Novität darstellte und lange Zeit eine helvetische Besonderheit blieb¹⁰.

MUNZINGER legte 1871, d.h. noch vor Schaffung der verfassungsrechtlichen Grundlagen in der Verfassungsrevision von 1874¹¹, der beratenden Kommission den Entwurf eines "Schweizerischen Obligationenrechts" vor. Nach dessen Tode folgten 1875 und 1877 zwei Kommissionsentwürfe und schliesslich 1879 die dem Parlament vorgelegte Fassung des mit zahlreichen Abänderungen am 14. Brachmonat (Juni) 1881 angenommenen und auf den 1. Jänner 1883 "als vollziehbar" erklärten Gesetzes.

Schuldverhältnisse" (so die Publikation von 1866), während die 1863-1866 wirkende Kommission "zur Ausarbeitung eines allgemeinen deutschen *Obligationenrechtes*" bestellt worden war. In deren ersten Sitzung war die Vermeidung von Fremdwörtern zum Programm erhoben und auch die mögliche Ersetzung von "Obligation" durch "Schuldverhältnis" erwogen worden. Eine inhaltliche Veränderung des Begriffs, wie sie im BGB stattfindet, war damals offenkundig nicht beabsichtigt.

¹⁰ MUNZINGER hatte bereits im Handelsrechts-Entwurf (1864) allgemeine vertragsrechtliche Regeln aufgenommen (das auch für Nichtkaufleute geltende 3. Buch "Von den Geschäften des Mobiliarverkehrs"; §§ 204-445) und sich seit je für eine Verbindung von Handelsrecht und allgemeinem Obligationenrecht eingesetzt, wofür in der Tat gute sachliche Gründe bestehen. Politisch gesehen ist allerdings der Erfolg dieses Konzepts im aOR 1881/83 nicht bloss die Folge sachlogischer Überlegungen, sondern ebenso die Resultante entgegengesetzter staatspolitischer Zielsetzungen: Während Zentralisten die zu schaffende eidgenössische Gesetzgebung auf das gesamte Privatrecht ausdehnen wollten, hätten viele der vorab in der französischsprachigen Schweiz angesiedelten Partikularisten am liebsten keine, oder dann bloss eine auf das Handelsrecht beschränkte Gesetzgebung gesehen. Vgl. dazu BUCHER, Hundert Jahre schweizerisches Obligationenrecht: Wo stehen wir heute im Vertragsrecht? (Referat am schweiz. Juristentag 1983), S. 262 ff. in Zeitschr.f. Schweiz.Recht 102/1983; ders. Der Einfluss des französischen CC auf das Obligationenrecht, S. 143 f. in Das Obligationenrecht 1883-1983, hgg. von Pio Caroni, Bern 1984 [beides <www.eugenbucher.ch> Nr. 29 und 33].

¹¹ Der Versuch einer Verfassungsrevision des Jahres 1872 stand unter der Zielsetzung: "Eine Armee, ein Recht", scheiterte aber in der Volksabstimmung. Die Zentralisierungsanliegen wurden in der Folge heruntergestuft, den Kantonen die Militärverwaltung belassen und dem Bund Rechtssetzung nur zugestanden "über die persönliche Handlungsfähigkeit; über alle auf den Handel und Mobiliarverkehr bezüglichen Rechtsverhältnisse (Obligationenrecht), mit Inbegriff des Handels- und Wechselrechts; über das Urheberrecht an Werken der Literatur und Kunst; über das Betreibungsverfahren und das Konkursrecht." (BV 1874 Art. 64). Die Kompetenz zur "Gesetzgebung auch in den übrigen Gebieten des Zivilrechts" wurde dem Bund (zusammen mit dem Strafrecht, BV Art. 64 bis) erst in der Verfassungsrevision von 1898 zuerkannt, welcher Ablauf die formale Trennung des Obligationenrechts vom Zivilgesetzbuch (ZGB von 1912) erklärt.

III. Die Materialedition von Urs Fasel

1. Inhaltsübersicht

Der geschilderte Ablauf wird dem wissenschaftliche Publikum sichtbar gemacht in der hier vorzustellenden Veröffentlichung der Materialien. Damit erlangt { S. 356-357 } die Schweiz durch Privatinitiative eines Einzelnen endlich die Verfügbarkeit von Gesetzgebungsmaterialien des Obligationenrechts, wie sie in Deutschland aufgrund der verdienstvollen Bemühungen von WERNER SCHUBERT in breiterem Umfang seit langem selbstverständlich ist.

Angesichts der Komplexität der zu dokumentierenden Entwicklung ist die Stoffabgrenzung nicht vorgegeben, muss daher hier angezeigt werden. Das Material wird um *drei Schwerpunkte* gruppiert: Zuerst der *Entwurf eines Handelsgesetzes* von 1864 mit vorangehenden Gutachten und Munzingers Motiven, sodann die von MUNZINGER erstellten (1869,1871) oder wenigstens bestimmten (1875) *Entwürfe zu einem Obligationenrechtsgesetzbuch*, und schließlich der *Gesetz gewordene Text* von 1881/83 selber mit den beiden vorangehenden Entwürfen von Kommissionen der Jahre 1877 und 1879¹². Hier zu erwähnen:

- MUNZINGERS Entwurf "*Schweizerisches Handelsrecht*" von 1864 (FASEL S. 167-248¹³). Vorangestellt sind dessen "vorläufiger Entwurf" zu einem Konkordat, der am 7. September 1863 dem Bundesrat eingereicht und in kleiner Kommission beraten worden war (S. 95-165), und sodann drei vorausgehende Gutachten zur "Wünschbarkeit und Durchführbarkeit" (HEINRICH FICK, Zürich, 1868, S.7-16; MUNZINGER 1861 S.17-73; BURCKHARDT-FÜRSTENBERGER, 1862 S.75-94). Neben dem Entwurf 1864 selber kommt grundlegende Bedeutung vorab den von MUNZINGER dazu verfassten einlässlichen Motiven zu (1865; S. 249-506).

- Im Zusammenhang des Entwurfs "*Schweizerisches Obligationenrecht*" wird vorgelegt Munzingers erste, für die Kommissionsmitglieder bestimmte handgeschriebene vorläufige Fassung von 1869 (S.513-554), die hier erstmals ediert und dem Publikum gedruckt präsentiert wird, sodann der grundlegende Entwurf des Jahres 1871 (S.555-691)¹⁴. Indessen ist auch die 1875, d.h. nach seinem Tode erschienene Version (S.701-865), zur Hauptsache noch ihm zuzurechnen, beruht doch die Bearbeitung seitens seines Nachfolgers FICK auf den Beschlüssen der Kommission, an deren letzten Sitzungen (6. bis 13. Oktober 1872) Munzinger noch teilgenommen hatte. Diese beiden Texte mögen als Einheit betrachtet werden; im Vordergrund steht die den Fortgang bestimmende Fassung von 1875 (F. S.701-863), während deren Vorläufer von 1871 (S.555-699) Bedeutung erlangen, wenn man das Entstehen des Konzepts und den persönlichen Beitrag MUNZINGERS kennen lernen will.

¹² Die von der Materialedition (S.1433-1775) mit eingeschlossene *Revision der Jahre 1905 bis 1911*, die aus Anlass der Schaffung des Zivilgesetzbuches 1907/1912 erfolgte und zum heute geltenden OR führte, ist zwar ebenfalls bedeutsam, bleibt hier aber außer Betracht, weil es sich um einen internen schweizerischen Vorgang handelt, der zwar durch das inzwischen entstandene BGB beeinflusst war, naturgemäss aber in Deutschland keine Wirkungen nach sich zog.

¹³ Alle folgenden Seiten-Verweise beziehen sich, wenn nicht anders vermerkt, auf die Edition FASEL.

¹⁴ Angesichts der durchwegs fehlenden Protokolle der Kommissionsberatungen lässt sich der Anteil der übrigen Kommissionsmitglieder nicht ermitteln, wird aber diesfalls nicht bedeutend gewesen sein.

- Für den heutigen Juristen hat weitaus am meisten Gewicht der Text des *Gesetzes von 1881/83* selber, das heute so genannte "*alte Obligationenrecht*" oder "aOR" (S.1277-1432). Dazu zwei Entwürfe: Der 1877 erschienene Entwurf einer { **S. 357-358** } *Kommission*¹⁵ ging mit Einladung zur Vernehmlassung an die Kantonsregierungen wie auch die Öffentlichkeit im allgemeinen und löste lebhaft, auch kritische Reaktionen aus (S.867-1050), was zur Erweiterung der bisherigen Arbeitsgruppe führte¹⁶. Auf Grund deren Beratungen entstand schliesslich der Entwurf von 1879 des *Justiz- und Polizeidepartements*, der als Gesetzesvorlage an das Parlament ging (S.1051-1204). Beigefügt ist die Botschaft des Bundesrates hiezu (S.1205-1276).

2. Zur Edition

Nicht wiederholt zu werden braucht, dass FASEL eine selbstlose Arbeit von grösstem Verdienst geleistet hat und ihm der Dank aller am schweizerischen Schuldrecht Interessierter gebührt. Der Dank muss auch dem Verleger gelten, der, wie der Herausgeber, einen grossen, von Selbstlosigkeit getragenen unternehmerischen Einsatz leistete. An sich wäre es naheliegend gewesen, sich auf die Edition des blossen Gesetzestextes von 1881 zu beschränken, der schliesslich allein beanspruchen kann, ein Dokument höchsten Ranges der modernen Schuldrechtsentwicklung zu sein. Die Ausweitung der Edition macht den Ablauf der Entstehung und die in ihr wirksam gewordenen Einflüsse, vor allem aber die grossen Leistungen MUNZINGERS sichtbar. Dies ist viel wert und wiegt den Nachteil auf, die Verbreitung des Gesetzestextes naturgemäss zu erschweren¹⁷. Wird der Umfang der Materialedition als gegeben vorausgesetzt, kann man FASEL zu der getroffenen Auswahl nur beglückwünschen.

FASEL fügt der Dokumentenreproduktion *Wegleitung* bei. Vier Abteilungen ist solche vorangestellt: Zu dem unter dem Stichwort "Handelsrecht" zusammengefassten Material (§ 1 S. 1-6), den Entwürfen MUNZINGERS zum Obligationenrecht (§ 2 S. 507-512), den Entwürfen von 1875, 1877 und 1879 (S. 693-699) und schliesslich zum hier nicht berücksichtigten § 6 zur "Anpassung an das ZGB" (S. 1433-1438). Die vermittelten Informationen zum Umfeld des präsentierten Materials und dem Ablauf dessen Entstehung sind durchwegs hilfreich und weiterführend.

Will man dem dankerfüllten Lob eine kritische Note zur Seite stellen, kann sich diese allein auf die Editionstechnik beziehen, welche in der Tat nicht allen Anforderungen genügt. Bei einzelnen Texten fehlt die Angabe der Quelle (Umstände der Publikation; so etwa bei den Entwürfen von 1863 und 1864 oder bei den Gutachten FICK, MUNZINGER und BURCKHARDT-FÜRSTENBERGER S. 7-94¹⁸). Die { **S.**

¹⁵ Mitglieder dieser Arbeitsgruppe waren u.a. ANDREAS HEUSLER und CARL HILTY.

¹⁶ Zu den neu berufenen Mitgliedern gehörte insbesondere BLUNTSCHLI.

¹⁷ Manche Unklarheiten des heutigen Gesetzestextes sind die Folge der Revision des OR der Jahre 1905-1911. Der Schreibende wird nicht müde, der schweizerischen Juristenschaft vorzutragen, dass ohne Miteinbezug der ursprünglichen Fassung das heutige Gesetz nicht immer richtig verstanden werden kann. Möglichst weite Verbreitung ist daher zu fordern. Zu hoffen ist, dass www-Aburbarkeit des aOR in nicht zu ferner Zukunft kommen wird.

¹⁸ S.7 wird das Gutachten FICK als vom 23.4.1868 datiert vorgestellt, und nur in FASELS Einleitung erfährt man, dass es 1862 verfasst und dessen erster Teil bereits 1862 in der Zeitsch.d.ges.Handelsrechts veröffentlicht worden war, worauf sich auch die Verweisungen von FICKS Text beziehen. Und wohl die Tücke der Technik reduziert gar den

358-359 } Inhaltsverzeichnisse der reproduzierten Gesetze würden wohl mehr dienen, wenn den Texten unmittelbar vorangestellt statt vereint im Inhaltsverzeichnis des Gesamtbandes, und die Präsentation der erläuternden Beifügungen in anderer Schrift wie jener des reproduzierten Material hätte die Übersichtlichkeit erhöht. Bei den Namen unterlaufen Versehen: Friedrich statt Heinrich Fick (S. 693, aber richtig 696); Vergile statt Virgile Rossel (S. 1435); Bundesrat Fohrer statt Forrer (S. 1534); Häusler statt Heusler (S. 695, richtig aber S. 5), Hilti statt Hilty (S. 695).

Als Adressaten der Materialsammlung kann man sich nur ausnahmsweise den juristischen Praktiker vorstellen, indessen gehört sie in *Reichweite aller Wissenschaftler*, die sich ernsthaft mit Fragen des schweizerischen Obligationenrechts befassen. Der Schreibende hofft dringend, dass durch die leichtere Zugänglichkeit von bisher nur mühevoll zu beschaffenden Texten in der Schweiz der wissenschaftlichen Diskussion eine neue Dimension eröffnet werden wird. Im Ausland wird in allen Büchereien, welche sich zum Ziel setzen, Informationen zum schweizerischen Obligationenrecht zu geben und wissenschaftliche Arbeit in diesem Bereich zu ermöglichen, der Band in der Prioritätenliste der Anschaffungen im oberen Bereich figurieren müssen. Dass er aber auch *Licht auf die Entstehung der deutschen Privatrechtskodifikationen* wirft und daher einen weiteren Kreis deutscher Wissenschaftler anspricht, sollen die folgenden Zeilen dartun.

IV. Den Vorbereitungsmaterialien zu entnehmende Anregungen

1. Der Ablauf der Gesetzgebung beidseits des Rheins

In der Schweiz wie in Deutschland ist die Privatrechtsgesetzgebung von einem Grabenbruch durchzogen: In Deutschland ist es die Absonderung des Handelsrechts vom Zivilrecht, in der Schweiz die Trennung des mit dem Handelsrecht verbundenen allgemeinen Schuldrechts einerseits und des um das Schuldrecht verminderten Zivilrechts andererseits. Die Entstehung der beiden Bruchlinien zeigt Aehnlichkeit, und die schweizerische Entwicklung ist durch den Ablauf in Deutschland mitbestimmt. In beiden Fällen hat die Trennung des Rechtsstoffes auf die Präsentation der Rechtsinhalte, und in Einzelfragen auf die Inhalte selbst zurückgeschlagen.

Die Durchkodifizierung des Privatrechts verläuft weltweit nach dem selben Muster: Es beginnt bei handelsbezogenen Einzelvorschriften (insbesondere dem Wechselrecht), um über das allgemeine Schuldrecht und das Fahrnissachenrecht schliesslich mit den am ehesten lokal verhafteten Bereichen Familienrecht, Erbrecht und Immobiliarsachenrecht zum Abschluss zu kommen (ein Vorgang, der primär auf nationaler Ebene der Kodifizierungen abläuft, sich aber auf der Stufe { **S. 359-360** } grenzübergreifender Rechtsvereinheitlichung genau wiederholt). Beim Ablauf in Deutschland und der Schweiz zeigt sich ein Unterschied allein darin, dass die Gesetzgebungspause in Deutschland bereits nach Verwirklichung der Handelsrechtskodifikation eingeschaltet werden musste, infolge der deutschen Einigung jedoch die weitere Kodifizierung dann das gesamte Privatrecht erfasste, während in der

Namen des Gutachters in der Ueberschrift S.75 und den Seitentiteln auf den Ehegattennahmen Fürstenberger (richtig dagegen die Einleitung, S.2).

Schweiz im ersten Anlauf politisch zwar zusätzlich zum Handelsrecht noch das Schuldrecht mit einbezogen werden konnte, während das übrige Zivilrecht noch eine gute Weile auf seine Kodifizierung warten musste¹⁹.

Dass es überhaupt zu einem Zwischenhalt kam und nicht wie in Frankreich alle grossen Gesetzgebungsvorhaben (neben dem Code Civil von 1804 und dem Code de Commerce von 1807 auch noch Straf- und Verfahrensrecht) im selben Anlauf verwirklicht wurden, hat vielerlei Gründe, von denen jedoch in Deutschland wie der Schweiz das Fehlen der Kompetenz einer zentralen Gesetzgebungsinstanz im Vordergrund steht. Vor 1870 war die Übernahme eines gemeinsam erarbeiteten Gesetzes durch die Länder nur gerade für das Handelsrecht zu erhoffen, während die deutsche Einigung die Gesetzgebungskompetenz des Reiches für das gesamte Privatrecht brachte und damit für die Schaffung eines Sondergesetzbuches für Schuldrecht keinen Raum liess. In der Schweiz wiederum war die Beschränkung der Gesetzgebungsentwürfe und der im Jahr 1874 hiezu nachgelieferten Gesetzgebungskompetenz auf Handelsrecht und Obligationenrecht bestimmt durch die Einsicht in die politische Unmöglichkeit weitergehender, d.h. das gesamte Zivilrecht mit erfassenden Gesetzgebung.

Diese Abläufe werden durch die hier vorgelegten Texte anschaulich gemacht und verdeutlicht. Vor allem wird der vom *französischen Vorbild* ausgehende Einfluss sichtbar, der über den romanischen Sprachbereich hinausgehend auch in *Deutschland* wirkte. Dazu das Folgende.

2. Das Verhältnis des Obligationenrechts zum Handelsrecht

Handelsrecht und Zivilrecht haben andersartige Grundlagen: Während Zivilrecht universitäres Wissenschaftsrecht darstellt und begriffsmässig in romanistischer Tradition wurzelt²⁰, hat sich das Handelsrecht autonom entwickelt und ist erst im 19. Jahrhundert zur universitären Disziplin geworden²¹.

¹⁹ Erst in der *Verfassungsrevision von 1898* wurde dem Bund Gesetzgebungskompetenz für die *übrigen Gebiete des Zivilrechts* (und das Strafrecht) verliehen; demzufolge das ZGB von 1907/12 und das StGB 1937/42.

²⁰ *Zivilrecht* ist das auf zweitausendjährige Tradition sich stützende universitäre Wissenschaftsrecht romanistischer Ausrichtung (*ius civile* als Bezeichnung für das römische Recht schlechthin), das *Handelsrecht* hat sich in Wildwuchs der kaufmännischen Praxis herausentwickelt und ist erst im 19. Jahrhundert - Arm in Arm gehend mit der Germanistik- zu einer universitären Disziplin geworden. Dazu BUCHER, Gegensatz von Zivilrecht und Handelsrecht; Bemerkungen zur Geschichte und heutigen dogmatischen Bedeutung der Unterscheidung, S. 1-14 in Festschrift für A.Meier-Hayoz, Zürich 1972 [www.eugenbucher.ch Nr. 15].

²¹ In *Frankreich* bestand eine lange auf den Handel ausgerichtete gesetzgeberische Tradition; vgl. dazu unten bei Fn.22. In Italien entstanden immerhin zwei Werke, welche als Beginn einer Handelsrechtswissenschaft betrachtet werden können: BENVENUTO STRACCA (aus Ancona; 1509-1578), *De mercatura seu mercatore*, 1.Aufl.Venedig 1553, und SIGISMUNDUS SCIACCIA (1568-1618), *Tractatus de Commerciis et Cambio* (1.Aufl.Venedig, anno ??). Später folgte in Frankreich JACQUES SAVARY (1622-1690), *Le parfait négociant* (1.Aufl. Paris 1675, bereits 1676 deutsche Ausgabe in Genf, dann auch Ausgaben auf holländisch, englisch und italienisch). Dem gleichen Werk angeschlossen später auch eine Sammlung von Gutachten SAVARYS unter dem Titel *Pareres*. In England bestand früher sowenig als heute juristische Handelsrechtswissenschaft i.e.S., wohl aber für Kaufleute bestimmte Allgemeindarstellungen mit Bezugnahme auf Wechselrecht u.dgl., so etwa WYNDHAM BEAWES, *Lex Mercatoria Rediviva, or the Merchant's Directory*, 1.Aufl.London 1750/1; hier zit.4.Aufl. hgg. Thomas Mortimer, London 1783 (vgl. etwa zu Bills of Exchange S.448-492).

Anders allein in *Frankreich*, { S. 360-361 } wo lange zuvor eigenständiges Handelsrecht bestand, das vorab sich auf eine lange Tradition königlicher Edikte stützte²², die 1667 in der Ordonnance von Louis XIV ihren Höhepunkt fand. Gegenüber dieser fest etablierten Ordnung gab es ausserhalb Frankreichs nirgends etwas Vergleichbares. Diese Tradition setzte sich im *Code de Commerce* fort, der seinerseits allenthalben und besonders auch in Deutschland zum diskussionslos übernommenen Leitbild wurde²³.

Der Beschluss in Deutschland, an die Seite des ADHGB ein Obligationenrecht zu stellen und die im Jahre 1862 erfolgte Einsetzung einer vorbereitenden Kommission) löste in der Schweiz die thematische Ausweitung des Gesetzgebungsvorhabens vom Handelsrecht auf das Obligationenrecht aus. Der Einfluss aus dem Norden erschöpft sich indessen in der thematischen Erstreckung des Gesetzgebungsvorhabens: In der Schweiz stand bei der Ausweitung des Vorhabens von Anfang an fest, dass Handels- und Obligationenrecht in ein und dasselbe Gesetzbuch eingehen sollten, während die in Dresden tagende Kommission einen Text vorzuschlagen hatte, welcher als vom ADHGB separierte Kodifikation neben dieses hinzutreten würde²⁴.

Die Haltung in Deutschland stellt sich als getreue Weiterführung der in Frankreich begründeten und im 19. Jahrhundert weltweit ausstrahlenden Handelsrechtstradition dar. Dass diese Anschauungen nicht mit gleicher Selbstverständlichkeit auch in der Schweiz den Weg wiesen, ist erstaunlich, wäre doch hier das Obenausschwingen französischen Einflusses eher zu erwarten gewesen. Das Material vorliegender Sammlung kann hier Aufschluss geben. Naturgemäss reflektiert es nicht die Anschauungen des juristischen Fussvolkes, wohl aber jene der massgeblichen Exponenten der Gesetzgebung. Und diese fanden sich überraschenderweise von Anbeginn auf einer unitarischen, Handels- und Obligationenrecht vereinenden Linie. Im Rahmen der Vorbereitung eines Handelsrechtskodifikation hält zwar (der aus Deutschland stammende) FICK noch fest, "dass ein guter Theil des französischen Handelsrechts im Rechtsbewusstsein der Handelswelt { S. 361-362 } längst Gemeingut des ganzen europäischen Continents geworden war"²⁵, ohne sich deshalb der Vereinigung der Materien entgegenzustellen. BURCKHARDT-FÜRSTENBERGER²⁶ schreibt bereits in den Anfängen: "Unsere Reform wird somit auf möglichst breiter Grundlage zu bauen haben und die sämtlichen Institute des modernen

²² Darunter die *Ordonnance de Moulins* von HENRY IV des Jahres 1566 mit ihrem berühmten, in Angelegenheiten von mehr als 100 Pfund den Zeugenbeweis ausschliessenden Art. 54, welche Regel selbst das Entstehen des englischen *Statute of Frauds* von 1677 bestimmte (dazu RABEL, *The Statute of Frauds and Comparative Legal History*, in Ges. Aufsätze Bd. III S. 261 ff.) und heute vielerorts weiterlebt (F/CC Art.1341).

²³ Was etwa illustriert wird bei FICK, unten Fn. 25 und vorangehendes Zitat im Text.

²⁴ Das andersartige Vorgehen in Deutschland liegt nur zum kleinsten Teil in der Tatsache, dass bei Inangriffnahme des Obligationenrechts in Deutschland das ADHGB bereits bestand und eine Änderung des gerade eben erst erlassenen Gesetzes nicht opportun schien. Die Erklärung wird im damals in Deutschland von niemandem in Frage gestellten Axiom liegen, dass das Handelsrecht eine vom Zivilrecht abzusondernde Materie sei.

²⁵ FICK, S.12/13.

²⁶ BURCKHARDT-FÜRSTENBERGER hatte auf Einladung einer von 14 Kantonen beschickten Konferenz einen Wechselrechtsentwurf verfasst, der als erster Versuch eines gesamtschweizerischen Gesetzgebungswerks gelten kann. Und bereits an der Tagsatzung (sc. Konferenz der Abgeordneten der bis dahin souveränen Kantone), an welcher die Verfassung des Jahres 1848 redigiert wurde, hatten die Vertreter von Bern und Solothurn "Centralisation des Handelsrechts" gefordert, welche in der Folge auf dem Wege eines Konkordats (dazu oben Fn.7) angestrebt wurde.

Verkehrslebens erfassen müssen, dadurch aber auch früher oder später zum Ausgangspunkt und Vermittler eines gemeinsamen Civilrechts oder doch wenigstens Obligationenrecht werden ..." (S.81). Ausschlaggebend war indessen MUNZINGER, der bereits in seinem Gutachten von 1862 (S. 17-71) in dieser Frage eine entschiedene Position einnahm. Ein eigener Abschnitt (S.24-38) handelt "Von dem Bedürfnis nach einem Handelsrecht und von der Ausscheidung desselben aus dem allgemeinen Civilrecht", wo die Ausscheidung des Handelsrechts aus dem Zivilrecht als die "principiellste Frage" vorgestellt wird und wo es bereits im Ausgangspunkt heisst: "Rein theoretisch aufgefasst ist die Ablösung des Handelsrechts vom allgemeinen Civilrecht ungerechtfertigt" (folgt der Hinweis, dass es "weder dem Nationalökonom, noch dem Juristen je gelingen wird, Handelsrecht und Civilrecht theoretisch exakt von einander auszuschneiden"; S. 25). Angesichts der Unmöglichkeit einer baldigen Vereinheitlichung des gesamten Privatrechts kann MUNZINGER dann schreiben: "Dies alles befreundet mit dem Gedanken, in derselben Weise, wie es jetzt von den deutschen Regierungen und dem deutschen Juristentag angestrebt wird, das gesammte Obligationenrecht mit Einschluss des Handelsrechts zur Einheit zu führen" (S. 30)²⁷. Dieses Statement könnte allenfalls dahin verstanden werden, dass in Deutschland eine beide Bereiche verbindende Kodifikation auf dem Wege sei. Solches würde höchstens die Wunschvorstellung MUNZINGERS, keinesfalls aber dessen Beurteilung der Vorgänge in Deutschland reflektieren, die diskussionslos in der entgegengesetzten Richtung gingen²⁸. { S. 362-363 }

3. Auswirkung der Entscheidung über Zusammenfassung oder Trennung von Handels- und Obligationenrecht.

Die Position MUNZINGERS geht weit über Äusserlich-Formales hinaus. Bereits sein "Entwurf Schweizerisches Handelsrecht" von 1864 (S. 167-248) enthält eine weitgehende materielle Integration des Handelsrecht in das allgemeine Schuldrecht, was in den 1865 präsentierten tiefeschürfenden Motiven (S. 249-506) deutlich wird: Diese stellen zu den "Grundlagen" als erstes (und wohl wichtigstes) grundlegendes Element seine Abweichung von dem in den Nachbarländern Gewohnten vor: "Die Gesetzgebungen unserer Zeit legen dem Handelsrecht den Begriff des '*Handelsgeschäfts*' zu Grunde", das wiederum "subjektiv" darauf abstellt, ob von einem *Kaufmann im Rahmen seines Handelsgewerbes* vorgenommen oder aber "objektiv" fragt, ob das fragliche Geschäft "nach seiner

²⁷ Er fügt sicherheitshalber bei, dass dieses Postulat nicht die Rechtsvereinheitlichung, auch wenn bloss auf Handelsrecht beschränkt, gefährden dürfe. Damit öffnet er den Weg zu einer (vorläufigen) Ausarbeitung von auf Handelsrecht beschränkten Entwürfen der beiden Folgejahre.

²⁸ Der Bundesbeschluss zur Einsetzung der ("Dresdener") Kommission stammt vom 6. Februar 1862. Das fertiggestellte ADHGB war am 31. Mai 1861 an die Länder versandt worden und trat rasch als Landesgesetz in Kraft (z.B. 1862 am 1. März in Preussen und Sachsen, am 1. Juli in Bayern). Vgl. dazu die Vorbemerkungen von FRANCKE in dessen Ausgabe des Dresdener Entwurfs von 1866, sodann die Vorbemerkungen von W. SCHUBERT zu seiner Ausgabe der Protocolle der Commission zur Ausarbeitung eines allgemeinen deutschen Obligationenrechtes, 1984. Bd. I S. XIII ff. Wie in der Schweiz war zu jener Zeit die Alternativen der Gesetzgebung für das gesamte Zivilrecht oder aber einer (vorläufigen) Beschränkung auf das Obligationenrecht ein zentrales Thema, dagegen fehlt (jedenfalls seit der Ausarbeitung des ADHGB) in Deutschland jegliche Bezugnahme auf die Problematik der Ausgliederung des Handelsrechts als eines Sondergebietes.

inneren Natur ... als Handelsgeschäft angesehen werden soll." Beide Gesichtspunkte erscheinen gewöhnlich gemischt, "und dies ist namentlich der Fall in dem *Deutschen Handelsgesetzbuch*" (S. 249/50). Zu dieser Konzeption geht MUNZINGER auf Distanz; er beruft sich auf die in der Schweiz bestehende Forderung nach *Einfachheit* der Gesetzgebung und verweist auf die Schwierigkeiten, welche durch die Notwendigkeit der letztlich nicht sauber durchzuführenden Trennung von Handelsgeschäften und sonstigen Verträgen entstehen. Da unter dem eben erst erlassenen ADHGB noch keine Erfahrung besteht, beruft er sich auf jene in Frankreich, wo über den im ADHGB zum "Handelsgeschäft" gewordenen Begriff des *acte de commerce* "unzählige Controversen" entstanden seien. Seine Entscheidung ist daher nicht Ablehnung des ADHGB, sondern der französischen Handelsrechtstradition. Diese Haltung, die in jenen Jahren ohne Vorbild war, erstaunt um so mehr, wenn man weiss, dass MUNZINGER im übrigen eine besondere Neigung zu Frankreich zeigte: Studien in Paris, und an der Berner Fakultät nicht nur Vorlesungen in "französischem Civilrecht"²⁹, sondern auch Einsatz für eine Verstärkung dieses Unterrichts³⁰. Ein seltsamer Anblick, dass die Juristenschaft Deutschlands diskussions- und bedenkenlos das französische Muster übernimmt, während derjenige, der persönlich am ehesten Anlass hätte, sich für die Übernahme französischer Rechtsüberlieferung einzusetzen und diese profund kennt, schreiben kann: "*Aus den angeführten Gründen hat der schweizerische Entwurf den ebenso schwierigen wie ungenauen Begriff 'Handelsgeschäft' als Grundlage des Ganzen vollständig über Bord geworfen*" (S.254). Ergebnis ist Art.204 (S.197):

"Die Bestimmungen des dritten Buches (von den Geschäften des Mobiliarverkehrs³¹) haben mit Ausnahme der Vorschriften, welche sich ausdrücklich nur auf den *Verkehr von Kaufleuten* beziehen, *allgemeine Gültigkeit*." { S. 363-364 }

Wir haben einen als "handelsrechtlich" qualifizierten Entwurf vor uns, dessen wichtigster Teil für jedermann gilt, während kaufmännisches Sonderrecht auf wenige explizit vermerkte Ausnahmen beschränkt bleibt³². Damit ist unter der Etikette eines Handelsgesetzbuches bereits auf weiten Strecken allgemeines Obligationenrecht eingepackt und eine gegenseitige Integrierung beider Materien vorweggenommen. Und irreversibel ist der Verzicht auf die Tradition des *acte de commerce* bzw. des *Handelsgeschäfts*, ebenso die Minimierung der Bedeutung des Status des Kaufmanns.

Der Schweizer Jurist vermag die Bedeutung dieser von MUNZINGER bewirkten Weichenstellung nicht zu würdigen, da er nicht um die Schwierigkeiten weiss, die ihm dadurch erspart wurden. Anders in Deutschland, wo dem Juristen ohne Not auch heute noch viele Zusatzüberlegungen zugemutet werden.

²⁹ Dies deshalb, weil im Berner Jura nicht etwa das Bernische Civilgesetzbuch (1826/28) galt, vielmehr bis zum Inkrafttreten des ZGB im Jahre 1912 der französische CC in der Fassung von 1804. Dies erklärt auch, dass in Bern bis fast Ende des 19. Jahrhunderts noch *Vorlesungen über Naturrecht* gehalten wurden.

³⁰ Ueber den Studiengang von MUNZINGER (ab 1848 in Bern, dann in Paris und schliesslich Berlin) wie seine Vorlesungen an der Berner Fakultät vgl. FASEL (FN.6) S. 51ff. sowie oben S. 345; schliesslich auch BUCHER, Einfluss des französischen CC auf das Obligationenrecht, S. 139-176, bes. 170 ff., in *Das Obligationenrecht 1883-1983*, hgg. von P.CARONI, Bern 1884 [einsehbar <www.eugenbucher.ch> Nr.33].

³¹ Das dritte Buch (S.197-243: "Von den Geschäften des Mobiliarverkehrs"; Art.204-458) gibt vorab Regeln über die Erfüllung im allgemeinen und ordnet dann Kaufrecht (Art.244-260), Kommission (Art.261-283), Frachtvertrag (Art.284-321), Versicherungsvertrag (Art.322-347), Wechsel und Anweisung (Art.348-444) und schliesslich Lager- und Pfandscheine (Art. 445-458).

³² MUNZINGERS Motive nennen die Art. 209, 210, 220, 222, 223, 238-43, 243 (S.254).

Allerdings beginnt man einzusehen, dass die Trennung der beiden Bereiche auf die Dauer sich nicht wird halten lassen: In der modernen Dienstleistungsgesellschaft und bei zunehmender Abwicklung von Geschäften über die Elektronik ist die Sonderbehandlung des Kaufmannsstandes und der Handelsgeschäfte immer weniger zu rechtfertigen. Die Fassung von 1998 der §§ 1 ff. des HGB schafft einen neuen Kaufmannsbegriff, der die Grenzziehung zwischen Handels- und Zivilrecht wohl lockert. Und die dieser Tage neu eingefügten §§ 12 und 13 des BGB, die für den "Verbraucher" und den "Unternehmer" neues Sonderrecht schaffen, konkurrenzieren und relativieren in heute noch nicht leicht zu überblickendem Umfang die Anwendbarkeit der Regeln für Handelsgeschäfte. Sodann wird der Einfluss des englischsprachigen Rechtsraumes, dem standesbezogenes Sondervertragsrecht gänzlich fremd ist, zu gegebener Zeit ein übriges tun. Die zu erwartende Neuorientierung wird letztlich jenen viel einfacheren Zustand herbeiführen, der in der Schweiz seit MUNZINGER selbstverständlich ist und niemals irgend welche Nachteile hat erkennen lassen³³.

Der Blick in FASELS Materialsammlung kann dem deutschen Juristen den Abschied von kaufmannsbezogenem Sondervertragsrecht erleichtern, weil er zeigt, dass es nicht gilt, von ehrwürdiger nationaler Rechtstradition Abschied zu nehmen, sondern vielmehr von einem aus Frankreich importierten Fremdkörper, dessen Übernahme die Folge damaliger zeitpolitischer Verumständungen war, die heute als zufällig erscheinen³⁴. { S. 364-365 }

V. Die vom Gesetzestext (OR von 1881) ausgehenden Entwicklungslinien

Während vorstehende Hinweise zeigen sollen, welche Anregungen sich dem "Umgebungsmaterial" zur Gesetzgebung der Materialsammlung entnehmen lassen, bleibt hier zu vermerken der Einfluss des Obligationenrechts von 1881 auf das ihm zeitlich nachfolgende BGB³⁵.

³³ Als Nachteil kann allein die Einebnung der für gewöhnlichen Bürger und Kaufleute geltenden Regeln gesehen werden (Mängelrügepflicht für alle Käufer, OR Art.201; umgekehrt Herabsetzung überhöhter Konventionalstrafen auch unter Kaufleuten, OR Art.163), was allerdings durch entsprechende Normierung der fraglichen Punkte leicht hätte vermieden werden können und nicht systembedingt ist.

³⁴ Die Ausgliederung des Handelsrechts als Sondermaterie erklärt sich daraus, dass eine weitergehende Rechtsvereinheitlichung zur Jahrhundertmitte politisch nicht machbar schien. Die Anlehnung an das französische Vorbild ist die Folge dessen damaliger allgemeinen Akzeptanz (vgl. das Zitat von FICK, oben Fn.25), die keine Infragestellung grundlegender Elemente (insbes. des *acte de commerce*) zuliess.

³⁵ Die Fokussierung auf den finalen Gesetzestext ist eine Simplifizierung, die der Erläuterung bedarf: Die das BGB vorbereitende Kommission war bereits 1873 eingesetzt worden, welche die Ausarbeitung von Teilentwürfen zu den fünf Büchern einzelnen ihrer Mitglieder aufgetragen hatte. Im Jahre 1881 gingen die fünf Teilentwürfe an die Gesamtkommission (Nachdruck hgg. von W. SCHUBERT, Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission ..., 1980). Allerdings hatte der für das 2. Buch, das Obligationenrecht (sic!) bestellte VON KÜBEL wegen Krankheit bloss einen Teil fertig stellen können, sodass "im Wesentlichen der sogenannte Dresdener Entwurf eines Allgemeinen deutschen Gesetzes über die Schuldverhältnisse den Beratungen zur Grundlage" diente (so "Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Erste Lesung" von 1888; Vorwort S. IV und V;). Mindestens VON KÜBEL hatte noch auf die OR-Entwürfe von 1871 und 1875 zurückgegriffen. VON KÜBEL hat als einziges Mitglied der BGB-Kommission bereits der 1862 eingesetzten Kommission angehört, welche den Dresdener Entwurf ausarbeitete, in welcher Eigenschaft er wohl auch bereits MUNZINGERS Entwurf von 1864 samt Motiven von 1865 kannte.

1. Irrtum als Anfechtungs- statt als Nichtigkeitstatbestand

Das *römische Recht* hatte in das Vertragsrecht einen weitgehenden Schutz vor Willensmängeln eingebaut. Im Falle der durch *Drohung* bewirkten Vereinbarung musste der Bedrohte, der nicht gebunden sein wollte, eine heute als Anfechtung bezeichnete Erklärung abgeben, was mit dem Diktum *quamquam coactus voluit* einleuchtend begründet ist. Demgegenüber wurde jedoch der *Irrtum* (*error*, der auch den später als Betrug oder Täuschung qualifizierten Tatbestand einschloss) als *dissensus*, d.h. als ein Mangel des Konsenses und damit als Nichtbestehen des Vertrages verstanden. Dies ist denn auch der Mechanismus, der die nicht deutschsprachigen Gesetzesordnungen heute noch beherrscht³⁶.

Das BGB weicht vom traditionellen Modell der Dissenskonzeption ab: Die Wirkung des Irrtums besteht *nicht* in der *Nichtigkeit* des irrumsbehafteten Vertrages, sondern ist, ähnlich wie im Falle der Drohung, die *Möglichkeit der Vertragsanfechtung* (BGB § 119). Dieses heute in Deutschland als selbstverständlich empfundene System hat entscheidende konzeptuelle wie praktische Vorzüge: Heilsames Gezwungensein des angeblich Irrenden, sich zu entscheiden, ob der geschlossene Vertrag gelten solle oder nicht, sodann das Interesse des Gegners des Irrenden, über die drohende Ungültigkeit des geschlossenen Vertrages so bald als möglich orientiert zu werden und Klarstellung der Verhältnisse zu erlangen. Dazu kommt die gesetzgeberische *Möglichkeit der zeitlichen Terminierung* der Geltendmachung des Willensmangels wie umschrieben in BGB § 121, welche mit dem Konzept der Nichtigkeit infolge Dissenses nicht zu vereinbaren wäre. { **S. 365-366** }

Die Frage nach der Herkunft dieser gegenüber der romanistischen Tradition neuen Konzeption des Irrtumsrechts lässt sich eindeutig beantworten. Es sind die Entwürfe zum schweizerischen Obligationenrecht von MUNZINGER, welche erstmals eine derartige gesetzliche Lösung vorschlugen. Frühere Beispiele in Gesetzen, Entwürfen zu solchen oder auch bloss doktrinelles Äusserungen, welche eine derartige Lösung für den irrumsbehafteten Vertrag vorschlugen, sind dem Schreibenden nicht bekannt. Die bis dahin von niemandem in Frage gestellte Herrschaft der *traditionellen Dissens- und Nichtigkeitslösung* ist mit nicht zu übertreffender Eindeutigkeit dokumentiert:

- ALR I, 4 § 75: "Irrthum in ... der Willenserklärung macht dieselbe ungültig.";
- Code Civil Art. 1109: "Il n'y a point de consentement valable, si le consentement n'a été donné que par erreur..."; in Art. 1110/I: "l'erreur cause de nullité";
- ABGB § 871: "War ein Theil über den Inhalt der von ihm abgegebenen Erklärung in einem Irrthume befangen, ... so entsteht für ihn keine Verbindlichkeit ...";
- ZH/PGB § 926: "Ein wesentlicher Irrthum eines oder beider Kontrahenten verhindert das Zustandekommen des Vertrages:" und dazu § 929/I: "Der unwesentliche Irrthum dagegen verhindert das Zustandekommen des Vertrages nicht."³⁷.

³⁶ Zur Geschichte der Theorie der Willensmängel vgl. MARTIN J. SCHERMAIER, Die Bestimmung des wesentlichen Irrtums von Glossatoren bis zum BGB, Wien 2000.

³⁷ Es wird hier zwar kodifikationsgeschichtlich erstmals das Requisit der *Wesentlichkeit des Irrtums* und der Gegensatz hiezu formuliert (dazu einlässliche Regeln in §§ 927/II-929), welche Diktion vom CH/OR (Art. 23) wie auch der deutschen Doktrin (und halbwegs in BGB § 119/II) übernommen werden wird, jedoch kein Abgehen vom Nichtigkeitsdogma signalisiert.

- Sächsisches BGB § 95: "Wegen Irrthums, bestehe er in Wissen oder in Falschwissen, ist ein Rechtsgeschäft nichtig, ...". Die Nichtigkeitsfolge wird im Zusammenhang einzelner Erscheinungsformen bestätigt (§§ 837-839), wobei erwähnenswert ist, dass im Falle der Vertragsentstehung durch "widerrechtlich erregte begründete Furcht" (§ 831) oder durch "Betrug" (§ 833) der unzulässig Beeinflusste die Wahl hat, "bei dem Vertrag stehen [zu] bleiben oder denselben an[zu]fechten."

- Dresdener Entwurf, in Art. 59 bezogen auf *error in negotio*: "Ist der Wille des einen Vertragsschliessenden auf einen Vertrag anderer Art gerichtet, als der Wille des anderen, so ist der Vertrag nichtig."; in den Art. 60 bis 62 und 64 werden analoge Formeln bezüglich der *errores in re, in quantitate* und *in persona* statuiert, die alle Nichtigkeitsfolge auslösen.

Die Regelung des heutigen CH/OR ergibt sich aus dem Zusammenspiel zweier Artikel: Art. 23 OR (entsprechend Art.18 aOR) lautet: "Der Vertrag ist für denjenigen unverbindlich, der sich bei Abschluss in einem wesentlichen Irrtum befunden hat." und sodann Art. 31/I (entsprechend Art.28 aOR) :

"Wenn der durch Irrtum, Täuschung oder Furcht beeinflusste Teil binnen Jahresfrist weder dem anderen eröffnet, dass er den Vertrag nicht halte, noch eine schon erfolgte Leistung zurückfordert, so gilt der Vertrag als genehmigt." { **S. 366-367** }

Diese Formeln sind zwiespältig und machen die Rechtslage (Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit ?) zweifelhaft³⁸. MUNZINGERS Position war völlig klar. Im Entwurf von 1869 (§ 42/I) nimmt er noch das traditionelle Nichtigkeitsmodell auf, hat aber zwei Jahre später seine Linie gefunden und mit nicht zu übertreffender Präzision formuliert. Die ihm zuteil gewordene Erleuchtung veranlasste ihn, im Entwurf 1871 dem Gegensatz von "Nichtigkeit und Anfechtbarkeit von Verträgen" einen eigenen Abschnitt (9. Abschnitt; §§ 84-89; S.567 f.) zu widmen: "Ein anfechtbarer Vertrag gilt als zu Recht bestehend, bis derselbe von den hiezu Berechtigten angefochten wird." (Art.86/I)³⁹.

Eine Abweichung von MUNZINGER bringt leider der letzte Entwurf (1879), der nicht nur die Normierung der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit überhaupt beseitigt, sondern die zitierte unglückliche Formel von OR Art. 23/I statuiert (Entwurf 1879 Art.22, aOR Art.18; S. 1054 und 1279)⁴⁰ und damit die Lesart i.S. traditioneller Nichtigkeit wieder in die Nähe rückt. Gutes Recht ist allein der Anfechtungsgrundsatz, d.h. die von MUNZINGER geprägte Formel der Entwürfe 1871, 1875 und 1877, die im BGB weiterlebt⁴¹. Der direkte Einfluss MUNZINGERS auf den Text von BGB § 119/I lässt sich naturgemäss nicht nachweisen. Dokumentarisch ausser jeden Zweifels gesetzt ist aber MUNZINGERS

³⁸ Was früher in der Schweiz Diskussion über die "Konstruktion" des Vorgangs der Vertragsauflösung veranlasst hat: Ist der willensmängelbehaftete Vertrag vorerst gültig, aber unter eine auflösende Bedingung (der Erklärung der Anfechtung) gestellt? Oder aber ist er ungültig (nichtig), jedoch im Falle des Eintritts der aufschiebenden Bedingung der Genehmigung (explizit oder durch Stillschweigen) nachträglich geheilt ?

³⁹ Vor diesem Hintergrund ordnet Art 33/I an: "Ein Vertrag kann von dem Kontrahenten, der sich in einem wesentlichen Irrthume befunden hat, angefochten werden, der Irrthum sei entschuldbar oder nicht." Gleich Entwurf 1875 und Entwurf 1877 (je Art.80/I und 30/I).

⁴⁰ Die ergänzende Sanktionsnorm von heute OR Art. 31/I (aOR Art.28/) lautet dort noch: "Ein wegen Irrthums, Betrug oder Furcht unverbindlicher Vertrag kann von demjenigen Kontrahenten, für welche er nicht verbindlich ist, genehmigt werden. Der Vertrag gilt als genehmigt, wenn der nicht gebundene Kontrahent innerhalb Jahresfrist weder dem anderen Kontrahenten seinen Entschluss, ihn nicht zu halten, gerichtlich oder aussergerichtlich zu erkennen gibt, noch die geschehene Leistung zurückfordert."

⁴¹ Die Gegenthese der durch Genehmigung heilbaren Nichtigkeit hat denn auch kaum noch Anhänger.

alleinige Urheberschaft an der heute als selbstverständlich empfundenen, dazumal aber keinerlei Vorbild kennenden Anfechtungsregel, dies mit zeitlichem Vorrang von rund zwei Jahrzehnten⁴².

2. Beendigung von Schuldverhältnissen nach dem Muster von CH/OR Art. 107 und
BGB § 326 a.F. bzw. § 323 n.F.

Die gemeinrechtliche Tradition kannte keine Möglichkeit, Verträge wegen ausbleibender Erfüllung zu beenden. Im alten Rom hatte der nicht befriedigte Gläubiger unter dem Formularprozess auf Erfüllung zu klagen, wobei das Urteil gegen den die eingeklagte Leistung nicht anbietende Schuldner auf Geldersatz lautete { S. 367-368 } (*omnis condemnatio pecuniaria*)⁴³. Die Notwendigkeit, auf die Leistung selber zu klagen, wurde in der Rezeptionszeit auch unter verändertem, die *condemnatio pecuniaria*-Regel nicht mehr kennenden Prozessverfahren beibehalten. Schlecht für den Gläubiger, der die dringend benötigte Leistung sich anderweitig beschaffen wollte oder umgekehrt infolge Zeitablaufs das Interesse an ihr verloren hatte; ihm blieb nur die Hoffnung, dass die ihm geschuldete Leistung unmöglich wurde und er so Gewissheit erhielt, die nicht mehr erwünschte Sache nicht länger annehmen zu müssen. Derartige Regelung kann aus heutiger Sicht in keiner Weise befriedigen⁴⁴. Das unkritische Anhängen an romanistische Tradition⁴⁵ ist der Hintergrund der Tatsache, dass die Unmöglichkeit der nicht erbrachten schuldnerischen Leistung zu einem Zentralpunkt des Leistungsstörungenrechts der deutschsprachigen Kodifikationen werden konnte, dies nur beiläufig und ohne nennenswerte Folgen in der Schweiz (Art.119), dann aber, mit bekannter grosser Tragweite, im BGB (§ 275/I)⁴⁶.

⁴² Zu beachten ist, dass selbst der BGB-Entwurf von 1888 (Willensmängel; §§ 95-104) noch ganz auf die traditionellen Nichtigkeitstheorie abstellt und allein im Falle von Drohung oder Betrug einen Anfechtungstatbestand statuiert (§ 103/I). Die Hintergründe der Wandlung hin zu dem heutigen Anfechtungsmechanismus sind dem Schreibenden nicht bekannt: Von PLANCK (PLANCKS Kommentar zu BGB Bd. I, § 119) werden sie nicht offengelegt, und die Protokolle der Kommission (1897, Bd.I S.102 ff.) geben keinen Aufschluss über die Antragsteller und deren Motive.

⁴³ Vgl. dazu KASER/HACKL, Römisches Zivilprozessrecht, 2.Aufl.1996, S.372: "Der Grundsatz der Geldkondemnation gilt für *alle* Leistungsklagen, also auch dann, wenn der Kläger mit *actio in rem* die Herausgabe seiner eigenen Sache fordert". Was die Tragweite der Regel demonstriert.

⁴⁴ Dazu unten Zif. VI. -- Sachlich geboten ist objektive Anknüpfung an die Tatsache nicht zeitig erbrachter Leistung: Der Gläubiger darf sich nicht darum kümmern müssen, ob dem Schuldner die Möglichkeit oder aber der gute Wille zur Leistung fehlt: Warum der Böswillige besser gestellt sein soll als der Unfähige, ist nicht zu erkennen. Unmöglichkeit als Voraussetzung der Vertragsterminierung zu machen, ist zuerst einmal schlecht, weil die unterschiedlichen Sachverhalte der subjektiven Unfähigkeit bzw. Unwilligkeit und der objektiven Unmöglichkeit in den gleichen Topf geworfen werden, und sodann zweitens vorab deshalb unangemessen, weil sie den Gläubiger in Ungewissheit über die Rechtslage stürzt, hat er doch im Regelfall kein Wissen um die Gründe des Ausbleibens der Leistung und meist keine Möglichkeit, sich dieses Wissen zu verschaffen.

⁴⁵ Allerdings darf den alten Römern nicht eine derart unbefriedigende Konzeption unterstellt werden: Die Regel der *condemnatio pecuniaria* bewirkte, dass die Erhebung einer Leistungsklage, wenn der Schuldner nicht im Verfahren sofort die geschuldete Leistung erbringen bzw. sicherstellen konnte, er zu Geldleistung verpflichtet wurde, die an Stelle der Vertragsleistung trat: Wenn wir uns das (mündliche !) Verfahren als rasch ablaufend vorstellen, ergibt sich eine Regelung, welche die Gläubigerinteressen wahrt und nicht mit den Mängeln des Abstellens auf die Unmöglichkeit behaftet ist und der Lösung des OR (wie jetzt auch des BGB) im Ergebnis nahekommt.

⁴⁶ CH/OR Art. 119/I (wortgleich aOR Art. 145/I): "Soweit durch Umstände, die der Schuldner nicht zu

Der *französische CC* schafft eine neue Ausgangslage und gewährt als Folge ausbleibender Leistung die Option der Vertragsterminierung, die von der Möglichkeit der ausstehenden Leistungserbringung gänzlich absieht: Art. 1184/I:

"La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques , pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement."

Diese Konzeption knüpft erstmals in der Kodifikationsgeschichte an den objektiven Sachverhalt ausbleibender Erfüllung an und eröffnet neue Perspektiven. { S. 368-369 } Sie ist allerdings mehr Theorie als tatsächlich gelebtes Recht, denn, anders als der Annahme einer vertraglichen Auflösungsklausel entsprechend würde, tritt Vertragsterminierung nicht etwa als Folge der Erklärung des verletzten Gläubigers *ex lege* (bzw. *ex contractu*) ein, sondern hängt von *richterlicher Vertragsauflösung* ab (Art. 1184/II, III). Diese wirkte bis anhin nur *ex nunc*, was ausschliesst, dass der nicht befriedigte Gläubiger den Vertrag als beendet behandeln kann, um in einer späteren gerichtlichen Auseinandersetzung sich bestätigen zu lassen, dass sein Standpunkt gerechtfertigt war: Bis zum rechtsgestaltenden Urteil des Richters steht der Vertrag aufrecht und bindet bis dahin auch den permanent nicht befriedigten Gläubiger.

Ebenfalls neue, aber *bessere Wege* beschreitet das *österreichische ABGB* in § 918/I: "Wenn ein entgeltlicher Vertrag von einem Teil entweder nicht zur gehörigen Zeit, am gehörigen Ort oder auf die bedungene Weise erfüllt wird, kann der andere entweder Erfüllung und Schadenersatz wegen der Verspätung begehren oder unter Festsetzung einer angemessenen Frist zur Nachholung den Rücktritt von Vertrag erklären."

In § 921 wird präzisierend festgehalten, dass die Wahl des Rücktritts vom Vertrag vertragliche Schadenersatzansprüche nicht ausschliesst. Damit ist eine Lösung verwirklicht, wie sie besser nicht sein könnte und heute allgemeine Anerkennung gewinnt. Erstaunlich ist allein, dass sich diese Regel des ABGB des Jahres 1811 in der Folge nicht mit Selbstverständlichkeit allgemein durchsetze.

Das *zürcherische PGB* richtet sich im allgemeinen Vertragsrecht (ZH/PGB Art. 997) nicht viel anders als das ALR noch auf die vom Schuldner "unmöglich gemachte" Erfüllung aus, welche Ersatzpflicht begründet, während im Falle des Exkulpationsbeweises ("ohne sein Verschulden aus zufälligen Ursachen") eine Ersatzpflicht entfällt (§ 1006). Zu beachten ist jedoch, dass das PGB im *Kaufrecht* für den "*kaufmännischen Verkehr*" und den Fall der Nichteinhaltung eines verabredeten Liefertermins dem Käufer das Recht der Wahl einräumt, "ob er die nachträgliche Lieferung der Waare fordern, beziehungsweise die verspätete Lieferung annehmen oder von dem Kaufgeschäft zurücktreten" wolle (PGB § 1401). Dies ist denn auch die Regel, welche von Art.355 des ADHGB aufgenommen werden sollte und bereits 1855 die Lösung von CH/OR und BGB wenigstens partiell antezipierte.

Von einer Verankerung dieses Grundsatzes im allgemeinen Vertragsrecht oder auch bloss im

verantworten hat, seine Leistung unmöglich geworden ist, gilt die Forderung als erloschen.", und auf der gleichen Linie das BGB in alter wie neuer Fassung in § 275/I. All dies ist sinnlos: Dass die unmögliche Leistung nicht erbracht werden wird, ist naturgesetzlich vorgegeben und eine entgegengesetzte Regel (Pflicht zur Leistung) durch die Logik ausgeschlossen. NOTA: Die zwecklose Regel von OR 119/I findet sich erstmals im Entwurf 1879 (Art. 151/I; S. 1075), während sie in Munzingers Entwurf 1871 und bis hin zum Entwurf 1877 noch fehlt ! Die Urheberschaft an dieser Verschlimmbesserung der letzten Minute möge offen bleiben.

Kaufrecht konnte trotzdem keine Rede sein: Das *BGB für das Königreich Sachsen* nimmt weder von der Lösung des ABGB oder auch bloss von jener des ZH/PGB und des ihm folgenden ADHGB Kenntnis: Im Vertragsrecht wird über "Einfluss der Verschuldung" gehandelt, aber im entscheidenden Punkt allein in § 1009 festgehalten: "Wird eine Leistung ... unmöglich, so erlöscht (sic) die Forderung, ...vorbehältlich der Verantwortlichkeit des Schuldners für Verschuldung und für einen etwa eingetretenen Verzug." Es wird nur gerade für den { **S. 369-370** } Fall der Unmöglichkeit das Erlöschen der Forderung unter Haftung des Schuldners für Verschulden angeordnet; eine Möglichkeit der Vertragsbeendigung wegen ausbleibender Erfüllung findet sich weder im allgemeinen Vertragsrecht noch im Kaufrecht. Auf gleicher Linie bewegt sich auch der *Dresdener Entwurf*: Der in § 283 umschriebene Verzug ist Voraussetzung von Schadenersatzansprüchen (§ 291), keineswegs aber Grundlage einer Vertragsterminierung⁴⁷.

Vor diesem Hintergrund erlangen die Vorarbeiten zum CH/aOR Bedeutung, welche von Beginn an im allgemeinen Vertragsrecht von der Ausrichtung auf die Unmöglichkeit der Leistungserbringung abgehen und den vom österreichischen ABGB in dessen § 918 und dem Kaufrecht des CH/PGB gewiesenen Weg wieder aufnehmen. In diesem Punkte geht allerdings der letzte entscheidende Schritt nicht auf MUNZINGER zurück: Seine Entwürfe sehen zwar die Möglichkeit der Ansetzung einer Nachfrist unter der Androhung der Vertragsauflösung im Nichterfüllungsfalle vor, doch ist es bei ihm der Richter, der diese Nachfrist anzusetzen hatte⁴⁸, auf welcher Linie sich auch noch der Entwurf von 1877 bewegte. Dies war zwar gegenüber den Vorbildern, dem *Dresdener Entwurf* und auch gegenüber dem F/CC, der die Vertragsauflösung selber in die Hand des Richters legt, ein entscheidender Fortschritt. Den gänzlichen Verzicht auf die Mitwirkung des Richters und damit den Durchbruch zu dem heute in der Schweiz wie in Deutschland herrschenden System brachte der *Entwurf von 1879* mit der Formel von Art.130: "Wenn sich bei zweiseitigen Verträgen der eine Kontrahent im Verzuge befindet, so kann ihm der andere Kontrahent eine angemessene Frist zur nachträglichen Erfüllung ansetzen oder durch eine zuständige Behörde ansetzen lassen mit der Androhung, dass nach Ablauf dieser Frist der Vertrag aufgelöst sei." (S. 1070). Diesem Muster folgt zwar noch nicht der BGB-Entwurf von 1888, wohl aber dann das BGB selber in § 326/I Satz 1: "Ist bei einem gegenseitigen Verträge der eine Teil mit der ihm obliegenden Leistung in Verzuge, so kann ihm der andere Teil zur Bewirkung der Leistung eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, dass er die Annahme der Leistung nach dem Ablaufe der Frist ablehne."⁴⁹ { **S. 370-371** }

⁴⁷ Im Hauptstück "Wegfall des Inhalts der Verbindlichkeit" statuiert § 388 gerade bloss: "Ist dem Schuldner durch Zufall die Erfüllung der Verbindlichkeit unmöglich geworden, so wird er von seiner Verbindlichkeit befreit und hat dem Gläubiger für den daraus entstandenen Schaden nicht zu haften."

⁴⁸ Entwurf 1871 Art. 159 (S.577); Entwurf 1875 Art. 149 (S.722).

⁴⁹ Wie im Falle der Willensmängel-Anfechtung (oben Fn. 42) bleiben auch hier die Gründe der erst in letzter Minute eingetretenen besseren Einsicht des Gesetzgebers ungeklärt. -- Im übrigen verdienen die Gründe Beachtung, welche verhindert haben, dass die Regel von BGB § 326 zu voller Wirkung kam und eine halbe Sache blieb: Wie in der Schweiz setzt die Vertragsterminierung Verzug des Schuldners voraus. Nach BGB (§ 285) ist jedoch, anders als in der Schweiz, der Verzug verschuldensabhängig, was den Gläubiger, der die Verschuldensfrage meist nicht zu beurteilen vermag, im Zweifel lässt, ob auch Verzug vorliege und die von ihm anzusetzende Frist bei unbenütztem Ablauf den Vertrag tatsächlich zu einem Ende bringt.

VI. Vergangene Episode: Ausrichtung der Ersatzpflicht wegen Nichterfüllung auf die Unmöglichkeit der ausgebliebenen Leistung

Im Leistungsstörungenrecht der *französischen Rechts tradition* spielt die Vorstellung des Unmöglichwerdens der Leistung *keinerlei Rolle*⁵⁰. Der zentrale, einfache und hinreichende Gehalt des F/CC (Art. 1147 und 1148) lässt sich dahin zusammenfassen, dass der nicht oder schlecht erfüllende Schuldner dem Gläubiger dessen Schaden zu ersetzen hat, es sei denn, dass ihm (infolge von *force majeure*) die Gründe des Ausbleibens gehöriger Leistung nicht zugerechnet werden können. Ihm folgen im Wesentlichen die Kodifikationen des romanischem Sprachbereichs, im Ergebnis aber auch das schweizerische OR.

Im BGB des Jahres 1900 wird die Nichtigkeit als Folge der Unmöglichkeit der Leistung ins Zentrum der Sanktionierung der Vertragsnichterfüllung gestellt und okkupiert die Position als Ausgangspunkt der Normierung der Ersatzpflicht des Nichterfüllenden⁵¹. Die Gefolgschaft zum *Allgemeinen Preussischen Landrecht (ALR)* ist offenkundig⁵². Dieses behandelt in I/5 unter dem Marginale XI "Aufhebung der Verträge" und im Unterabschnitt 2 die Aufhebung "Wegen Unmöglichkeit der Erfüllung". § 360 statuiert bei verschuldeter Unmöglichkeit eine Haftung des Schuldners, wogegen § 364 bei unverschuldeter Unmöglichkeit Aufhebung des Vertrages anordnet⁵³. Dem tritt in Unterabschnitt 5 "Wegen Mangels der Erfüllung von der andern Seite" § 393 entgegen, der festhält:

"Die von der einen Seite geweigerte oder nicht gehörig geleistete Erfüllung des Vertrages berechtigt den Andern in der Regel noch nicht, von dem Verträge selbst wieder abzugehen"⁵⁴.

⁵⁰ Unter den Gründen des Erlöschens der Obligationen in der Aufzählung des Art. 1234 werden insgesamt neun Positionen (*paiement, novation, remise volontaire, compensation, confusion, perte de la chose, nullité ou rescision, par l'effet de la condition résolutoire, prescription*) aufgezählt (die in den Art. 1235-1304, 1183-1184 und 2219-2281 im einzelnen abgehandelt werden), das Unmöglichwerden des Leistungsinhalts der Obligationen wird nicht genannt.

⁵¹ Das CH/OR kennt zwar ebenfalls die Unmöglichkeit als Vertragsterminierungsgrund (aOR Art.145; OR Art.119). Diese Bestimmung geht indessen nicht über die Verankerung der *impossibilium nulla obligatio*-Regel bei Fehlen von Verschulden (praktisch für den Fall der *force majeure*) hinaus, ohne aber umgekehrt die schuldhaft Herbeiführung der Unmöglichkeit zur Voraussetzung der Vertragshaftung zu machen, kann daher dem BGB nicht als Vorbild gedient haben. -- Die genannte Regel ist ohne jede Bedeutung geblieben: Dass unmögliche Leistungen nicht erbracht werden wird, steht zum vornherein fest, und die Freistellung des Schuldners von Ersatzpflicht folgt bereits aus der allgemeinen Regel der Verschuldensabhängigkeit der Vertragshaftung (aOR Art.145; OR Art.97). FASELS Materialsammlung illustriert, dass diese entbehrliche Bestimmung erstmals im letzten Entwurf (1879) auftaucht (Art.151) und allen vorangehenden Entwürfen noch fehlt.

⁵² Der Dresdener Entwurf geht wohl in der selben Richtung wie das ALR, ist indessen weniger explizit als dieses.

⁵³ § 360: "Kann der Versprechende durch eigene Schuld dem Andern das Versprochene nicht geben oder leisten, so muss er für das Interesse, nach Verhältniss seiner eintretenden Verschuldung, haften."; und §§ 364: "Entsteht die Unmöglichkeit ... durch einen Zufall, oder durch unabwendbare Gewalt und Uebermacht, so wird der Vertrag für aufgehoben angesehen."

⁵⁴ Hiezu wird in § 394 gesagt, dass dem Gläubiger Klage auf Realerfüllung und Ersatz des Verspätungsschadens zustehe. Die weiteren Regeln beziehen sich allein auf Auseinandersetzungen bezüglich Zusammenspiel von Leistung und Gegenleistung: § 397 gibt die Möglichkeit, zwischen (durch Anspruch auf Verspätungsschaden ergänzten) Erfüllungsanspruch und "Zurücktreten vom Vertrag" zu wählen. Diese steht nicht, wie man erwarten möchte und wie

{ S. 371-372 }

So bleibt es bei der in § 364 statuierten Regel der "Aufhebung" des Vertrages bei unverschuldeten Eintritt der Unmöglichkeit der einen Vertragsleistung, und jener von § 360, dass bei verschuldeter Unmöglichkeit der Schuldner für Schaden haftet.

Das *BGB in der Fassung von 1900* bleibt nicht bei der Unmöglichkeit der Leistung als Vertragsterminierungsgrund stehen, sondern macht das Unmöglichwerden der Leistung zum Zentrum des gesamten Leistungsstörungenrechts überhaupt und insbesondere zur *Voraussetzung des Schadenersatzanspruchs des nicht befriedigten Gläubigers*: § 280 statuierte eine *Ersatzpflicht* des *schuldhaft nichterfüllenden Schuldners* zwar für den (ganz seltenen!) Ausnahmefall der *unmöglich gewordenen Leistung*, lässt aber den Hauptfall, das Ausbleiben der Leistung aus im Geschäftsgebaren des Schuldners liegenden landläufigen Gründen, ohne Sanktion. Gemäss § 323/I büsste sodann der Schuldner seinen *Anspruch auf Gegenleistung* nur gerade im Falle des Unmöglichwerdens der von ihm geschuldeten Leistung ein, nicht aber bei Versagen der ihm noch möglichen Leistungserbringung. In § 325 wurde schliesslich der *Schadenersatzanspruch* des nicht befriedigten Gläubigers *wegen Nichterfüllung* nicht an den Umstand des Ausbleibens der Leistung, sondern an deren Unmöglichwerden geknüpft, liess damit den die noch mögliche Leistung nicht erhaltenden Gläubiger vorerst ohne Ersatz und den nichterfüllenden Schuldner von Ersatzpflicht unbelastet, mochte dieser seine Leistung auch aus blosser Bösartigkeit vorenthalten. Die im BGB von 1900 aufgestellte seltsame Regel ging demnach dahin, die vertragsrechtliche Nichterfüllungssanktion nicht vom Faktum ausgebliebener Vertragserfüllung, sondern von deren Unmöglichkeit abhängig zu machen, sodass der Schuldner nicht für das Ausbleiben der geschuldeten Leistung, sondern für die Verunmöglichung deren Erbringung haftete. Eine Lösung, deren Absonderlichkeit sich heute allein als Folge unkritischer Traditionshörigkeit, nicht aber mit Sachargumenten erklären lässt⁵⁵.

All dies ist nun aber seit kurzem Geschichte: Nach 102 Jahren ist der Spuk der auf Unmöglichkeit ausgerichteten Nichterfüllungssanktionierung im deutschen Vertragsrecht ausgeräumt: Die Schuldrechtsrevision des Jahres 2001 kann beanspruchen, in diesem Punkt eine Verbesserung, heisst: Rückkehr zur Normalität, herbeigeführt zu haben⁵⁶. Es ist jetzt *grosso modo* ein Rechtszustand herbeigeführt, der ausserhalb des deutschen Sprachbereichs seit je Normalität war und, wie **{ S. 372-373 }** der Textausgabe FASEL zu entnehmen ist, in der Schweiz seit den Anfängen der Kodifizierungsbemühungen eine Selbstverständlichkeit darstellte.

es sinnvoll wäre, jedem Gläubiger zu, sondern ist auf die Sondersituation eingeschränkt, dass der nichterfüllende Schuldner seine Nichtleistung mit dem Einwand begründet hatte, die ihm zustehende Gegenleistung nicht erhalten zu haben bzw. infolge Unvermögen seines Schuldners nicht erwarten zu können.

⁵⁵ Bei der Statuierung der Novität der Vertragsterminierungsregel von § 326 hat der Gesetzgeber nicht nur verkannt, dass damit die im deutschen Sprachbereich herkömmliche Verrenkung des Abstellens auf Unmöglichwerden der Leistung entbehrlich wird, sondern auch, dass § 326 seine Wirksamkeit nicht richtig entfalten kann, wenn der *Verzug*, der diese Option eröffnet, vom *Verschulden* abhängig gemacht wird (§ 285); vgl. dazu oben Fn.49

⁵⁶ Vgl. die Unformulierungen von §§ aBGB 275, 280, 323-326 u.a.

VII. Schlussbemerkungen

Die vorstehenden Hinweise wollten die *genetische Verbundenheit* der obligationenrechtlichen Regelung des BGB und der schweizerischen Gesetzgebung dokumentieren. Die Abhängigkeit der letzteren von der deutschen Rechtskultur war seit jeher jedermann klar, die Beeinflussung des *äusseren Ablaufs der Gesetzgebung* von den parallelen Kodifikationsabläufen in Deutschland aber wohl dem schweizerischen Juristen meist nicht bewusst. Noch weniger sind allerdings beidseits des Rheins die vom schweizerischen OR des Jahres 1881 und der zu diesem führenden Vorarbeiten auf die deutsche Gesetzgebung wirkenden Einflüsse den Juristen gegenwärtig.

Die enge Verwandtschaft der beiden Gesetzeswerke ist offenkundig. Anschliessend an die Feststellung, dass die Schweiz die Grundlagen seines OR auf weiten Strecken dem nördlichen Nachbarn verdankt, darf der helvetische Beobachter aber doch zweierlei festhalten: Einige Regeln des BGB haben ihre Wurzeln in der schweizerischen Entwicklung, so die Konzeption der Willensmängel als Anfechtungstatbestände (§ 119; oben IV/1) und die Verzugsfolge der Vertragsterminierungsmöglichkeit (§ alt 326/I bzw. rev.323/I; oben IV/2), zu welchen zwei grundlegenden Elementen weitere von geringerer Bedeutung hinzutreten.

Das *Interesse des Komparatisten* richtet sich aber noch mehr auf *Verschiedenartigkeiten*. Grundlegende legislatorische Entscheidungen der Schweiz hat das BGB nicht übernommen, sondern ging andere Wege⁵⁷. Forscht man nach den Unterschieden und deren Entstehungsursachen, wird, wie hier anzudeuten war, die den Anlass vorliegender Zeilen bildende Materialsammlung wichtig.

Die Betrachtung von Einzelaspekten führt zum Schluss noch zu der allgemeinen *Frage* nach den *Unterschieden im Habitus* der beiden Gesetzeswerke, oder besser gesagt, nach der Andersartigkeit der *Haltung deren Schöpfer*. Jene des schweizerischen Gesetzgebers war durch Pragmatismus vereint mit Bindung an gute Tradition geprägt, wobei die Traditionstreue, soweit sich das nach anderthalb Jahrhunderten rückerschliessen lässt, vielleicht in Zusammenhang steht mit dem Fehlen einer höher entwickelten eigenen Rechtskultur und dem daraus folgenden Respekt vor der aus fremder Hand übernommenen Tradition. Demgegenüber ist der deutsche Gesetzgeber weniger von Problembewusstsein geprägt, neigt vielmehr dazu, sich von dogmatischen Überlegungen leiten zu lassen. Dies hinderte die Väter des BGB { **S. 373-374** } nicht, von jahrhundertealten dogmatischen Überlieferungen abzugehen und Neuerungen zu wagen. Diese sind zum Teil verdienstvoll und in die Zukunft weisend (die oben genannten Neuausrichtungen nach schweizerischem Vorbild). Da im Schuldrecht Originalität noch risikoreicher ist als in anderen Bereichen unseres Faches, vermögen manche der darüber hinausgehenden Abweichungen von guter romanistischer Tradition im historischen Rückblick nicht zu überzeugen⁵⁸. Mit derartigen Neuerungen rückte das BGB von der

⁵⁷ Dem aussenstehenden Betrachter will es scheinen, dass die Abweichungen dem BGB zum Nachteil gereichen. Hier nur zu erinnern an die Aussonderung der Verträge des Kaufmannstandes aus dem allgemeinen Schuldrecht (oben III/2,3), oder die Ausrichtung der Schadenersatzsanktionen statt auf die Tatsache der Nichterfüllung auf jene des Unmöglichwerdens der Leistung, eine Absonderlichkeit des BGB, die erst dieser Tage beseitigt wurde (oben VI).

⁵⁸ An erster Stelle denkt man gewiss an die *Figur des Rechtsgeschäfts*. Aus der Liste weiterer von romanistischer Tradition abweichender Regeln sei nur gerade noch genannt das Abgehen im Kaufrecht von der wohlherprobten *Eviktionshaftung* (die der Schreibende seit langem kritisierte; BUCHER in Festgabe für Karl

gemeineuropäischen Rechtsüberlieferung weg; die von der (vorab romanistischen) Tradition abweichenden Regeln sind es, welche im restlichen Europa nicht verstanden wurden und werden.

Wenn das schweizerische Gesetz im nicht-deutschsprachigen Ausland leichter nachvollzogen wird, heute sein Alter weniger zur Schau trägt und jugendfrischer wirkt als das um 17 Jahre jüngere BGB, erklärt sich dies gleichermassen aus seinem Streben nach Simplizität wie dem Verzicht auf das Wagen von nicht Erprobtem.

Neumayer, Basel 1996 S. 179 ff., oder in "recht" 1996 S.178-188 [www.eugenbucher.ch Nr.66]). Die Schuldrechtsreform 2001 rührt mit gutem Grund an dieser Regelung, ohne allerdings Klarheit zu schaffen (in § 433/I wird die Pflicht der Eigentumsverschaffung weiterhin auf die selbe Stufe wie jene der Sachübergabe gestellt und damit als vertragliche Hauptpflicht präsentiert. Andererseits erlaubt die Beseitigung des die Anwendbarkeit der §§ 320ff. festschreibenden § 440 wie auch die Beifügung des auf die traditionelle Eviktions-Formel anspielenden Satzes 2 die Lesart, dass die in § 433/I genannte Sachverschaffungspflicht nur gerade die Funktion der Abgrenzung gegenüber Miete und Leihe habe, d.h. die gute Eviktionshaftung wieder hergestellt sei).