

§ 3	Zum geschichtlichen Hintergrund des schweizerischen Schuldrechts	15
I.	Die Entwicklung des Schuldrechts im allgemeinen	15
II.	Zur Entwicklung der Privatrechts-Vereinheitlichung im allgemeinen	16
III.	Die Entstehung des (alten) Obligationenrechts (aOR)	17
IV.	Zur Rechtsvereinheitlichung in Deutschland	17
V.	Grundlagen von OR und BGB	18
VI.	Revision des OR im Jahre 1911	19
VII.	Verhältnis von Gesetzestext und Recht im heutigen Schuldrecht	20
VIII.	Normative Rechtsbetrachtungen und «Aktionendenken»	22

§ 3 Zum geschichtlichen Hintergrund des schweizerischen Schuldrechts

I. Die Entwicklung des Schuldrechts im allgemeinen

Dem hochdifferenzierten Vertragsrecht der Römer lag wohl eine entsprechend grosse praktische Bedeutung für den Handel in Italien und im Mittelmeerraum zugrunde. Im Mittelalter liegt nicht nur der Handel vergleichsweise darnieder, sondern allgemein scheint weniger Bedürfnis für vertragliche Regelung der Rechtsbeziehungen bestanden zu haben (Urproduktion, Güterumsatz mit Zug-um-Zug-Geschäften, streng zünftische Ordnung des Gewerbes usw.), so dass auch die praktische Bedeutung des Schuldrechts (etwa im Gegensatz zu der lehensrechtlichen Regelung der Bodennutzung) verhältnismässig gering ist. Erst im Verlauf des 19. und 20. Jahrhunderts erlangt das Vertragsrecht die heutige Stellung¹.

Diese Feststellungen haben nicht bloss historisches Interesse, sondern sollen erklären, weshalb die schweizerische und deutsche Gesetzgebung, die den Stand der Dinge in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts spiegeln, in einigen Teilen den heutigen Bedürfnissen nicht gewachsen sind. Aus dem Gebiet des Allgemeinen Teils seien die durch die Verbreitung von Standardverträgen aufgrund «Allgemeiner Geschäftsbedingungen» geschaffene Situation erwähnt (dazu unten § 10/XIV), sodann der Umstand, dass das heutige Vertragsrecht nur ungenügend der Aufgabe gerecht wird, der Möglichkeit vertraglicher Selbstbindung Schranken zu setzen, z. B. die Bindungswirkung von für «ewige» Zeit geschlossenen Verträgen zu begrenzen². Der Gesetzgeber richtet zur Hauptsache seine Regelung auf punktuell wirkende Verträge (insbesondere Gütertauschverträge, wie Kauf) aus, während er *Dauerschuldverhältnisse*

¹ ANSON stellt zur Entwicklung des englischen Vertragsrechts fest, dass diese mit dem Aufschwung von Industrie und Handel zusammenfällt; er weist darauf hin, dass in den für den damaligen Zustand repräsentativen «Commentaries on the Laws of England» von Blackstone (1756) dem Recht des Grundeigentums 380 Seiten, dem Vertragsrecht ganze 28 Seiten gewidmet sind, ANSON's, Law of Contract, 26th ed., Oxford 1984, p. 1. Nicht anders waren die Verhältnisse auf dem Kontinent.

² Vgl. dazu unten § 15 zu ZGB 27.

nicht angemessen berücksichtigt³, weshalb die gesetzlichen Lösungen auch nicht immer ohne weiteres auf diese übertragen werden können⁴.

II. Zur Entwicklung der Privatrechts-Vereinheitlichung im allgemeinen

Kodifikatorische Rechtsvereinheitlichung vollzieht sich in der Regel nach folgendem Schema: Ansatz bei Wechsel- und Scheckrecht, Übergang zum Handelsrecht und (kaufmännischen oder bürgerlichen) Kaufrecht bzw. Vertragsrecht, allenfalls einschliesslich Mobiliar-Verkehrsrecht und allgemeinem Schuldrecht. Vereinheitlichung des übrigen Zivilrechts (Familienrecht, Erbrecht, Immobiliarsachenrecht) erfolgt erst zuletzt. So die Vorgänge in Deutschland (unten Ziff. IV) wie der Schweiz (Ziff. III, VI).

International ist heute in grösserem Umfang erst das Wechsel- und Scheckrecht vereinheitlicht (Genfer Wechselrechtsabkommen vom 7.6.1930, Genfer Scheckrechtsabkommen vom 19.3.1931), denen die meisten Staaten des europäischen Kontinents (einschl. UdSSR), Südamerikas und Japan (nicht aber die Länder des Britischen Commonwealth und die USA) beigetreten sind, sowie in Ansätzen das Kaufrecht⁵ und das Aktienrecht⁶. In den USA ist seit ca. 1960 der «Uniform Commercial Code» (UCC) eingeführt⁷.

³ In zurückliegenden Jahrhunderten hatte Wohnungsmiete eine vergleichsweise geringe Bedeutung, und arbeitsvertragsrechtliche Probleme wurden auf der Ebene des (öffentlich-rechtliche Elemente zeigenden) Zunft- und Gewerberechts oder des (ins Familienrecht integrierten) Gesinderechts gelöst, während andere Typen von Dauerschuldverhältnissen, wie sie in der modernen Industriegesellschaft grosse (und zunehmende) Bedeutung haben, kaum angetroffen wurden, was die Haltung des Gesetzgebers erklären mag.

⁴ Nicht auf Dauerschuldverhältnisse berechnet sind auf weiten Strecken die Regeln von OR 97 ff. über die nicht richtige Vertragserfüllung, die bei Vertragsungültigkeit oder Vertragsanfechtung (Willensmängel, Übervorteilung) vorgesehenen Nichtigkeitswirkungen mit der Folge des bereicherungsrechtlichen Ausgleichs usw. Die Notwendigkeit der Annahme von «faktischen Vertragsverhältnissen» (unten § 16) ist zu einem Teil durch mangelnde Berücksichtigung von Dauerschuldverhältnissen in der Gesetzgebung bedingt.

⁵ Vgl. hierzu BT § 3/I/5c und § 5/VIII.

⁶ Vgl. den Entwurf der EG-Kommission für ein «Statut für Europäische Aktiengesellschaften» (Societas Europea, SE) vom 13.5.1975.

⁷ Der UCC ist allen Gliedstaaten mit Ausnahme des nicht in Common-Law-Tradition stehenden Staates Louisiana eingeführt. Da die Union keine Gesetzgebungskompetenz im Bereich des Privatrechts besitzt (und deshalb im strengen Sinn auch kein Privatrecht der USA besteht), kann eine Rechtsvereinheitlichung nur über die Harmonisierung der Gesetzgebung der Einzelstaaten erreicht werden.

III. Die Entstehung des (alten) Obligationenrechts (aOR)

Die Verfassung des Jahres 1848 gab dem Bund im Bereich des Privatrechts (wie im Prozessrecht, Strafrecht) keinerlei Gesetzgebungskompetenz. Trotzdem wurde bald nach Gründung des Bundesstaates die Rechtszersplitterung als unhaltbar empfunden (nicht zuletzt deshalb die Gründung der «Zeitschrift für Schweizerisches Recht», 1859, und des Schweizerischen Juristenvereins, 1861). Veranlasst durch die Motion Curti lud der Nationalrat 1862 den Bundesrat ein zu untersuchen, ob auf dem Konkordatsweg ein gemeinsames Handelsgesetzbuch einzuführen sei. Dieser erteilte den Auftrag zu Vorarbeiten WALTER MUNZINGER (1830-1873), Professor in Bern, der bereits 1863 einen Entwurf vorlegte. 1863/64 Kommissionsberatungen unter dem Vorsitz von Bundesrat Dubs, Veröffentlichung des Entwurfs 1864, gefolgt von den «Motiven» Munzingers 1865. Der Entwurf enthielt in seinen fünf Büchern nicht bloss Handelsrecht im herkömmlichen Sinn, sondern dank der eigenständigen Konzeption des Verfassers u. a. auch allgemeines Vertrags- und Kaufvertragsrecht, das nicht nur für Kaufleute gelten sollte (§ 204).

Wohl vorab unter dem Eindruck des 1866 veröffentlichten «Dresdener Entwurfs» («Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse») befürworteten die Kantone 1868 jedoch nicht nur eine Vereinheitlichung des Handelsrechts, sondern des gesamten Schuldrechts. 1871 legte Munzinger erneut einen Entwurf vor, der wesentlich vom «Dresdener Entwurf» geprägt war. 1873, nach dem Tod Munzingers, wurde Prof. FICK (Zürich) mit den weiteren Arbeiten betraut.

Nach dem Scheitern der Verfassungsrevision des Jahres 1872, die dem Bund die Gesetzgebungsbefugnis in allen Teilen des Privat- und Prozessrechts hätte verleihen sollen, wurde die in der Folge angenommene Verfassung von 1874 auf die bereits bestehenden Vorarbeiten ausgerichtet und dem Bund die Gesetzgebung «über alle auf den Handel und Mobiliarverkehr bezüglichen Rechtsverhältnisse (Obligationenrecht, mit Inbegriff des Handels- und Wechselrechts)» übertragen⁸. Nach mehrjähriger Weiterarbeit wurde der bereinigte Entwurf am 14. Juni 1881 von den Räten angenommen und trat am 1. Januar 1883 als «Bundesgesetz über das Obligationenrecht» in Kraft.

IV. Zur Rechtsvereinheitlichung in Deutschland

1848 wird die «Allgemeine Deutsche Wechselordnung» geschaffen und in den einzelnen Staaten eingeführt. Die Jahre nach 1856 sehen die Schaffung eines *Handelsgesetzbuches*,

⁸ BV 64 Al. 1. Die Verfassungsrevision des Jahres 1898 verlieh dem Bund dann die umfassende Gesetzgebungskompetenz «in den übrigen Gebieten des Zivilrechts» (BV 64 Al. 2), womit die Verfassungsgrundlage für den Erlass des ZGB geschaffen wurde.

das zwischen 1861 und 1867 von den meisten Einzelstaaten übernommen und (nach der deutschen Einigung) im Jahr 1871 Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch (ADHGB) wird. Der Erlass des BGB macht eine Revision notwendig; das nunmehrige «Handelsgesetzbuch» (HGB) tritt zusammen mit dem BGB am 1.1.1900 in Kraft.

Das *Bürgerliche Gesetzbuch* (BGB) beruht auf Vorarbeiten einer Vorkommission (ab 1874) und besonders der *Elferkommission* (ab 1881), die 1888 einen Entwurf mit Motiven veröffentlicht. Eine weitere Kommission (ab 1890) erarbeitet aufgrund der erfolgten Stellungnahmen den endgültigen Text. Annahme am 18.8.1896, in Kraft seit 1.1.1900.

Das Schuldrecht des BGB ist gegenüber dem OR «technischer», umständlicher, vollständiger und oft präziser, im Grundhabitus jedoch mit diesem übereinstimmend. Beim Verwerten der Doktrin des BGB ist zu beachten, dass das Schuldrecht des BGB zwar - wie das OR - eine Einteilung in einen Allgemeinen und einen Besonderen Teil, daneben aber noch einen Allgemeinen Teil des BGB kennt, der insbesondere in der Rechtsgeschäftslehre (§§ 104-185) Fragen regelt, die Gegenstand des Allgemeinen Teils des OR sind.

V. Grundlagen von OR und BGB

1. Als unmittelbare *wissenschaftliche Basis* beider Kodifikationen muss die jüngere Pandektenwissenschaft gelten, die eine differenzierte Schuldrechtslehre zur Verfügung stellte, während andere doktrinelles Modelle, die den Anforderungen hätten genügen können, nicht vorhanden waren. Die Pandektistik vermittelt allerdings nicht bloss römischrechtliche Tradition, sondern auch Gedankengut der Aufklärungsphilosophie, die gerade im Schuldrecht besondere Bedeutung erlangte (Vertragsfreiheit - «pacta sunt servanda», Konsenslehre, Willensmängel, Wirkungen der Vertragsunfähigkeit, Deliktsrecht usw.) und im Allgemeinen Teil die romanistische Tradition an Einfluss bei weitem übertrifft, während letztere im Besonderen Teil mit der Überlieferung der für die besonderen Vertragstypen geltenden Regeln das Feld beherrscht.

2. Als *gesetzgeberische Vorbilder* fallen in Betracht das *Preussische Allgemeine Landrecht* (ALR) des ausgehenden 18. Jahrhunderts, das *österreichische ABGB* von 1811, das (überwiegend romanistische) *Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen* (1863) und das *zürcherische Privatrechtliche Gesetzbuch* (PGB, in Kraft seit 1854/1856).

Der Einfluss des *französischen Code Civil* (CC) von 1804 auf das OR wird vor allem im Gesamthabitus der knappen Aussage, aber auch in Einzelanordnungen sichtbar. Vor allem geht die Ausrichtung des Allgemeinen Teils in seinem System wie in

Einzelanordnungen auf den Begriff der *Obligation* auf das französische Vorbild zurück⁹.

3. Die Gemeinschaftlichkeit der wissenschaftlichen Grundlagen bewirkt eine Ähnlichkeit des Schuldrechts des BGB mit jenem des OR, die gebietet, bei der wissenschaftlichen Bearbeitung des OR die Lösungen des BGB und die zu diesem bestehende Doktrin und Praxis mitzubedenken. Ein Einfluss des aOR auf das jüngere Schuldrecht des BGB wie auch auf die Revision des HGB kann ohne weiteres angenommen werden¹⁰; das aOR war seinerseits vom ADHGB (1861) und besonders vom (auch das BGB beeinflussenden) Dresdener Entwurf (1866) bestimmt, bei dessen Ausarbeitung umgekehrt wiederum das zürcherische PGB (und der französische Code Civil) mitverwertet worden war¹¹. Alles in allem zeigt sich ein Bild wechselseitiger Beeinflussung, aus der sich gebieterisch das Postulat gegenseitiger Berücksichtigung der an die Gesetzgebung anschließenden Entwicklung von Doktrin und Praxis ableitet.

VI. Revision des OR im Jahre 1911

Die Vereinheitlichung des nicht im aOR enthaltenen Zivilrechts (ZGB von 1907, in Kraft gesetzt auf den 1.1.1912) war Anlass zu einer Revision des aOR. Dabei wurden die Grundzüge des aOR beibehalten und im übrigen häufig Retuschen angebracht. Die Revision beschränkte sich auf die Titel 1-23, wobei diese derart gegliedert wurden, dass die nicht revidierten Titel 24-33 (Art. 552-880 aOR) mit den bisherigen Artikelziffern angefügt werden konnten. Materiell ist oft ein Einfluss des inzwischen erlassenen BGB spürbar.

Im Allgemeinen Teil wurden neben bloss redaktionellen Neuformulierungen und einigen Änderungen von Einzelregelungen von gelegentlich zweifelhaftem Wert vor allem jene Bestimmungen *ausgeschieden*, die systematisch ihren richtigen Platz im neugeschaffenen ZGB hatten (die Regelung der Vertragsfähigkeit in aOR 29-35 bzw. der allgemeinen Handlungsfähigkeit im BG über die persönliche Handlungsfähigkeit von 1881/82 wurde ersetzt durch ZGB 12-19; das Mobiliarsachenrecht von aOR 6. Titel, Art. 199-228 durch ZGB 713 ff. und 884 ff.). *Angefügt* wurden sodann, entsprechend dem beim ZGB gesetzten Vorbild, die *Marginalien* des Gesetzestextes.

⁹ Vgl. im übrigen BUCHER, Einfluss franz. CC, p. 139 ff.

¹⁰ Vgl. z. B. die erst im rev. HGB eingeführte, im ADHGB noch fehlende allgemeine Rügepflicht des Käufers im Handelskauf, die eindeutig auf aOR 246 (im wesentlichen übereinstimmend mit OR 201) zurückgeht, und dazu BUCHER, Der benachteiligte Käufer, SJZ 67 (1971), p. 18/19 bes. bei Anm. 28.

¹¹ Vgl. den entsprechenden Hinweis des Herausgebers FRANCKE, Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse, Dresden 1866, p. VI. Weiterhin BUCHER, Einfluss franz. CC.

Neu aufgenommen wurden eine Reihe von Einzelbestimmungen, so OR 8 (Auslobung), OR 19 (Hinweise auf die Freiheit inhaltlicher Vertragsgestaltung und auf die Schranken der Abweichung vom dispositiven Gesetzesrecht), OR 21 (Übervorteilung), OR 22 (Vorvertrag), OR 24/I Ziff. 4, OR 25 und OR 27 (Anführung des sog. Grundlagenirrtums und des Übermittlungsirrtums bei der Nennung der Irrtumstatbestände, Vorbehalt der Rechtsmissbrauchsschranke bei der Irrtumsanfechtung), OR 48 (unlauterer Wettbewerb), OR 117 (Kontokorrentverhältnis), OR 175-183 (Schuldübernahme).

Insgesamt sind die in der Revision veranlassten Änderungen von fraglichem Wert. Neben «Fahrigkeit» in der Redaktion (z. B. des neu eingefügten Schenkungsrechts, OR 239-252) oder inhaltlicher Verfehltheit (z. B. die neu eingefügte einjährige Kondiktionsverjährung, OR 67 - dazu unten § 34/VIII) ist vor allem zu bedauern, dass oft genug nicht ersichtlich ist, ob der Gesetzgeber von 1911 lediglich eine (als solche überflüssige) kosmetische Modernisierung oder aber eine inhaltliche Modifikation beabsichtigte, was Missverständnissen Tür und Tor öffnet¹². Jedenfalls müssen beim heutigen Gesetzestext zwei Textschichten unterschieden werden, jener von 1881 und jener von 1911; bei Unklarheiten des OR hilft nicht selten ein Blick ins «aOR» von 1881/83!

Mit Ausnahme der Aufhebung von OR 48 (ersetzt durch das UWG vom 30.9.1943 bzw. 19.12.1986) und einer Neufassung von OR 49 (BG vom 16.12.1983, Neufassung des Persönlichkeitsschutzes von ZGB 28) hat der Allgemeine Teil des OR in der Fassung vom 30.3.1911 (in Kraft seit 1.1.1912) keine Änderung erfahren.

VII. Verhältnis von Gesetzestext und Recht im heutigen Schuldrecht

Die Durchkodifizierung eines Rechtsgebietes wirft zwangsläufig die Frage auf, in welchem Verhältnis Kodifikation und Recht stehen.

1. Die *ursprüngliche* (von der Naturrechtslehre der Aufklärung entwickelte) *Kodifikations-Konzeption* strebt umfassende, abschliessende und die bisherige Rechtstradition abschneidende Rechtsregelung im Gesetz an, identifiziert Gesetz und Recht und ist «*positivistisch*» zu nennen. In dieser Auffassung bleibt dem Richter kein Ermessensspielraum¹³; die Wissenschaft scheidet als aussergesetzliche Rechtserkenntnisquelle aus, wie ihr auch als Wahrerin der Rechtstradition keine Aufgabe bleibt¹⁴. - Dieses «positivistische» Gesetzesverständnis ist der Kodifikationsidee

¹² Vgl. einlässlich BUCHER, ZSR 1983 (p. 275-287, § 3 Die Pannen des Jahres 1911); ein weiteres Beispiel genannt bei BUCHER, in Festschrift Bürgi, Zürich 1971, bes. p. 52.

¹³ Er stünde auch in Widerspruch zum Postulat der Gewaltentrennung. In Preussen führte dies zur Einsetzung einer Gesetzgebungskommission, die beim Erscheinen von Gesetzeslücken oder -unklarheiten anstelle des Richters zuständig war.

¹⁴ Vgl. das Verbot «gelehrter Spitzfindigkeiten» zum ALR durch Kabinettsorder oder den Ausruf Napoleons «mon code est perdu!», als das erste Traktat zum CC publiziert wurde.

eingetragen; mit jeder Gesetzgebung drängen sich derartige Vorstellungen in den Vordergrund. Dies auch noch bei den späteren Kodifikationen (OR, BGB, ZGB) und in der Schweiz, wo selbst der Gesetzgeber die Lückenhaftigkeit des Gesetzes als gegeben hinnimmt (ZGB 1).

2. Die Bedeutung des Gesetzestextes ist je nach Rechtsgebieten verschieden, das OR muss anders verstanden werden als eine Straf- oder Steuergesetzgebung, die immer auch den Charakter einer Magna Charta des Bürgers hat, der erwarten darf, von staatlichen Straf- und Fiskalansprüchen verschont zu bleiben, soweit diese nicht aufgrund der Gesetzgebung voraussehbar sind. Innerhalb des Privatrechts fordert das Gesetz dort am ehesten wortgetreue Beachtung, wo es «innovatorisch» ist, d. h. ein Gebiet in Abweichung vom Bisherigen neu ordnen will, wie heute die Revisionen des Familienrechts.

3. Im Obligationenrecht ist innovatorischer Gesetzgebungswille die Ausnahme; eher will das Gesetz das Recht *darstellen*, dabei unter verschiedenen divergierenden Auffassungen eine Wahl treffen und dadurch eine Vereinfachung und Klärung der Verhältnisse bringen. In einzelnen Bereichen muss gar angenommen werden, der Gesetzgeber wolle im Grunde lediglich auf die Überlieferung verweisen, ohne Änderungswillen und ohne auch nur den Ehrgeiz zu haben, diese selber abschliessend darzustellen¹⁵.

4. Das Gesagte mag zeigen, dass das Ziel der Wissenschaft nicht in der *Auslegung des Gesetzes* gesehen werden darf¹⁶. Ihre Aufgabe ist *Rechtsfindung*, d. h. Ermittlung des Inhalts des Rechts, nicht des Gesetzes. Der Gesetzestext ist zwar der erste Orientierungspunkt; verbleiben, wie häufig genug, Ungewissheiten, ist nach anderen Hilfen zu suchen. Unentbehrliches Instrument ist in jedem Fall die *Geschichte des modernen Privatrechts*, d. h. deren Doktrin, allenfalls Judikatur, vor und bei Schaffung des Gesetzes, die dessen Grundlage darstellen. Andererseits dürfen die sog. *Materialien* (Protokolle der beratenden Gremien, Botschaften u. dgl.) in ihrer Bedeutung nicht überschätzt werden.

5. Schliesslich ist die *Wissenschaft* des fraglichen Rechtsgebietes zu berücksichtigen, und zwar nicht bloss als vorgefundene Aufbereitung der Probleme und Argumente, sondern auch als eigenständige subsidiäre Rechtsquelle, wie in ZGB 1/III

¹⁵ Ein Beispiel ist das *Bereicherungsrecht* (unten § 34), wo die gesetzlichen Vorschriften (OR 62-67) nicht dahin verstanden werden dürfen, als wollten sie, ihrerseits nicht mehr als rudimentäre Andeutungen, eine eigentliche Darstellung eines hochkomplizierten Rechtsgebietes geben oder gar den Stand des Rechts weiterentwickeln, zu Zweifelsfragen Stellung nehmen o. dgl. Vgl. BUCHER, ZSR (1983), p. 357 f.

¹⁶ Die zu einer eigenen Literaturgattung angeschwollene *Auslegungslehre* ist bereits im Ansatz, und aus verschiedenen Gründen, fragwürdig. Einmal beruht sie auf der heute nicht mehr zu haltenden Identifizierung von Recht und Gesetz und verkennt die Bedeutung der aussergesetzlichen Rechtserkenntnisquellen. Sodann krankt die Theorie zumeist daran, dass sie ein für sämtliche Gesetzeserlasse gleichermassen taugliches Rezept anzubieten vorgibt, während infolge der Verschiedenheit der Funktion derselben (vgl. vorstehend Ziff. 2) jedes Gesetz nach seinen eigenen Regeln betrachtet werden will.

ausdrücklich festgehalten ist, sich im übrigen aber auch aus der wissenschaftlichen Ausrichtung der kontinentalen Rechtsordnungen schlechthin ergibt¹⁷.

VIII. Normative Rechtsbetrachtungen und «Aktionendenken»¹⁸

Wohl in den meisten «ursprünglichen» Rechtsordnungen, besonders deutlich im Römischen Recht und heute noch weitgehend im anglo-amerikanischen Recht, werden die Rechtsverhältnisse überwiegend unter dem Blickwinkel des Prozesses, jener Phase, in der sich das Recht sichtbar durchsetzt, betrachtet; im Rechtsdenken des Bürgers wie in der dogmatischen Darstellung der Rechtsverhältnisse der Juristen steht die Vorstellung der Klagemöglichkeiten (actiones, engl. actions) und der prozessualen Verteidigungsmittel (Einreden) im Vordergrund. Man kann von «Aktionendenken» sprechen.

Im Gegensatz dazu steht ein «*normatives Rechtsverständnis*», das den Blick auf die vor- bzw. ausserprozessuale Lage richtet, in der das Recht seine Ordnungsfunktion erfüllt, indem es durch Sollenssätze oder Normen («normativ») angibt, wie sich die Bürger gegenseitig zu verhalten haben. Das Recht wird nicht als Zusammenspiel taktischer Angriffs- und Verteidigungsmöglichkeiten, sondern als objektive Verhaltensordnung verstanden, was zu Vorstellungen wie derjenigen der Pflicht zu einem Verhalten, des Dürfens usw. führt. Dem Umstand, dass die Pflichten der Bürger sich im Privatrecht überwiegend nicht in objektive Normen fassen lassen, sondern vom Willen eines privaten Anspruchsberechtigten abhängen, wird durch den Begriff des subjektiven Rechts in seinen Spielarten (Eigentum, Pfandrecht u. dgl. an einer bestimmten Sache, Forderungsrecht usw.) Rechnung getragen, der in der ausserprozessualen Lage den dem Einzelnen eingeräumten Ermessensspielraum (funktionell der actio entsprechend) bezeichnen soll, im Kern aber ebenfalls normativ ist¹⁹. Daneben steht aber die Tendenz zu objektiv-normativer Betrachtung, insbesondere werden Verträge normativ verstanden und gewissermassen auf die Stufe von Gesetzen gestellt²⁰.

¹⁷ Vgl. dazu BUCHER, ZSR (1983) § 5, p. 301-315.

¹⁸ Die im folgenden nur angedeuteten Zusammenhänge wurden einlässlicher dargestellt bei BUCHER, AcP 186, p. 1-73.

¹⁹ Dabei besteht auch beim Verständnis der subjektiven Rechte die Tendenz, diese als direkt pflichtauslösende Grösse zu verstehen (Gegenüberstellung des Begriffspaares Recht-Pflicht), während genau besehen das subjektive Recht die Funktion hat, dem Berechtigten die Möglichkeit zu verleihen, vom Partner (der durch die Existenz des subjektiven Rechts allein bloss potentiell verpflichtet ist) ein bestimmtes Verhalten zu verlangen, wie aufgrund der Zuerkennung einer «actio» dem Klageberechtigten die Möglichkeit zufällt, den Partner klageweise zu einem bestimmten Verhalten zu zwingen. Zu Begriff und normativer Wirkungsweise der subjektiven Rechte vgl. unten § 4/II/2/d, 3, 4 und BUCHER, Subjektives Recht, passim.

²⁰ Vgl. CC art. 1134/I: «Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.»

Obwohl im Römischen Recht bereits im Ansatz vorhanden (vgl. den Begriff «ius» etc.), geht die heute auf dem Kontinent immer noch mit weitgehender Konsequenz durchgehaltene normative Betrachtungsweise vor allem auf die Aufklärungsphilosophie zurück. Diese Verhältnisse sind zum Verständnis der heutigen Situation wichtig, weil einige aktuelle Schwierigkeiten sich aus dem Übergang von Aktionendenken zu normativem Denken, wie auch einige «juristische Fehlleistungen» sich durch übertriebenes Festhalten an normativistischen Denkformen erklären lassen. Hier immerhin der Hinweis auf die folgenden Beispiele:

- Geltung oder *Nichtgeltung* eines Vertrages als kontradiktorischer Gegensatz verstanden wird den Verhältnissen oft nicht gerecht. Der Gesetzgeber selber hat im Falle der Regelung der *Willensmängel* die Lösung eines an sich wirksamen, wenn auch unter der Drohung der Aufhebung durch einseitige Anfechtungserklärung stehenden Vertrages statuiert (unten § 13). Bisher wurde indessen nicht hinreichend erkannt, dass auch der Schutz vor *übermäßiger vertraglicher Bindung* nicht über die Infragestellung der Geltung des Vertrages an sich, sondern nur durch Einräumung einer einseitig wirkenden Befreiungsmöglichkeit sinnvoll verwirklicht werden kann (dazu unten § 15/VII);
- bei einer Reihe von («hinkenden») Verträgen fehlt zur vollen Gültigkeit ein Element; der Vertrag sollte dennoch wenigstens für die eine Partei als gültig betrachtet werden, d. h. es sollte sich nur die andere auf das Fehlen eines Gültigkeitserfordernisses berufen dürfen (so nur der handlungsunfähige Partner auf das Fehlen der Handlungsfähigkeit, nur der durch eine gesetzliche Formvorschrift zu Schützende auf das Fehlen des Formelementes);
- Der Vertragsinhalt und dessen prozessualer Nachweis muss weniger objektiv denn im Hinblick auf die konkreten daraus abgeleiteten Ansprüche bestimmt werden (vgl. dazu unten § 12).