

Nr. 70 ***MORA* früher und heute oder auch die Verdienste der Römer um ein menschgemässes, und der Redaktoren des Obligationenrechts um ein neuzeitliches Vertragsrecht**

In: "Pacte, Convention, Contrat", Mélanges en l'honneur du Bruno Schmidlin, hrsg. von Alfred Dufour et al., Faculté de Droit de Genève, Basel etc. (Helbing & Lichtenhahn) 1998

S. 407-432

***MORA* früher und heute
oder auch
die Verdienste der Römer um ein menschgemässes,
und der Redaktoren des Obligationenrechts
um ein neuzeitliches Vertragsrecht**

I.

In einer vom Adressaten vorliegender Festschrift verdienstvoll angeregten und liebevoll betreuten Publikation¹ hat der Schreibende versucht, den Gegensatz zwischen "juristisch" und "politisch" bestimmtem Recht herauszustellen: Einerseits ist das Recht durch von aussen kommende, d. h. dem Juristen vorgegebene (in diesem Zusammenhang mit dem Terminus "politisch" belegte) Elemente bestimmt, daneben stehen aber die "juristischen", von unserer Wissenschaft autonom determinierten Faktoren. So treten Zolltarife als Rechtsnormen entgegen, die sie formulierenden Juristen haben aber als Juristen so gut wie nichts zum Gehalt beizutragen; dieser ist von politischen Gegebenheiten bestimmt. In verschiedenen Abstufungen gilt Ähnliches auch in vielen Bereichen des Privatrechts: Ob, und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen Ehescheidung zuzulassen sei, wird von welchen auch immer gesellschaftlich und politisch massgeblichen Instanzen, aber nicht von Juristen als Juristen entschieden. Anders vorab in den Kernbereichen unseres Faches, und am allermeisten im Schuldrecht. Werden Verträge zugelassen und Privateigentum anerkannt, ist die Ausgestaltung der diese Institutionen tragenden Rechtsregeln eine Sache, die weitgehend ohne von aussen kommende politische Vorgaben erfolgt, vielmehr nach juristisch-intrasystematischen Gesichtspunkten

¹ BRUNO SCHMIDLIN (Herausgeber), "Vers un droit privé européen commun ? – Skizzen zum gemeineuropäischen Privatrecht", *Beiheft zu ZSR*, Basel 1994. – Der Beitrag des Verfassers ("Recht – Geschichtlichkeit – Europa"), S. 7-31.

abläuft. Wenn wir im Vertragsrecht politisch belastete Bereiche wie das Arbeits- oder Mietrecht beiseite lassen, herrscht juristischer Sachverstand vor, und die bis vor kurzem oft gehörte Behauptung, die in Wissenschaft und Praxis entwickelten oder aber in einer Kodifikation niedergelegten Prinzipien seien von den Interessen einer "herrschenden Klasse" bestimmt oder der Ausdruck bestimmter gesellschaftlicher Anschauungen, ist blanke Unwahrheit: Die Verantwortlichen verwirklichen nicht Klasseninteressen, dies aus dem einfachen Grunde, dass in den hier betrachteten Bereichen sogenannte Klasseninteressen nicht vorhanden sind. Die Unabhängigkeit der Argumente und Lösungen von juristisch-extrasystematischen Einflüssen wird durch deren über die Jahrhunderte und Jahrtausende hinweg zu beobachtende Einheitlichkeit und Kontinuität erwiesen, welche von allen Wechseln der politischen und sozialen Verhältnisse kaum berührt wurden. Die bis vor kurzem verbreitete Formel, dass die heutigen Kodifikationen von der "bürgerlichen Gesellschaft" geprägt seien (welche Feststellung regelmässig mit dem Ton leisen Vorwurfs, wenn nicht gar der Abschätzung verbunden war), wird für das allgemeine Vertragsrecht sodann mit der wünschbaren Deutlichkeit falsifiziert durch die Tatsache, dass die vor der Wende hinter dem eisernen Vorhang erlassenen vertragsrechtlichen Gesetze sich in ihrem Habitus von der westlich-bürgerlichen nicht im Grundsätzlichen unterscheiden².

Soweit das traditionelle Schuldrecht durch dessen Abqualifizierung als "bürgerlich" mit dem Attribut des "Unsozialen" (was dies auch immer heissen möge) belastet war, erstreckte sich der Vorwurf regelmässig auch auf die romanistische Tradition, welche dieses Schuldrecht auf dem Kontinent geprägt hat. Oft hatte der Hinweis auf das römische Recht sogar entschuldigenden Charakter: Der Mangel an "Sozialem" etwa im BGB (oder gar im schweizerischen OR) wurde erklärt durch dessen übermässiges Verhaftetsein in der römischen Überlieferung³. Man dürfte sich mit der oben angedeuteten Beobachtung begnügen und feststellen, dass im Kern des Vertragsrechts – und das heisst dort, wo das Leben für den Vollblutjuristen am interessantesten ist, wo sich echt juristische, heisst politisch nicht eingefärbte, Argumente entwickeln lassen und wo sich auch grenzüberschreitende komparatistische Betrachtung

² Als Beispiel sei etwa genannt das Gesetz Nr. 101 vom 4.12.1963 der Tschechoslowakischen Sozialistischen Republik "Über die Rechtsbeziehungen im internationalen Handelsverkehr", das eine legislatorische Leistung von hohem Niveau und mit nachahmenswerten Neuerungen darstellt, dem die den westlichen Vorstellungen gänzlich zuwider laufenden ideologischen Vorstellungen der damals dort herrschenden Schichten nichts hatten anhaben können.

³ Dies eine Sicht, die sich streckenweise vielleicht sogar auf die Autorität GIERKES stützen konnte.

am allermeisten lohnt – die Dimension eines wie auch immer definierten "Sozialen" nicht vorhanden ist.

Der Schreibende möchte es nicht bei dieser negativen Feststellung bewenden lassen, sondern an die Stelle des hier keine Anwendung findenden Gesichtspunktes des "Sozialen" jenen anderen des "Humanen" setzen: Es soll der Blick nicht auf das gerichtet werden, was für die *societas*, sondern was für den Menschen als Individuum angemessen ist. – Sind Verträge nicht auf die Gesellschaft, sondern auf die am Vertrag Beteiligten ausgerichtet, soll bei der Ausgestaltung des Vertragsrechts am Menschsein der imaginären Vertragspartner Mass genommen werden. Wird nun die Messlatte des Humanen als Richtwert genommen, entfällt jeder Vorwurf an die Adresse des römischen und des in seiner Nachfolge stehenden kontinentaleuropäischen Vertragsrechts. An einem einzelnen Beispiel soll im folgenden aufgezeigt werden, dass das Schuldrecht kontinentalen Zuschnitts Züge aufweist, die besonders human, heisst menschengerecht sind und Rücksichtnahme auf Eigenheiten (und auch Schwächen) des Einzelnen zeigen, Züge, die unsere Vorgänger früherer Jahrhunderte aus den römischen Quellen bezogen haben und die wir heute, ohne dieses Vorbild, nicht kennen würden: Zu zeigen ist das römische Recht als Garant des Humanen im Vertragsrecht.

II.

Um im Rahmen einer Wirkungsgeschichte den Einfluss der römischen Überlieferung auf heutiges Recht abzustecken gibt es einen einfachen Test: Vergleichung mit dem Privatrecht der englischsprachigen Welt, in der die römischen Quellen bloss punktuell, und insgesamt im Ergebnis bloss einen ganz untergeordneten Einfluss ausgeübt haben. Jene Elemente, die der kontinentale Betrachter aufgrund seiner Formation als selbstverständlich voraussetzt und daher bei den Englischsprechenden vermisst, stammen vermutlich aus dem römischen Recht. Das wäre planmässig zu untersuchen. Hier erfolge beispielshalber bloss der Hinweis auf die im traditionellen *Common Law* nicht bekannten *Quasikontrakte*; näher eingegangen sei im übrigen aber auf die dort ebenfalls fehlende Vorstellung der *mora*, unseren "Verzug". Denn dieses Institut hat in den letzten hundert Jahren eine Entwicklung durchgemacht, die über das römische Vorbild weit hinausgeht und welche in diesen Tagen erneut in Bewegung kommt. Dieses Thema aufzunehmen besteht in der Schweiz besonderer Anlass, weil, wie bisher kaum beachtet, der entscheidende Beitrag zu der gegenwärtig zu beobachtenden Ausweitung der Funktion der *mora* auf unser Obligationenrecht der Jahre 1881/83 zurückgeht.

Im englischen Sprachbereich hat das Vertragsrecht eine seltsam starre, Differenzierungen wenig zugängliche Entwicklung durchgemacht. Verträge sind so zu erfüllen wie vereinbart, und wo korrekte Erfüllung ausbleibt, begeht der Schuldner Vertragsbruch und verliert infolge der dadurch bewirkten Vertragsterminierung jeglichen Anspruch, wird aber schadenersatzpflichtig⁴. Zur Erklärung mag beitragen die Tatsache, dass für Vertragsforderungen ursprünglich überhaupt keine Klageformulare (*writs*) gegeben waren und Abhilfe auf dem Umweg über Deliktssklagen gesucht werden musste (daher bis heute die grundsätzliche Beschränkung der Gläubigeransprüche auf Schadenersatz unter Ausschluss solcher auf *specific performance*). Das traditionelle Fehlen der römischen *Quasikontrakte* wird deutlich bei der *negotiorum gestio* wie auch bei der *condictio*, die beide auf dem Kontinent, ganz anders als im englischen Sprachbereich, seit je zum festen Rechtsbestand gehörten und regelmässig auch in den Kodifikationen Niederschlag gefunden haben.

Die *negotiorum gestio* hatte in kontinentaler Tradition zu allererst die Funktion, freiwilligen Helfern in Not Anspruch für Ersatz gemachter Aufwendungen zu geben (die Schulbuchbeispiele der Nachbarhilfe zur Schadensabwendung bei Abwesenheit des Betroffenen; Suchaktionen für Vermisste, Lawinenverschüttete); anders im *Common Law*, wo kühl gesagt wird: "*Volunteer has no right*"⁵. Aber diese Haltung hat weiterreichende Auswirkungen: In *Sumpter v. Hedges* (1898) hatte ein Bauunternehmer für fixen Preis sich zur Errichtung zweier Häuser verpflichtet, konnte aber, wegen Geldmangels, die Bauten nicht fertigstellen; der Bauherr liess dies durch Dritte besorgen. Nach diesem (wohl auch heute noch Recht machenden) Entscheid hatte der Bauunternehmer keinerlei Anspruch (dies nicht aufgrund des ursprünglichen Vertrages, der nicht erfüllt wurde, noch aufgrund sonstiger in Betracht fallender Argumente); auf dem Kontinent würde wohl in Analogie zu einer Geschäftsführung mit nachträglicher Genehmigung des *dominus* ein Wertersatz geschuldet⁶.

Ähnlich lagen die Dinge im *Common Law* bezüglich der *condictio*: Ansprüche ungerechtfertigter Bereicherung (*unjust enrichment*) wurden prinzipiell

⁴ Ein Unmöglichwerden der Leistung ist bloss in geringerem Umfang ein Grund der Entlastung des Schuldners als im Civil Law, oder das Erbringen einer bloss teilweisen Leistung gibt grundsätzlich überhaupt keinen Gegenleistungsanspruch (dazu auch das Folgende).

⁵ Vgl. etwa NOBLE v. WILLIAMS (1912), zit. nach FRIEDRICH KESSLER / GRANT GILMORE, *Contracts*, 2nd ed. Boston / Toronto S. 49: Schullehrer, welche spontan ausstehenden Mietzins für die von der Schule gemieteten Räume bezahlen und Schulmaterial anschaffen, haben keinen Ersatzanspruch: "These teachers ... were volunteers. No man, entirely of his own volition, can make another his debtor."

⁶ Vgl. dazu der Schreibende in BUCHER / WIEGAND, *Übungen im Obligationenrecht*, 2. Aufl. Zürich 1991, Fall 8, S. 125-132.

nicht anerkannt; ersatzweise kamen andere *topoi* auf (*money had and received* u. dgl.) oder es wurde ein fiktives Treuhandverhältnis (*constructive trust*) angenommen. Neuerdings sind die Dinge in Bewegung geraten, und Stichworte wie *restitution* und *quasi-contract* oder *unjust enrichment* sind keine Unbekannte mehr. In den USA war bereits im Jahre 1937 ein *Restatement on Restitution* erschienen. Langsamer ging die Entwicklung in England vor sich: LORD GOFF OF CHIEVELEY und GARETH JONES haben einen gewichtigen Band über das "Law of Restitution" verfasst und bemerken im Vorwort, dass bei Erscheinen ihres Werkes als erstes zu diesem Thema im Jahre 1966 Restitution "a subject then unfamiliar to many English lawyers" gewesen sei. Jetzt aber erscheint in England gar eine allein diesem Thema gewidmete Zeitschrift⁷. Die Theorie nimmt oft auf kontinentale Autoren Bezug, womit eine wenigstens indirekte Beziehung zur romanistischen Kondiktionslehre hergestellt wird; im übrigen muss diese neue Bewegung als ein Versuch partieller Neuschreibung des überlieferten englischen Vertragsrechts verstanden werden, da die gegenwärtige Rechtslage vorab als eine Weiterentwicklung alter vertragsrechtlicher Institute (neben den bereits genannten etwa *quantum meruit*, *quantum valebat*, *indebitatus assumpsit* und andere) dargestellt wird. Daher darf keineswegs unterstellt werden, dass im englischen Sprachbereich das Bereicherungsrecht die romanistische Überlieferung fortsetze, wie dies auf den Kontinent mehr als in sonst einem Gebiet des Schuldrechts zutrifft. Annäherung ist aber unausweichlich, und die Feststellung ist erlaubt, dass im Bereicherungsrecht des *Common Law* heute eine Entwicklung abläuft, die ein halbes Jahrtausend früher vonstatten gegangen wäre, hätte damals in England das römische Recht einen dem Kontinent vergleichbaren Einfluss gehabt.

Die hier besonderes interessierende *mora* ist im *Common Law* als Allgemeinbegriff gänzlich unbekannt. Im Gegensatz zur Kondiktion bieten sich nicht einmal Ersatztermini an: "Verzug" lässt sich nicht ins Englische übersetzen⁸. Zwar werden einzelne unserer Verzugssanktionen auch im Bereich des *Common Law* angetroffen. Es handelt sich indessen um marginale

⁷ *Restitution Law Review*, Mansfield Press (UK), erscheinend ab August 1993.

⁸ Dass gelegentlich einmal eine Formel wie *mora reprobatur in lege* (diese zit. in Black's Law Dictionary und übersetzt als "Delay is reprobated in law") liefert keinen Gegenbeweis. *Mora* lebt in der englischen Juristensprache weiter in *to demur* bzw. *the demurrer* (als Ableitung aus der französischen *demeure*), hat hier aber ganz andere Bedeutung und umschreibt eine prozessuale Einredemöglichkeit. – Eine andere Sinngattung derselben Wurzel findet sich im Seefrachtrecht; vgl. ROBERT F. WEISSENSTEIN, *Angloamerikanisches Rechtswörterbuch*, Zürich 1950: *Demurrage*: "(1) Das Aufhalten eines Schiffs durch den Verfrachter ... über die hierzu in der Charter vorgesehene Zeit hinaus; (2) die hierfür vorgesehene Vergütung" (WEISSENSTEIN, a. a. O).

Erscheinungen, die hier nicht zu untersuchen sind⁹. Hier muss die Feststellung genügen, dass in der Regel Ausbleiben der Erfüllung bei Fälligkeit automatisch *breach of contract* bedeutet: *time is of the essence*, d. h. das Einhalten des Leistungstermins gehört zum wesentlichen Vertragsinhalt: Verspätung gilt nicht bloss als (vorläufige) Nichterfüllung, sondern als Vertragsbruch, der ohne weiteres sämtliche Nichterfüllungssanktionen auslöst und den Gegenleistungsanspruch untergehen lässt. Das Erfordernis einer Inverzugsetzung (oder gar der Gewährung einer Nachfrist) ist gänzlich unbekannt. – Wenn diese Hinweise die genannte Feststellung dokumentieren, dass dem Vertragsrecht der englischsprachigen Welt eine lange Reihe von "humanen" Prinzipien abgehen, die aus dem römischen Recht stammen, sei zum Ausgleich immerhin auch ein, allerdings vereinzelt gebliebenes, Gegenbeispiel angeführt: Die Regel aus dem Entscheid *Hadley-Baxendale* (1854), die auf den Kontinent nicht bekannt war, sich jedoch heute Bahn zu brechen beginnt (vgl. Art. 74 WKR; Art. 7.4.7 Unidroit; Art. 4.503 Lando Principles): Die Schadenersatzpflicht des nicht erfüllenden Schuldners wird auf den Betrag begrenzt, den dieser als den Partner treffende Schadensfolge voraussehen konnte.

III.

Damit sind wir bei unserer *mora*, d. h. dem Verzug des deutschen Sprachbereichs, der heute zunehmend auf weitere Rechtsordnungen ausstrahlt¹⁰. Wenn hier vom Institut der *mora* gesprochen wird, haben wir die *Verzugsvoraussetzungen* im Auge, insbesondere die Inverzugsetzung, das Erfordernis der *interpellatio*¹¹. Der Tatbestand des Ausbleibens der geschuldeten Leistung allein bedeutet im weitesten Sinn Vertragsbruch, das Institut der *mora* erlangt

⁹ Nicht einmal Verzugszinsen auf Geldschulden in kontinentalen Verträgen sind bekannt, vielmehr bleibt der Gläubiger bei Fehlen einer Vertragsabrede auf Schadenersatz infolge von *breach of contract* verwiesen. Dies überrascht vor allem in England als dem Ursprungsland des modernen Finanzwesens.

¹⁰ Was hier an *mora* interessiert, spielt nur beim Schuldnerverzug, der im übrigen aber auch den Gläubigerverzug an praktischer Bedeutung weit hinter sich lässt.

¹¹ In der romanischen Doktrin hat sich eingebürgert, ausschliessend an Dig. 22,1,32 pr. (MARCIANUS: "*Mora fieri intellegitur non ex re, sed ex persona, id est, si interpellatus oportuno loco non solverit ...*"), die durch *interpellatio* ausgelöste *mora* als "*mora ex persona*" zu bezeichnen. Dies im Gegensatz zur "*mora ex re*", die bereits aufgrund des Vertrages (vorab des Mechanismus des "*dies interpellat pro homine*") eintritt, aber, wie bereits bei MARCIANUS ersichtlich, nur als Ausnahmesachverhalt gelten kann. Hier interessiert die *mora ex persona*.

seine eigentümliche Dimension erst durch das, was es, als Voraussetzung der Rechtsfolgen der Nichterfüllung, zusätzlich verlangt. Das humane Element, das dieses Institut der römischen Überlieferung kennzeichnet und das wir hier ins Bewusstsein bringen möchten, liegt in der spezifischen Differenz zwischen *mora* und schlichter Vertragsnichterfüllung: die subjektiven Voraussetzungen beim Schuldner der erfolgten Inverzugsetzung. Im Regelfall treten in kontinentaler Tradition Nichterfüllungssanktionen nur ein, wenn der Schuldner nicht bloss eine vertraglich übernommene Pflicht nicht erfüllt, sondern überdies das Bewusstsein hat (oder haben muss), dass die Vertragsabrede ernst zu nehmen ist und der Gegner auf Erfüllung besteht. Erst dieses durch die *mora* in das Vertragsrecht eingeführte Zusatzelement macht die Unterscheidung zwischen Nichterfüllung und verspäteter Erfüllung sinnvoll: Ohne solche könnte man nur fragen, ob die Vertragsleistung binnen offener Frist erbracht, d. h. der Vertrag erfüllt wurde oder nicht; die nach diesem Zeitpunkt angebotene Leistung käme nicht mehr als Vertragserfüllung in Betracht. Es ist erst die Vorstellung des Verzugs, welche die Dimension des Zeitablaufs in die Optik der Erfüllungsstörungen einführt und das Leistungsaustauschverhältnis über den Zeitpunkt gesollter, aber ausgebliebener Erfüllung aufrecht hält; erst der Verzugsbegriff sichert der verspäteten Leistung einen Platz unter den Erfüllungstatbeständen. Zur *mora* gehört ebenso wie die sie auslösende *interpellatio* auch die Möglichkeit der *emendatio* oder *purgatio morae*: die Möglichkeit, die Leistung immer noch mit Befreiungswirkung und unter Erlangung der Gegenleistung (wenn auch vielleicht mit Schadenersatzfolge für die Verspätung) zu erbringen.

Auf das genannte, das Wesen der *mora* ausmachende Zusatzerfordernis der *interpellatio* wurde in Kreisen gewiegener Geschäftsleute gewiss bereits im alten Rom verzichtet, wie auch heute in vielen Bereichen schneidigere Vorstellungen der Geschäftsabwicklung (eben wie im englischsprachigen Raum herrschend) an Boden gewinnen. Aber angezeigt ist fallweise Betrachtung der Frage. Zu zeihen ist, dass das Institut der *mora*, oder besser, weshalb das Erfordernis der *interpellatio* unter mancherlei Umständen auch heute sinnvoll ist.

Die ursprünglichste Aufgabe der *mora* könnte als "Klärung des Bewusstseins des Schuldners" umschrieben werden. Deren Bedeutung tritt plastisch zutage, wenn man sich die Verhältnisse des Mittelmeerraums vorstellt: Eine gleichermassen kontakt- wie kontraktfreundige Gesellschaft, in welchem Umfeld die spontane Bereitschaft zum "sich Vertragen" einher geht mit dem (auch heute noch und sogar im Norden durchaus anzutreffenden) Phänomen, dass Verträge, obwohl in momentaner Ernsthaftigkeit geschlossen, in der Folge von beiden Parteien sang- und klanglos dem Vergessen anheimgegeben

werden. Das Erfordernis der *interpellatio* ist sinnvoll und notwendig, weil Begründung von Vertragspflichten eine Sache ist, eine andere Sache aber die Klarstellung, dass man sich der gestrigen Vereinbarung noch entsinnt und sie auch noch heute ernst nimmt¹².

Diesem Gesichtspunkt reiht sich gleich ein anderer juristischer *fact of life* an: In allen Breitengraden und Gesellschaftskreisen haben Konsenserklärungen grösste Verbreitung, bei denen zwar irgend eine Transaktion in präzisen Umrissen ausgehandelt wird, indessen die Frage, ob damit auch bereits auf beiden Seiten Bindungswille bestehe, nebelhaft bleibt. Fehlt hinreichender Gewissheit erlangt das *interpellatio*-Erfordernis zusätzliche Bedeutung: Zwar kann damit nicht im gebotenen Zeitpunkt die Rechtsbeziehung zwischen den Parteien klargestellt werden, aber es wird der Schaden minimiert in dem Sinne, als im Zeitpunkt behaupteter Fälligkeit, und bevor Verzugsfolgen eintreten können, Klarheit hergestellt wird, und bestehe diese auch bloss im Bewusstsein der Parteien, dass zwischen ihnen über den Bestand des Vertrages Uneinigkeit besteht.

Der Nichthistoriker kann hier gewiss nicht die Entwicklung verfolgen, welche das Institut der *mora* in der Antike und im Mittelalter genommen hat. Massgeblich sei für das folgende die Feststellung: "Die *interpellatio* ist für das römische Recht, aber vielleicht erst seit JUSTINIAN, ein regelmässiges Erfordernis des Verzugs"¹³; dass besondere Umstände das *interpellatio*-Erfordernis entfallen lassen können (vorab die Regel *dies interpellat pro homine*), ist für uns in vorliegendem Zusammenhang ohne Interesse. Jedoch wird hier die alte Frage Bedeutung erlangen, ob *mora* Verschulden des säumigen Schuldners voraussetzt.

¹² In seiner Habilitationsschrift (*Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis*, Tübingen 1965) hat der Schreiber zu zeigen versucht, dass bei normlogischer Betrachtung das Bestehen eines subjektiven Rechts für den Belasteten noch keine aktuelle Pflicht begründet, eine solche vielmehr erst bei Geltendmachung des Rechts seitens des Rechtsträgers durch Erhebung des Erfüllungsanspruchs (heisst in vorliegendem Zusammenhang durch *interpellatio*) zur Entstehung gelangt, während bis dahin das noch nicht geltend gemachte Recht lediglich eine potentielle Pflicht signalisiert.

¹³ EGON WEISS, *Institutionen des römischen Privatrechts*, Stuttgart 1949, S. 310. – Im übrigen darf für die in diesem Aufsatz nicht einbezogenen Gesichtspunkte auf die Darstellung von REINHARD ZIMMERMANN verwiesen werden: *The Law of Obligations – Roman Foundations of the Civilian Tradition* (1. Aufl. Cape Town etc. 1990, weitere München usw.); hier bes. S. 790-817.

IV.

Bedeutung und Rechtfertigung der Figur der *mora* hängen im übrigen davon ab, welche Rechtswirkungen von deren Eintritt ausgelöst werden. Traditionell bestanden (und vielerorts bestehen auch heute noch) Verzugsfolgen vorab einmal in der Verlagerung von Risiken¹⁴ und sodann im Verfallen von Schadenersatzsanktionen im weitesten Sinn. Dagegen ist bis in neueste Zeiten dem Verzug die Folge des Ausschlusses verspäteter Leistung fremd; die *mora* kann durch Leistungsangebot behoben werden (*purgatio* bzw. *emendatio morae*), und dies ohne zeitliche Begrenzung. Es ergibt sich das Fazit: *mora* bedeutet Eintritt von Verspätungssanktionen ohne Entfallen des vertraglichen Leistungs-Austauschverhältnisses und unter Fortbestand der Erfüllungsmöglichkeit des bisher säumigen Schuldners. Dieser Gesichtspunkt, gewiss human und schuldnerfreundlich, wird in Zeiten der Industrialisierung immer fragwürdiger. Eines der spannendsten Kapitel der modernen Rechtsgeschichte ist die Herausbildung der Möglichkeit des Gläubigers, bei Verzug irgendwann und irgendwie dem üblen Spiel ein Ende zu setzen, d. h. dem Schuldner allfällig künftige Erfüllung abzuschneiden (um anderweitig sich eindecken zu können) und selber sich aus der Vertragsbindung zu befreien (um über seine eigene Leistung verfügen zu dürfen).

Während der englische Sprachbereich sich, wie gesehen, sich seit je an der einfachen Vorstellung des Vertragsbruchs orientiert, der sehr bald einmal dem Schuldner Vertragserfüllung abschneidet, steht der Kontinent bis in unsere Tage hinein im Bann der römischen Überlieferung, die zwar mit Verzugsbeginn die Gefahrtragung zulasten des säumigen Schuldners verschiebt, ihm aber die Möglichkeit der Leistungserbringung (endlos) offenhält. Auf dem Kontinent war es Frankreich, das einen entscheidenden Schritt nach vorne vollzog. Dabei bleibt für den Schreibenden offen, in welchem Verhältnis hier die lokalen keltisch-germanischen und die auch im Gebiet des heutigen

¹⁴ Im allgemeinen bedeutet Risikoverlagerung, dass der Schuldner sich nicht mehr durch Berufung auf unverschuldete Hinderungsgründe (höhere Gewalt) berufen kann, wenn diese sich erst nach Eintritt der *mora* verwirklicht haben. Die Risikoverlagerung hat im übrigen wohl ihre hauptsächlichste Bedeutung im Falle des Verzugs der Verkäufers mit der Lieferung der Kaufsache, da nach der in der romanistischen Tradition wie auch in der französischen Rechtstradition (dazu folgende Fussnote!) strikt aufrecht erhaltene Regel *periculum est emptoris* die Gefahr des Untergangs vom Vertragsschluss an bereits beim Käufer liegt, im Falle des Lieferungsverzugs aber auf den Verkäufer zurückfällt.

Frankreich sich weit entfaltende Rezeption des römischen Rechts Gewicht haben¹⁵. Es war es eine legislatorische Neuerung von erstrangiger Bedeutung, dass der französische Code Civil ("CC") als Sanktion der Nichterfüllung die Möglichkeit der Auflösung der Verträge schuf: Die Statuierung einer *condition résolutoire* (*toujours sous-entendue*) des Art. 1184. Diese Möglichkeit wird allerdings nicht im Rahmen der Nichterfüllungsfolgen (Art. 1146 ff. CC) geregelt und nicht in den Zusammenhang der *mora* bzw. *demeure* gebracht. Der Gesetzgeber wagt es nicht, die Möglichkeit der Vertragsterminierung als *ex lege* gewährte Gläubigerschutznorm zu präsentieren; er stellt sie vor als eine gesetzlich präsumierte Parteivereinbarung einer auflösenden Bedingung für den Nichterfüllungsfall, die im Rahmen der bedingten Obligationen bzw. der Normierung von Sondertypen von Vertragsklauseln (Art. 1168-1233 CC) ihren systemgerechten Platz hat. Allerdings wird die Konzeption einer Parteivereinbarung nicht konsequent durchgehalten, vielmehr die Fiktion eines die Regel tragenden Parteiwillens wiederum in Frage gestellt durch die Anfügung: "La résolution doit être demandée en justice"; der Vertrag wird nicht kraft Parteivereinbarung bzw. Erklärung des Gläubigers, sondern erst durch Richterspruch aufgelöst¹⁶. Innerhalb des Gesetzgebungsverfahrens

¹⁵ Die generelle Formel geht dahin, dass der französische CC mehr als jede andere Kodifikation germanische Überlieferung repräsentiere und weniger romanistisch sei als BGB oder OR. Wenigstens im Bereich des Vertragsrechts muss dem widersprochen werden; romanistische Einflüsse sind hier absolut dominant. Zu erinnern an die nur auf Umwegen gewagte Einführung der Stellvertretung: Um nicht gegen die Regel des *alteri stipulari nemo potest* verstossen zu müssen findet eine quellenwidrige Uminterpretation des Mandatsrechts statt (Art. 1984 CC). Das sog. Konsensprinzip der Fahrnisübereignung (Eigentumsübergang mit Kauf- oder Schenkungsvertrag unabhängig von Tradition; Art. 711, 938, 1138, 1583 CC) ist weder die Folge keltisch-germanischer Überlieferung noch eines Einflusses von GROTIUS, PUFENDORF oder andern, wie bisher gerne behauptet wurde, sondern entspringt zur Hauptsache der Absicht, die römische *periculum emptoris*-Regel, von der zu verabschieden man sich nicht getraute, in neuer Fassung weiterzuführen (dies wenigstens die Auffassung des Schreibenden, wie einlässlich begründet in *ZEuP, Zeitschr. für Europäisches Privatrecht*, 1998).

¹⁶ Dabei ist in Frankreich auch in heutigem Verständnis der Richterspruch konstitutiv, d. h. der Gläubiger kann sich nicht einredeweise auf Vertragsungültigkeit berufen, um in einem späteren Prozess sich vom Richter bestätigen lassen, dass er zu recht die Hinfälligkeit des Vertrags geltend gemacht habe: Der Vertrag ist und bleibt wirksam bis zum Richterspruch (was allerdings dispositives Recht darstellt; im Falle expliziter Vereinbarung extrajudizieller Beendigung, auch "clause de résolution de plein droit" genannt, genügt zur Vertragsterminierung eine private Erklärung des Gläubigers). – Der Gesetzgeber folgt hier einer eingewurzelten nationalen Tradition, die dazu neigt, private Rechtsakte in die Hand von Urkundsbeamten oder gar Richtern zu verlegen. Bereits die *interpellatio* ist etwa bei POTHIER, *Traité des Obligations*, Paris 1821, N. 144 nicht aussergerichtlich möglich: "un débiteur n'est censé en demeure de donner une chose par lui due, que par une interpellation judiciaire valablement faite ..", welche Regel im CC in Art. 1139 mit dessen zweideutigem Terminus *sommatio* weiterlebt. Entsprechende Ängstlichkeit des Gesetzgebers lässt sich bei der Ausgestaltung der kaufrechtlichen Wandelung erkennen, die nicht durch private

ist die Neuerung des Art. 1184 das Verdienst der Viererkommission, welche in ihrem Entwurf (1800) den heutigen Art. 1184 erstmals vorgeschlagen hat¹⁷.

In der Sache ist diese Konzeption allerdings in jeder Hinsicht vorweggenommen durch POTHIER, der auch sonst auf weitesten Strecken als geistiger Vater der schuldrechtlichen Teile des CC gelten muss. Im Rahmen seiner Behandlung der auflösenden Bedingungen (POTHIER, *Traité des Obligations* [Anm. 16], N. 672) stellt er vorab fest: "Dans les contrats synallagmatiques ... on met souvent pour condition résolutoire de l'obligation que contracte l'un des contractants, l'inexécution de quelqu'un des engagements de l'autre". Bei der Behauptung einer Kautelarpraxis bleibt er indessen nicht stehen, sondern behauptet (ohne argumentative Abstützung) als damaligen Rechtszustand das Bestehen einer vertragsklausel-unabhängigen Rücktrittsmöglichkeit: "Quand même on n'auroit pas exprimé dans la convention, l'inexécution de votre engagement, comme condition résolutoire de celui que j'ai contracté envers vous; néanmoins cette inexécution peut souvent opérer le résiliement du marché, et conséquemment l'extinction de mon obligation"¹⁸. Damit ist nicht bloss der Grundsatz von Art. 1184 Abs. 1 und 2 bereits vorgezeichnet;

Erklärung des Käufers, sondern nur durch Klage bewirkt wird (Art. 1648). *Lésion* kann nicht einredeweise geltend gemacht werden, sondern muss über gerichtliche *récision* durchgesetzt werden (Art. 1674).

¹⁷ Die unter der Führung von CAMBACÉRÈS erarbeiteten Entwürfe der Jahre 1793, 1794 und 1796 (letzterer auch "Entwurf CAMBACÉRÈS, 1797) enthalten noch keine Ansätze zum heutigen Art. 1184. Dessen Text ist (wie der grösste Teil des CC überhaupt) im Entwurf von 1800 der Commission du Gouvernement (TRONCHET, BIGOT DE PRÉAMENEU, PORTALIS und als "secrétaire-rédacteur" MALEVILLE) auf weiten Strecken vorgezeichnet; vgl. P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du CC*, Bd. 2, 1827; oder Nachdruck, Osnabrück 1968, S. 170.

¹⁸ Die Unterschiedlichkeit der Rechtslage, je nachdem die Parteien explizit eine *condition résolutoire* stipuliert haben oder aber die Vertragsterminierung *ex lege* erfolgen soll, wird bei POTHIER in dessen "Traité du Contrat de Vente" (hier zit. aus nouvelle éd., Paris 1768) ausgeführt. In Teil 5 Kap. 2 lautet der Titel von sec. 6: "Si la demeure en laquelle est l'une des parties contractantes d'exécuter ses obligations suffit seule, pour donner à l'autre le droit de demander la résolution du contrat." In N. 475 handelt POTHIER allerdings nur vom "Pact commissoire". Liegt eine solche Verfallsklausel vor, kann der Verkäufer direkt zur Rückgabe der Kaufsache verurteilt werden. Fehlt es dagegen an einer solchen, "le Juge, sur demande du vendeur, rend une première sentence par laquelle il fixe un certain temps qui est laissé à son arbitrage, dans lequel il ordonne que l'acheteur sera tenu de payer, passé lequel temps, il sera permis au vendeur de rentrer en possession de la chose qu'il a vendue ..." (bei Nichterfüllung wäre notwendig ein zweites Urteil "qui ... déclarera le contrat de vente nul & résolu, & permettra au vendeur de rentrer en possession"). Vgl. weiterhin auch N. 459.

POTHIER geht insofern über den späteren Art. 1184 des CC hinaus, als er sich nicht auf eine (tatsächliche oder aber fingierte) dahingehende Vertragsklausel stützt, sondern eine kraft objektiven Rechts gegebene Möglichkeit der Vertragsterminierung wegen Nichterfüllung annimmt.

Aber bereits POTHIER fährt ebenfalls fort: "Mais il faut que je fasse prononcer le résiliement par le juge, sur l'assignation que je dois vous donner à cet effet [... Beispiel mit Hinweis auf Befreiung von Gegenleistungspflicht]. Mais cette extinction de mon engagement ne se fera pas de plein droit; elle se fera par la sentence ...". Damit ist die bedauerliche Regel von Art. 1184 Abs. 3 CC ("La résolution doit être demandée en justice ...") vorgezeichnet, welche die grosse gesetzgeberische Innovation zu einem grossen Teil um ihre Wirkung bringt.

Wichtig für die weitere Entwicklung ist nun aber auch noch, dass in der Praxis der französischen Gerichte als ein Element des Schuldnerschutzes sich das Requisite der Gewährung einer Nachfrist herausgebildet hatte. Auch dies sollte sich in der weiteren Entwicklung als ungemein fruchtbar erweisen. Die dahingehende Übung ist bereits bei DOMAT dokumentiert¹⁹.

Das Thema wird natürlich auch von POTHIER aufgenommen. In seinem Obligationenrecht (N. 672 *in fine*) heisst es: "Il est en ce cas à la discrétion du juge de vous impartir tel délai qu'il jugera à propos pour satisfaire à votre obligation, après lequel je pourrai obtenir sentence qui pronocera le résiliement du marché, et me décharger de mon engagement" Hier liegt der Ursprung der zweiten Hälfte von Abs. 3 des CC Art. 1184: "... et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances."²⁰

¹⁹ JEAN DOMAT, *Les Loix Civiles dans leur Ordre Naturel*, 1. Aufl. 1689 [hier verwendet Ausgabe Paris 1767]: Zu den "Conventions en général" vgl. Buch 1 Tit. 1 sec. IV N. 18 f., sodann Buch 1 Tit. 2 ("du Contrat de Vente") sec. XII N. 11 ff. und bes. N. 12: "Les clauses résolutoires faute de payer au terme, ou d'exécuter quelqu'autre convention, n'ont pas l'effet de résoudre d'abord la vente, par le défaut d'y satisfaire, mais on accorde un délai pour exécuter ce qui a été promis, si ce n'est que la chose ne pût souffrir de retardement, comme si le vendeur manque de délivrer de la marchandise promise pour le jour d'un embarquement."

²⁰ Für weitere Differenzierungen ist zu berücksichtigen die oben in Anm. 18 zitierte Textstelle aus POTHIERs Kaufrecht. Sie macht deutlich, dass die Zubilligung einer Nachfrist aus der Tradition der Behandlung der Verträge ohne *condition résolutoire* stammt: Eine explizite Vertragsklausel lässt keinen Raum für richterliche Nachfristansetzung. Dies rechtfertigt es m. E. heutzutage, die Nachfristgewährung nach Art. 1184 Abs. 3 CC ebenfalls auf diese Fälle zu beschränken, bei Vorliegen einer expliziten Auflösungsklausel dagegen darauf zu verzichten, obwohl diese Einschränkung dem Gesetzestext nicht zu entnehmen ist.

Abschliessend ist festzustellen, dass die auf Vertragsinhalts-Fiktionen ausweichende Gesetzgebungstechnik des CC dazu führen muss, dass an die blosser Nichterfüllung und nicht an den Verzug angeknüpft wird. Die Abkoppelung von unserem Untersuchungsgegenstand ist allerdings nur eine scheinbare, denn jedermann ist sich einig, dass die Auflösungsmöglichkeit gemäss Art. 1184 im Zusammenhang der Verzugsfolgen zu sehen ist. Spätestens die Stellung des Gesuches der Vertragsauflösung an den Richter (*assignation*) konstituiert *mise en demeure*.

V.

Im deutschen Sprachbereich wird der Terminus "Verzug" weder im Allgemeinen Preussischen Landesrecht (ALR; 1794) noch im österreichischen ABGB (1811) verwendet (vgl. etwa ALR Buch I Kap. 11 §§ 95 ff., 346, Kap. 16 §§ 16 ff., 64 ff.); auch eine der Lösung des CC vergleichbare Vertragsterminierungsmöglichkeit besteht nicht. Der Durchbruch zu der heute im deutschen Sprachbereich herrschenden und in verschiedenen neueren Kodifizierungen Einfluss entwickelnden Regelung, dass der Gläubiger durch einseitige Erklärung (wenn auch im Regelfall bloss aufgrund der Einräumung einer Nachfrist) den Vertrag auflösen kann, lässt lange auf sich warten und wird erst in der ersten gesamtschweizerischen Kodifikation, dem alten Obligationenrecht vollzogen. Eine vorbereitende Brückenfunktion kann BLUNTSCHLIS Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich (PGB; Verkündung und Inkrafttreten des Obligationenrechts 1855) beanspruchen, das zwar nicht, wie das Vorbild des CC, für das Vertragsrecht schlechthin, aber doch im Rahmen des Kaufvertrags dem Handelskäufer bei Missachtung eines explizit vereinbarten Liefertermins die Option des Rücktritts eröffnet (welche Formel das [Allgemeine] Deutsche Handelsgesetzbuch übernehmen wird); im nichtkaufmännischen Verkehr hat der Käufer die Möglichkeit, durch den Richter eine Nachfrist mit Rücktrittsandrohung ansetzen zu lassen²¹. Die noch heute

²¹ § 1401 PRG: "... im kaufmännischen Verkehr ... hat der Käufer die Wahl, ob er die nachträgliche Lieferung der Waare fordern ... oder von dem Kaufgeschäft zurücktreten und die Waare dem Verkäufer zur Disposition stellen wolle". Diesem folgt ADHGB Art. 355; in dessen Art. 354 wird umgekehrt auch dem Verkäufer für den Fall des Verzugs des vorleistungspflichtigen Käufers u. a. die Möglichkeit eröffnet, "von dem Vertrage ab[zu]gehen". Die für den nichtkaufmännischen Verkehr im PGB vorgesehene Regel findet sich in § 1402. Danach steht dem Käufer die Befugnis zu, dem Verkäufer "gerichtlich eine Frist zur Lieferung ansetzen zu lassen, mit der Androhung, dass weitere Verzögerung ihn zum Rücktritt von dem Kaufe berechtige."

in den Grundzügen geltende Regel des aOR des Jahres 1881/83 lautet: "Wenn sich bei zweiseitigen Verträgen der eine Theil im Verzuge befindet, so ist der andere berechtigt, ihm eine angemessene Frist zur nachträglichen Erfüllung anzusetzen oder durch eine zuständige Behörde ansetzen zu lassen, mit der Androhung, dass mit Ablauf dieser Frist der Vertrag aufgelöst sei."²². Die Bestimmung von § 326 BGB²³ geht auf den Einfluss der schweizerischen Gesetzgebung zurück; der (Dresdener) Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse des Jahres 1866²⁴ hatte unerachtet der Regelungen des CC oder des PGB bzw. HGB noch keinerlei funktionsgleiche Regelung vorgesehen gehabt.

Dem AGBG ist Verzug als Allgemeinbegriff bis heute fremd. Verzugszinse wurden seit je in den §§ 1333 ff. ohne Verwendung dieses Terminus und durch eine autonome Formel ("Verzögerung der bedungenen Zahlung") umschrieben. Die Doktrin allerdings verwendet den Begriff und unterscheidet (sehr zweckmässig) zwischen "objektivem" und "subjektivem" (sc. vom Schuldner schuldhaft zu vertretendem) Verzug. – Der ursprüngliche Text des ABGB (§ 919) hatte sich noch vom französischen Vorbild distanziert und eine Aufhebung des Vertrages infolge Nichterfüllung explizit ausgeschlossen. Die von OR und BGB demonstrierte Vertragsterminierungsmöglichkeit wurde jedoch in der Gesetzesnovelle von 1916 eingeführt: Der revidierte § 918/I des ABGB gibt unter der Voraussetzung des unbenutzten Ablaufs einer Nachfrist dem Gläubiger die Möglichkeit des Rücktritts vom Vertrag, welches Recht (in Übereinstimmung mit dem OR, aber anders als das BGB) verschuldensunabhängig ist, d. h. nicht durch eine Exkulpation des Schuldners abgewendet werden kann²⁵.

²² Aor Art. 122.

²³ § 326 BGB: "Ist bei einem gegenseitigen Verträge der eine Teil mit der ihm obliegenden Leistung im 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 dieser Frist ablehne ...".

²⁴ Siehe Dresdener Entwurf; Art. 283-305 zum "Verzug des Schuldners".

²⁵ Rücktritt setzt nur "objektiven" Verzug, d. h. kein Verschulden des Schuldners voraus. Vgl. REISCHAUER in Peter Rummel (Hrsg.), *Kommentar zum AGBG*, N. 2 zu § 918; KOZIOL / WELSER, *Grundriss des bürgerlichen Rechts*, Bd. I, 10. Aufl., Wien 1995, S. 240.

VI.

Bei der Übernahme der Möglichkeit der Vertragsauflösung infolge Nichterfüllung aus dem schweizerischen Obligationenrecht ist dem deutschen Gesetzgeber allerdings ein Versehen unterlaufen, über dessen Tragweite und Nachteiligkeit die deutsche Juristenschaft sich kaum Rechenschaft gibt: Gewöhnung versöhnt mit mancherlei Absonderlichkeit. Wir sprechen von der Verschuldensabhängigkeit des Verzugs im Zusammenhang der an sich so wohltuenden und segensreichen Regel von § 326 BGB²⁶.

In der klassischen Antike mag der Begriff der *mora* ein Verschulden des nicht erfüllenden Schuldners vorausgesetzt haben²⁷, was indessen bestritten ist²⁸. In der Literatur des 17. und 18. Jahrhunderts neigte wohl die Mehrzahl der Auffassungen dazu, vom Verschuldenserfordernis abzusehen²⁹. Es macht den Anschein, dass Verschulden vor allen dann nicht ins Bild einbezogen wird, wenn *mora* im Zusammenhang der *usurae* abgehandelt wird; offenbar wird erkannt, dass es von der Sache her nicht indiziert ist, Verzugszinsen nur bei Verschulden zuzusprechen (dazu noch im Folgenden). Im 19. Jahrhundert dagegen wird wiederum die Gegenposition absolut vorherrschend³⁰.

²⁶ Nach § 185 BGB gerät der Schuldner solange nicht in Verzug, als "die Leistung infolge eines Umstandes unterbleibt, den er nicht zu vertreten hat."

²⁷ Vgl. dazu BRUNO SCHMIDLIN / C. A. CANNATA, *Droit Privé Romain*, Bd. II, Obligations etc., 2. Aufl. 1991, S. 86-89, und ZIMMERMANN, *The law of Obligations* (Anm. 13), S. 792 ff.

²⁸ Verschuldensunabhängigkeit nimmt an HONSELL, *Römisches Recht*, 4. Aufl. 1997, S. 89, und wohl auch KASER, *Kurzlehrbuch*, § 37/II. Vgl. auch EGON WEISS, *Institutionen* (Anm. 13), S. 310 ff. – Aber offen ist für den Schreibenden, ob nicht in dieser Kontroverse ein Missverstehen herrscht: Zweierlei ist es, den Verzug als Begriff, oder aber die an ihn geknüpften Sanktionen vom Verschulden (nicht) abhängig zu machen.

²⁹ Ob bei der Behandlung der *mora* Verschulden (*dolus* oder *culpa*), falls nicht erwähnt, stillschweigend vorausgesetzt sei, mag der Historiker entscheiden; vgl. dazu insbes. Die Hinweise von ZIMMERMANN, *The law of Obligations* (Anm. 13), S. 793 auf STRUVIUS. Der Schreibende kann seinerseits keine Bezugnahme auf die Verschuldensvoraussetzung erkennen z. B. bei ZOESIUS (1571-1627), *Pandekten zu Dig. 22, 1*; LAUTERBACH (1618-1678), *Collegium theoretico-practicum*, zu *Dig. 22, 1*, N. 50 ff.; HEINECCIUS (1681-1741), *Pandekten Teil IV* §§ 100 ff. zu *Dig. 22, 1*; DABELOW (1768-1830), *System des gesammten heutigen Civil-rechts*, §§ 574-578.

³⁰ *Mora debitoris* nur bei Verschulden nehmen an: LUDWIG JUL. FRIED. HÖPFNER (1743-1797) in seinem auch im 19. Jahrhundert noch lange aufgelegten "*Theoretisch-practischen Commentar über die Heineccischen Institutionen*", § 755 ad Inst. 3, 14; PUCHTA, *Cursus der Institutionen*, Bd. III § 278; WINDSCHEID, *Pandekten*, § 276; DERNBURG, *Pandekten*, 3. Buch § 40 ("Der Schuldner ist in Verzug wenn er schuldhafterweise nicht zur rechten Zeit erfüllt"); DERNBURG / SOKOLOWSKI, *Pandekten*, § 297, 3. Einlässlicher FRIEDR. LUD. KELLER, *Pandekten* (aus dem Nachlass hgg. von Emil Friedberg, Leipzig 1861), § 252 (S. 495/6); als Verzugsvoraussetzung wird genannt: "Der Schuldner muss wissen oder doch Ursache haben als verständiger Mann zu glauben, dass er schuldig sei. Die bloße gerichtliche Klage ... begründet also nicht notwendig *mora*". Und weiter: "Damit

Darüber, ob es besser sei, den im Leistungsverzug befindlichen Schuldner auch dann mit Verzugsfolgen zu belasten, wenn dieser den Verzug nicht schuldhaft verursacht hat und sich zu exkulpieren vermag, lässt sich trefflich streiten. Eine sachgerechte Diskussion sollte indessen nicht über die Verschuldensvoraussetzung der *mora* im allgemeinen geführt werden: *mora* für sich allein bedeutet nichts; der Begriff erlangt nur von den an ihn geknüpften Folgen rechtlichen Gehalt. Man sollte sich von der Erörterung der *mora* als Allgemeinbegriff und dessen Voraussetzungen trennen und viel eher auf die einzelnen an den Verzug geknüpften Verzugsfolgen blicken. Betrachtet man die Gefahrtragung, gibt es gute Gründe, den Rückfall der mit Vertragsschluss auf den Käufer übergegangenen Gefahr der Kaufsache nur im Falle dessen Verschuldens auf den Verkäufer eintreten zu lassen, dies wenigstens, so lange man die Käufergefahrtragung überhaupt als angemessen halten kann³¹. Schadenersatzforderungen wegen Verzögerung der Leistungserbringung werden von modernen kontinentalen Kodifikationen regelmässig in der einen oder anderen Form von Verschulden abhängig gemacht (Art. 97 Abs. 1, §§ 280-283 BGB) bzw. es wird dem Schuldner der Exkulpationsbeweis (Nachweis von "force majeure", "cas fortuit") eröffnet. Im Sonderfall des Verzugs in Geldzahlungen, bei Verzugszinsen, macht das Verschuldenserfordernis aber keinen Sinn: Von der Vorstellung des Schadens und einer diesbezüglichen Ersatzleistung muss man sich trennen, da nicht bloss der Gläubiger einen Nachteil hat, sondern der Schuldner ebenso aus der Verfügbarkeit der geschuldeten Geldmittel einen Vorteil zieht.

mora eintreten könne, darf auch nicht ein unverschuldetes äusseres Hinderniss die Erfüllung unmöglich gemacht haben". J. BARON, *Pandekten*, § 240/I/3 lässt Verzug entfallen, wenn der Schuldner sich in einem entschuldbaren Irrtum über seine Leistungspflicht befindet, wie etwa der die Verpflichtung seines Erblassers nicht kennende Erbe. – Bereits das ALR I, 16 § 26, macht Verzugsfolgen (auf dem Weg über die Unmöglichkeit der Erfüllung) von Verschulden abhängig: "So weit die Unmöglichkeit das gänzliche Unterbleiben der Erfüllung entschuldigt, so weit kommt sie auch dem zu Statten, der seine Verbindlichkeit nicht zur gehörigen Zeit erfüllen kann."; HEINRICH DERNBURG, *Preussisches Privatrecht*, 3. Aufl. 1882, Bd. 2 § 71/3, S. 165 bezeichnet die Frage der Verschuldensabhängigkeit des Verzugs als umstritten, "aber [als] nach preussischem wie nach römischem Recht zu bejahen" (mit Hinweisen).

³¹ *Periculum est emptoris* macht beim Modell des Marktkaufs, aber auch nur dort, guten Sinn: Der den Aufschub der Abwicklung des Kaufs veranlassende Partner ist auf dem Markt immer der Käufer (der das erforderliche Geld zum Kauf nicht in der Tasche trägt), sodass es sich rechtfertigt, ihn als den Veranlasser der für den Verkäufer äusserst üblen Situation auch deren Risiken tragen zu lassen. Dazu der Schreiber in ZSR 89/1970, S. 281-94, oder in AJP 1997, S. 935 f., oder in ZEuP (Anm. 15) unter Anm. 98.

Die Nachteile der Gesetzgebungstechnik, den Verzug an die Verschuldensvoraussetzung zu knüpfen, könnten in Deutschland bei den Verzugszinsen sichtbar werden, kann doch der Schuldner die Verzugszinspflicht durch den Nachweis fehlenden Verschuldens abwenden. § 288 BGB statuiert simpel: "Eine Geldschuld ist während des Verzugs mit vier vom Hundert für das Jahr zu verzinsen". Diese Regel wird durch die Sondernorm von § 291 allein für eingeklagte Forderungen und mit Wirkung ab Rechtshängigkeit eingeschränkt. In der Praxis scheint allerdings Neigung zu bestehen, bei Verzugszinsen das Verschuldensrequisit überhaupt auszublenden.

§§ 285 und 288 BGB laden ein zu einem rechtsvergleichenden Exkurs. Das Zivilgesetzbuch Griechenlands (1941 bzw. 1946), vom BGB mehr als von jeder anderen Kodifikation beeinflusst, statuiert in seinem praktisch eine Übersetzung von § 285 Abs. 1 BGB darstellenden Art. 342, dass der Schuldner Verzug durch einen Exkulpationsbeweis abwenden kann. Ohne Verzug aber auch kein Verzugszinsanspruch gemäss Art. 345. Das Verschulden des Geldschuldners an seinem Zahlungsverzug ist ein Thema von grösster Bedeutung. Als Nachweis der Unschuld des Schuldners an seiner Zahlungssäumnis wird insbesondere Ungewissheit über den Bestand der Schuld betrachtet. Diese Auffassung lässt sich vereinzelt weit zurückverfolgen und hat neuerdings etwa im revidierten Portugiesischen Zivilgesetzbuch von 1966 Aufnahme gefunden³², zieht aber, wie den Schreibenden in Griechenland gewonnener Anschauungsunterricht gelehrt hat, ganz unerwünschte Konsequenzen nach sich: Nicht nur wird damit den Gerichten fast allzuviel Ermessen in der Frage zugebilligt, ob dem Kläger auf der gutgeheissenen Klagsumme auch Verzugszinse zuzusprechen seien³³; die genannte Rechtslage fördert die Prozessfreudigkeit der Schuldner und lädt diese dazu ein, vorprozessual wie vor Gericht (da eine die Prozesszinsen betreffende Sondernorm analog § 291 BGB fehlt) hartnäckig abenteuerliche Theorien zu vertreten, um die subjektive Fehleinschätzung der Rechtslage glaubhaft zu machen.

³² Vgl. KELLER, *Pandekten* (Anm. 30) und BARON, *Pandekten* (Anm. 30), beide mit Hinweisen auf römische Quellen, etwa GAIUS in Dig. 50, 17, 42, der ebenfalls den Eintritt in fremde Schuld im Auge hat. Nach DERNBURG ist Illiquidität der Forderung kein Exkulpationsgrund: "Es ist Sache des Schuldners, sich über Existenz und Betrag seiner Verpflichtung, soweit es irgend möglich ist, zu vergewissern." (Anm. 30).– Der portugiesische Código Civil, Art. 805 Abs. 2, lässt *mora* nicht eintreten, solange die Forderung nicht liquide ist, es sei denn, dass die Illiquidität dem Schuldner zuzuschreiben sei.

³³ Welcher Zinsbetrag leicht die Kapitalsumme übersteigen kann, waren doch in den vergangenen Jahren die von der griechischen Notenbank festgesetzten Zinssätze unglaublich hoch (zeitweise über 40% p. a. bei einer immer unter 20% gebliebenen Inflationsrate).

In Deutschland liegen die Probleme an einem ganz anderen Ort. Der Gesetzgeber, wenn er die *mora* des BGB entwirft und, der romanistischen Literatur des 19. Jahrhunderts folgend, sie an die Verschuldensvoraussetzung knüpft, verliert aus dem Auge, dass er im Begriffe ist, im gleichen Atemzug die *mora* mit einer Rechtsfolge auszustatten, die dem römischen Recht wie der Pandektistik des 19. Jahrhunderts noch nicht bekannt war: Die (allenfalls nach angesetzter Nachfrist) gewährte Möglichkeit des § 326 der Vertragsterminierung durch Parteierklärung. Die *raison d'être* dieses Rechtsbehelfs liegt darin, nach Eintritt des Verzugs und dessen Qualifizierung durch ergebnisloses Verstreichen der Nachfrist dem Gläubiger eine Beendigung des üblen Spiels und eine Klärung der Situation zu ermöglichen. Da indessen der Gläubiger regelmässig nicht weiss, was die Ursachen des Ausbleibens der Leistung sind und er auch keine Möglichkeiten hat, gegen den Willen des Schuldners sich Gewissheit zu verschaffen, wird der gute Zweck von § 326 in Frage gestellt: Keinerlei Klarstellung der Verhältnisse, vielmehr Belastung des Gläubigers mit der Ungewissheit, ob er durch sein Vorgehen nach § 326 BGB tatsächlich aus dem inoperablen Vertragsverhältnis befreit sei.

Mit dieser Besonderheit stellt sich das BGB in Gegensatz zu seinen Vorbildern: Sowohl im CC wie im schweizerischen OR ist die Terminierungsmöglichkeit mit Selbstverständlichkeit nicht von einem Schuldner-Verschulden abhängig: Im CC lässt die gewählte Konstruktion einer *condition résolutoire* für ein Verschuldenserfordernis zum vornherein keinen Raum; das OR hat, darin dem CC folgend, seit je den Verzug verschuldensunabhängig konzipiert³⁴. Die Gesetzgebungstechnik ist in beiden Fällen dieselbe; es wird das Verschuldenserfordernis (bzw. eine Exkulpationsmöglichkeit, die Einrede der *force majeure*) im Zusammenhang der Schadenersatzpflicht wegen Nichterfüllung und auch bezüglich der Zufallshaftung eingeführt, nicht aber auf der höheren Abstraktionsstufe des Verzugsbegriffs (Art. 1146 ff. CC; Art. 97 OR). Bei den sonstigen Verzugsfolgen (Verzugszinspflicht und Vertrags-Terminierungsmöglichkeit) tritt diese Zusatzvoraussetzung zum objektiv verstandenen Verzug nicht hinzu (Art. 1153 und Art. 1184 CC; Art. 104 und Art. 107 OR).

Die Nachteile der Verschuldensabhängigkeit der durch § 326 BGB gewährten Möglichkeit der Vertragsterminierung liegen nicht allein im Praktischen, sondern ebenso auf dogmatischer Ebene. Infolge der Verschuldensvoraussetzung können der Gesetzgeber wie auch die Praxis die Möglichkeit der Vertragsterminierung durch Gläubigererklärung gemäss § 326 nicht zum Nennwert

³⁴ Entwurf WALTHER MUNZINGER von 1870, Art. 154; Kommissions-Entwurf von 1875 Art. 141; Art. 117 aOR; Art. 102 nOR.

nehmen und müssen dafür dem Erlöschen der Obligation durch Unmöglichkeit übermässiges Gewicht geben. Das (wohl missinterpretierte) Diktum *impossibilium nulla obligatio* (CELSUS, Dig. 50, 17, 185) hat grossen Schaden gestiftet; darüber wäre eine eigene Abhandlung zu schreiben. Die Verwirrung zeigt sich bereits bei der bei Vertragsschluss bestehenden Unmöglichkeit, die nach § 878 ABGB, Art. 20 OR und § 306 BGB Vertragsnichtigkeit bedeutet und auch in der französischen Praxis so verstanden wird. Der gesunde Kern der römischen Überlieferung ist das Beispiel des *hypocentaurum dari* (Dig. 45, 1, 97 pr.): Die Unmöglichkeit der Vertragserfüllung ist nichts anderes als der Fall mangelnder Ernsthaftigkeit. Vertragsnichtigkeit und damit das Entfallen der Vertragsstrafen mag noch angehen, wenn die Unmöglichkeit beiden Kontrahenten verborgen ist, nicht dagegen, wenn der eine, nicht aber der andere Partner um die Unmöglichkeit weiss. Warum soll der bösgläubige Promittent, etwa derjenige, der aus was für Motiven auch immer wissentlich eine untergegangene Sache verkauft, nicht in Vertragshaftung stehen: Dem Verschulden der Nichterfüllung kann ohne weiteres das Verschulden des Kontrahierens gleichgestellt werden (so durch Sondernorm § 307 BGB und § 878 ABGB; dem OR geht eine entsprechende Regel ab).

Grundsätzlicher sind die Einwände, die sich gegen die Konzeption des Obligations-Untergangs wegen nachträglich eintretender Unmöglichkeit erheben: Dass die unmöglich gewordene Leistung nicht mehr erbracht werden wird, braucht der Gesetzgeber nicht zu sagen, ja sollte es nicht sagen; denn Unmögliches auszuschliessen ist fast gleich unsinnig wie solches anzuordnen; zu naturgesetzlichen Zwangsläufigkeiten schweigt der Gesetzgeber am besten. Aus der Unmöglichkeit der Leistung folgt nur, dass sie nicht erbracht werden wird, nicht jedoch, dass der Schuldner frei werden soll; wenn er das Unmöglichwerden zu vertreten hat, haftet er (§§ 275 f. BGB). Das Gesamtkonzept der Haftung des Schuldners für seine ausbleibende Erfüllung auf den Unmöglichkeitsbegriff auszurichten ist offensichtlich die Folge der unausgesprochenen Prämisse, dass als Endigungsgrund der schuldnerischen Leistungspflicht bei Ausbleiben der Leistung allein deren Unmöglichwerden in Betracht falle. Derartig war die Rechtslage in der herkömmlichen romanistischen Überlieferung. Heute aber ist unter dem Gesichtspunkt der Interessen beider Parteien, aber ganz besonders im Hinblick auf die Terminierungsmöglichkeit nach dem Schema von Art. 107 OR und § 326 BGB der Umstand der Möglichkeit oder Unmöglichkeit der nicht erbrachten Leistung ohne Relevanz: Wenn die Leistung vom Schuldner bisher nicht erbracht wurde und der Gläubiger sie deshalb ablehnen darf, dann ist es genug, zu wissen, dass die Leistung nicht mehr erbracht werden muss und kann. Darüber nachzudenken, ob sie denn überhaupt noch erbracht zu werden vermöchte, ist sinn- und

zwecklos und kompliziert Verständnis und Handhabung der Erfüllungsstörungen. Dass diese Frage (am meisten im BGB³⁵, teilweise aber auch in anderen Kodifikationen, so am Rande in Art. 119 OR) zum Ansatzpunkt des Leistungsstörungenrechts gemacht wird, ist nichts anderes als die gedankenlose Weiterführung der romanistischen Tradition, wie sie vor und bis zu der Neuerung des aOR in Art. 122 und der Regelung von § 326 BGB mit gutem Grund bestanden hatte, jetzt aber jeder Rechtfertigung entbehrt.

VII.

Nun noch einen Blick auf neue Entwicklungen. Es geht um die Frage, wie weit neuere Kodifikationen die in romanistischer Tradition nicht vorgebildete Möglichkeit der Vertragsterminierung verwirklichen nach dem Modell, wie es vom schweizerischen OR der Jahre 1881/83 vorgezeichnet wurde und im deutschen Sprachbereich (Art. 107 OR, § 326 BGB, § 918 ABGB) heute Realität ist.

Das bereits genannte griechische ZGB von 1941/46 nimmt diese Linie auf und gibt in Art. 383 ein von (verschuldetem) Verzug abhängiges Rücktrittsrecht des Gläubigers³⁶. Der italienische Codice Civile (1942) dagegen statuiert in Art. 1219 ein Modell des verschuldensunabhängigen Verzugs; die Vertragsauflösungsmöglichkeit wird nicht einmal an Verzug, sondern der Tatsache der Nichterfüllung geknüpft (Art. 1453), wobei präzisiert wird, dass eine Nichterfüllung von geringfügiger Bedeutung ("scarsa importanza") nicht in Betracht falle (Art. 1455). Die Möglichkeit der Ansetzung einer Nachfrist wird eröffnet in Art. 1454; diese soll angemessen ("congruo") sein, jedenfalls aber "quindici giorni" betragen. Die Fristansetzung soll verbunden sein mit der Androhung, dass der Vertrag im Nichterfüllungsfalle ohne weiteres aufgelöst sei, welche Folge gegebenenfalls denn auch *ex lege* eintritt. Der Gesetzeswortlaut bringt allerdings nicht hinreichend klar zum Ausdruck, dass diese Nachfristansetzung eine notwendige Voraussetzung des extrajudiziellen Rücktritts vom Vertrag (wenn auch nicht der richterlichen Vertragsauflösung) darstellt

³⁵ Zentral hier die §§ 323-325 BGB, weiterhin auch § 285 und §§ 306-309. Kritisch wie hier auf ERNST RABEL, *Gesammelte Aufsätze*, Bd. I No. 1-4 und Bd. III No. 8.

³⁶ Das Griechische ZGB Art. 383 fordert Ansetzung einer Nachfrist unter Androhung der eigenen Leistungsverweigerung; nach unbenutztem Fristablauf hat der Gläubiger die Wahl, das Erfüllungsinteresse zu fordern oder vom Vertrag zurückzutreten; der Anspruch auf die geschuldete Leistung selber ist erloschen (analog § 326 Abs. 1 BGB und anders als nach Art. 107 OR).

und nicht bloss eine dem Belieben des Gläubigers anheim gegebene Möglichkeit ("può intimare") ist.

Während der italienische Text zwar indirekt in der Tradition der *condition résolutoire* des französischen CC steht, jedoch in keiner Weise diese Formel aufnimmt, greift der Código Civil von Argentinien in Art. 1204 (Novelle gemäss Gesetz no. 17 711 des Jahres 1968) auf diese zurück³⁷. Vom italienische Vorbild übernimmt er die Statuierung eines Minimums von zwei Wochen der Nachfrist; Verschulden des säumigen Schuldners ist nicht Voraussetzung der Vertragsterminierung. Anders dagegen überraschenderweise die neue niederländische Gesetzgebung: Verzug tritt auf Grund schriftlicher Mahnung ein mit Wirkung indessen erst vom Endtermin einer anzusetzenden Nachfrist (Art. 6.82); sodann wird das Vorliegen eines Verschuldens gefordert (Art. 6.81), wobei die Vertragsauflösung durch private schriftliche Erklärung des Gläubigers oder auch durch den Richter erfolgen kann (Art. 6.267).

Im fernen Osten finden sich elementar-einfache, sachgerechte Lösungen: Das Zivilgesetz von Nationalchina (Taiwan), welches auf das chinesische Gesetz des Jahres 1929 (mit Modifikationen in 1982) weiterführt und wohl weitgehend auch die gegenwärtige vertragsrechtliche Lage in Rotchina repräsentiert, statuiert in Art. 254: "When a party to a contract is in default, the other party may fix a reasonable time and notify him to perform within that time. If he does not perform within that time, the other party may rescind the contract." Im Gehalt ganz damit übereinstimmend Art. 387 des Zivilgesetzbuches von Thailand des Jahres 1992. Das japanische Zivilgesetzbuch dagegen kennt verschiedene Regeln über Verzug (zu Voraussetzungen der *mora* Art. 412, zu Realexekution und Ersatzvornahme Art. 414, zur Schadenersatzpflicht als Nichterfüllungsfolge Art. 415-420), indessen fehlt eine dem Gläubiger die Vertragsauflösung gestattende Norm.

Zu den nationalen Zivilrechtsgesetzgebungen treten nun neuerdings auch Regelwerke von supranationalem Habitus hinzu: Vorab das Wiener Kaufrechtsübereinkommen (hier "WKR"), aber auch die allgemeinen Vertragsregeln, wie sie in diesen Jahren von UNIDROIT oder von der von OLE LANDO ins Leben gerufenen Kommission veröffentlicht werden³⁸. Diese bewegen sich

³⁷ Der ursprüngliche Art. 1204 des argentinischen CC des Jahres 1871 hatte noch Vertragsauflösung wegen Nichterfüllung explizit ausgeschlossen; der Redaktor VÉLEZ SÁRSFIELD beruft sich dabei ausdrücklich auf § 919 ABGB in dessen ursprünglichen Fassung.

³⁸ WKR = UN Convention on the International Sale of Goods (CISG) vom 11.4.1980, in der Schweiz in Kraft seit 1.3.1991 (SR 0.221.211.1); UNIDROIT, Prinzipien des internationalen Handels-Vertragsrechts (in verschiedenen Sprachen), Rom ab 1994 (ISBN: 88-86449 etc.); Principles of European Contract Law, Part 1, ed. by Ole Lando / Hugh Beale (Verlag Martinus Nijhoff, 1995).

grundsätzlich auf der vorstehend dargelegten Linie der modernen Kodifikationen: Möglichkeit der Vertragsterminierung durch den Gläubiger bei Erfüllungsverzögerung. Zur Vertragsauflösung wegen Nichterfüllung werden aber zwei verschiedene Wege eröffnet. Einerseits ist auch hier Vertragsauflösung über die Ansetzung einer Nachfrist nach oben dargelegtem Muster möglich: Art. 49 Abs. 2 lit. b WKR mit Verweisung auf Art. 47 Abs. 1. Art. 7.1.5 UNIDROIT; Art. 3.10.6 Lando-Prinzipien. Hinzu tritt indessen eine weitere Variante, die Konzeption nämlich, dass das Ausbleiben der Erfüllung eine "wesentliche" Vertragsverletzung darstellen könne, was nach den genannten Texten die Rechtsposition eröffnet, den Vertrag als aufgelöst zu betrachten: Art. 49 Abs. 1 lit. a WKR mit Verweisung auf Art. 25; Art. 7.3.1 UNIDROIT; Art. 4.301 Lando-Prinzipien. Diese weitere Möglichkeit, die aus dem englischen Sprachbereich herüber genommen wird, überschneidet sich in erheblichem Umfang mit der Terminierung durch Nachfristansetzung (nämlich soweit die Nichterfüllung eine totale ist, d. h. der Schuldner nicht schlecht, sondern bisher überhaupt nicht leistete). Richtig verstanden dürfte "Wesentlichkeit" der Verletzung nur dann angenommen werden, wenn die Gewährung einer Nachfrist unzumutbar und ungerechtfertigt ist. Es ist indessen zu befürchten, dass im praktischen Ergebnis die Umrisse des Erfordernisses der *interpellatio* wie jene der Nachfristansetzung aufgeweicht werden, d. h. dass in Grenzfällen, in denen sachgerecht Mahnung oder Nachfristansetzung gefordert wäre, von diesen Voraussetzungen fallweise entbunden wird. Auf zweifellos bestehende Differenzen zwischen den drei hier pauschal vorgestellten Modellen kann und braucht im übrigen nicht eingegangen zu werden.

VIII.

Zum Schluss ein Rückblick und ein Ausblick.

Rückblick

Die aus dem antiken römischen Recht zu uns gekommene Grundregel, Sanktionen wegen Nichterfüllung vertraglicher Obligationen grundsätzlich nur eintreten zu lassen, wenn der Schuldner in Verzug steht, d. h. durch eine Mahnung zur Pflicht gerufen wurde, wirkt segensreich bis heute weiter. Zu Beginn der Entwicklung ging es darum, zu gewährleisten, dass der säumige Schuldner Nichterfüllungssanktionen (Gefahrtragung, Schadenersatzpflicht usw.) erst von jenem Zeitpunkt an zu tragen hat, in dem er sich seiner Pflicht

bewusst ist. In der weiteren Entwicklung bleibt indessen das Vertragsrecht nicht dabei stehen, sondern vollzieht einen weiteren Schritt, der einschneidendere Wirkungen an den Schuldnerverzug knüpft und damit insgesamt dem Vertragsrecht mehr Schneidigkeit verleiht. Es wird die Neuerung eingeführt, dass der nicht befriedigte Gläubiger den niemals richtig wirksam gewordenen Vertrag zu Ende bringen kann. Diese Verschärfung der Verzugsanktionen zu Lasten des Schuldners erfolgt indessen nicht, ohne diesem umgekehrt die Möglichkeit zu gewähren, trotz Verzugs bzw. Verstreichens des Zeitpunkts richtiger Erfüllung das Versäumte wenn nicht (wie bis anhin) auf unbestimmte Zeit, so doch während einer gebührenden Frist nachzuholen: Das Institut der Nachfristansetzung. Dieser Schritt bahnt sich zuerst in Frankreich an. Die dort Gesetz gewordene Formel der *condition résolutoire* ist durch das Vorbild der traditionellen *lex commissoria* inspiriert, mit der sich der Verkäufer für den Fall des Ausbleibens der Preiszahlung den Rücktritt vorbehält, während der Umstand, dass dieser Mechanismus fortan *ex lege* (heisst: auch ohne dahingehende Parteiabsprache) wirken soll, auf richterliches Gewohnheitsrecht zurückgeht. Dass sich derartige Gerichtspraxis offenbar zuerst in Frankreich entwickelt hat, lässt sich vielleicht u. a. darauf zurückführen, dass dort die Tendenz besonders ausgeprägt ist, Vertragsterminierungs- oder -umgestaltungswirkungen dem richterlichen Urteil vorzubehalten (wie heute noch sichtbar in Art. 1184/3, 1139 oder 1648 CC; dazu auch oben Anm. 16): Ein Umstand, der einerseits die Entstehung dieser segensreichen Neuerung vielleicht erst möglich gemacht hat, andererseits durch Festhalten am Prinzip der judiziellen Rechtsgestaltung diese Neuerung um ihren richtigen Erfolg bringt.

Die in Frankreich eingeleitete wohltätige Entwicklung entfaltet ihren vollen Nutzen erst viel später und in anderen Regionen. Der entscheidende Durchbruch, d. h. die Verlegung der Vertragsterminierungsmechanismen weg von der judiziellen Ebene auf jene privatautonomer Rechtsgestaltung ist den Schöpfern des schweizerischen Obligationenrechts zu verdanken. Im OR werden auch die beiden Elemente, die in der französischen Gesetzgebung infolge deren Darstellungstechnik des Ausweichens auf die Fiktion einer Parteivereinbarung auseinandergerissen worden waren, wiederum zusammengeführt: einerseits der Verzug mit den traditionellen Verzugsfolgen, andererseits die heute praktisch wichtigste und im Zentrum stehende Verzugsfolge, d. i. die Vertragsterminierungsmöglichkeit des nicht befriedigten Gläubigers.

Ausblick

Global gedacht und im Groben gesehen stehen sich heute zwei juristische Welten gegenüber, die sich im Vertragsrecht vorab durch den entscheidend gegebenen und heute noch fortwirkenden Einfluss der romanistischen Tradition in der einen, dem Fehlen solchen Einflusses in der anderen unterscheiden. Auf dem Kontinent hat die römische Überlieferung im allgemeinen Vertragsrecht die beschriebene Differenzierung der Nichterfüllungsfolgen gebracht; daneben verdanken wir ihr neben vielem anderem besonders auch die aus profundem Erfahrungsschatz heraus entstandenen Regeln unseres "Besonderen Teils" des Vertragsrechts³⁹. Beides fehlt im englischen Sprachbereich; bei rechtsvergleichender Betrachtung lässt sich nicht vermeiden, dies als ein der dortigen Sache des Rechts abträgliches Defizit zu bezeichnen. Die Zukunft wird, in den Jahren der "Globalisierung" aller Lebensverhältnisse, einen Wettbewerb beider Rechtskreise um Einfluss auf die Gestaltung des künftigen globalen Rechtsverständnisses bringen. Dies ist eine Entwicklung, die den bisher geübten Verzicht auf wertende Beurteilung der konkurrierend angebotenen Lösungen nicht länger zulässt.

In diesem Umfeld erlangen das Wiener Kaufrecht, die Unidroit-Prinzipien und die Prinzipien der Lando-Kommission Bedeutung als Vorboten kommender Entwicklung. Sie betrachtend könnte man am fernen Horizont die Gefahr ausmachen, dass die in kontinentaler Rechtstradition gewonnenen Fortschritte der Verzugs- und Vertragsterminierungsprinzipien in Frage gestellt werden könnten. Alle drei Werke machen an den englischen Sprachbereich die Konzession, *breach of contract* in der einen oder anderen Form in das Recht der Erfüllungsstörungen einzubauen. Wie schlechte Münze im Verkehr die bessere verdrängt, besteht auch hier die Gefahr, dass das Konzept der "wesentlichen Vertragsverletzung" (Art. 25 WKR), oder der "inexécution essentielle" (Art. 7.3.1 Unidroit, und ganz ähnlich Art. 4.301 Lando-Principles)

³⁹ Die Verwurzelung des heutigen Vertragsrechts in den römischen Kontraktstypen reicht so tief hinab, dass nach ein- oder auch zweihundertjährigem Bestehen der aus der Aufklärungsphilosophie geborenen Vertragstypenfreiheit in den nationalen Rechtsordnungen der Durchschnittsjurist heute noch Mühe hat, einen "Vertrag an sich" sich vorstellen zu können, d. h. einen Vertrag, der nicht einem der (aus dem römischen Kontraktssystem abgeleiteten) gesetzlichen Vertragstypus zugeordnet ist. Wenn sich eine solche Zuordnung (wie heute immer häufiger) nicht machen lässt, greift das schweizerische Bundesgericht aus innerer Not zur neu erfundenen, aber genau gesehen grotesken Vorstellung des *Vertrags sui generis*: Noch wo eine gattungsmässige Zuordnung mangels *genus* nicht möglich ist, muss (für das zu beurteilende vertragliche Unikat) wenigstens fiktiv eine Gattung hinzu gedacht werden. An die Kette der (hier ausnahmsweise in der Tat hinderlichen) romanistischer Überlieferung schleppen am schwersten jene, die vom römischen Recht am wenigsten verstehen.

in seiner übermässigen Vereinfachung (welche insbesondere nicht unterscheidet zwischen zeitlicher Verzögerung entsprechend der traditionellen *mora* und sachlichen Leistungsmängeln) Schaden stiftet als Einladung zu pauschalierend-primitivisierender Betrachtungsweise. Zu bedauern ist sodann, dass die elementarste und historisch ursprüngliche Funktion der *mora*, Schadenersatzpflicht erst von einer *interpellatio* an entstehen zu lassen, kaum verwirklicht ist (Lando-Principles knüpfen das "Recht auf Schadenersatz" nicht an eine Mahnung oder dgl., und nicht anders Unidroit, Art. 7.4.1 oder das WKR, das weder in Art. 25, 45 oder 74 ff. einen Vorbehalt der Inverzugsetzung enthält), was selbst unter Kaufleuten den Verhältnissen nicht immer gerecht wird.

Aber es überwiegen doch die verheissungsvollen Anzeichen. Auch wenn der Verzugsbegriff als solcher in den Hintergrund gedrängt wird, ist er immer noch verwirklicht in jener Verzugsfolge, welche heute mit Abstand die wichtigste ist: in der Möglichkeit der privatautonomen, extrajudiziellen Vertragsterminierung. Diese wird in allen drei Beispielen im Ergebnis gewährleistet, und dies übereinstimmend nach dem von unserem Obligationenrecht entwickelten Schema. Nach unbenutztem Ablauf einer angesetzten Nachfrist kann der Vertrag vom Gläubiger aufgehoben werden (Art. 49 Abs. 1 WKR in Verbindung mit Art. 45; Art. 7.3.1 Unidroit in Verbindung mit Art. 7.1.5, und Art. 4.301 ff. Lando-Principles in Verbindung mit Art. 3.106). Gewiss wird man bedauern, dass die Regelungen neben der Terminierung durch Nachfristansetzung zusätzlich den "fundamental breach" als konkurrierenden Terminierungsgrund anbietet, was zwar für bereits erfolgte materielle Schlechterfüllung angemessen ist, jedoch nicht auf die vorläufige Nichterfüllung ausgedehnt werden sollte; die Fixgeschäfte im weitesten Sinne (d. h. jene, die aufgrund vertraglicher Abrede nach einem bestimmten Termin Erfüllung

ausschliessen) hätten innerhalb der keine Nachfristansetzung fordernden Tatbestände gegenüber der Schlechtleistung als Sonderfall herausgestellt werden dürfen⁴⁰.

Insgesamt ist indessen entscheidend, dass im Recht der Leistungsstörungen die Möglichkeit der Vertragsterminierung effizient und unzweideutig ausgebildet ist, dies in den drei zuletzt genannten supranationalen Regelwerken, aber auch in Kodifikationen des fernen Ostens. Die genannten, in die Zukunft weisenden Regelungen übernehmen weder die im französischen CC immer noch aufrecht erhaltene Beschränkung auf judizielle Vertragsauflösung noch die durch unglückliche Zufälligkeiten in das BGB hineingerutschte Verschuldensabhängigkeit der Vertragsterminierung. Im Ergebnis findet sich in allen drei Regelungen das Vorbild des schweizerischen Obligationenrechts verwirklicht: Beendigung des Vertrags durch Parteierklärung, wobei allein ergebnisloses Verstreichen einer angesetzten Nachfrist, nicht aber Verschulden zu den Voraussetzungen gehört. Jetzt wird sichtbar, dass dem vom OR demonstrierten Modell die Zukunft gehört, das indessen ohne die auf uns gekommene römische Erbschaft der *mora* sich nicht hätte entwickeln können.

⁴⁰ Es wäre für jedermann verständlicher, wenn der zu erfassende Sachverhalt, das Verstreichen eines zwingenden und nicht erstreckbarer Leistungstermins als solcher heraus gestellt und nicht mit der Lieferung schlechter Ware in den gleichen Topf geworfen würde. – Im übrigen darf angemerkt werden, dass die Übertragung des Konzepts des *essential breach* in ausserenglische Sprachbereiche gefährlich ist. Die Vorstellung der *inexécution essentielle* bzw. *wesentliche Nichterfüllung* (z. B. Art. 7.3.1 Uncitral, Art. 3.103 Lando-Principles) ist genau besehen ein Unding, und die Sprachlogik entlarvt die Verschwommenheit der zugrundeliegenden Vorstellungen: Nichterfüllung ist ein Negativbegriff, bedeutet ein Nichts und kann daher keinerlei Eigenschaften haben, weder wesentlich noch unwesentlich sein. Das ist anders bei *breach*, der positiv konzipiert ist als Zerbrechen einer Sache, hier eines Vertrages. Dem englischen Vorbild kommt näher das WKR, das in Art. 25 wie in Art. 49 Abs. 1 von "Nichterfüllung, die eine wesentliche Vertragsverletzung darstellt" spricht, was zwar schwerfällig, aber nicht vernunftwidrig ist.