

Für mehr Aktionendenken*

Übersicht

A.	<i>Praeliminarien</i>	2
	I. Gegensatz zwischen Form und Inhalt	2
	II. Der Gegensatz zwischen "normativem Denken" und "Denken in Sanktionen"	4
	III. Gründe der Hinwendung zu "normativem Rechtsdenken"	7
	IV. Verdrängung erhaltener aktionenrechtlicher Elemente geltenden Privatrechts	10
	V. Die Grenzen der normativen Darstellung im Privatrecht	11
	VI. Der durch das Verlassen der Aktionen notwendig werdende Begriff des subjektiven Rechts	14
B.	<i>Allgemeines zum "normativen Verständnis" des Vertragsrechts</i>	18
	I. Was heißt "normatives" Vertragsverständnis?	18
	II. Abweichungen der Gesetzgebungen vom "normativen Modell"	21
C.	<i>Problembereich "Schutz vor Übermaß vertraglicher Freiheitsbeschränkung"</i>	24
	I. Gesetzliche Ausgangslage	24
	II. Fälle, bei welchen die Bindung des einen Partners überhaupt zu versagen ist	26
	III. Schutz vor Übermaß der Freiheitsbeschränkung (Schweiz)	26
	IV. Schutz vor Übermaß der Freiheitsbeschränkung (Deutschland)	33
	V. Rückbesinnung	37
D.	<i>"Hinkende Verträge"</i>	39
	I. Verträge Geschäfts-Unfähiger	39
	II. Formmängel	42
	1. Trotz ihres Formmangels erfüllte Verträge (Ausschluß der Rückforderung)	42
	2. Formvorschriften bei Schiedsklauseln	44
	3. Interessenwert-abhängige Formvorschriften	47

* Ausarbeitung des am 30. September 1985 in *Passau* vor der Vereinigung der Zivilrechtslehrer gehaltenen Referats.

III.	Nachträgliche Behebung anfänglicher Unmöglichkeit oder Widerrechtlichkeit	48
E.	<i>Weitere vertragsrechtliche Problembereiche</i>	49
I.	Probleme der Konsensbildung bzw. der Bestimmung des Vertragsinhalts	49
1.	Notwendiger Konsensinhalt ("essentialia negotii")	49
2.	Hinreichende inhaltliche Bestimmtheit von Vorverträgen	52
3.	"Überschießender Konsens"	53
II.	Rechtsbeziehungen mit drei Beteiligten	54
1.	Stellvertretungsverhältnisse	54
2.	Forderungsabtretung	58
F.	<i>Hinweise auf analoge Zusammenhänge in anderen Rechtsbereichen</i>	59
I.	Sachenrecht: Zuordnung des Eigentums	60
1.	Zu allen Zeiten kann es nur "relatives Eigentum" geben	60
2.	Die Zuschreibung des Eigentums in der Schweiz in Fällen nichtiger Grundstücks-Erwerbsverträge	61
3.	Die Zuschreibung des Eigentums in der Schweiz im Falle des Verkaufs unter Eigentumsvorbehalt vor dem Registereintrag	62
II.	Handelsrecht: Zuordnung von Verträgen	63
G.	<i>Schluss</i>	66
I.	Wer ist angesprochen?	66
II.	Erwartete Entwicklung im Vertragsrecht	67
III.	Kein geschlossenes Konzept, vielmehr neue Optik	68
IV.	Der historische Gesichtspunkt	70
V.	Abschließendes zum gewählten Thema	72

A. Praeliminarien

I. Gegensatz zwischen Form und Inhalt

In vielen Bereichen, und so auch im Recht, kann man unterscheiden zwischen *Form* und *Inhalt*. Der Sache selbst – im Falle des Rechts: einer bestimmten Ordnung eines Sachbereichs – kann man gegenüberstellen die Art und Weise, in der diese entgegnet, d. h. von den Beteiligten gedacht und sprachlich ausgedrückt wird: vom Gesetzgeber, der diese Ordnung statuiert, der Wissenschaft, die sie beschreibt, dem Richter, der sie anwendet, vom Publikum, das sich von dieser Ordnung wenigstens in Umrissen ein Bild zu machen versucht.

Man könnte meinen, daß durch einen gegebenen *Rechtsinhalt die Form dessen Präsentation* vorbestimmt sei. Dem widerspricht der Rechtsvergleicher, der oft genug feststellt, daß an verschiedenen Orten rechtliche Lösungen angetroffen werden, die im praktischen Ergebnis identisch sind, obwohl die Art deren Darstellung verschieden ist. Umgekehrt finden sich Beispiele dafür, daß die rechtlichen Denkformen einer Zeit (der Begriffsapparat, mit dem die Juristen die rechtlichen Verhältnisse umschreiben, die dabei herrschenden Systemvorstellungen und die oft unbewußten methodischen Konzepte) die rechtlichen Lösungen bestimmen, daß m. a. W. *die Form den Inhalt determiniert*. Dafür immerhin ein Beispiel. Wenn wir die Geschichte des *Persönlichkeitsschutzes* betrachten, der im römischen Recht mit der Injurienklage weitgehend vorgezeichnet war ("De iniuriis et famosis libellis", Dig 47,10), so spricht manches für die Annahme, daß die ihm von der Pandektenwissenschaft zuteil gewordene Ablehnung (samt deren Auswirkungen auf das BGB) hauptsächlich durch ein Defizit des juristischen Begriffsinstrumentariums veranlaßt war: Innerhalb der subjektiven Rechte stand zu deren Erfassung nur die Kategorie des dinglichen Rechts" zur Verfügung, das als Nachfolgerin der actio in rem gebildet worden war.¹ Dingliches Recht durfte nun das Persönlichkeitsrecht gerade nicht sein; kennzeichnend etwa der bekannte Spott SCHILLERS über die das "Recht an seiner eigenen Nase" diskutierenden Juristen oder die Position SAVIGNYS, die Anerkennung von (dinglichen) Persönlichkeitsrechten würde auf die Anerkennung eines Rechts auf Selbstmord hinauslaufen, sei daher abzulehnen.² Das Fehlen einer "Begriffsschublade", in welche die Persönlichkeitsrechte hineingepaßt hätten, verhindert im Ergebnis die Anerkennung eines Persönlichkeitsschutzes; der Verwirklichung des sowohl aus den römischen Quellen wie der Aufklärungsphilosophie vererbten Anliegen des Persönlichkeitsschutzes stellen sich nicht sachliche oder rechtspolitische, sondern *begriffliche* Hindernisse

¹ Vgl. etwa PUCHTA, Pandekten (hier zit. nach 5. Auflage, von Rudorff, 1850), § 140: "Wie es zwey Classen von Klagen giebt, *in personam* und *in rem* ..., so hat man auch die Rechte in zwey Classen bringen wollen, den *in rem actiones* sollten *iura in rem*, den dinglichen Klagen dingliche Rechte entsprechen." Folgt Fußnote: "So z. B. Thibaut Versuche II.2 (1801) und System des Pandektenrechts § 61 (7. Ausg.)." Die als Sanktionsklage konzipierte actio iniuriarum war selbstverständlich gegen den Verletzer gerichtete actio in personam; das in der Betrachtung auf den Zeitpunkt *vor* der Verletzung zurückbezogene Persönlichkeitsrecht" ist als "Schutzrecht" gegen jedermann gerichtet und kann daher aufgrund seiner Wirkungsweise nur den dinglichen, nicht den persönlichen Rechten zugeordnet werden.

² SAVIGNY, System Bd. I p. 335 ss., der sich mit dem Selbstmord-Argument als Gefolgsmann Hegels deklariert (a.a.O. p. 337 Anm. 8). Vgl. im übrigen D. LEUZE, Die Entwicklung des Persönlichkeitsrechts im 19. Jahrhundert, Bielefeld 1962 und BUCHER, zit. unten Anm. 3.

in den Weg, die allein dafür verantwortlich scheinen, daß das BGB und dessen Verständnis bis zum "Herrenreiter-Fall" (BGHZ 26, 349) ein "allgemeines Persönlichkeitsrecht" nicht anerkennt. Hätte sich der mit der Kategorie "dingliche Rechte" funktional austauschbare abstraktere Begriff der "*absoluten Rechte*" im 19. Jahrhundert früher durchgesetzt, wäre wahrscheinlich die Geschichte des Persönlichkeitsschutzes anders verlaufen. Was für den Persönlichkeitsschutz gilt, trifft wohl auch weitgehend für die Entwicklung der Immaterialgüterrechte im allgemeinen zu.

Die herrschende, auf die sachliche Ausgestaltung der privatrechtlichen Verhältnisse zurückwirkende Kraft des Begriffsapparates läßt sich nicht bloß im deutschen Sprachbereich und in der Ära der Begriffsjurisprudenz feststellen, sondern scheint ein allgemeines Phänomen zu sein: Daß sich im *englischsprachigen Rechtsbereich* das traditionelle *Common Law* mit der *Zession* oder mit *Verträgen zugunsten Dritter* so schwer tat, erklärt sich zwanglos aus der einfacheren Struktur der rechtlichen Denkformen, insbesondere der fehlenden konsequenten Unterscheidung zwischen Vertragsverhältnissen insgesamt und der daraus zu isolierenden einzelnen Recht-Pflicht-Beziehungen.³

II. Der Gegensatz zwischen "normativem Denken" und "Denken in Sanktionen"

Die Rückwirkungen der rechtlichen Denkformen auf die Rechtsinhalte sind vielfältig und hier nicht umfassend zu untersuchen. Um den im vorliegenden Zusammenhang interessierenden Aspekt vorzuführen, mag es nützlich sein, sich zu vergegenwärtigen, daß das Recht, als Ordnung menschlichen Verhaltens verstanden, auf zweierlei Arten dargestellt werden kann: Entweder als *Summe von Verhaltensvorschriften* oder aber als *Summe von Sanktionen*. Daß im Grunde beides zum Wesen des Rechts gehört, ist richtig, hindert aber nicht, daß die inhaltliche Darstellung des Rechts sich auf das eine oder andere beschränken kann und sich Einfachheit halber auch meist beschränkt. Strafgesetzbücher sind nichts anderes als Sanktionentarife; die Verhaltensordnung, d. h. das Verbotensein der unter Strafdrohung gestellten Verhaltensweisen, ist so selbstverständlich, daß die Codices sie zu formulieren meist vergessen.

³ Vgl. dazu Hinweise bei BUCHER, Die Bedeutung der Allgemeinen Lehren im Privatrecht, in Zeitschr. für Schweiz. Recht NF Bd. 85 (1966) p. 213-234, bes. p. 222 ss. Die heutzutage praktisch weitgehend gewährleistete Möglichkeit des "Assignments" beruht teils auf der Tradition des equity-Rechts, teils auf gesetzlichen Sondererlassen.

Bedenken wir dies und betrachten wir, gewissermaßen aus der Satelliten-Perspektive, die Privatrechtsordnungen aller Zeiten und Länder, läßt sich eine *Polarisierung* nach der Art der Vorstellbarmachung des Rechts feststellen: *Entweder* neigt man dazu, die privatrechtlichen Verhältnisse als *Summe von Verhaltensregeln* zu deuten, das Recht "normativ" aufzufassen, ein Konzept, das auch auf die Deutung der zentralen Institute durchschlägt: Der Vertrag wird als Instrument der *Privatautonomie*, das Eigentumsrecht als eine Pflichten Dritter implizierende Institution verstanden usw., oder aber es wird von den dem einzelnen Privaten zustehenden *Klagemöglichkeiten* gesprochen, wobei die materiellen Verhaltensregeln unausgesprochen bleiben, aber von demjenigen, der Prozesse vermeiden will, gleichermaßen rückerschlossen werden können wie aus den Strafgesetzen die vom gesetzestreuen Bürger zu beachtenden Prinzipien.

Dieses letztere, hier abkürzend "aktionenrechtlich" genannte Prinzip herrschte in Rom vor und überwiegt heute noch bis zu einem erheblichen Grad im ganzen englischsprachigen Raum. Die kontinentalen Rechtsordnungen, und allen voran diejenigen des deutschen Sprachbereichs, sind dagegen jener anderen, vorab nach Normen fragenden Betrachtung verpflichtet.

Die beiden hier als Gegensätze gegenübergestellten Betrachtungsweisen sind an sich und wenigstens dem Grundsatz nach austauschbar: Aus der Gesamtheit der objektiven Rechtsregeln lassen sich die dem Rechtssubjekt von Fall zu Fall in einem eventuellen Prozeß verfügbaren Angriffs- und Verteidigungsmittel ableiten, wie umgekehrt aus der Summe der verfügbaren Aktionen und Exceptionen die zugrundeliegenden allgemeinen Rechtsregeln sich rückerschließen lassen. Es ist lediglich der Bezugspunkt verschieden, auf den die Fragestellung ausgerichtet wird: Im Falle des Aktionendenkens die Prozeßlage, bei normativer Betrachtung die Lage vor der Erwägung der Eventualität der prozessualen Auseinandersetzung. Die normative Betrachtung kann für sich in Anspruch nehmen, den Blickpunkt auf den Zweck der rechtlichen Ordnung, d. h. die Normierung menschlichen Verhaltens und Regelung gegenseitiger sozialer Beziehungen zu konzentrieren, während das Aktionendenken jene Phase betrachtet, in der sich die Rechtsordnung in ihrer auch äußerlich wahrnehmbaren Konkretisierungsphase befindet und wo sie, das Stadium bloßer Behauptung rechtlicher Verhältnisse überwindend, zu deren verbindlichen Feststellung gelangt, dem Prozeß.

"Aktionendenken" und "normatives Denken", hier in idealtypischer Vereinfachung gegenübergestellt, ist nirgends rein verwirklicht, sondern wird tatsächlich nur in Mischungsverhältnissen angetroffen. Auch im *antiken*

römischen Recht besteht in Ansätzen bereits die normative Vorstellung des Rechts als einer objektiven Verhaltensordnung. Es ist aber bezeichnend, daß der Begriff der "lex" einen konkreten gesetzgeberischen Erlaß, nicht abstrakt eine objektive Verhaltensordnung bezeichnet. Die "regula iuris", unserer Rechtsnorm einigermaßen entsprechend, gibt es wenigstens in der Spätzeit (ähnlich der Begriff des "ius" als einer subjektiven Berechtigung), aber diese und weitere, verwandte Vorstellungen wirken blaß, im Allgemeinen und Unverbindlichen bleibend, von der Theorie nachgeschoben, während die eigentlichen, präzisen rechtlichen Einzelentscheidungen sich um die Vorstellungen der *actiones* kristallisieren.⁴ Ähnlich liegen die Dinge heute im *englischsprachigen Raum*, wo es zwar den Topos "law" gibt (der weniger als die römische lex einen Gesetzeserlaß bezeichnet als vielmehr die Rechtsordnung im allgemeinen) und auch die Vorstellung des "claim", die schwankt zwischen unserem normativ-außerprozessualen Begriff des Forderungsrechts und der prozessualen Vorstellung des Klagepetitums, welche letztere Sinngebung sich ganz in den Vordergrund schiebt bei der Formel "to have an action", die viel technischer wirkt und auch verbreiteter ist als das "to have a right". – Auf dem *Kontinent* sind Hinneigungen zu aktionenmäßigen Vorstellungen natürlich ebenfalls anzutreffen. Man spricht auch hier von "Anspruch", um damit (ähnlich wie "claim" im Englischen, wenn auch weniger weitgehend prozessual gedacht) die materiellrechtliche Berechtigung wie deren mögliche Präsentation im Prozeß zu bezeichnen. Die Begriffe der "*Einwendung*" und der "*Einrede*", auch sie mehrdeutig und schillernd, sind Größen, mit denen ebenfalls auf der Ebene des materiellen Rechts und außerhalb des Prozeßrechts argumentiert wird. Am bedeutsamsten ist, daß der Gesetzgeber selber immer wieder rechtliche Regelungen nicht "objektiv" statuiert, sondern in Abhängigkeit von subjektiven Entscheidungen der Beteiligten stellt. Das ist z. B. meist dann der Fall, wenn die Möglichkeit einer einseitigen rechtsgestaltenden Erklärung oder einer Anfechtung i. w. S. zuerkannt wird. Beispiel ist etwa die *kaufrechtliche Gewährleistung*: Sie wird nicht in objektive Regeln gekleidet, sondern,

⁴ Die hier vertretene These, daß das Rechtsverständnis des römischen Juristen wesensmäßig auf prozessuale Angriffs- und Verteidigungsmittel ausgerichtet war und sich nur wenig an der Vorstellung objektiv gegebener Normen orientierte, wird m. E. nicht falsifiziert durch die als solche wohl zutreffende Beobachtung von RUDOLF GMÜR, daß die Zwölf Tafeln (wie auch fränkische Volksrechte oder der Codex Hammurabi) mit "imperativem Habitus" auftreten, d. h. für bestimmte Tatbestände befehlsmäßig bestimmte Rechtsfolgen anordnen (vgl. GMÜR, Rechtswirkungsdenken in der Privatrechtsgeschichte, Bern 1981, p. 27 ss.). Das für eine frühe Entwicklungsstufe möglicherweise charakteristische "imperative Gehabe" des Gesetzgebers bedeutet noch nicht, daß in der Vorstellung des Juristen oder des Publikums das Recht als ein Gefüge objektiver Normen verstanden und die Darstellung des Rechts nach diesem Modell ausgerichtet würde.

die Tradition der *actio redhibitoria* bzw. *quanti minoris* fortsetzend, in die Umschreibung der dem Käufer zustehenden Behelfe der *Wandelung* und der *Minderung* verlegt.⁵ Weiterhin ist hier zu nennen die *Anfechtbarkeit willensmängelbehafteter Verträge*.⁶

III. Gründe der Hinwendung zu "normativem Rechtsdenken"

Die Gegenüberstellung von "Aktionendenken" des römischen Rechts und einer "normativen Rechtsbetrachtung" des geltenden kontinentalen Privatrechts impliziert angesichts der Kontinuität des kontinentalen Rechts den Hinweis auf einen *evolutiven Prozeß*. Während zu dessen fundierter Untersuchung nur der Historiker zuständig ist, kann auch der Laie die äußeren Umrisse dieser Entwicklung erkennen.

Zu *Beginn der Rezeptionszeit* herrschte wohl einerseits noch ganz das im neu entdeckten römischen Recht dominierende Aktionendenken vor, das andererseits aber vermutlich auch in lokalen, germanisch geprägten Traditionen eine Stütze hatte; es ist ein wie auch immer im einzelnen sich manifestierendes, an das äußerlich Sichtbare der Rechtsordnung, den Prozeß, sich haltendes Aktionendenken wohl das Merkmal aller "ursprünglichen" Rechtskulturen, während "Normativismus", sich in Abstraktionen bewegend und eine begrifflich differenziertere Strukturierung des Rechtsstoffes voraussetzend, nur Merkmal fortgeschrittener, "älterer" Rechtskulturen sein kann.

Die *Gründe* der Evolution i. S. der Neuausrichtung der rechtlichen Denkformen lassen sich nicht stringent nachweisen, sondern nur durch Hypothesen glaubhaft machen. Zu beginnen ist mit der Feststellung, daß, wie das englische Gegenbeispiel zeigt, die Hinentwicklung zu "normativer Rechtsbetrachtung" nicht möglich gewesen wäre ohne das grundlegende Faktum der *Verankerung des kontinentalen Rechts in der Wissenschaft und dessen Beherrschtsein durch die Theorie im weitesten Sinn*.⁷ Die Ausrichtung des kontinentalen Rechts der Rezeptionszeit nach theoretischen Konzepten, das damit verbundene Offensein für theologische und philosophische Einflüsse, machte es erst möglich, daß die gewaltigen Modelle

⁵ Dabei machen sich die aus dem Übergang von einem System der actiones zu einer Vorstellung in materiellen Wandelungs- bzw. Minderungsansprüchen resultierenden Schwierigkeiten heute noch bemerkbar (Problem der "Durchführung der Wandelung" usw.). Vgl. auch unten § 2/II in fine.

⁶ Dazu unten B/II.

⁷ Vgl. dazu BUCHER, Referat vor dem Schweiz. Juristenverein, Hundert Jahre schweiz. Obligationenrecht: Wo stehen wir heute im Vertragsrecht? Zeitschr. für Schweiz. Recht, NF 102 (1983) II p. 251-383, bes. p. 301, 303 ss. und der Hinweis Anm. 63.

der alttestamentlichen wie der christlichen Gesetzlichkeit von der religiös-moralischen Ebene auf den Bereich des Rechts übertragen wurden. Es scheint mir keinem Zweifel zu unterliegen, daß die wohl bereits in frühen Phasen der Rezeption spürbare Verstärkung der im römischen Recht vorgefundenen Ansätze zu normativer Betrachtung ihre Grundlage im "normativen Bewußtsein" hat, wie es in der *christlichen Überlieferung* lebendig war und ist. Das Beispiel des Dekalogs, der mit elementarer Wucht Fundamentalregeln des menschlichen Zusammenseins aufstellt, wie auch der daran anschließenden, am Sinai Moses überlieferten "Rechtssatzungen"⁸, die i. S. einer Sammlung objektiver Verhaltens- und Sanktionsnormen entgegnetreten, hat die künftige Vorstellung des Rechts als eines objektiven Normgefüges, als einer außerhalb der Prozeßlage ihre Wirkung entfaltenden Ordnung menschlichen Verhaltens, geprägt. Bei allen inhaltlichen Abweichungen des neuen Testaments lebt hier der "normative Habitus" der – weniger als Rechts- denn als Moraln timer entgegnetretenden – Verhaltensregeln unverändert weiter⁹ und wird damit zum Leitbild des abendländischen Rechtsverständnisses.

Die Deutung der Rechtsordnung als einer Normordnung liegt christlichen Vorstellungen auch deshalb näher als ein Aktionensystem, weil die Vorstellung des Rechts als einer "Ordnung" in die Nähe der Vorstellung einer Ordnung i. S. umfassender Harmonie gebracht (damit antike Vorstellungen weiterführend; vgl. die Ursprünge der Begriffe griechisch "*kosmos*", lat. "*mundus*") und nach dem Vorbild göttlicher Weltenordnung ausgerichtet werden kann. Demgegenüber sind die auf die Prozeßlage bezogenen aktionenrechtlichen Vorstellungen ihrerseits in christlicher Sicht negativ belastet: Wer von Prozeß spricht, spricht von Krieg, der Krieg bleibt, auch wenn er institutionalisiert und geregelt ist; das prozeßbezogene Verständnis des Rechts scheint in besonderem Maß mit der religiös fundierten Reserve des Mittelalters gegenüber der Rechtsordnung ("Juristen – böse Christen" u. dgl.) verknüpft. Die hier besprochene Fortentwicklung des Rechtsverständnisses scheint mir durch die alle Lebens- und Denkbereiche durchdringende christliche Weltanschauung des Mittelalters und der beginnenden Neuzeit bestimmt, wobei dieser Einfluß

⁸ Vgl. Exodus, Moses 2, Kap. 20-23, bes. Kap. 21,1: "(Da sprach der Herr zu Mose): Dies sind die *Rechtssatzungen*, die du ihnen vorlegen sollst ..." Dies der sinngetreue Text der Zwingli-Übersetzung; weniger treffend Luther: "Dies sind die *Rechte*, die du ihnen sollst vorlegen ..." oder die englische Übersetzung der "Authorized version": "now these are the *judgements* which thou shalt set before them". Case-Law-Denken an das alte Testament herangetragen?

⁹ Nach dem Schema: "Ihr habt gehört, daß zu den Alten gesagt wurde ..., ich aber sage Euch: ..."; Bergpredigt, Math. 5, Verse 21 ss., und auch Vers 17: "Meinet nicht, daß ich gekommen sei, das Gesetz oder die Propheten aufzulösen ..." (und sodann: "Ihr habt gehört ...").

zwei Ansatzpunkte hat: Einerseits die Anziehung, die von der Vorstellung des Rechts als einer höheren Ordnung ausgeht, andererseits die Abstoßung, welche das Recht insbesondere in seiner Prozeßbezogenheit auslöst. Daß diese Entwicklung ihren Höhepunkt und ihre Vollendung im 19. und 20. Jahrhundert und damit in einem weitgehend säkularisierten geistigen Umfeld findet, spricht nicht gegen die hier vertretene These: Die grundsätzliche Neuausrichtung des Rechtsdenkens ist spätestens in der frühen Aufklärungszeit vollzogen, wobei alle daran anschließenden Ereignisse, von Rationalismus und Fortschrittsstreben genährt, einer Eigendynamik gehorchen, die keineswegs einer fortdauernden Stütze in christlichem Gedankengut bedürfen.

Während das Zeitalter der Kommentatoren oder des Humanismus zweifellos Schritte in Richtung einer "Normativierung" des Rechtsverständnisses brachten, deren Ausprägung im einzelnen der Historiker untersuchen sollte, ist der eigentliche Durchbruch dieser neuen Betrachtungsweise in der Aufklärungszeit gewissermaßen ohne weitere Untersuchung aus dem Resultat, den *naturrechtlichen Kodifikationen*, erkennbar. Diese Kodifikationen und die ihr zugrunde liegende Kodifikationsidee haben, unter dem hier betrachteten Aspekt, eine zweifache Bedeutung: Einerseits manifestieren sie den Durchbruch eines neuen Rechtsverständnisses (die "Kodifikationsidee" ihrerseits setzt die idealtypische Vorstellung einer umfassenden, geschlossenen, widerspruchsfreien Gesamtordnung voraus, wäre ohne dieses gewandelte Rechtsverständnis gar nicht erst möglich geworden), andererseits hat der Vorgang der Durchkodifizierung des Rechts zwangsläufig die Tendenz, die "Objektivierung" des Rechts zu verstärken, d. h. die Ausrichtung der Rechtsbetrachtung auf die Rechtsordnung im objektiven Sinn unter Zurückdrängung der subjektiven Betrachtung (d. h. der Ausrichtung auf die Aktionen) zu fördern. Und allgemein wird man feststellen dürfen, daß der rationalistischen Rechtstheorie der Aufklärungszeit mit ihrer Neigung zu "großen Würfeln", d. h. von deduktiv gewonnenen umfassenden Systemen, das Recht als normative Ordnung verstanden viel näher liegen muß denn ein aktionenrechtliches System, das sich erschöpft in kasuistischen Rechtsschutzbehelfen und das, der Geschichte seiner Entwicklung entsprechend, nicht mehr ist als die Summe historisch zufällig gewachsener einzelner Klagemöglichkeiten.

Im Hinblick auf die uns beschäftigenden praktischen Anliegen ist die Feststellung bedeutsam, daß mit dem Ende der Aufklärungszeit und dem Erlaß der Kodifikationen der "ersten Generation" die hier beschriebene Evolution keineswegs zum Abschluß kommt, sondern im vergangenen Jahrhundert weiterwirkt, damit aber in unsere gegenwärtige Situation

und deren Probleme hineinspielt. Es kann auch hier das Phänomen beobachtet werden, daß die Pandektistik des 19. Jahrhunderts, trotz deren historisierenden, anti-aufklärerischen Programms, als Vermittlerin rationalistisch-naturrechtlichen Denkens erscheint: Im 19. Jahrhundert findet neben einer Nachrezeption römischrechtlicher Elemente auch eine solche von Gedankengut der Aufklärungszeit statt, deren Denkmethode, Begrifflichkeit, deren Art, an die Dinge heranzugehen, im deutschen Sprachbereich erst damals voll in die Rechtswirklichkeit eingegangen sind und damit die am Ausgang des Jahrhunderts entstandenen Kodifikationen beeinflußt haben.

IV. Verdrängung erhaltener aktionenrechtlicher Elemente geltenden Privatrechts

In Teilbereichen haben sich, unerachtet der geschilderten Entwicklung, in den heutigen kontinentalen Rechtsordnungen aktionenrechtliche Vorstellungen erhalten können. Aber selbst hier wird der Drang sichtbar, die Verhältnisse "normativ" umzuinterpretieren; wenn "aktionenrechtliche" und "normative" Behelfe funktional austauschbar sind und miteinander in Konkurrenz stehen, zeigt sich eine Bevorzugung der letzteren, obwohl von der Sache her die ersteren vielleicht näherliegend wären.

Daß die *Verjährung* einer Forderung diese nicht materiell aufhebt, sondern nur, durch Zulassung einer Einrede, deren Klagbarkeit dahinfallen läßt, wird von niemandem bestritten. Trotzdem sind wir nicht bereit, die Konsequenzen dieser aus aktionenrechtlicher Tradition heraus entwickelten Konzeption zu akzeptieren, d. h. die Verjährung aus dem materiellen Recht zu entlassen und als Institut des Verfahrensrechts zu verstehen; wir sagen, daß die Klagbarkeit eines Anspruchs ein vom materiellen Recht geregeltes Element sei. Der Reflex, gegebene Verhältnisse materiellrechtlich zu interpretieren, ist jedoch so stark, daß auch Juristen sich immer wieder einen "Ruck" geben müssen, um sich zu erinnern, daß Eintritt der Verjährung nicht Forderungsuntergang bedeutet, eine verjährte Forderung nicht eine nicht-existente Forderung ist. Die Lehre des *Internationalen Privatrechts* des deutschen Sprachbereichs unterstellt die Verjährung dem Statut der fraglichen Forderung, und dies ohne Aufhebens und ohne zu erwägen, daß das Institut der Verjährung auch als solches des Verfahrensrechts betrachtet werden könnte¹⁰ – Der schweizerische

¹⁰ Es war für den Schreibenden kürzlich eine eindruckliche Erfahrung, an einer internationalen Tagung für Schiedsgerichtsbarkeit das Erstaunen des Publikums zu beobachten, das durch den Hinweis eines Praktikers ausgelöst wurde, wonach im Falle der Vereinbarung eines Gerichtsstandes im englischsprachigen Raum die (Schieds-)Gerichte unerachtet der von den Parteien getroffenen Rechtswahl die dort geltenden (kürzeren) Verjährungsfristen i. S. von prozessualen Klage-Verwirkungsfristen anwenden würden. Der Vorrang des Verfahrensrechts gegenüber dem materiellen Recht kann nur denjenigen überraschen, der den Mechanismus der Verjährung normativ-materiellrechtlich versteht.

Gesetzgeber subsumiert bedenkenlos das Institut der Verjährung systematisch unter den Oberbegriff "*Erlöschen* der Obligation" (vgl. OR Art. 114, 127 ss.).

Der Begriff der *Stundung*, bezogen auf den dem Schuldner freiwillig gewährten Leistungsaufschub, ist wohl eine Entwicklung des späteren 19. Jahrhunderts. Er ist gänzlich materiellrechtlich konzipiert und beinhaltet eine Suspendierung und ein befristetes Unwirksammachen einer Forderung-Pflicht-Beziehung.¹¹ Wenn die Parteien heute "Stundung" vereinbaren, wollen sie jedoch meist nicht die aus einer solchen *stricto sensu* resultierenden Konsequenzen, nämlich die Aufhebung des Verzugs für die Dauer der Stundung und das Entfallen der Verzugsfolgen (Zinszahlungspflicht etc.), sondern viel eher das, was mit dem überlieferten, prozessual gedachten "*pactum de non petendo in tempus*" bewirkt wird (Klage-Ausschluß durch Gewährung der *exceptio pacti*). Es wird mit einer normativen Vorstellung ("Stundung") gearbeitet auch da, wo die prozessual wirkende Vereinbarung (*pactum de non petendo in tempus*) der Interessenlage und den Vorstellungen des Publikums besser gerecht wird.

V. Die Grenzen der normativen Darstellung im Privatrecht

Während in Bereichen des öffentlichen Rechts eine "normative" Betrachtung, d. h. eine Darstellung der rechtlichen Gegebenheiten als objektive Verhaltensregeln, die unabhängig von Entscheidungen und Anspruchserhebungen der Beteiligten bestehen, auf weiten Strecken sachlogisch angezeigt und selbstverständlich sein mag, kann Gleiches im Privatrecht nicht gesagt werden. Auch hier besteht jedoch die Tendenz, die Verhältnisse "normativ" zu sehen und zu fragen, "was ist erlaubt, geboten, verboten", "was muß oder darf jemand tun oder nicht tun", statt die Frage zu stellen: Welche Ansprüche stehen bei gegebenen Verhältnissen zu? (bzw. unter welchen Voraussetzungen kann ein bestimmter Anspruch erhoben werden?). Der Drang, nach objektiven Verhaltensregeln statt nach subjektiven Anspruchsmöglichkeiten zu fragen, nimmt manchmal fast zwangshafte Züge an. Diese Zusammenhänge, die hier nicht vertieft

¹¹ In diesem Sinne auch BGB § 452.

werden sollen, seien immerhin anhand zweier Beispiele illustriert, weil sie zeigen, daß "normatives Fragen" uns heute gewissermaßen zur zweiten Natur geworden ist und allzu kritiklos zugelassen wird.

Das neuerdings einen Aufschwung nehmende "*Medizin-Recht*" bietet ein erstes Beispiel, soweit dieses, im Bereich des Privatrechts, nicht konkrete Anspruchssituationen z. B. haftpflichtrechtlicher Art behandelt, sondern die "normative" Frage nach der Erlaubtheit bzw. Unerlaubtheit bestimmter Verhaltensweisen zu beantworten sucht. Angesprochen sind traditionelle Problembereiche der Frage nach der Erlaubtheit bestimmter ärztlicher Eingriffe oder Maßnahmen (gefährliche Operationen mit bloß kosmetischem Zweck, Sterilisation, künstliche Insemination) bis hin zu den erst durch neuere oder neueste Entwicklungen geschaffenen Problemen der Organtransplantation, der extra-uterinen Befruchtung, des Kinder-Tragens durch "Leih-Mütter", der Gen-Manipulation und vieler weiterer und künftig neu auftauchender Fragen. Hier verkennt nicht bloß das Publikum, das an unsere Disziplin Fragen stellt, sondern teilweise auch die Antwort erteilende Juristenschaft, daß es niemals Aufgabe des Privatrechts sein kann, allgemeine Verhaltensnormen zu statuieren, insbesondere Grenzlinien zwischen erlaubten und verbotenen Verhaltensweisen "in abstracto" (d. h. ohne Bezugnahme auf bestimmte Streitlagen) zu ziehen. Auch wenn die ethische und rechtspolitische Bedeutung derartiger Fragestellungen nicht zu verkennen ist und niemand den Privatrechtler aus der rechtspolitischen Diskussion ausschalten will, muß dieser sich doch bewußt bleiben, daß er nicht, ohne die angestammten Grundlagen seiner Disziplin zu verlassen, sich zu derartigen Fragen äußern kann, ohne sofort und durchgängig seine Aussagen in den Zusammenhang konkreter Streitlagen zu stellen. Das bedeutet insbesondere, daß jede Behauptung der Erlaubtheit einer ärztlichen Vorkehrung verbunden sein muß mit der Feststellung, daß der Handelnde keine privatrechtlichen Sanktionen (Verlust, vertraglicher Ansprüche, Risiko vertraglicher oder außervertraglicher Haftung usw.) zu befürchten hat, wie die umgekehrte Behauptung der Unzulässigkeit einer Verhaltensweise nur dann Sinn macht, wenn sie mit dem Aufzeigen der durch sie ausgelösten Rechtsnachteile verbunden ist. Wird dies in der Diskussion aus dem Auge verloren, bedeutet dies nicht nur, daß die Aussage über Erlaubtheit bzw. Unerlaubtheit praktisch ins Leere fällt; sie scheint mir wissenschaftlich überhaupt unzulässig zu sein.

Auf ähnlicher Ebene liegt die im Bereich des *Handelsrechts* zu machende Feststellung, daß Gesetzgeber und Wissenschaft gelegentlich gewisse Verhaltensweisen in einem formellen Sinn verbieten, ohne daß im Falle der Mißachtung des Verbots sich zwangsläufig und in jedem Fall Sanktionen einstellen würden, was auf der Ebene der Rechtspraxis dazu führt, daß

Mißachtung der betreffenden Regeln an der Tagesordnung ist. Die Theorie sollte nicht, wie dies bis anhin die Regel zu sein scheint, den Tatbestand unreflektiert akzeptieren, vielmehr Anlaß nehmen, eine Neudefinition der formell untersagten (aber nicht notwendigerweise verwerflichen) Verhaltensweisen zu versuchen. Zu denken ist an folgende Beispiele:

Die *Liquidation eines Vereins* in der Schweiz soll nach den Regeln der Liquidation der Aktiengesellschaft erfolgen (ZGB Art. 58 in Verbindung mit OR Art. 913). Eine Liquidation von Vereinen, die in der Schweiz extrem leicht und auch entsprechend häufig gegründet werden, erfolgt nur in seltenen Ausnahmefällen nach den vorgeschriebenen aktienrechtlichen Regeln (dreimaliger Schuldenruf etc.), die für diese meist ohne nennenswerte wirtschaftliche Verstrickung bleibenden Gebilde in der Tat disproportioniert erscheinen.

Praktisch bedeutsamer sind die Sonderregeln über *Sacheinlage- und Sachübernahme-Gründungen* (OR Art. 628; Deutsches Aktiengesetz § 27), die, wie ich wenigstens aus der schweizerischen Erfahrung bestätigen kann, vor allem in Konzernverhältnissen bei der Gründung von Tochtergesellschaften nicht selten mißachtet werden.

Das gesellschaftsrechtliche Prinzip, daß die für eine juristische Person *Verantwortlichen die Interessen der Gesellschaft* zu wahren haben, ist selbstverständlich; es liegt unausgesprochen der Sorgfaltspflicht der Verwaltung (vgl. § 93 des Deutschen Aktiengesetzes) zugrunde wie es auch Voraussetzung der Verantwortlichkeit der Verwaltung darstellt. Im Gegensatz zu dieser Feststellung ist im Konzernverhältnis die Mißachtung der Interessen der einzelnen juristischen Personen durch die für diese verantwortlichen Personen an der Tagesordnung, werden doch, um konzernintern Gewinne zu verlagern, zu hohe Einkaufs- oder zu tiefe Verkaufspreise, überhöhte Lizenzgebühren oder sonstige Verrechnungsposten bewilligt usw., Dinge, die allgemein bekannt und auch vom Fiskus längst unter Kontrolle genommen sind.

Die Liste der zwar geltenden, aber oft mißachteten, und ungestraft, ja in gewissem Sinn mit allgemeiner Billigung mißachteten Regeln ließe sich verlängern.¹² Ihnen allen ist gemeinsam, daß sie erst dann Bedeutung entwickeln, wenn etwas passiert, d. h. Gläubiger geschädigt, allenfalls Minderheitsaktionäre benachteiligt werden und mit Verantwortlichkeitsansprüchen die Handelnden belangen können. Das muß aber auch bei der normlogischen Deutung der maßgeblichen Verhaltensvorschriften berücksichtigt werden. Es liegt derselbe Sachverhalt vor, den manche bezüglich

¹² Hier erfolgt noch der Hinweis auf das *Verbot des Erwerbs eigener Aktien*, für welches das hier Gesagte ebenfalls zutrifft.

der Straßenverkehrsvorschriften in Italien behaupten: Sie gelten erst, wenn ein Unfall passiert, oder genauer: Erst die Unfallsituation gibt Anlaß zur Frage, welche Regeln die Beteiligten vor dem Unfall zu beobachten gehabt hätten. Wollen wir in unseren handelsrechtlichen Beispielen eine antezipierende normative Beschreibung dessen geben, was die Verantwortlichen zu tun und zu lassen haben, kann die Regel nur dahin lauten, daß die genannten Normen immer dann Beachtung verlangen, wenn irgendein Dritter an deren Beachtung ein potentiell Interesse hat und im Falle der Schädigung einen Ersatzanspruch geltend machen kann, während im umgekehrten Fall der Unmöglichkeit der Schädigung Dritter dieselben Normen, weil niemandem eine Klagemöglichkeit zustehen kann, mißachtet werden dürfen. Man kann es dem Gesetzgeber nicht verübeln, daß er in abkürzender Darstellung die Verhältnisse überschießend, d. h. ohne Nennung der Einschränkungen, beschreibt. Von der Wissenschaft und dem Unterricht ist jedoch m. E. zu fordern, daß sie die durch das *Vorliegen der Gefährdung von Drittinteressen bedingte Geltung* der fraglichen Normen als solche nennen und aufzeigen, in welchen Fällen diese Regeln Beachtung verlangen und in welchen nicht, um klarzustellen, daß die Geltung der betreffenden Normen lediglich eine bedingte ist.¹³ Diese Hinweise mögen illustrieren, daß auch hier die privatrechtlichen Verhältnisse "normativ", d. h. durch die Statuierung objektiver Verhaltensvorschriften, nicht angemessen zu beschreiben sind, vielmehr eine Bezugnahme auf die Klagemöglichkeit Betroffener erst die Verhältnisse präzise erfaßt.

VI. Der durch das Verlassen der Aktionen notwendig werdende Begriff des subjektiven Rechts

Bei der Betrachtung des Gegensatzes zwischen aktionenrechtlicher und normativer Darstellung des Privatrechts und der Verlagerung des Schwergewichts zu der letzteren hat der Begriff des subjektiven Rechts besonderes Interesse. Die zentrale Bedeutung dieser Rechtsfigur im privatrechtlichen Denken (die absoluten Rechte mit dem Eigentum an erster Stelle wie auch die Vielzahl der als "beschränkte dingliche Rechte" bezeichneten Rechte oder auch der Typus des relativen Rechts), signalisiert die sachlogische Unmöglichkeit, mit objektiven Normen, d. h. der Namhaftmachung

¹³ Die Unmöglichkeit abschließender normativer Beschreibung der Verhältnisse soll andererseits nicht die Doktrin davon abhalten, die Verhältnisse objektiv zu beschreiben und abstrakte Regeln zu formulieren. – Von der gegenwärtigen Situation weitgehender Akzeptanz offiziell als gesetzeswidrig deklarierten Verhaltensweisen wegzukommen, darf als Gebot "geistiger Hygiene", jedenfalls aber als Postulat im Interesse der Erhaltung der Gesetzesachtung des Publikums bezeichnet werden.

konkreter, hic et nunc zu beobachtender Verhaltensvorschriften, die privatrechtlichen Verhältnisse angemessen zu erfassen. Diese Unmöglichkeit manifestiert sich in den drei Dimensionen *Inhalt*, *Geltung*, *Sanktion*:

– Durch den Bestand eines subjektiven Rechts (Eigentum, Vertragsanspruch usw.) werden die von den Belasteten zu beobachtenden Normen in ihrem *Inhalt* nicht abschließend determiniert. Beispielsweise würde die Regel, daß jeder Nicht-Eigentümer die Berührung des Eigentumsobjekts zu unterlassen habe, überschießend sein, da der Eigentümer sie auf einen Kreis ihm nahestehender Personen nicht anwenden will, wie auch Verträge das zu beobachtende Verhalten nicht abschließend regeln, dieses vielmehr in Einzelheiten der näheren Bestimmung der Berechtigten anheimgehen.

– Da privatrechtliche "Normen" niemals zwangsläufig, automatisch und von Amtes wegen, sondern nur auf Betreiben der Interessierten durchgesetzt werden, vielmehr ohne Initiative der Berechtigten wesenlos bleiben und ohne Folgen mißachtet werden können, wäre die Annahme der "*Geltung*" oder "*Existenz*" derartiger Normen, wenn diese "objektiv", d. h. ohne Abstützung auf einen deren Beachtung verlangenden Willen des Privaten verstanden würden, realitätsfern.

– Schließlich können Normen in Sinn und Bedeutung nur erkannt werden unter Mitberücksichtigung der auf deren Mißachtung stehenden *Sanktionen*. Wenn auch nicht zu verkennen ist, daß die Herausstellung subjektiver Rechte nicht in gleichem Maße die dem widerstrebenden Dritten drohenden Rechtsnachteile sichtbar macht wie dies in einem Aktionensystem der Fall ist, eröffnet die Vorstellung subjektiver Rechte eher den Zugang zu den auf der Rechtsmißachtung stehenden Verletzungsfolgen denn jene objektiver Verhaltensnormen.

Die Funktion der Figur des subjektiven Rechts und die Bedeutung des Herausstellens der einzelnen der unter diesen Oberbegriff zu subsumierenden Erscheinungen liegt darin, die rechtlichen Verhältnisse zu "subjektivieren", d. h. in Abhängigkeit von der Entscheidung des Trägers der subjektiven Rechte zu stellen, eine Aufgabe, die in einem aktionenrechtlich konzipierten System sich gar nicht erst stellt. Es ist denn auch bezeichnend, daß eine größere dogmatische Bedeutung dem Oberbegriff des subjektiven Rechts wie auch all seinen Unterarten erst in jenem Zeitpunkt erwächst, in dem das Denken in Aktionen durch ein normatives Denken abgelöst wird, in dem auch das materielle Recht und das Prozeßrecht begrifflich geschieden werden und die Blickrichtung materiell-privatrechtlicher Betrachtung von der Phase des Prozesses weg und hin zu der praelitiganten Phase sich hinwendet. Die Identität der Funktion der Zuerkennung

einer *actio* oder eines subjektiven Rechts wird deutlich genug darin sichtbar, daß die Bildung der Kategorien subjektiver Rechte vorerst übergetreulich dem Vorbild der Einteilung der Aktionen folgt.¹⁴

Die Entwicklung der Figur des subjektiven Rechts spiegelt einerseits das Bestreben, von prozessual ausgerichtetem Aktionendenken wegzukommen, die rechtlichen Verhältnisse "materiellrechtlich", "normativ" zu beschreiben, und ist gleichzeitig durch den sachlogischen Umstand bedingt, daß es im Bereich des Privatrechts nicht möglich ist, die rechtlichen Verhältnisse durch eine Enumeration objektiver Normen zu erfassen, vielmehr die Verhältnisse nur durch die Nennung der den Individuen zustehenden rechtlichen Ordnungsbefugnissen, deren "Willensmacht", zu beschreiben sind. Vor diesem Hintergrund muß es nun erstaunen, daß die Beschreibung der subjektiven Rechte nicht konsequent auf der Linie der damit dem Subjekt verliehenen Willkür ("Willensmacht") erfolgt. Vielmehr wird auch hier, wo es um die Überwindung normativer Betrachtung geht, eine "objektive" normative Deutung dergestalt angestrebt, daß jedem subjektiven Recht korrespondierende Pflichten zugeordnet werden, was in den Gemeinplatz ausmündet, daß dem (subjektiven) Recht des einen die *Pflicht* des anderen entspreche. Dies ist m. E. kennzeichnend für den unser Denken charakterisierenden "Druck zu normativer Betrachtung", d. h. dem Bestreben, die rechtlichen Verhältnisse als Summe rechtlicher Normen (Pflichten) zu verstehen und zu beschreiben: Auch das subjektive Recht, obwohl dazu bestimmt, die Funktion der *actio* wahrzunehmen und die objektiv-normative Beschreibung der Verhältnisse zu überspielen, wird selber wiederum als Norm gedeutet (subjektives Recht = Pflicht des anderen), womit bei der angestrebten "Subjektivierung" der privatrechtlichen Verhältnisse ohne Not auf halbem Weg stehen geblieben wird. – Es war das hauptsächliche Anliegen der Theorie vom "Subjektiven Recht als Normsetzungsbefugnis"¹⁵, zu zeigen, daß aktuelle, *hic et nunc* zu befolgende Rechtsnormen nicht bereits mit der Existenz subjektiver Rechte gegeben sind, vielmehr erst aus der Ausübung der Rechte durch Erhebung von durch die Berechtigung gedeckten Ansprüchen folgen, womit die Figur des subjektiven Rechts, ganz in der pandektistischen Tradition der "Willensmacht", zur Befugnis der Erhebung rechtlich geschützter, normativ verpflichtender Ansprüche wird.^{15a}

¹⁴ Die Bildung der "*persönlichen*" und "*dinglichen*" subjektiven Rechte im Anschluß an die Einteilung der *actiones* in solche in "*personam*" und solche "*in rem*"; vgl. dazu die Hinweise oben Anm. 1.

¹⁵ E. BUCHER, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis, Tübingen 1965. – Die Grundthese war bereits in der Dissertation ("Die Ausübung der Persönlichkeitsrechte ...", Zürich 1956) p. 70 ss. entwickelt worden, um den Begriff der Verletzung der Persönlichkeitsrechte deuten zu können.

^{15a} Wären die den Verpflichteten belastenden Verhaltensnormen bereits mit der Existenz des Rechts gegeben, wäre dessen Namhaftmachung entbehrlich; die Rechtsordnung könnte, ihrer Aufgabe gemäß, sich auf die Darstellung der Pflichten, d. h. die Statuierung der Normen beschränken, während von Rechten zu sprechen nicht notwendig wäre.

Der Referent hofft, mit diesen Hinweisen auch auf den in der Diskussion erhobenen Einwand von ADOMEIT geantwortet zu haben, mit dem in Passau vorgetragenen Plädoyer "für mehr Aktionendenken" (und für weniger normatives Denken) würde sich der Schreibende in Widerspruch zu früheren eigenen Standpunkten stellen. An der vor zwanzig Jahren der Öffentlichkeit unterbreiteten normlogischen Analyse privatrechtlicher Verhältnisse kann er auch heute noch festhalten.^{15b} Die damalige Grundthese, nicht bereits die Existenz an sich eines subjektiven Rechts, sondern erst dessen Ausübung, die Anspruchserhebung, lasse eine Verhaltensnorm i.e.S. entstehen, steht nicht in Widerspruch zu der heute exponierten Auffassung: Wenn hier in Teilbereichen des Privatrechts ein Zurückdrängen "normativer" Betrachtung zugunsten "aktionerechtlicher" Überlegung vorgeschlagen wird, will damit nicht in Abrede gestellt werden, daß die zu gewinnenden Resultate ihrerseits "normativ" gedeutet werden können, d. h. sich als eine Summe von Verhaltensvorschriften darstellen lassen. In vorliegendem Zusammenhang geht es um die *Methode* der Normgewinnung (die vermehrt hin zu der konkreten Streitlage verlegt werden sollte) und damit letztlich um ein auf die Gewinnung von *Rechtsinhalten* gerichtetes Anliegen, während die Theorie vom subjektiven Recht deren *formale Deutung* betrifft. – Wenn der Verfasser, durch die Intervention von Herrn Kollegen Adomeit veranlaßt, über diese Zusammenhänge nachdenkt, stellt er sogar fest, daß in der vor über dreißig Jahren (im Februar 1953) konzipierten Theorie der subjektiven Rechte und der heute dargelegten These eine Übereinstimmung der Grundtendenz besteht: In beiden Fällen geht es darum, die maßgeblichen rechtlichen Ereignisse in die Nähe des Individuums zu verlegen, dessen Entscheidungsspielraum normativ sichtbar zu machen (Theorie dessen Normsetzungsbefugnis) oder aber, durch die Annäherung der rechtlichen Entscheidungen an die Streitlage, die subjektiven Anliegen der Betroffenen so weit als immer möglich zu berücksichtigen. Eine Deutung der subjektiven Rechte, welche den entscheidenden normativen Gehalt in der Anspruchserhebung seitens der Rechtsträger erblickt, ist die nächstmögliche Annäherung an das überlieferte, aktionenrechtlich konzipierte Verständnis des Privatrechts, in dem die rechtliche Ordnungsfunktion durch die Gegenüberstellung der den

^{15b} Die abundant laut gewordene Kritik wirft im Ergebnis einen Mangel an Konvergenz mit Anschauungen des Gesetzgebers und des Publikums vor, die nie behauptet wurde. Die Kritiker bestreiten aber nicht, daß das vorgeschlagene Modell in sich widerspruchsfrei ist und sich in Übereinstimmung mit den offengelegten Prämissen befindet, damit aber *möglich* und *zulässig* ist.

Beteiligten zu Gebote stehenden prozessualen Angriffs- und Verteidigungsmittel wahrgenommen wird.

B. Allgemeines zum "normativen Verständnis" des Vertragsrechts

Bevor wir uns den Beispielgruppen (C bis E) zuwenden, sollen vorweg in Grundzügen die für das traditionelle "normative" Vertragsverständnis charakteristischen Merkmale herausgestellt werden (Ziff. I). Anschließend kann, gewissermaßen als Gegengewicht, erwähnt werden, daß der Gesetzgeber seinerseits in bestimmten Bereichen zu Korrekturen gegriffen, d. h. Regelungen statuiert hat, die wesensmäßig "aktionenrechtlich" sind und sich damit von jenen Lösungen unterscheiden, wie sie sich bei konsequenter Verwirklichung der überlieferten "normativen" Vertragskonzeption ergäben.

I. Was heißt "normatives" Vertragsverständnis?

Unser Vertragsverständnis ist, wie gezeigt wurde, zur Hauptsache von der Aufklärungszeit bestimmt. Es kann in Kürze nicht besser als mit der klassischen Formel der ältesten der noch in Geltung stehenden Naturrechtskodifikationen, derjenigen des *französischen Code Civil* charakterisiert werden, dessen art. 1134/I lautet: "*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.*"¹⁶ Die Deutung des

¹⁶ Der *französische CC* hat hier bloß einen *zeitgenössischen Gemeinplatz* zum Gesetzestext erhoben. CAMBACÉRÈS, *Projet de Code Civil*, Paris 1796 (an cinquième) sagt es so: "Toute convention ... fait loi entre ceux qui l'ont formée". Die Formel des CC findet sich fast wörtlich bereits bei JEAN DOMAT (1625-1696), *Les loix civiles dans leur ordre naturel ...* Bd. I, (1. Ausgabe Paris ca. 1689/94, hier zit. nach *Ausg.* 1777), *Première partie* ("Des engagements") 1, 1, 1, 2. VII (p. 17): "Les conventions étant formées, tout ce qui a été convenu tient lieu de loi à ceux qui les ont faites ...", der sie vielleicht bereits seinerseits vorgefunden hat. Die Vorstellung des Vertrages als "Gesetz" der Parteien mag im übrigen mittelbar durch die römischen Quellen inspiriert sein, die eine "lex contractus" u. dgl. kennen. Vgl. *Heumanns Handlexikon* (9. Aufl. von E. SECKEL), der für "lex" anführt "autonomische Willenserklärung", "Nebenwillenserklärung", "Vertragsbestimmung", "Bedingung", mit Hinweis auf "lex commissoria", "lex venditionis" etc. und zahlreiche weitere Quellenbelege. Entgegen der äußerlichen Ähnlichkeit der Formulierungen kann der hier vorliegende Sinngehalt von "lex", der höchstens "Vertragsinhalt" allgemein, öfter wohl die von einer Partei auferlegten "*Vertragsbedingungen*" bedeutet, illustrieren, daß die moderne Vorstellung des Vertrages als einer das Verhalten der Parteien regelnden objektiven Normordnung dem römischen Juristen gänzlich fremd war. Vgl. weiterhin die bei M. KASER, *Das römische Privatrecht*, 1. Abschnitt, München 1971, p. 229 Anm. 21-24 gegebenen Nachweise.

Tatbestandes "Vertrag" wird in der Folge auch im deutschen Sprachbereich ganz von der Analogie zur Gesetzgebung (oder jedenfalls einer übergeordneten normativen Ordnung) beherrscht, was sich vor allem in der aus diesem Bereich übernommenen Vorstellung der "Geltung" eines Vertrages erkennen läßt, wie auch der zentrale Begriff der "*Privatautonomie*" – mit dem Vertrag als maßgeblicher Erscheinungsform – den Bezug der Gesetzgebung bzw. objektiven Normordnung deutlich macht.

Die hauptsächlichsten Auswirkungen dieses Modells des Vertrages sind die folgenden:

- Der Vertrag wird, wie das Gesetz, als eine *untrennbare Einheit* verstanden, die für jedermann (die beiden Vertragsparteien, ausnahmsweise auch Dritte) dieselben Wirkungen hat;
- die *Geltung* des Vertrages (mit der Bindungswirkung, dem Verpflichtetsein der Parteien zusammenfallend) wird einheitlich verstanden und ist entweder für beide Parteien gegeben oder aber sie fehlt überhaupt, wie auch der Inhalt des Vertrages für die Parteien derselbe sein muß;
- der Akt des *Vertragsschlusses* und die in diesem Zeitpunkt vorliegenden Gegebenheiten sind sowohl maßgeblich für die Frage der *Geltung* des Vertrages wie auch für die *Bestimmung dessen Inhalts*, während nachträgliche Ereignisse grundsätzlich in beiden Hinsichten unberücksichtigt bleiben müssen;
- von der Rechtsordnung zugunsten der Vertragspartner zu treffende *Schutzmechanismen* setzen hauptsächlich bei der Geltung des Vertrages an, um dieselbe unter bestimmten Voraussetzungen entfallen zu lassen (vgl. Formerfordernisse, Schranken der Geschäftsfähigkeit, inhaltliche Schranken der Vertragsfreiheit);
- die Parteien, wenn sie nicht geradezu einen *contrarius consensus* bilden, d. h. zu einem neuen Vertrag gelangen, haben weder auf die Geltung des Vertrages noch auf dessen Inhalt oder Wirkungen einen Einfluß.

Ein *komparatistischer Blick* kann uns bewußt machen, daß unsere Konzeption keineswegs naturnotwendig, selbstverständlich oder allgemein verbreitet ist:

Im antiken *römischen Recht* läßt sich in den Quellen höchstens in schwachen Ansätzen die Vorstellung des Vertrags als einer normativen Verhaltensordnung, einem "Gesetz der Parteien" finden. Was als *contractus*, *pacta* oder auch *conventiones*, *pactiones* usw. uns begegnet, wird nicht als Ordnungsgefüge verstanden, sondern schlicht als von den vertragsschließenden Parteien gesetzter Tatbestand, der je nachdem den Partnern (oder auch bloß einem von ihnen) die spezifischen *actiones* bzw. *exceptiones* gibt. Dabei kann der römische Jurist bei der Feststellung der Fakten,

d. h. des Aktes des Vertragsschlusses stehen bleiben; neben dem äußeren Faktum des Geschäftsschlusses bedarf er nicht noch einer ideellen Größe einer dadurch geschaffenen Normordnung. Entsprechend entfällt der Begriff der "Geltung" (oder "Nicht-Geltung") eines *contractus* oder eines *pactum*; für diese metaphysische Vorstellung würde jedes Verständnis fehlen¹⁷; sollte sich in den Quellen einmal die Formel von einem "*contractus nullus*" oder ähnliches finden, könnte damit nicht mehr gemeint sein als die Feststellung, daß im konkreten Fall die tatbestandlichen Voraussetzungen eines Kontrakts (und der Kontraktslage) nicht gegeben sind.¹⁸

Im *Rechtskreis des englischen Sprachraumes* wird der "contract" nur ausnahmsweise als eine objektiv verbindliche Ordnung vorgestellt. Wo von "contractual duties" gesprochen wird, geschieht dies nicht i. S. der Bezugnahme auf eine übergeordnete Normordnung, sondern i. S. der Pflicht der einen Partei zur Erbringung der geschuldeten Leistung. Für uns stellen in einem Vertrag die beidseitigen Rechte und Pflichten der Parteien eine unauflösbare Einheit dar, die einen gemeinsamen Ursprung (im als einheitlichen Akt gedachten Vertragsschluß) wie auch Zwangsläufig ein gemeinsames Schicksal haben. Dieses Vorverständnis unreflektiert an das englisch-amerikanische Vertragsrecht herantragend übersehen wir gerne, daß neben dem Modell des Vertrags als einer geschlossenen Einheit sowohl der Entstehung wie der Rechtsfolgen die entgegengesetzte Vorstellung ebenfalls möglich und im englischen Sprachraum tatsächlich lebendig ist, derzufolge im Grunde jede Partei nicht durch den Vertrag als ein zweiseitiges Geschäft, sondern durch die von ihr einseitig abgegebene verpflichtende Erklärung gebunden ist, während die aus der eigenen Erklärung fließende Verpflichtung erst sekundär (durch das Erfordernis der *consideration*, demzufolge die Übernahme einer Verpflichtung erst durch einen damit eingehandelten Gegenvorteil ihre Bindungswirkung erhält) mit der Verpflichtungserklärung der Gegenpartei in einen funktionalen Zusammenhang gebracht wird. Daraus folgt, daß die Wirkungen der Verpflichtungserklärung jeder einzelnen Partei viel eher, als das bei uns der

¹⁷ Angesichts der Beschränkung des Vertragsbegriffs auf den rechtsgeschäftlichen Akt des Vertragsschlusses und des Fehlens der für unser Denken charakteristischen Vorstellung des Vertrags als eines durch den Vertragsschluß geschaffenen Ordnungsgefüges, ist dem Römer auch fremd die bei uns unterschwellig immer präsente Unterscheidung zwischen *Nicht-Vertrag* (Fehlen tatbestandlicher Elemente des Geschäfts, bes. Abwesenheit von Konsens) und *nichtigem Vertrag*, bei dem trotz erfüllter äußerer Voraussetzungen des Geschäfts dessen normative Folgen aus irgendeinem Grund (z. B. der inhaltlichen Unzulässigkeit des Vertrags) fehlen.

¹⁸ In diesem Sinne etwa "*nulla obligatio*" in Dig. 2, 14; 1, 3.

Fall wäre, aus der Sicht dieser einseitigen Verpflichtungs-Erklärung beurteilt werden, welche Verschiedenheit des "approach" zahlreiche bei unserer Betrachtungsweise auftretende Schwierigkeiten vermeidet.

Anhangsweise darf in Erinnerung gebracht werden, daß das Modell des Vertrages als einer Summe von zwei einseitigen, je den Erklärenden bindenden Versprechen ("promissiones") sich auch auf dem Kontinent in naturrechts-philosophischen Vertragslehren findet, so vor allem bei HUGO GROTIUS.¹⁹ Diese Theorie, aus einer voluntaristischen Sicht folgerichtig, bringt in Erinnerung, daß als psychologische Realität nur je der individuelle Wille jedes Vertragspartners besteht und umgekehrt unser heutiger Angelpunkt, der Begriff "*Konsens*", eine Mystifikation darstellt. Die Frage, wie weit die Vorstellung des "Vertrages als Gesetz der Parteien" kausal dafür war, daß der Begriff des Konsenses als eines einheitlichen, wenn auch von zwei Personen getragenen Willensinhalts zum Zentrum des modernen Vertragsverständnisses wurde, mag offenbleiben. Hier ist lediglich zu erinnern, daß heute bei uns in weiten Bereichen der Konsens als notwendige Bedingung des Vertrages ausgehöhlt ist durch das Vertrauensprinzip und der daraus sich ergebenden Vorstellung des "normativen Konsenses" (ERNST KRAMER u. a.), der nichts anderes als ein *fingierter* Konsens ist. Gegenstand künftigen Nachdenkens sollte die Frage sein, ob nicht das Grotius'sche Modell, nicht nur, weil es allein der psychologischen Realität entspricht, sondern in manchem den Gegebenheiten des praktischen Lebens besser gerecht wird, zur Deutung der Verhältnisse erneut fruchtbar gemacht werden könnte.²⁰

II. Abweichungen der Gesetzgebung vom "normativen Modell"

Es vermag vielleicht zum Verständnis der Wirkungen des unser Vertragsrecht bestimmenden "normativen Ausgangspunktes" dienen, wenn festgestellt wird, daß in einer Reihe von Zusammenhängen der Gesetzgeber selber Abweichungen vom "normativen Modell", d. h. von jenen

¹⁹ Vgl. dazu K. P. NANZ, Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. bis 18. Jahrhundert, München 1985, p. 145 ss.

²⁰ Dabei könnte es sich wahrscheinlich nicht darum handeln, den Konsensbegriff ganz über Bord zu werfen. Auch wenn man erkennt, daß es weder als psychologische Realität einen identischen Willen zweier Leute gibt, noch daß irgendein Vertragsrecht mit voller Konsequenz ein derartiges Erfordernis als Voraussetzung der Vertragsentstehung statuiert, ist an einem – terminologisch wie auch immer zu etikettierenden – Vertragsgültigkeits-Erfordernis der Willensübereinstimmung festzuhalten, dessen Funktion dahin geht, die beiden verpflichtungs-auslösenden Erklärungen jedes der Partner in einen gegenseitigen Abhängigkeits-Nexus zu bringen.

Lösungen, wie sie sich aus dem traditionellen Vertragsverständnis ergeben würden, als angezeigt erkannt hat.

Das wichtigste Beispiel stellt die *Regelung der Willensmängel* im schweizerischen OR und dem deutschen BGB dar. In der romanistischen Tradition der 2. Hälfte des vorigen Jahrhunderts wurde der Irrtum (auch der durch Täuschung veranlaßte Irrtum) als ein Tatbestand der Abwesenheit gültigen Vertragswillens verstanden, der, oft als "Dissens" qualifiziert, jedenfalls Nichtigkeit bedingt: Die Voraussetzungen eines gültigen Vertrages sind nicht gegeben; für alle Teile liegt ein unheilbares Nichts vor. "Ein wesentlicher Irrthum eines oder beider Kontrahenten verhindert das Zustandekommen des Vertrags" kann noch das Zürcher PGB (1854) § 926 sagen. Grundsätzlich auf der gleichen Stufe steht auch der zwölf Jahre jüngere Dresdner Entwurf, der zwar eine differenzierte Kasuistik der Irrtumsfälle versucht, diese insgesamt jedoch weiterhin als Nichtigkeitstatbestände deutet (Art. 59-66), denen nach romanistischem Vorbild die Anfechtbarkeit des durch Drohung erlangten Vertrages gegenübersteht (Art. 69). Von der romanistischen Tradition weicht der Dresdner Entwurf insofern ab, als er den durch "Betrug" veranlaßten Vertrag, "wenn dieser nicht schon nach Maßgabe der Vorschriften der Art. 59 bis 62 und des Art. 64 nichtig ist" (d. h. aufgrund der Vorschriften über Irrtum), als *anfechtbar* erklärt (und damit, e contrario, im Falle unterlassener Anfechtung zum gültigen Vertrag macht). Den Schritt zur heutigen, in Deutschland und der Schweiz hierin völlig übereinstimmenden Konzeption der Willensmängel, deren Vorhandensein durchwegs nicht automatisch die Vertragsgültigkeit ausschließt, sondern eine die Vertragsgeltung ablehnende und damit auch abwendende Erklärung der irrenden Partei voraussetzt (OR 1881, Art. 28; BGB § 119; OR 1911, Art. 31), vollzieht das OR von 1881, wobei dieser Schritt von Redaktor MUNZINGER mitten in dessen Vorarbeiten vollzogen wird.²¹ Das BGB verwendet hier, nach dem Vorbild der bisherigen Behandlung der Tatbestände der Drohung, die Kategorie der "Anfechtbarkeit", während der

²¹ Der angeblich 1869 (wahrscheinlich jedoch etwas früher) veröffentlichte Entwurf eines Allgemeinen Teils (handschriftlich, lithographisch vervielfältigt), sieht in § 42 noch vor: "Ein wesentlicher Irrthum ... macht den Vertrag *nichtig*", während der (gedruckte) Entwurf 1870 in § 33 lautet: "Ein Vertrag kann von dem Kontrahenten, der sich in einem wesentlichen Irrthume befunden hat, angefochten werden, der Irrthum sei entschuldbar oder nicht." (Abs. I); "Nichtig ist der Vertrag nur dann, wenn auch eine übereinstimmende Erklärung der Kontrahenten fehlt" (Abs. II). Ergänzend dazu Art. 86 betr. Umschreibung der Wirkungen der Anfechtbarkeit. – Es kann nur bedauert werden, daß diese Konzeption – nach dem zu frühen Tod des bloß 42jährigen Munzinger im Jahre 1873 – in der weiteren Beratung wenn nicht preisgegeben, so doch in der äußeren Präsentation modifiziert wurde. Vgl. das Folgende.

definitive Text des OR (sowohl von 1881 wie 1911) den konstruktiven Umweg eines bei Vertragsschluß zwar noch nicht perfekten, aber mangels Irrtumsanfechtung gewissermaßen im Nachhinein stillschweigend geschlossenen Vertrages wählt.²²

Die sachlichen Vorzüge des schweizerischen und deutschen Systems gegenüber dem traditionellen Nichtigkeitskonzept liegen auf der Hand: Neben der Vermeidung des hier wie in allen besprochenen Fällen inakzeptablen Umstandes, daß auch der Gegner des Irrenden sich auf dessen Willensmangel berufen kann, fällt vor allem der Gewinn an Verkehrssicherheit für die Beteiligten in Betracht, der durch die Statuierung der Notwendigkeit einer Anfechtungserklärung erreicht wird. Zusammenfassend ist festzuhalten, daß der Gesetzgeber in einem besonders wichtigen Bereich des Vertragsrechts die traditionelle "normativistische" Vertragskonzeption mit der Frage nach Geltung bzw. Nichtigkeit über Bord geworfen und ein subjektiviertes, "aktionenrechtliches" Modell verwirklicht hat, das die Rechtslage von der Entscheidung eines der Beteiligten abhängig macht, wie es ähnlich auch in anderen Bereichen erwünscht gewesen wäre. Dabei scheint es mir tiefere Bedeutung zu haben, daß die Korrektur gerade in jenem Moment erfolgt, in dem die Kodifikationen der jüngsten Generation, OR und BGB, wie auch die Doktrin, die "normative" Auffassung der Verträge konsequent durchzuführen beabsichtigen, was erst die Korrektur notwendig macht.

Es wäre aufschlußreich, nach vergleichbaren anderen gesetzlichen Sonderregeln zu suchen, die in der selben Richtung wie das Willensmängel-Recht eine Hinwendung zu aktionenrechtlichen Konzepten darstellen. Hier noch der Hinweis auf die *kaufrechtliche Rechtsgewährleistung*. Diese ist in der *Schweiz* weitgehend nach dem romanistischen und auch im französischen Code Civil beibehaltenen Modell der *Eviktionshaftung* geregelt, d. h. der Verkäufer ist nur insoweit haftbar, als dem Käufer vom besser berechtigten Dritten die Kaufsache tatsächlich entzogen wird oder wenigstens die Gefahr der Entziehung sichtbar wird (OR Art. 192 ff.;

²² Praktische Unterschiede beider Konzeptionen sind nicht zu ersehen; vereinzelte Versuche, solche herauszustellen, scheinen mir durch die Kodifikation und deren Entstehung nicht gerechtfertigt. Schon gar nicht vermögen praktisch-rechtspolitische Überlegungen eine Differenzierung zu rechtfertigen. – Es ist zu bedauern, daß die Redaktionen des OR nach dem Tode Munzingers nicht auf dem von diesem gewiesenen (auch vom BGB später gewählten) Weg geblieben sind. Wenn man wollte, könnte man auch hier einen "normativistischen Reflex" erkennen, dem zufolge ein Vertrag (wie ein Gesetz) nur entweder gültig/geltend sein kann oder nicht (während die Kategorie der Anfechtbarkeit in diesem Schema nicht existiert): Vielleicht daher das Konzept, daß der Vertrag als nichtig gelte, jedoch Mangels anfechtender Erklärung durch Genehmigung gültig werde (d. h. Abschluß eines neuen Vertrages kraft Legalpräsumption).

franz. CC Art. 1625 ff.).²³ Als interessante Gegenposition stellt sich die Regelung des BGB dar, die grundsätzlich das (normativistisch-naturrechtlich konzipierte) Garantieprinzip verwirklicht, aber trotzdem in § 440 Elemente der Eviktionshaftung herübernimmt.²⁴

Sachlich gebotene, aber mit dem traditionellen Vertragsverständnis im Grunde nicht zu vereinbarende Lösungen liegen auch dann vor, wenn ein im Zeitpunkt des Vertragsschlusses (noch) nicht gültiges Geschäft durch *nachträgliche Genehmigung* "geheilt" wird, wie dies bei einem Teil der Geschäfte Handlungsunfähiger oder bei vollmachtloser Stellvertretung zutrifft. Darüber unten D/I, bes. Anm. 50 und E/II/1/a.

C. Problembereich **"Schutz vor Übermaß vertraglicher Freiheitsbeschränkung"**

I. Gesetzliche Ausgangslage

Alle Privatrechtsordnungen müssen inhaltliche Schranken der Verträge statuieren. Die hier bei normativem Vertragsverständnis als Sanktion sich anbietende Rechtsfolge der Nichtigkeit ist jedoch nicht in allen Fällen angemessen.

Aus dem Bereich der gesetzlichen Generalklauseln von BGB §§ 134-140, ABGB §§ 878-880 und OR Art. 20 in Verbindung mit ZGB Art. 27, wo recht heterogene Tatbestände zusammengefaßt werden, interessieren in unserem Zusammenhang nicht die unmöglichen und die widerrechtlichen Vertragsinhalte und auch nicht der Übervorteilungstatbestand von BGB § 138/II, sondern nur das, was als *"Sittenwidrigkeit"* des Vertrages bzw. dessen Inhalts etikettiert wird. Analysiert man die in Betracht kommenden Sachverhalte, muß auffallen, daß hier ganz verschiedenartige Dinge zusammengefaßt werden. Auf der einen Seite stehen unschöne, wenn auch

²³ Im Entscheid BGE 109 (1983) II 322 weicht das Bundesgericht die Konzeption der Verkäuferhaftung als Eviktionshaftung auf, indem es dem Käufer eines gestohlenen Wagens auch ohne Nachweis eines Eviktionsrisikos zwar nicht die kaufrechtliche Gewährleistung, wohl aber *Irrtumsanfechtung* des Vertrages eröffnet. Die grundsätzliche Fragwürdigkeit des Entscheids (Berücksichtigung eines Irrtums über die Erfüllung bzw. Erfüllbarkeit eines Vertrages liegt außerhalb jeder Willensmängel-Tradition! Der Tatbestand der Rechtsgewährleistung ist im Kaufrecht abschließend geregelt) kann hier nicht erörtert werden, ist aber als ein Indiz "normativen Denkens" zu vermerken: Es genügt dem Gericht nicht, daß der Käufer i. S. der Tradition der "Eviktionshaftung" seinen Wagen unangefochten benützen und behalten kann; die Welt wäre nur in Ordnung, wenn er auch als dessen nomineller Eigentümer betrachtet werden könnte.

²⁴ Vgl. dazu z. B. H. P. WESTERMANN, in Münchener Komm. BGB § 440 N. 2.

durch lange wissenschaftliche Tradition geheiligte Beispiele wie der Bordellkauf oder das *pactum stupri*, auf der anderen Seite Tatbestände wie irgendwelche Ordens- oder Enthaltensamkeitsgelübde, weltanschauliche Bindungen, die vertragliche Verpflichtung, Blut zu spenden oder sich für irgendein gefährliches, wenn auch trotzdem löbliches Unternehmen zur Verfügung zu stellen. Die strukturelle Andersartigkeit der beiden Bereiche springt in die Augen: Im einen Fall ist das vertragsgemäße Verhalten selber (die Überlassung von Stätten der Unzucht, die Unzucht selber usw.) sittenwidrig und damit verpönt, auf der anderen Seite stehen Verhaltensweisen, die hoher Gesinnung entspringen und gesellschaftlich erwünscht sein mögen, die aber, weil einen höchstpersönlichen Bereich des Vertragspartners betreffend, trotzdem vertraglichem Zwang nicht zugänglich sein sollen.

Die Verschiedenartigkeit der Sachverhalte, die an die Schranke der Sittenwidrigkeit stoßen bzw. am Maßstab der Sittengemäßheit des Vertrages gemessen werden, ist von der Literatur in ihrer grundsätzlichen Bedeutung gewissermaßen nur ausnahmsweise erkannt worden.²⁵ Die Erklärung hierfür ist leicht darin zu erkennen, daß für eine derartige Unterscheidung kein Anreiz besteht, da der Gesetzgeber in beiden Fällen die gleiche Rechtsfolge, eben Vertragsnichtigkeit, anordnet. Im Folgenden versuche ich demgegenüber zu zeigen, daß die traditionelle Nichtigkeitsfolge zwar ihren guten Platz als Sanktion der ersten Gruppe (Sittenwidrigkeit des vertragsgegenständlichen Verhaltens) hat, jedoch bei der zweiten Gruppe von Fällen, wo die Freiheit des Vertragspartners Schutzobjekt ist, von der Sache her gänzlich verfehlt ist.

²⁵ Vgl. aus der Literatur immerhin (für Deutschland): v. TUHR, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, Bd. II/2 (1918) § 70/II/3, p. 36 ss. – E. ECKSTEIN, *Studien zur Lehre von den unsittlichen Handlungen, Rechtshandlungen und Rechtsgeschäften, insbesondere Verträgen*, in *Archiv für Bürgerliches Recht*, Bd. 41 (1915), p. 178-279, insbes. p. 221 ss. – O. SANDROCK, *Subjektive und objektive Gestaltungskräfte bei der Teilnichtigkeit von Rechtsgeschäften*, in *Archiv für civilistische Praxis* 159 (1960), p. 481-546, insbes. p. 514 ss. und p. 534 ss. – W. F. LINDACHER, *Grundsätzliches zu § 138 BGB*, in *Archiv für civilistische Praxis* 173 (1973), p. 124-136, insbes. p. 131 ss. – Gegen einen starren Nichtigkeitsbegriff spricht sich auch H. HÜBNER aus, in *Festschrift für Franz Wieacker*, Göttingen 1978, p. 399 ss.

II. Fälle, bei welchen die Bindung des einen Partners überhaupt zu versagen ist

Zuerst soll die Gruppe jener Tatbestände betrachtet werden, in denen, für den einen der Partner, jegliche Bindungswirkung zu versagen ist, obgleich der Vertrag deshalb nicht gesamthaft als nichtig gelten darf.

Stellen Sie sich einen "Stuntman" vor, der als Double für einen unserer Filmhelden agieren soll. Ich rechne auf Ihre Zustimmung, wenn ich sage, daß diese armen, in der Anonymität bleibenden Leute nicht einem Vertragszwang zum Auftreten unterworfen werden können: Wenn einer von ihnen im letzten Moment Angst bekommt und "aussteigt", darf er nicht mit Schadenersatz oder Konventionalstrafe belastet werden, weil auch ein bloß indirekter Zwang zu diesen Übungen, die zwar nicht so gefährlich sein mögen, wie sie aussehen, aber noch gefährlich genug bleiben, nicht in Betracht kommt. Ebenso rechne ich jedoch auf Ihre Zustimmung, wenn ich sage, daß umgekehrt der Stuntman, der erfolgreich aufgetreten ist, Anspruch auf seine, wie ich hoffe, nicht zu bescheidene Gage haben soll. Mit dem traditionellen Nichtigkeitsmodell können nun aber diese beiden Resultate nicht gleichzeitig erreicht werden: Entweder stehen beide Parteien in Vertragspflicht, und der Stuntman wäre zum Auftreten gezwungen, oder aber es entfällt der Vertrag ganz und mit Wirkung für beide Teile, so daß dem Filmproduzenten zu sagen erlaubt wäre: "Weil der von Dir absolvierte Auftritt so, überaus gefährlich war, muß ich nicht bezahlen". – Das Beispiel des Stuntman könnte ergänzt werden durch weitere, etwa dasjenige des Neffen, der sich im Interesse der Verhütung erbbelasteten Nachwuchses gegenüber einem Onkel vertraglich zur Ehelosigkeit verpflichtet hat und zum Trost eine Rente erhalten soll.

Derartige Fälle von Bindungen, die keinen Rechtsschutz finden können, weil sie die persönliche Freiheit in einem der Bindung zum vornherein verschlossenen Bereich betreffen, haben bloß marginale Bedeutung; die Beispiele werden nur deshalb vorgestellt, weil sie besonders deutlich illustrieren, daß Nichtigkeitsfolge eine überschießende Reaktion ist. Denn ob die zu schützende Freiheit überhaupt verletzt wird, läßt sich nicht abstrakt feststellen, sondern nur aufgrund der konkreten Lebenssituation: Solange unser Neffe nicht heiraten will (und sei es nur, weil er noch nicht einer in ihm Ehegelüste weckenden Partnerin begegnet ist), solange ist auch seine Freiheit nicht beschränkt, und es besteht kein Anlaß, ihm, mit dem Vertragsnichtigkeits-Argument, seine Rente zu verweigern.²⁶ Die

²⁶ Das Argument, daß das Versprechen einer Gegenleistung für Ehelosigkeit an sich sittenwidrig sei und daher der Vertrag unter diesem Gesichtspunkt Nichtigkeit verdient habe, bleibe hier bewußt ausgeschlossen, denn sobald so argumentiert wird, geht es nicht mehr um den – hier allein betrachteten – Freiheitsgesichtspunkt, sondern um die Sittenwidrigkeit des vertraglichen Verhaltens, hier also das – u. U. rein faktisch geübte – Austauschverhältnis Geld – Ehelosigkeit.

sachlich angemessene Reaktion kann m. E. allein darin bestehen, die Bindungswirkung des Vertrages einseitig, d. h. in der Person des zu Schützenden, aufzuheben, den anderen Vertragspartner jedoch in Pflicht zu halten, Erfüllung auf der Gegenseite vorausgesetzt. Diese Lösung läßt sich mit unseren gewohnten normativen Kategorien, mit dem Gültigkeits-Schema, nicht einfangen. Das alte Rezept, den Vertrag insgesamt nicht in Frage zu stellen, dem zu Schützenden jedoch eine *exceptio* zu gewähren, welche die Nichterfüllungs-Ansprüche abschneidet und damit den Zwang zur Erfüllung aufhebt, bildet in Fällen wie dem hier genannten die allein adäquate Rechtsfolge. Denn die Freiheit der Persönlichkeit, die hier in Frage steht, kann nicht anhand objektiver Ordnungsvorstellung zulässigen bzw. unzulässigen Verhaltens sichergestellt werden, sondern nur durch einen auf die höchstpersönliche Entscheidung des zu Schützenden bezugnehmenden, d. h. subjektbezogenen, aktionenrechtlichen Behelf.

III. Schutz vor Übermaß der Freiheitsbeschränkung (Schweiz)

Praktisch bedeutsamer als die bisher genannten Tatbestände ist eine andere Gruppe von Fällen, in denen, für den zu schützenden Vertragspartner, nicht jegliche Bindungswirkung entfallen muß, sondern es lediglich das *Übermaß einer vertraglichen Bindung bzw. der daraus resultierenden Freiheitsbeschränkung* zu verhindern gilt, bei denen aber die gleiche Unangemessenheit der Nichtigkeitsfolge festgestellt werden kann. Es sind einerseits die eine *positive Leistungspflicht* beinhaltenden *Bezugs-, Abnahme- und Lieferverpflichtungen*, die, wenn langfristig ausgebildet, einen Unternehmer übermäßig und in unzulässigem Ausmaß belasten können, andererseits die zu einem *Unterlassen* verpflichtenden Konkurrenzverbote in ihren verschiedenen Spielarten mit oder ohne kartellistischen Einschlag.

Mich hier vorab der *schweizerischen Praxis* zuwendend möchte ich zwei ältere Entscheidungen vorstellen, die den von einem normativen Vertragsverständnis induzierten Irrweg deutlich machen:

BGE 23 (1897) p. 740 f. i. S. Kern v. Wild. Kern ist ein Zirkelfabrikant, der mit Wild abmacht, daß dieser, mit finanziellen Zuschüssen des

Kern, für einige Jahre in Deutschland Erfahrungen sammeln und Kern auch laufend mitteilen solle, um dann nach einigen Jahren als Produktionsleiter in Kerns Fabrik zurückzukehren. So geschah es auch, aber kurze Zeit nach seiner Rückkehr trat Wild bei Kern aus, in der Absicht, die erworbenen Kenntnisse auf eigene Rechnung zu verwerten. Zu beurteilen war ein *Konkurrenzverbot*, das die Parteien, durch eine Konventionalstrafe von Fr. 10 000. – abgesichert, dahingehend stipuliert hatten, daß Wild im Falle eines Austritts *keinerlei Konkurrentätigkeit* ausüben dürfe. Dem Verbotsberechtigten war bereits vor erster Instanz klar geworden, daß in der geschlossenen Form das keinerlei zeitliche oder örtliche Begrenzung tragende Konkurrenzverbot nicht zu halten war. Er gab daher die Erklärung ab, seinen Verbotsanspruch zeitlich auf 10 Jahre und räumlich auf die Schweiz begrenzen zu wollen. Dies half Kern nicht; die Klage auf Feststellung der Nichtigkeit des Konkurrenzverbotes wurde gutgeheißen. Beurteilungsgrundlage war (vor Erlaß des ZGB – Art. 27 – oder arbeitsrechtlicher Sondernormen) Art. 17 des OR von 1881 (funktional BGB §§ 306, 134 und 138 oder ABGB §§ 878 und 879 entsprechend).²⁷ Die Argumente (E. 4 p. 742 ff.) lassen sich auf folgende Stichworte reduzieren: Da die Leistung des durch das Konkurrenzverbot beschwerten Partners nicht teilbar sei, komme die teilweise Aufrechterhaltung nicht in Frage, die Regel "utile per inutile non vitiatur" finde keine Anwendung. Der Verbotsberechtigte könne nicht seinen Verbotsanspruch in bloß beschränktem Umfang geltend machen; wörtlich: "Hierin läge nicht etwa ein Verzicht auf ein Recht, sondern die Ersetzung des ursprünglichen Vertrages durch einen Vertrag anderen Inhaltes, ... Ganz ebenso verhält es sich mit dem Moderationsrechte des Richters: bei Zulassung ... würde vom Richter etwas ganz anderes geschaffen, als die Parteien ... gewollt haben; damit würde der Richter aus den Grenzen der Auslegung des Vertragswillens ... hinaustreten und den Parteiwillen durch seine Willkür ersetzen." Und die Schlußfolgerung, ein begriffsjuristisches Juwel: "Da sonach das angegriffene Konkurrenzverbot nichtig, und zwar in seiner unteilbaren Totalität nichtig ist, muß die Frage, ob dem Richter ein Recht, es in die zulässigen Grenzen einzuschränken, zustehe, verneint werden. Denn ... etwas nichtiges, rechtlich nicht existierendes kann auch nicht modifiziert werden."

Das Ergebnis spricht, sachlich bewertet, jeder Vernunft Hohn. Daß es bei dem hier zur Diskussion stehenden Schutz der persönlichen Freiheit auf den Vertragswortlaut und nicht auf die daraus sich praktisch ergebenden

²⁷ OR (1881) Art. 17: "Gegenstand des Vertrages kann nur eine Leistung sein, welche möglich und nicht widerrechtlich oder unsittlich ist."

den Auswirkungen ankommen soll, ist nicht zu verstehen. Das Versagen jeglichen Verbots-Anspruchs, bloß weil die Parteien diesen Anspruch zu unbekümmert formuliert haben (vielleicht, weil bei Vertragsschluß der Belastete in der Tat meinte, keinerlei Interesse an Konkurrenzfähigkeit und damit an der Beschränkung des Verbots zu haben), ist nicht zu rechtfertigen, ebensowenig die damit zwangsläufig zusammenhängende Beurteilung nach dem Stand der Dinge bei Vertragsschluß, nicht jenem bei Geltendmachung des Verbotsanspruchs (so müßte im Jahr 1985 nach diesen Grundsätzen ein "Konkurrenzverbot bis zum Jahr 2000" als nichtig gelten, selbst wenn der das Verbot aktualisierende Austritt aus dem Unternehmen des Berechtigten erst im Jahre 1999 erfolgte, das Konkurrenzverbot aktuell nur 1 Jahr zu dauern hätte). Selbst wenn aus heutiger Sicht die Kern angebotene Limitierung des Verbots auf 10 Jahre immer noch als zu lange erscheint: Dieses müßte wenigstens doch für drei Jahre Geltung haben, nachdem anscheinend Wild aus der Vertragsbeziehung mit Kern erhebliche Vorteile gezogen hatte und das Bestehen eines Verbotsinteresses in keiner Weise bestritten war.²⁸

Der zweite hier referierte Entscheid wurde 27 Jahre später als *BGE 50 (1924) II 485 i. S. Axelrod v. Vereinigte Zürcher Molkereien AG* gefällt: Vater und Sohn Axelrod, Pioniere in der Entwicklung moderner Milchprodukte und insbesondere Promotoren der in Mitteleuropa damals noch unbekanntem Yoghurt-Herstellung, waren in Zürich Inhaber eines Produktionsbetriebes und Träger verschiedener Warenzeichen-Rechte und Handelsmarken, die sie, zusammen mit Inventar und Verfahrensgeheimnissen, im Jahre 1909 insgesamt an die Vereinigten Zürcher Molkereien veräußerten. Anschließend richteten sie in Deutschland für verschiedene Molkereien die Yoghurt-Produktion ein, um sich schließlich in Rußland niederzulassen, wo sie zwei Kondensmilch-Fabriken errichteten. Nach der Revolution und der Nationalisierung dieser Fabriken kehrten die beiden Axelrod in die Schweiz zurück, und wenigstens Axelrod Sohn wollte sich eine neue Existenz aufbauen durch Verwertung neuer (nicht der im Jahre 1909 abgetretenen) Entwicklungen von Milchprodukten. Dieses Vorhaben stieß nun gegen das vor 15 Jahren abgeschlossene Konkurrenzverbot, das für die Dauer von 30 Jahren und den Raum der Schweiz in einem weitgefaßten Rahmen die Auswertung von Milchprodukte-Herstellungsverfahren

²⁸ Der Vollständigkeit halber sei hier angemerkt, daß das Urteil des Bundesgerichts, vom 7. Mai 1897 datiert, weniger als sechseinhalb Monate nach Klageeinleitung (23. Oktober 1896, vgl. E. 2 p. 741) und rund 6 Wochen nach dem Urteil der Vorinstanz erging, so daß selbst bei kurzer Befristung des Verbots dieses nicht durch die Dauer des Prozesses überholt gewesen wäre. Eine Beförderlichkeit der Rechtspflege, die leider in der Schweiz wie anderswo der Geschichte angehört.

untersagte. Axelrod jun. klagte auf Feststellung, daß das Konkurrenzverbot für die weitere Vertragsdauer ungültig sei, wobei im übrigen die 15 Jahre zuvor abgetretenen Verfahren von dieser Freistellung nicht erfaßt werden sollten. Nach dem Kern v. Wild-Entscheid wäre zu erwarten gewesen, daß das auf 30 Jahre bemessene und praktisch die Betätigung der gesamten beruflichen Erfahrung des Verbotsbelasteten abdeckende Konkurrenzverbot als ungültig erklärt worden wäre. Nicht so das Bundesgericht hier. Es ließ sich nicht beeindrucken durch das Argument, angesichts der Absicht der Auswanderung nach Rußland sei die Formulierung (sc. die allzu weite Fassung des Konkurrenzverbotes) für Axelrod bei Vertragsschluß "Nebensache" gewesen, während "unter den heutigen, völlig veränderten Verhältnissen" die Verpflichtung unzumutbar drückend geworden sei. Die die Entscheidung m. E. auslösende Überlegung geht (in E. 2, p. 485) dahin, die Annahme der Unzulässigkeit der vorliegenden Beschränkung der persönlichen Freiheit würde "nicht nur die Vertragsstellung einer Partei berühren, sondern die Ungültigkeit des ganzen Rechtsgeschäftes nachsichziehen, sodaß die gegenseitigen Leistungen nach den Grundsätzen von Art. 62 ff. OR (sc. nach Kondiktionsrecht) zurückverlangt werden könnten, da ohne weiteres anzunehmen ist, daß die Beklagte den Vertrag ohne dieses Konkurrenzverbot nicht ... abgeschlossen hätte. Dieser Folge kann der Kläger nicht dadurch entgehen, daß er bloß die teilweise Unverbindlichkeit des Verbotes anruft." Es wird mit m. a. W. dem Axelrod zum Verhängnis, daß er nicht Ungültigkeit des ganzen Geschäftes behauptet unter gleichzeitigem Anerbieten dessen kondiktions-rechtlicher Rückabwicklung. Wenn in der anschließenden Erwägung 3 (p. 486 ff.) wortreich ausgeführt ist, es würde im übrigen das Konkurrenzverbot unter den gegebenen Umständen (insbes. angesichts der bedeutenden Axelrod zugekommenen Gegenleistungen und der dinglichen Natur der erfolgten "Übertragung einer Gesamtsache") nicht als unzulässig gelten können, so vermag dies nicht zu überzeugen (die entsprechenden Argumente würden heute wohl auch nicht mehr im Ernst vorgetragen). Die schließlich in Erwägung 4 (p. 488) nachgetragene Erledigung der Berufung auf die "clausula rebus sic stantibus" mit dem Argument, das das Konkurrenzverbot veranlassende Kaufgeschäft sei vollumfänglich abgewickelt worden und könne nachträglich nicht mehr abgeändert werden, zeigt deutlich genug, daß der Entscheid durch die Grundkonzeption getragen ist, daß ein Vertrag, als Normengefüge, als "loi des parties" aufgefaßt, eine objektive Gegebenheit darstellt und als solche dem richterlichen Zugriff verschlossen ist, wie im übrigen der Vertrag eine unteilbare Einheit darstellt, innerhalb derer die Konkurrenzverbotsklausel nicht isoliert betrachtet werden darf.

Ich muß gestehen, daß es mir schwer fällt, mit *Kern v. Wild* und *Axelrod* zu leben. Die vermeintliche Notwendigkeit, sich entweder für oder gegen die Gültigkeit und Aufrechterhaltung des (gesamten) Vertrages zu entscheiden, führt zu Willkürlichkeiten, die einmal zugunsten, im anderen Fall zu Lasten des Verbotsbelasteten ausschlagen: Einerseits kommt Wild mit der völligen Entlassung aus dem Konkurrenzverbot allzu gut weg, andererseits hat Axelrod unverdienten Nachteil: Weil er es sich nicht leisten konnte, den gesamten, seit langem abgewickelten Vertrag preiszugeben, büßte er den Persönlichkeitsschutz von ZGB Art. 27 total ein.

Es ist nicht möglich, mehr als ganz summarische Hinweise zu der sonstigen Praxis der Schweiz und der seitherigen Entwicklung zu machen. Im Bereich arbeitsvertraglich begründeter Konkurrenzverbote war die *Kern v. Wild*-Doktrin von der Bundesgerichtspraxis schon in den Entscheidungen BGE 43 (1917) II 662 und BGE 44 (1918) II 94 aufgegeben und die Aufrechterhaltung des Konkurrenzverbotes im zulässigen Umfang als möglich betrachtet worden, dies aber nur gestützt auf die Annahme, die in der Revision des Jahres 1911 eingeführten arbeitsrechtlichen Sonderregeln betreffend die Konkurrenzverbote würde diese, an sich nach wie vor als systemwidrig empfundene und von der gemeinrechtlichen Regel nicht gedeckte, Lösung erlauben.²⁹ So sehr im allgemeinen das Bestreben der schweizerischen Gerichte, den Schutz vor übermäßiger vertraglicher Freiheitsbeschränkung hochzuhalten, anzuerkennen ist, so muß doch festgehalten werden, daß bis heute eine grundsätzliche Abwendung von der *Kern v. Wild* bzw. *Axelrod*-Doktrin nicht erfolgt ist. Von einer prinzipiellen methodischen Neubesinnung ist nichts zu spüren, nicht einmal eine analoge Anwendung der arbeitsvertragsrechtlichen Prinzipien wird versucht.³⁰ Fehlentscheide mit gleich stoßendem Ergebnis wie die beiden genannten sind neuerdings nicht vorgekommen, so daß die Hoffnung offen bleibt, ein neuerliches Aufkommen des *Axelrod*-Tatbestandes würde eine grundsätzliche Umorientierung auslösen.

²⁹ Die Novellierung des vertraglichen Arbeitsrechts des Jahres 1971 hat die Rechtslage nicht grundsätzlich verändert, sondern in den Art. 340 und 340 a nur einläßlicher geregelt. Charakteristisch für das hier besprochene "normative Vertragsverständnis" ist die Formulierung von Art. 340 a, Abs. II: "Der Richter kann ein übermäßiges Konkurrenzverbot unter Würdigung aller Umstände nach seinem Ermessen einschränken ...". D. h. nicht die Gewährung einer Einrede nach aktionenrechtlichem Muster, sondern Änderung des (als Gesetz der Parteien verstandenen) Vertrages, wenn auch bloß auf Klage hin.

³⁰ Wenigstens im Rahmen eines obiter dictum lehnt BGE 95 (1969) II p. 536 dies noch in neuer Zeit ausdrücklich ab. Aus der früheren Praxis vgl. 51 II (1925) 300; 51 II (1925) 440; 53 II (1927) 329; 56 II (1930) 54. Einzig BGE 51 (1925) 222 hatte noch die umgekehrte Lösung erwogen.

In neuerer Zeit gewinnt, um sich der traditionellen normativen Konsequenz der Vertragsnichtigkeit zu entziehen, das *Argument des fiktiven Parteiwillens* immer mehr die Oberhand:

In *BGE 93 (1967) II 290 ff.*, bes. E. 7 und 8 p. 300 f. wurde gegenüber einem vertraglich begründeten unbefristeten Recht zum unentgeltlichen Wasserbezug ein Kündigungsrecht seitens des Belasteten angenommen und damit (nach über vierzigjährigem Bestand) das Bezugsrecht als beendet betrachtet, wobei für das Bestehen des angenommenen Kündigungsrechts, von einigen Literaturzitate abgesehen, keine Begründung gegeben wird. In einem ähnlich gelagerten, vier Jahre später ergangenen Urteil *BGE 97 (1971) II 400 f.* wird mit der Fiktion eines stillschweigend und "nach Treu und Glauben" zu hypostasierenden vertraglich stipulierten Kündigungsrechts operiert. – Zum zentralen und einzigen Argument hochstilisiert wird der fiktive Parteiwille bzw. ein fiktives vertraglich stipuliertes Kündigungsrecht im Entscheid i. S. *Locher v. Sicar*, *BGE 107 (1981) II 217*. Sicar, ein italienischer Maschinenproduzent, übertrug an Locher ab 1974 die exklusive Vertretung ihrer Holzbearbeitungsmaschinen in Rußland und Osteuropa. Der Vertrag wurde fest auf zwei Jahre geschlossen und nachher auf jederzeitige Kündigung mit sechsmonatiger Frist gestellt, jedoch stipuliert (aus dem Italienischen übersetzt): "Der Vertrag kann nicht gekündigt werden, wenn die Firma Locher Beweis für intensive Verkaufsanstrengungen erbringen kann ...". Die Firma Locher konnte diesen Nachweis offensichtlich erbringen, der Vertrag von Sicar daher, solange sich hieran nichts änderte, nicht aufgelöst werden. Um hier eine Begrenzung der Vertragsdauer zu erreichen, ohne den Vertrag als ganzen nichtig erklären zu müssen, geht das Bundesgericht den Weg der Vermutung eines vertraglich vereinbarten Kündigungsrechts. Es werden weitläufige Überlegungen angestellt, auf wie viele Jahre hin wirtschaftlich eine Unkündbarkeit gerechtfertigt sei. Dies jedoch nicht, wie an sich zutreffend wäre, unter dem Titel richterlicher Interessenabwägung und zur Feststellung, in welchem Umfang die vorliegende vertragliche Bindung Rechtsschutz verdiene, sondern um zu bestimmen, in welchem Sinne die Parteien eine Kündigungsmöglichkeit vertraglich stipuliert hätten, wenn ihnen die Nichtigkeit der tatsächlich geschlossenen Klausel bei Vertragsschluß bewußt gewesen wäre. Das Bundesgericht gelangt dabei zur Annahme, die Parteien hätten angesichts der Umstände wohl die Vertragsdauer auf acht Jahre bemessen. Wird dieser Entscheid mit dem 85 Jahre älteren Kern v. Wild-Entscheid verglichen, zeigt sich, daß zwar das dort kritisierte Resultat in sein Gegenteil gewendet und eine u.E. im Ergebnis richtige Lösung gefunden wurde, dies aber nur auf dem Umweg über eine haarsträubende Fingierung eines hypothetischen

Vertragswillens, die im direkten Widerspruch zu dem steht, was die Parteien explizit vereinbart haben, nämlich einen strikten Ausschluß der Auflösungsmöglichkeit. Unhaltbar ist diese Betrachtungsweise nicht zuletzt deshalb, weil sie, falls konsequent durchgeführt, nicht die bei Urteilsfällung herrschenden Verhältnisse zu berücksichtigen erlaubt, sondern zur Zugrundelegung der bei Vertragsschluß gegebenen Situation zwingt.

Das Festhalten am "normativen" Vertragsmodell, dem zufolge der Vertrag, als Gesetz der Parteien, abschließende Umschreibung des beidseits Gesollten ist und entweder Geltung hat oder nicht, ist in der Schweiz um so erstaunlicher, als die Gesetzeslage eigentlich zu einem Übergehen zu einer subjektbezogenen, aktionenrechtlichen Lösung geradezu einladen würde: Das ZGB des Jahres 1907 scheidet den Schutz vor übermäßiger Einschränkung der persönlichen Freiheit als Sondertatbestand aus dem Tatbestand sittenwidriger Verträge (vor Erlaß des ZGB OR 1881, Art. 17, jetzt OR 1911, Art. 20, analog BGB § 138) aus und sagt in Art. 27, Abs. II sinngemäß: "Niemand kann sich im Gebrauch der Freiheit in einem das Recht oder die Sittlichkeit verletzenden Grade beschränken", welcher Text ohne weiteres die der Sache allein angemessene Lesart zulassen würde, daß Vertragsabsprachen mit übermäßigen Freiheitsbeschränkungen vorerst gültig bleiben, aber, auf Einrede des Beschränkten hin, keinen Rechtsschutz finden, wenn die Auswirkungen zur Zeit der gerichtlichen Auseinandersetzung als unzulässig beschwerend erscheinen. Das Festhalten am traditionellen Nichtigkeitsmodell mit den Auswirkungen, daß sich grundsätzlich auch die Gegenpartei auf die Persönlichkeitsschutznorm von ZGB Art. 27 berufen könnte, um sich selber einer Gegenleistungspflicht zu entziehen, und die Unmöglichkeit, auf direktem Weg eine Herabsetzung der Bindung unter deren Aufrechterhaltung im zulässigen Ausmaß zu erwirken, kann nur durch die Kraft der hier beschriebenen Denkautomatismen und der Unmöglichkeit, das überlieferte Vertragsmodell selbst in Grenzbereichen zu relativieren, erklärt werden.

IV. Schutz vor Übermaß der Freiheitsbeschränkung (Deutschland)

Bei den vorstehend dargelegten Fehlentwicklungen handelt es sich nicht um helvetische Besonderheiten; als solche wären sie nicht vorgetragen worden. Im Kern v. Wild-Entscheid, von dem ich ausgegangen bin, wird abschließend gesagt: "Das Bundesgericht findet sich mit diesem Entscheide in Übereinstimmung mit den Urteilen auswärtiger höchster Gerichte"; zum Beleg wird u. a. auf *RGZ 31 p. 97* verwiesen. Dieser Entscheid des Reichsgerichts, 1893, d. h. vier Jahre vor Kern v. Wild ergangen, betrifft

einen Tatbestand, der Kern v. Wild wie ein Ei dem anderen gleicht; der Verbotsbelastete war nicht Produktionsleiter, sondern Reisender, statt der Fabrikation von Zirkeln haben wir eine solche von Schirmen, die Konventionalstrafe, ebenfalls auf 0 000.- beziffert, lautet natürlich auf Mark statt auf Franken, die Klage geht nicht auf negative Feststellung, sondern auf Zahlung der Konventionalstrafe, in allen wesentlichen tatbeständlichen Elementen besteht jedoch fast monotone Übereinstimmung, und ebensolche in den Entscheidungsgründen.

Die in den neunziger Jahren des vergangenen Jahrhunderts festgestellte Parallelität der Verhältnisse läßt sich bis in unsere Tage hinein verfolgen. Der Erlaß des BGB hat an der Rechtslage, die durch eine festgefügte Tradition gemeineuropäischer vertragsrechtlicher Prinzipien weit mehr determiniert scheint denn durch den Spruch nationaler Gesetzgeber, im Grundsätzlichen nichts geändert. Es geht hier in keiner Weise darum, die komplexen und vielschichtigen Auswirkungen von BGB § 138 insgesamt zu betrachten; uns beschäftigt allein der m. E. isoliert zu untersuchende, aus dem übrigen Rahmen dieser Norm heraustretende Sondertatbestand jener Fälle, in denen die Sittenwidrigkeit nicht im vertragsgegenständlichen Verhalten, etwa in der Lieferung pornographischer Schriften, sondern in der Tatsache der vertraglichen Bindung als solcher liegt. Das Übermaß einer solchen Bindung verstößt auch dann noch gegen die guten Sitten i. S. von BGB § 138, wenn eine so willkommene Tätigkeit wie der Bezug von Bier durch einen Wirt Vertragsgegenstand bildet. Als weitere häufig angetroffene Sachverhalte gleicher Struktur reihen sich hier langfristige Energie-Lieferungsverträge und insbesondere Konkurrenzverbotsklauseln ein.

Die gegenwärtige Lage im untersuchten Sonderbereich ist durch Unsicherheit und Widersprüchlichkeit gekennzeichnet, wie ich sie mir zur Stützung meiner Thesen schöner nicht wünschen kann. In der an den Ausgangspunkt gestellten Kern v. Wild-Problematik hat der deutsche Bundesgerichtshof eine ähnliche Reise absolviert wie das schweizerische Bundesgericht und ist heute ebenfalls dabei angelangt, im Ergebnis infolge des Übermaßes der Bindung unzulässige Verträge im Rahmen des erlaubten Maßes aufrechtzuerhalten. Was in der Schweiz der Locher v. Sicar-Entscheid, sind in Deutschland drei kurz aufeinanderfolgende BGH-Entscheide der Jahre 1972 bis 1974 mit Bezug auf Bierbezugsverpflichtungen von Gastwirten.³¹ Es sind zur Hauptsache zwei Argumentationslinien

³¹ BGH, Urteil vom 14.6.1972 (Betriebs-Berater 1972, p. 937), vom 31.1.1973 (Betriebs-Berater 1973, p. 637 s.) und vom 16./17.9.1974 (NJW 1974, p. 2089 ss.) In gleiche Richtungweisend sodann BGHZ 83, 313 bezüglich einen übermäßig bindenden "Tankstellen-Stationärvertrag".

zu verzeichnen: Einmal wird auch in Deutschland mit dem *fiktiven Parteiwillen* operiert, d. h. gesagt, maßgebend sei jene (in ihrem Maß noch gültige) Bindung, welche die Parteien in Kenntnis der Ungültigkeit der von ihnen tatsächlich stipulierten Bindung gewollt hätten.³² – Eine andere Argumentation, die in Deutschland deutlich überwiegt und die im übrigen auch in der Schweiz ihre Parallele hat³³, geht über die Teilnichtigkeit, die in BGB § 139 ihre gesetzliche Verankerung hat³⁴; die Begründung lautet dahin, daß man die das zulässige Maß übersteigende Bindung als den nichtigen Teil des Geschäfts, den Rest als dessen gültigen Teil betrachtet.

Auch wenn man die guten Absichten, die hinter diesen beiden Argumentationsweisen stehen, voll anerkennt und die mit ihnen erreichten sachlichen Ergebnisse begrüßt, kann man weder der einen noch der anderen Überzeugungskraft zubilligen. Die Haltlosigkeit der Fiktion, die Parteien hätten, in Kenntnis der Ungültigkeit des geschlossenen Geschäfts, ein solches in erlaubtem reduziertem Umfang bzw. ein solches mit einer Auflösungsmöglichkeit geschlossen, wurde bereits im Zusammenhang des Locher v. Sicar-Entscheides dargetan; es bleibt lediglich festzustellen, daß auch in Deutschland Stimmen bestehen, welche diese Einsicht zeigen.³⁵ – Das Argument der *Teilnichtigkeit* (BGB § 139, OR Art. 20/II), auch dieses gut gemeint, erweist sich, bei Lichte betrachtet, als *Taschenspieler-Kunststück*. Mit den die Teilnichtigkeit zulassenden Bestimmungen (BGB § 139, OR Art. 20/II) wollte der Gesetzgeber ganz andere Sachverhalte erfassen: Wenn im gleichen Vertrag ein Bahnwagen mit Tomaten, aber gleichzeitig etwas Unzulässiges – Pornographie, Drogen, Mädchen – verkauft wird, soll der Tomatenkauf nicht durch den anderen, nichtigen Teil in Frage gestellt werden; *utile per inutile non vitiatur*. Die Aufteilung

³² Auf dieser Linie besonders deutlich BGH-Urteil vom 31.1.1973, Betriebs-Berater 1973, p. 638, BGH-Urteil vom 16./17.9.1974, NJW 1974, p. 2090; aus der Literatur W. F. LINDACHER, Archiv für civilistische Praxis 173 (1973), p. 132. – Für die Schweiz: R. HÜRLIMANN, Teilnichtigkeit von Schuldverträgen nach Art. 20 Abs. 2 OR, Diss. Freiburg 1984, p. 78 ss.

³³ Vgl. etwa OSER/SCHÖNENBERGER, Zürcher Kommentar, Bd. V (1929) N. 62 s. zu Art. 20 OR, und PETER in v. TUHR/PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I (Zürich 1979) § 31, p. 261 s; aus der Rechtsprechung etwa BGE 80 (1954) II p. 333 ss.

³⁴ In der Schweiz OR 20, Abs. II, erst in der Revision von 1911 unter dem Vorbild von BGB § 139 eingeführt.

³⁵ Vgl. das hervorragend begründete, wenn auch zu einem unbefriedigenden Ergebnis gelangende Urteil des OLG Celle vom 18.12.1958, in NJW 1959, p. 1971-1973; es wird zwar, unter dem Gesichtspunkt von § 139, nach einem mutmaßlichen Parteiwillen gefragt, jedoch eine gegen den tatsächlichen Willen der Parteien lautende Fingierung eines Parteiwillens nach dem Stil des Locher v. Sicar-Entscheides abgelehnt und im übrigen die Grenzen richterlicher Rechtsgestaltung klargestellt.

einer infolge ihrer Extension oder Quantität sittenwidrigen Verpflichtung in einen zulässigen und einen unzulässigen Abschnitt ist dieser Tradition und dem Willen des Gesetzgebers gänzlich fremd.³⁶

Mit durchaus zutreffender Begründung wird daher immer wieder gegen diese auf § 139 BGB sich stützende Betrachtungsweise Stellung bezogen, so etwa noch im Jahre 1911 durch das Reichsgericht selber³⁷; auch in der *neueren Judikatur*, insbesondere auch der unteren Instanzen, finden sich ablehnende Stellungnahmen.³⁸ Die *Literatur* ist geteilt; bis in die heutigen Tage hinein finden sich neben "fortschrittlichen Auffassungen" immer noch Stimmen, die sich gegen eine richterliche Herabsetzung von in ihrem Übermaß unzulässigen Bindungen bzw. gegen die Aufrechterhaltung von Verträgen in reduziertem Bindungsumfang aussprechen, d. h. Kern v. Wild bzw. RGZ 31, 97 weiterhin für richtig halten.³⁹

Wenn vor allem in jüngeren Entscheidungen beide Begründungen (Teilnichtigkeit, fiktiver Parteiwille) verbunden, gewissermaßen zu einem Mix verarbeitet werden, vermag dies keine Sanierung der Verhältnisse zu bringen⁴⁰; die Überzeugungskraft, die jedem einzelnen der Argumente m. E. fehlt, kann auch nicht durch deren Kombination hergestellt werden.

³⁶ Die Unabhängigkeit des Arguments wird besonders deutlich, wenn man es auf einen *Kaufpreis* anwendet, wie dies in der Schweiz zu Zeiten des Kriegsnotrechts etwa im Zusammenhang von Höchstpreisvorschriften geschehen ist; ein vielleicht auch hier richtiges Resultat darf jedenfalls nicht damit begründet werden, lediglich der die zulässige Limite übersteigende Teil des Preises sei widerrechtlich, nicht jedoch die sonstige Preisvereinbarung. Auch wenn nicht zu verkennen ist, daß die Analogie zum hier behandelten Übermaß der Bindung nicht in allen Teilen spielt, da eine Preisreduktion eine völlig neue Preisrelation schafft und damit jedenfalls im Widerspruch zum Parteiwillen steht, während auch ein reduziertes Konkurrenzverbot, eine herabgesetzte Lieferverpflichtung immer noch einen den Parteiintentionen entsprechenden Sinn haben kann, bleibt es dabei, daß die Vertragsklauseln vom hier besprochenen Typus i. S. des Gesetzes einheitliche, nicht teilbare Elemente des Geschäfts sind.

³⁷ RGZ 76, p. 78 ss.

³⁸ Vgl. das bereits genannte Urteil des OLG Celle vom 18.12.1958, in NJW 1959, p. 1971 ss.

³⁹ So vertritt etwa DILCHER in Staudinger, Komm. BGB zu § 138 (in Übereinstimmung mit COING in der Voraufgabe), den Standpunkt, daß grundsätzlich "den Gerichten die Vertragsumgestaltung i. S. kürzerer Laufzeiten" nicht zustehe (auch wenn diese Autoren auf der Ebene der Teilnichtigkeit, § 139, vielleicht eher konzessionsbereit wären). SANDROCK wiederum spricht sich gegen die Anwendbarkeit von § 139 BGB aus, falls der übermäßig bindende Vertrag gleichsam ein Diktat der wirtschaftlich stärkeren Partei darstellt (a.a.O. p. 516 ss.). Kritisch zur Teilnichtigkeit sittenwidriger Rechtsgeschäfte äußert sich auch KRAMPE, Die Konversion des Rechtsgeschäfts, Frankfurt 1980, p. 244 s. Am konsequentesten den traditionellen Standpunkt vertritt ZIMMERMANN, Richterliches Moderationsrecht oder Totalnichtigkeit? Diss. Berlin, 1979, insbes. p. 60 ss.

⁴⁰ Vgl. statt vieler BGH in Betriebs-Berater 1973, p. 637/8: "Es ist ... unter Heranziehung des § 139 BGB zu prüfen, welche Laufzeit unter Abwägung der beiderseits zu erbringenden und bereits erbrachten Leistungen ... noch als angemessen angesehen werden kann, und ob die Aufrechterhaltung des Vertrages mit diesem Inhalt dem tatsächlichen oder vermuteten Willen beider Vertragsteile entsprechen würde. Ist letzteres der Fall, so bestehen gegen eine Fortdauer des Vertrages mit angemessener Laufzeit keine Bedenken ...".

V. Rückbesinnung

Betrachtet man die hier skizzierten Sachprobleme und die Geschichte deren wissenschaftlichen und judiziellen Behandlung, sind zwei Feststellungen unausweichlich. Erstens: Wenigstens in Deutschland schließen Rechtstradition und die sie verkörpernde Gesetzgebung, wenn man mit ihr Ernst machen will, eine Reduktion übermäßiger Bindungen bzw. die Aufrechterhaltung infolge Übermaßes unzulässiger Bindungen in reduziertem Umfang aus. Zweitens: Die Auffassung der Nichtigkeit übermäßig freiheitsbeschränkender Verträge ist sachlich gänzlich unangemessen. Es haben beide Parteien recht, jene, die sich für, wie jene, die sich gegen eine Herabsetzungsmöglichkeit im hier besprochenen Sinn aussprechen: Die eine kann Traditions- und Gesetzestreue für sich in Anspruch nehmen, die andere sachliche Richtigkeit. Beide Dingen stehen leider in unvereinbarem Widerspruch; es wäre wohl heute an der Zeit, sich zum offenen Eingeständnis durchzuringen, daß die traditionelle gesetzliche Konzeption eine sachgemäße Lösung ausschließt. Nicht, daß der Gesetzgeber von böser Absicht geleitet gewesen wäre: Eine sachgerechte Lösung zu geben ist ausgeschlossen, wenn man am überlieferten Vertragsverständnis mit seinem als kontradiktorisch gesehenen Gegensatz zwischen Gültigkeit und Nichtigkeit glaubt festhalten zu müssen.

Ist Schutzgut die Freiheit jedes der beiden Vertragspartner, dann kann dieser Schutz nicht nach objektiven Kriterien und aus der Situation des Zeitpunktes des Vertragsschlusses heraus verwirklicht werden, sondern nur unter Bezugnahme auf die jeweilige Willensentscheidung des zu Schützenden im Zeitpunkt der Aktualisierung dieses Schutzes: Schutz der Freiheit ist Gewährleistung der Möglichkeit des Betroffenen, sich entsprechend dem jeweiligen Willen, sagen wir ruhig auch: entsprechend der momentanen Laune, sich verhalten zu können, ohne einem äußeren Zwang unterworfen zu werden. Diese Bezugnahme auf den jeweiligen Willen des Betroffenen, das, was man "Subjektivierung" nennen könnte, läßt sich mit den objektivierenden Mechanismen des traditionellen normativen Vertragsverständnisses, d. h. den Kategorien Gültigkeit – Nichtigkeit eines Vertrages, als Ganzes oder auch bezogen auf daraus herausgeschnittene Teile, nicht erreichen, sondern nur durch aktionenrechtliche Behelfe, d. h. dadurch, daß dem zu Schützenden eine *Einrede* gegenüber den aus

dem übermäßig bindenden (aber deshalb allein noch nicht ungültigen) Vertrag abgeleiteten Ansprüchen zuerkannt wird.

Mit Verlagerung des Richterermessens weg von der Frage der Vertragsgültigkeit hin zur Frage, ob dem in seiner Freiheit Beeinträchtigten eine *exceptio* zu gewähren sei, werden nicht bloß die beiden nicht überzeugenden, als intellektuell unredlich erscheinenden Argumente des fingierten Parteiwillens oder der Teilnichtigkeit i. S. von BGB § 139 bzw. OR Art. 20/II entbehrlich, sondern es werden auch zwei sachlich inakzeptable Konsequenzen, die auch mit diesen beiden Notbehelfen nicht ausgeräumt sind, eliminiert: Es ist zum vornherein nicht möglich, daß der *Gegner*, dem aus irgendeinem Grund die langdauernde Bindung nicht mehr paßt (weil er z. B. die Konkurrenzverbotsentschädigung sparen möchte) sich auf die Übermäßigkeit der von seinem Partner auf sich genommenen Freiheitsbeschränkung zu seiner eigenen Befreiung beruft, und es wird ermöglicht, daß auf die *Umstände*, wie sie im *Zeitpunkt der Auseinandersetzung* der Parteien bestehen, Bezug genommen wird, denn die *exceptio* wäre selbstverständlich aus der Lage beim Prozeß auf ihre Begründetheit zu beurteilen⁴¹, während die hier abgelehnten Argumente des fingierten Parteiwillens oder der Teilnichtigkeit, wenigstens wenn man mit ihnen Ernst machen will, eine Beurteilung aufgrund der Gegebenheiten bei Vertragsschluß verlangen.

Unter den mir bekannten Autoren hat einzig v. TUHR es grundsätzlich abgelehnt, die hier besprochenen Sachverhalte übermäßiger Freiheitsbeschränkung überhaupt als Problem der Sittenwidrigkeit zu behandeln und unter die Tatbestände von BGB §§ 138 und 139 zu subsumieren. Er beschränkt letztere auf die Fälle anstößigen Vertragsinhalts, während die hier betrachteten Fälle "sittenwidrige Bindungen", von ihm ebenfalls als eine gesonderte Tatbestandsgruppe ausgeschieden, nicht nach § 138, sondern aufgrund eines ungeschriebenen allgemeinen Rechtsgrundsatzes für unzulässig erklärt werden.⁴² Das nimmt die hier vertretene Auffassung teilweise vorweg, wobei allerdings das Hauptanliegen, die Optik der Vertrags(un)gültigkeit durch eine "Einreden-Optik" zu ersetzen, sich bei ihm nicht findet.⁴³

⁴¹ Nicht anders als die damit wieder auflebende sog. *exceptio doli praesentis*, mit welcher das Verteidigungsargument zur Geltung gebracht wird, die Erhebung der Klage (bzw. die Geltendmachung der ihr zugrunde liegenden Ansprüche, um eine "normative" Formel zu gebrauchen) sei treu- oder sittenwidrig.

⁴² v. TUHR, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. II/2 (1918) § 70/II/3 p. 36 ss.; DERS., Allgemeiner Teil des Schweiz. OR, Tübingen 1924/25, Bd. I § 31/V/2, 3 bei Anm. 55 a bis 65.

⁴³ Eine abschließende Behandlung der sich stellenden Probleme ist in diesem Rahmen nicht möglich, so daß sie künftiger wissenschaftlicher Diskussion überlassen lassen werden muß. Diese wird eine verfeinerte Typologie der vorkommenden Tatbestandsgruppen zu geben haben, um daran anschließend generelle Richtlinien der bewertenden Beurteilung erarbeiten zu können. Dabei wird das Verhältnis zwischen teilweise entfallender Leistung und deren *Gegenleistung* Überlegungen veranlassen, ebenso das je nach den Umständen aufzustellende Erfordernis *vorgängiger Notifikation* seitens des Vertragspartners, der sich aus seiner Bindung befreien will. Man mag, wie dies bisher gelegentlich geschieht, von "Kündigung" (und "Kündigungsfristen") sprechen, was die praktischen Resultate einigermaßen zutreffend beschreibt, allerdings gedanklich nicht ganz scharf ist, da mit der Kündigungsmöglichkeit traditionellerweise ein im Vertrag oder in einer gesetzlichen Sondervorschrift eine Grundlage besitzendes Gestaltungsrecht bezeichnet wird, während die hier dem übermäßig

D. "Hinkende Verträge"

Als "hinkend" werden hier Verträge bezeichnet, die aufgrund traditioneller normativer Prinzipien als ungültig, nichtig, zu gelten hätten, die jedoch, unter sachlichen Gesichtspunkten, wenn auch nicht schlechthin, so doch in bezug auf bestimmte Streitlagen, nicht als unwirksam betrachtet werden dürfen.

I. Verträge Geschäfts-Unfähiger

Dem deutschen wie dem österreichischen oder schweizerischen Recht ist gemeinsam, daß von einem Geschäftsunfähigen vorgenommene Rechtsgeschäfte (und insbesondere von diesem geschlossene Verträge) nichtig sind; dabei mag der Handelnde im Zeitpunkt der Handlung entweder voll geschäftsunfähig gewesen sein (Fall von BGB § 104, ABGB § 865, der "Urteilsunfähige" i. S. von ZGB 12 ff.) oder aber, als Minderjähriger, "beschränkt Handlungs(un)fähiger", (BGB §§ 106, 107, ABGB 865, ZGB Art. 19) ohne Zustimmung bzw. Genehmigung des gesetzlichen Vertreters gehandelt haben.⁴⁴ Rechtspolitisch ebenfalls bedenkliche Konsequenzen, wie das völlige Außerachtlassen des Schutzes des guten Glaubens im Verkehr oder der Umstand, daß grundsätzlich selbst für notwendige und nützliche Aufwendungen des Geschäftsunfähigen (Verträge über "necessaries", wie der Engländer sagt) eine vertragliche Gegenleistung nicht gefordert werden kann, sollen außer Betracht bleiben; uns beschäftigt allein der Umstand, daß nicht bloß der Geschäftsunfähige selber (bzw. sein Vertreter) sich auf das Fehlen der Geschäftsunfähigkeit berufen kann, sondern auch der (als voll geschäftsfähig vorausgesetzte) Vertragspartner.

Gebundenen gebotene Möglichkeit der Befreiung auf gesetzlicher Generalklausel – BGB § 138, ZGB Art. 27 – beruht.

⁴⁴ Vgl. dazu BUCHER, Komm. zum ZGB, Art. 11-26 (Bern 1976), bes. "Rechtsvergleichende Hinweise", Vorbem. vor Art. 12-19, N. 52-76.

Die Anwendung einer Schutznorm (und als solche müssen die Handlungsfähigkeits-Regeln durchwegs gelten) gegen den zu Schützenden kann in der Tat als "absurd" bezeichnet werden.⁴⁵ – Die praktische Bedeutung dieser gesetzgeberisch angeordneten Absurdität hält sich allerdings in engen Schranken: Falls überhaupt Fälle mit entsprechender Interessenlage – der Geschäftsunfähige will am Geschäft festhalten, nicht jedoch dessen Vertragsgegner – denkbar sind, wird man auf dem Umweg über BGB § 242 bzw. ZGB Art. 2, Abhilfe schaffen. Erwähnt wird das Beispiel deshalb, weil es so offenkundig wie kein anderes die von einem "normativen Vertragsverständnis" ausgehenden Zwänge offenbart, die alle sachbezogenen Erwägungen zur Seite drängen: Weil nur die Alternative "Geltung" – "Nichtgeltung" des Vertrages zur Verfügung steht, kann nicht die sachlich gebotene, in anderen Rechtsordnungen mit Selbstverständlichkeit verwirklichte "aktionenrechtliche" Lösung der "Vertragsgeltung unter Einrede vorbehalt" (Einrede des zu schützenden Geschäftsunfähigen)⁴⁶ statuiert werden.⁴⁷

Das nur als zwanghaft zu bezeichnende Verpflichtetsein auf das "normative Vertragsmodell" schlägt selbst dann noch durch, wenn der Gesetzgeber, zur Vermeidung der allergrößten Ungereimtheiten, die Auswirkungen insofern abschwächt, als er Geschäfte, die für den nicht voll Geschäftsfähigen ausschließlich *vorteilhaft* sind, auch ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters wirksam werden läßt (BGB § 107, ZGB Art. 19/II,

⁴⁵ So HANS DÖLLE in seinem Aufsatz "Absurdes Recht" in Festschrift für H. C. Nipperdey, 1965, Bd. I p. 23-36. Dessen Kritik richtet sich allerdings weniger gegen das hier herausgestellte Prinzip, daß Berufung auf die Geschäftsunfähigkeit des Vertragsgegners zulässig ist, als vielmehr gegen Auswirkungen der Nichtigkeit im allgemeinen.

⁴⁶ *Franz.* CC art. 1125/II hat von Anfang an die Frage auf eine aktionenrechtliche Ebene gestellt, indem gesagt wird: "Les personnes capables de s'engager ne peuvent opposer l'incapacité du mineur, de l'interdit ou de la femme mariée, avec qui elles ont contracté." (heute gem. Fassung 1968 vereinfachter Text: "... incapacité de ceux avec qui elles ont contracté"). Art. 489 in der Fassung von 1968 schränkt seinerseits die "action en nullité" auf den Geschäftsunfähigen bzw. dessen Vertreter ein. – Im *römischen Recht* stellt mangelnde Handlungsfähigkeit bloß Einredetatbestand dar; vgl. auch die *lex Plaetoria*, die um 200 v. Chr. eine "poenale *actio popularis* gegen denjenigen gewährt, der eine Person unter 25 Jahren übervorteilt hat." (Vgl. KASER, Das röm. Privatrecht, 1. Abschnitt, München 1971, p. 276/7); Geschäftsgültigkeit wird damit dem Grundsatz nach vorausgesetzt, nur sekundär, zum Schutz des Handlungsunfähigen, stehen aktionenrechtliche Behelfe zur Verfügung.

⁴⁷ Die fragliche Lösung ist wohl allein durch die mit dem normativen Vertragsverständnis geistesgeschichtlich verwandte naturrechtliche Überlegung veranlaßt, daß privatautonome, gesetzgebungsähnliche Rechtsgestaltung durch Verträge nur von voll verantwortlichen, "urteilsfähigen" Personen gültig vorgenommen werden kann, umgekehrt Geschäfte nicht Verantwortlicher von Naturrechts wegen keinerlei rechtliche Beachtung finden dürften.

ABGB § 865). Einmal ist, von der Sache her, eine Rechtfertigung der Restriktion dieser Ausnahmeregelung auf Geschäfte beschränkt Geschäftsfähiger (unmündiger Urteilsfähiger) nicht zu ersehen.⁴⁸ Vor allem aber ist selbst die Einschränkung des normativen Prinzips noch einmal dessen Bestätigung, indem aus objektiven Kriterien, hier dem Inhalt des Vertrags (die Unentgeltlichkeit für den zu Schützenden) die Entscheidung über Gültigkeit oder Ungültigkeit abgeleitet wird, statt daß man die Entscheidung, ob am Vertrag festzuhalten sei oder nicht, wie es allein sachgerecht wäre, in die Entscheidung des zu Schützenden (dessen selber, z. B. nach Erlangung der Geschäftsfähigkeit, oder dessen gesetzlichen Vertreters) stellt; die unterschiedliche Behandlung eines zwar höchst vorteilhaften, jedoch nicht unentgeltlichen Vertrages (der für den Handlungsunfähigen nach geltendem Recht nicht zu retten ist) und der gültigen, gänzlich unentgeltlichen Geschäfte ist von der Sache her nicht zu rechtfertigen, jedoch zwangsläufige Folge konsequenten normativen Denkens.⁴⁹

Auf der *Ebene des Beweisrechts* allerdings können sich auch die Rechtsordnungen des deutschen Sprachbereichs nicht der Einsicht verschließen, daß maßgeblicher Orientierungspunkt nicht die als positive Gültigkeitsvoraussetzung verstandene Geschäftsfähigkeit sein kann, vielmehr nur negativ die als Einredetatbestand wirkende Geschäftsunfähigkeit: Bei streitiger Geschäftsfähigkeit kann die Beweislast nicht denjenigen Partner treffen, der die Gültigkeit eines Geschäfts behauptet, sondern nur denjenigen, der dessen Ungültigkeit geltend macht. Gegenstand des Beweises ist damit nicht die Geschäftsfähigkeit, sondern vielmehr jene Fakten, die deren Fehlen ausmachen. Damit wird wenigstens beweismäßig die Geschäftsfähigkeit vom Thron des Gültigkeitserfordernisses bzw. des Klagefundamentes heruntergeholt und dessen Gegenteil, die *Geschäftsunfähigkeit*, zum maßgeblichen Gesichtspunkt gemacht und als *Einredetatbestand* installiert.⁵⁰

⁴⁸ Dies ist der Kern der von DÖLLE a.a.O. geäußerten Kritik.

⁴⁹ Das österreichische ABGB, § 865, verwendet eine mehrdeutige Formel ("... können zwar ein bloß zu ihrem Vorteil gemachtes Versprechen annehmen ..."), was die Lesart zulassen würde, daß nicht auf die Unentgeltlichkeit, sondern die sachliche Erwünschtheit und Nützlichkeit des Geschäfts abzustellen sei; diese Interpretation wird jedoch, der hier beschriebenen "normativen" Tradition folgend und wohl auch infolge des Einflusses der Doktrin des BGB, nicht aufgenommen. Vgl. dazu RUMMEL, in Rummel, Komm. zum ABGB I, Wien 1983, § 865 N. 4.

⁵⁰ Die Konzeption, wonach die Geschäftsfähigkeit positive Voraussetzung ist, kann auch auf der Ebene des materiellen Rechts insofern nicht konsequent durchgehalten werden, als bei den beschränkt Geschäftsfähigen, den urteilsfähigen Minderjährigen, eine Herstellung der Gültigkeit kraft *Einwilligung* oder *Genehmigung* seitens des gesetzlichen Vertreters zugelassen wird (BGB §§ 107 ss., ZGB Art. 19/I). Vor allem die (sachlogisch notwendige) Zulassung der nachträglichen Genehmigung (BGB §§ 108 ss., im ZGB nicht explizit zugelassen, aber fester Rechtstradition entsprechend) ist an sich mit einem konsequent durchgehaltenen Modell der Vertragsgeltung nicht zu vereinbaren; die *Genehmigung* stellt sich genau besehen dar als die *Erklärung des Verzichts auf die Erhebung der Einrede mangelnder Geschäftsfähigkeit*. Vgl. dazu auch im folgenden E/II/1.

II. Formmängel

Erheblich größere praktische Bedeutung haben jene Fälle, in denen die Parteien zwar einen Vertragskonsens gebildet haben und sich auch vertraglich binden wollten, ohne indessen die für den Typus des in Frage stehenden Geschäfts statuierten Formerfordernisse beachtet zu haben. Nichtigkeit des Vertrages ist die zwangsläufige Folge, wie in OR Art. 11 Abs. II und BGB § 125 ausdrücklich festgehalten wird. Diese Nichtigkeitsfolge kann dann als unangemessen erscheinen, wenn der Vertrag bereits erfüllt worden ist (im Folgenden Ziff. 1), weiterhin auch dann, wenn die Formmängel ihrer Natur nach sich nur zugunsten der einen und zulasten der anderen Partei auswirken (Ziff. 2) oder bloß einen Teil des Vertrages betreffen (Ziff. 3).

1. Trotz ihres Formmangels erfüllte Verträge (Ausschluß der Rückforderung)

Im Hinblick auf die *bereits erfüllten Verträge* statuiert das BGB etliche Ausnahmen, deren wichtigste § 313 Satz 2 darstellt, wonach die Auflassung eines nicht formgerecht geschlossenen Kaufs oder einer Schenkung über Grundstücke den betreffenden Vertrag "seinem ganzen Inhalte nach gültig" macht. Diese Norm ist notwendig und segensreich⁵¹; sie macht Fehler, die dem "normativen Vertragsverständnis" immanent sind, so weit als möglich wieder gut, ist mit diesem aber im Grunde, wie hier festzuhalten ist, inkompatibel. Von "Heilung" zu sprechen ist bildhafte Metapher des Vorgangs, der zwar praktisch notwendig und gesetzgeberisch angeordnet ist, aber letztlich systemwidrig bleibt.⁵² Lohnend scheint hier eine Rückbesinnung auf die *romanistische Tradition*, die überhaupt nicht einen Allgemeinbegriff "Vertrag" kennt, sondern, je nachdem, was überhaupt prozessual auf dem Spiel steht, entweder einen *contractus* mit

⁵¹ Eine Entsprechung fehlt leider im schweizerischen OR.

⁵² Eine "*dogmatische Erfassung*" des Vorgangs, nach der einige Autoren fragen, ist bisher nicht geleistet worden und kann nicht geleistet werden, wenn darunter eine widerspruchsfreie Erklärung aus den Grundkonzeptionen des traditionellen Vertrags(geltungs)verständnisses verstanden wird. Vgl. dazu HEFERMEHL in Soergel, Komm. BGB Bd. I (11. Aufl. 1978) § 125 N. 15/16 und dort zit.

allen seinen tatbeständlichen Voraussetzungen verlangt (wenn nämlich auf Leistung geklagt wird), oder aber auch ein an weniger Voraussetzungen geknüpftes *pactum* genügen läßt (wenn nämlich lediglich, auf *exceptio* hin, die Rückforderung der bereits erbrachten Leistung abgeschnitten werden soll); andere Figuren, wie der Begriff der *naturalis obligatio* dienen ebenfalls dazu, angepaßte und nuancierte Lösungen zu gewährleisten. Würden wir heute mit den gleichen Kategorien rechnen, müßte der formgültig geschlossene Grundstückskauf als klagbarer Kontrakt, das formmängelbehaftete (aber immerhin vom Konsens der Parteien getragene) Geschäft als Pakt bezeichnet werden, der dann, wenn er bereits erfüllt ist, das Recht des Behaltens begründet. Es darf offen ausgesprochen werden, daß das von uns übernommene, die romanistische Tradition verlassende, auf vernunftrechtlichen Gedankengängen beruhende "normative" Vertragsmodell in den hier betrachteten Zusammenhängen als übersimplifiziert und primitiv erscheint.

Auf diese Zusammenhänge wird hingewiesen in der Meinung, daß deren Beachtung zum vernünftigen Handhaben der gegenwärtigen Lage dienlich sei. BGB § 313 und weitere entsprechende Regeln sollten dahin verstanden werden, daß sie nichts weiter beabsichtigen als eine Statuierung der genannten romanistischen Resultate unter veränderten dogmatischen Rahmenbedingungen. Die gleichen Prinzipien (formnichtiges Geschäft als Titel des Behaltens, nicht des Forderns) sollten m. E. auch bei der Handhabung des Gebots von *Treu und Glauben* (BGB § 242, ZGB Art. 2), das vorab im Zusammenhang der formnichtigen Liegenschaftenkäufe eine bedeutende Rolle spielt, beachtet werden. Während in der Schweiz bei Fehlen eines formgültigen Kaufs Leistungsklagen konsequent abgewiesen werden, wird in Deutschland in erheblichem Umfang (die sog. Hofübergabe-Fälle) aus § 242 eine Offensivwirkung abgeleitet, d. h. eine Leistungsklage zugelassen. Dies ist m. E. soweit gerechtfertigt, als wenigstens teilweise Erfüllung vorliegt, d. h. faktische Übergabe erfolgt ist und nur die grundbuchliche Übertragung noch aussteht; hier kann man mit vertretbaren Gründen den Besitzverhältnissen mehr Gewicht geben als dem Grundbucheintrag und daher die Herbeiführung der Grundbucheintragung als eine Defensiv-Maßnahme, einen Vorgang des Behaltens, auffassen.⁵³ Für eine gefährliche Entwicklung halte ich es indessen, wenn

⁵³ Dies vorab in der Schweiz, wo eine BGB § 313 Satz 2 entsprechende Regel fehlt und das gleiche Resultat nur über ZGB Art. 2 erreicht werden kann. Das Bundesgericht hat im Ergebnis bei vollzogener Leistung regelmäßig Rückforderung abgewiesen, jedoch nicht den Mut gehabt, von einer "Heilung kraft Erfüllung" zu sprechen. Vgl. dazu BUCHER, Der Rechtsmißbrauch bei Formvorschriften, in Schweiz. Zeitschr. für Beurkundungs- und Grundbuchrecht, 1975, p. 65 ss.

§ 242 zur Basis eines Leistungsanspruchs wird, wie dies im BGH-Entscheid vom 27.10.1967 (BGHZ 48, 396) geschieht.⁵⁴

Es kann sich hier nicht darum handeln, die Problematik von § 242 im Zusammenhang der formnichtigen Geschäfte von Grund auf zu erörtern; es geht hier lediglich um die Feststellung, daß in diesem ganzen Problemkreis die vermehrte Berücksichtigung bewährter aktionen- bzw. exceptionenrechtlicher Traditionen hilfreich sein könnte.^{55, 56}

2. Formvorschriften bei Schiedsklauseln

Ist der von der gesetzlichen Formvorschrift verfolgte Schutzzweck eindeutig der einen Partei zugeordnet (jener, welche das Formrequisit erfüllen soll), dann erscheint es als sinnwidrig, die Sanktion des Formmangels auch zuungunsten der zu schützenden Partei eintreten zu lassen, wie dies dem Nichtigkeitsmodell an sich entspricht. Das sei im Folgenden am Beispiel der *Gültigkeit von Schiedsabreden* dargelegt; das Gesagte muß sinngemäß auch für Gerichtsstandsvereinbarungen gelten.⁵⁷ Es finden sich indessen wohl Anwendungsfälle für die hier anzustellenden Überlegungen noch in anderen, derzeit nicht vorausgesehenen Zusammenhängen.^{57a}

⁵⁴ Leading case für die moderne Praxis des sog. "formlosen Hofüberlassungsvertrages" ist BGHZ 12, 286; vgl. weiterhin BGHZ 23, 249, BGHZ 47, 184, weiterhin BGH vom 21.4.1972, NJW 1972, 1189.

⁵⁵ BGHZ 48, 396 (= NJW 1968, p. 39 ss. mit kritischer Anmerkung von REINICKE). Wie auch dieser Autor feststellt, hat das Reichsgericht im Jahr 1927 den genau gleichgelagerten Fall, mit besseren Gründen, im umgekehrten Sinn entschieden: RGZ 117, 121.

⁵⁶ Vgl. aus der Literatur neben den bereits genannten noch etwa D. REINICKE, Rechtsfolgen formwidrig abgeschlossener Verträge, 1969; H. LANGE, Die Eindämmung von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit, I. Heilung durch Vollzug, in AcP 144, p. 149-164.

⁵⁷ Derartige prozessuale Klauseln unterscheiden sich von schuldrechtlichen Vereinbarungen dadurch, daß sie von der Sache her *einseitige Wirksamkeit* in dem Sinne zulassen, daß sich zwar der eine, nicht aber der andere Partner auf sie berufen kann, eine Lösung, die sich mit unserem überlieferten Konzept der "Geltung" nicht erfassen läßt.

^{57a} Beim Korrekturlesen bin ich auf ein früher bei anderer Gelegenheit abgehandeltes Beispiel gestoßen: Der Formmangel-behaftete Vorvertrag zum Abschluß eines formbedürftigen Vertrages (z. B. einer Bürgschaft). Dieser soll zwar nicht gegen den durch die Formvorschrift geschützten Partner, hier den präsumtiven Bürgen, verwendet werden können, um diesen zum Abschluß des Hauptvertrages zu zwingen oder Schadenersatz wegen Nicht-Abschlusses zu fordern. Ist die Bürgschaft jedoch (freiwillig) eingegangen worden, so besteht kein Anlaß, mit Berufung auf die Ungültigkeit des zur Verbürgung verpflichtenden Vorvertrages den *Vertragspartner* des Vorvertrags (z. B. den an der Bürgschaft interessierten Schuldner) davon befreit zu halten, die für die Eingebung der Bürgschaft versprochene Gegenleistung zu bezahlen: Die Berufung auf den Formmangel steht nur der durch das Formrequisit zu schützenden Partei, hier dem Bürgen, offen. Vgl. BUCHER, zit. unten Anm. 65 in fine, p. 174.

Mit Bezug auf die Geltung von Schiedsklauseln ist im internationalen Verhältnis heute fast weltweit die *"New York Convention 1958"*, das New Yorker Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10.6.1958 maßgebend⁵⁸, ein für die rechtliche Absicherung und Justiziabilität der internationalen Transaktionen fundamentaler Erlaß. Art. II schreibt in Abs. 1 vor: "Each Contracting State shall recognize an agreement in writing ...", um dann in Abs. 2 zu präzisieren, daß darunter auch ein "arbitration agreement, signed by the parties or contained in an exchange of letters or telegrams" zu verstehen, d. h. eine durch Austausch von Briefen oder Telegrammen (lies Telex-Schreiben) geschlossene Klausel anzuerkennen sei. Man stelle sich nun einen banalen Sachverhalt vor: Eine große grenzüberschreitende Transaktion wird von den Parteien am Telefon abgeschlossen; der eine Partner (wir wollen annehmen, es sei der überseeische Besteller) bestätigt per Telex seinem Lieferanten in München, Wien oder Zürich den Vertragsschluß, ebenso die dabei getroffene Schiedsabrede (z. B. "Dreierschiedsgericht der Internationalen Handelskammer mit Sitz in Bern"). Ist die so geschlossene Schiedsabrede gültig oder nicht? Jedermann wird dahingehend einig sein, daß der hiesige Lieferant, der nur telefonisch verhandelt, selber aber die Schiedsklausel nie schriftlich bestätigt hat, unter den Konventionsregeln auch nicht an sie gebunden ist; in der Vollstreckung könnte er die Ungültigkeit der Schiedsklausel einwenden. Wie aber im umgekehrten Fall: Der Lieferant will den Besteller vor dem Schiedsgericht einklagen gemäß der im Telex des Bestellers und Beklagten stipulierten Klausel. Soll der Beklagte die Ungültigkeit der Schiedsabrede einwenden können, weil zwar er selber, nicht aber die Gegenpartei (der heutige Kläger) seinerseits einen Telex gesandt hat? Hier lassen sich alle möglichen Standpunkte vertreten, etwa auch der, daß die späteren schriftlichen Äußerungen des Klägers, spätestens dessen Klageschrift, den Vertragswillen schriftlich fixiere und damit das Formrequisit erfülle (wobei dieses Argument dem Einwand begegnet, daß die schriftliche Gegenäußerung in einem Zeitpunkt, in dem der Vertragspartner nicht mehr zum Kontrahieren bereit ist und auch keine annehmbaren Offerten mehr offen sind, nicht mehr vertragswirksam sein könne). Maßgebende Autoren vertreten den Standpunkt, daß hier schlicht Ungültigkeit der Schiedsklausel

⁵⁸ Für die Bundesrepublik in Kraft getreten 1961; vgl. Bundesgesetzblatt 1961 II 122, hier zit. nach P. SCHLOSSER, Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, Bd. 2, Materialien, Tübingen 1975, p. 8 ss.

angenommen werden müsse⁵⁹, was für den Kläger praktisch definitiven Verlust all seiner Ansprüche bedeuten kann. Es geht hier nicht darum, diese schiedsprozeßrechtliche Frage um ihrer selbst willen ausdiskutieren, als vielmehr festzustellen, daß Schwierigkeiten und Gefahren sachlich unangemessener Resultate allein vom Ausgangspunkt, d. h. der Frage nach der "Gültigkeit" der Schiedsklausel, herkommen, und somit die falsch gestellte Frage die sachlich falsche Antwort vorprogrammiert. Nach der "Gültigkeit" (bzw. "Nichtigkeit") eines Vertrages oder einer Vertragsklausel zu fragen, ist solange gerechtfertigt, als aus sachlogischen Gründen die Antwort für beide Vertragsparteien nur einheitlich lauten kann: Beim Kauf stehen und fallen Käufer- und Verkäuferpflichten gemeinsam. Gleiches gilt für alle ein Leistungsaustauschverhältnis begründenden Verträge und damit für den Regelfall, nicht jedoch hier: Die Unterwerfung unter eine Schiedsklausel ist sachlogisch im Normalfall nicht daran gebunden, daß bereits im Moment des Vertragsschlusses auch die Gegenseite der gleichen Klausel unterworfen wäre, es muß genügen, wenn im Zeitpunkt der Klageeinleitung der belasteten (sich widerstrebenden) Partei deren Erfüllung der Formrequisiten entgegengehalten werden kann.

Wir brauchen den Tatbestand der Vereinbarung einer Schiedsklausel nur um ein Weniges zu variieren, um noch einmal auf anderer Ebene einem Problem gleicher Struktur zu begegnen. Stellen wir uns vor, die Klausel sei nicht in einer grenzüberschreitenden Beziehung, sondern zwischen deutschen Partnern abgeschlossen, was uns zu § 1027 der deutschen ZPO führt. Nach Abs. II dieser Bestimmung wird, liberaler als nach der New Yorker Konvention, von der grundsätzlich auch hier geforderten Schriftform dispensiert "wenn der Schiedsvertrag für beide Teile ein Handelsgeschäft ist und keine der Parteien zu den im § 4 des HGB bezeichneten Gewerbetreibenden gehört." Wenn wir nun voraussetzen, daß nachweislich die Parteien mündlich eine Schiedsklausel geschlossen haben, der eine Partner jedoch ein Minderkaufmann oder Privater ist: Nach der Gültigkeit der Klausel gefragt, müßte die Antwort negativ lauten. Macht es aber einen Sinn, dabei stehen zu bleiben, wenn der Private – zu dessen Schutz Schriftlichkeit gefordert ist – sich mit der Schiedsabrede besser bedient fühlt und sich auf sie berufen will? Auch hier kann die sachgemäße Antwort nur dahin lauten, daß es zwar dem Kaufmann verwehrt wäre, gegen den Willen seines Vertragspartners das Schiedsverfahren zu erzwingen oder die ordentliche Gerichtsbarkeit auszuschließen,

⁵⁹ In diesem Sinne z. B. E. MEZGER, Kernpunkte der französischen Reform des Schiedsgerichtswesens, in RIW/AWD 1980, p. 680.

daß jedoch keinerlei Anlaß besteht, dem Nichtkaufmann die Berufung auf die, vom Standpunkt seines kaufmännischen Partners aus gesehen, gültige Schiedsabrede zu verwehren.⁶⁰

Die Regel von ZPO § 1027/II macht es besonders leicht, zu zeigen, wie verfehlt es ist, die Gültigkeit eines Vertrags bzw. einer Vertragsklausel nach objektiv angewendeten Gültigkeitsvoraussetzungen zu beurteilen und nicht nach dem Vorliegen der von der Person des Belasteten erfüllten Formvoraussetzungen. Stellen wir uns vor, der Kaufmann habe mündlich, der Nichtkaufmann schriftlich die Schiedsklausel akzeptiert. Nach den hier vertretenen Thesen und wohl auch nach allen sachwürdigen Erwägungen muß jede der Parteien vor dem Schiedsgericht klagen können. Wird die Gültigkeit abstrakt, "normativ" beurteilt und ZPO § 1027 wörtlich angewendet, kann jedoch keine der Parteien vor dem Schiedsgericht klagen, ist doch keine gültige Schiedsklausel gegeben: Nicht eine solche gemäß Abs. I in schriftlicher Form, denn es fehlt die schriftliche Erklärung der einen Partei, noch eine solche gemäß Abs. II als mündlich geschlossene, denn dies würde die Kaufmanns-Eigenschaft beider Parteien voraussetzen. Wenn heute die Tendenz besteht, auch hier der Schiedsklausel die Wirksamkeit zu versagen, kann dies nicht mit sachlichen Erwägungen gerechtfertigt, sondern nur mit jenen Denkautomatismen erklärt werden, deren Fragwürdigkeit aufzuzeigen Gegenstand der gegenwärtigen Überlegungen ist.⁶¹

3. Interessenwert-abhängige Formvorschriften

Gelegentlich werden Formvorschriften erst bei Überschreiten einer bestimmten Interessenwert-Schwelle aktualisiert. Das schweizerische Bürgschaftsrecht in der revidierten Fassung der Jahre 1941/42 verlangt für Bürgschaften natürlicher Personen, falls der Bürgschaftsbetrag Fr. 2000.-

⁶⁰ Der gleiche Mechanismus spielt grundsätzlich überall dort, wo das Gesetz im Falle beidseitiger Beteiligung von Kaufleuten von Formvorschriften dispensiert. Soweit ich diese Bestimmungen überblicke (vgl. dazu HOPT, Nichtvertragliche Haftung etc., in AcP 183 (1983), p. 610-720, Hinweise p. 675 oben), fallen praktisch nur die prozeßrechtlichen Bestimmungen bezüglich der Begründung eines besonderen Gerichtsstandes des Erfüllungsortes und der Prorogation, §§ 29 und 38 der deutschen ZPO in Betracht.

⁶¹ In diesem Zusammenhang darf auch daran erinnert werden, daß das *Erfordernis der einfachen Schriftform* wenigstens in der Schweiz dahin verstanden wird, daß nur die durch das Geschäft *belastete Partei* zu unterzeichnen braucht (OR Art. 13/I). – BGB § 126/II (Erfordernis der Urkundeneinheit) stellt sich der hier vertretenen Auffassung in gewissem Sinn in den Weg. Diese Regel, deren Verwurzelung in "normativer Tradition" leicht zu erkennen ist, wird künftig immer mehr als nachteilig empfunden werden. Die Ausgestaltung des Unterzeichnungserfordernisses als Beweis des Erklärungswillens wird im Zeitalter elektronischer Übermittlungen ohnehin des Neuüberdenkens bedürfen.

übersteigt, öffentliche Beurkundung, während in den übrigen Fällen qualifiziert Schriftlichkeit genügt. Setzen wir nun voraus, es sei in dieser Schriftlichkeit eine Bürgschaft über Fr. 5000.- errichtet worden; nachdem diese in geschlossener Form ungültig ist, bleibt die Frage: Ist das Geschäft wenigstens im Umfang von Fr. 2000.- zu retten? Von der Sache her gesehen muß die Frage zweifellos bejaht werden, so auch die Auffassung des Autors, der bisher das Problem beachtet hat.⁶² An den Kategorien "Gültigkeit-Ungültigkeit" des Geschäfts sich orientierend, müßte der Bürgschaft jede Wirkung abgesprochen werden, da der Vertrag, wie von den Parteien geschlossen, zur Beurteilung steht und die für das vorliegende Geschäft geforderte Form nicht beachtet wurde. Nur wenn man im Vertrag die Stellung der Parteien statt normativ aktionenrechtlich betrachtet, gelangt man zu einer sachbezogenen Betrachtungsweise: Die Beachtung der gesetzlich statuierten Form ist nicht mehr Gültigkeitserfordernis, sondern umgekehrt deren Nichtbeachtung ein Einredetatbestand zugunsten der durch die Formvorschrift geschützten Partei (hier des Bürgen); nachdem die Formvorschrift erst beim Bürgschaftsbetrag von Fr. 2000.- einsetzt, steht dem Bürgen auch erst gegenüber der diese Summe übersteigenden Forderung seine Einrede zu Gebote.⁶³

III. Nachträgliche Behebung anfänglicher Unmöglichkeit oder Widerrechtlichkeit

Anfängliche *Unmöglichkeit einer Vertragsleistung* macht den Vertrag nichtig (BGB § 306, OR Art. 20). Ähnlich geht es bei *nachträglichem Unmöglichwerden* mit der betreffenden Pflicht (BGB § 275, OR Art. 119). Was aber, wenn die in einem bestimmten Zeitpunkt als unmöglich beurteilte Leistung nachträglich möglich wird? Oder vielleicht besser das weitere Beispiel: Der Vertragsinhalt ist bei Vertragsschluß widerrechtlich oder wird es nachträglich. Was, wenn durch Rechtsänderung die frühere verbotene Vertragserfüllung erlaubt wird? Eine nach Kategorien der

⁶² A. WACKE, Zwei Probleme aus Formmängeln schweizerischer Bürgschaftserklärungen, in Schweiz. Jur. Zeitung, 1978, p. 18, Ziff. II. – In der Schweiz fehlt eine BGB § 140 entsprechende Norm, die indessen *stricto sensu* das Problem ebenfalls nicht abdeckt.

⁶³ Der gleiche Mechanismus läßt sich beim schweizerischen Bürgschaftsrecht infolge dessen komplizierten und allzu weitgetriebenen Formvorschriften noch in verschiedenen Zusammenhängen durchexerzieren: Ist die für die Solidarbürgschaft geforderte eigenschriftliche Angabe der Solidarität (OR Art. 493/II S. 2) nicht verwirklicht, muß die Bürgschaft als einfache Bürgschaft aufrecht erhalten bleiben usw. Siehe weitere Beispiele bei WACKE, a.a.O.

Gültigkeit des Vertrages bzw. des Bestehens der Pflicht sich orientierende Betrachtung wird eine nachträgliche Sanierung von vornherein nicht in Erwägung ziehen können und damit vielleicht zu schematisch sein, während eine aktionenrechtliche Betrachtung mehr auf Zumutbarkeitsgesichtspunkte (die bei dem einen wie dem anderen Partner bestehen können) abstellt.

E. Weitere vertragsrechtliche Problembereiche

I. Probleme der Konsensbildung bzw. der Bestimmung des Vertragsinhalts

1. Notwendiger Konsensinhalt ("essentialia negotii")

Voraussetzung der Gültigkeit eines Vertrages ist die hinreichende Konkretisierung seines Inhalts. Traditionellerweise wird die Frage genügender inhaltlicher Bestimmtheit eines gegebenen Vertrages "objektiviert" angegangen, d. h. der Vertrag und nur er selber untersucht. Es gibt jedoch Fälle in denen die Entscheidung ohne Blick auf die Streitlage nicht sachgemäß getroffen werden kann. Es kann hier nicht eine umfassende Typologie derartiger Fälle versucht, dagegen der hier visierte Zusammenhang anhand zweier Judikate des schweizerischen Bundesgerichts illustriert werden. Es handelt sich in beiden Fällen um "obiter dicta", die deshalb jedoch nicht weniger deutlich eine doktrinale Fehlorientierung signalisieren. An vergleichbaren Beispielen wird es in der deutschen Judikatur nicht fehlen.

BGE 90 (1964) II 103 (E. 6) betrifft einen Mäklervertrag, welcher Typus, nach dem Vorbild des BGB, in der Revision neu in die Gesetzgebung aufgenommen wurde und wo, ähnlich wie in Deutschland, zwischen "*Nachweismäkelei*" und "*Vermittlungsmäkelei*" unterschieden wird. In casu war streitig, ob der Mäkler seine Provision verdient, die vertraglich vorausgesetzte Mäklertätigkeit geleistet habe. Das Bundesgericht sagt nun sinngemäß, die Vereinbarung der Parteien darüber, ob der Mäkler Nachweis- oder Vermittlertätigkeit zu leisten habe, sei *essentiale-negotii*: "Welche Tätigkeit der Mäkler zu entfalten hat, ... ist ein wesentlicher Punkt. Der Mäklervertrag ist daher gemäß Art. 2 OR (funktional etwa BGB §§ 154 und 155 entsprechend) nur verbindlich, wenn die Parteien über diesen Punkt einig wurden." Das leuchtet auf den ersten Blick ein: Haben sich die Parteien nicht darüber geeinigt, ob der Mäkler neben dem Partner-Nachweis auch "Abschlußhilfe" leisten soll, weiß man nicht, wann der Mäklerlohn verdient ist. Und trotzdem läßt sich die bundesgerichtliche Regel leicht falsifizieren und ad absurdum führen. Wäre sie

richtig, d. h. dürfte mit deren Anwendung Ernst gemacht werden, würde dies folgendes bedeuten: Setzen wir voraus, der Mäkler habe das *maius* geleistet, d. h. nicht bloß den Kontraktpartner nachgewiesen, sondern auch nach allen Regeln Vermittlungstätigkeit geübt, so müßte seine Klage auf Provisionszahlung trotzdem scheitern, wenn über die Frage, was der Mäkler zu tun habe, die Parteien keine Einigung erlangten, weil sie z. B. das Problem gar nicht gesehen, über die Frage nicht gesprochen haben oder aber im Prozeß nicht mehr nachzuweisen ist, ob das eine oder andere vereinbart gewesen war. Obwohl der Mäkler in unserem variierten Beispiel alles geleistet hat, was vom Mäkler überhaupt geleistet werden kann, könnte Zahlung des Mäklerlohnes mit dem Argument verweigert werden, es stehe nicht fest, daß der Mäkler seinen Lohn nicht auch bereits mit einer minderen als der erbrachten Leistung, nämlich mit bloßem Partnernachweis, verdient gehabt hätte. Ich traue dem höchsten schweizerischen Gericht manche Schandtat zu, nicht jedoch, daß es den Fall, wenn er sich so präsentiert hätte, im Sinne dieses absurden Arguments entschieden hätte. Akzeptiert man dies Argument nicht, so läßt sich aber auch die Position nicht halten, die Einigung über die Mäkler-Obliegenheiten gehöre zu den "*essentialia*" i. S. der notwendigen Vertragselemente, ohne die kein gültiger Vertrag bestehen könne. Mit der traditionellen Betrachtungsweise läßt sich die "Gültigkeit" des Vertrages unter dem hier diskutierten Aspekt aus dem Vertrag heraus überhaupt nicht sachgerecht beantworten. Was allein zu einem akzeptablen Resultat führt, ist eine auf die Streitlage bezogene Betrachtung i. S. der Untersuchung der *Anspruchsvoraussetzungen*: Der seine Provision einklagende Mäkler muß einmal das Zustandekommen eines Mäklervertrages ohne nähere Qualifikation nachweisen, darüber hinaus nach einer der beiden folgenden Varianten vorgehen: Entweder weist er nach, daß er, i. S. unseres letzten Beispiels, Vermittlertätigkeit ausgeübt hat, oder aber (und das war der Sachverhalt, wie er schließlich vom Bundesgericht im genannten Entscheid vorausgesetzt wurde) er beweist im Prozeß kumulativ, daß er einerseits den Nachweis des Partners geleistet hat und andererseits, daß der Vertrag auf Nachweismäkelei zielte, d. h. daß eine Parteivereinbarung dahingehend vorliegt, der Mäklerlohn sei mit bloßem Partnernachweis verdient. Daraus kann gelernt werden, daß in bestimmten Zusammenhängen im Hinblick auf die Frage der Vertragsgültigkeit an die Stelle der "abstrakt" gestellten Frage nach dem *Nachweis hinreichender Bestimmtheit des Vertragsinhaltes* die streitlagebezogene Frage nach dem *hinreichenden Nachweis der materiellen Klagegrundlagen* treten muß.

BGE 98 (1972) 307 E. 1 betrifft die Frage der Gültigkeit von Vorverträgen, im Konkreten einer sog. "*Architektenklausel*", d. h. der bei Anlass

eines Grundstückkaufs getroffenen Vereinbarung, daß die vom Käufer auf dem erworbenen Grundstück geplante Überbauung durch einen bestimmten Architekten zu erfolgen habe. Das hohe Gericht sagt: "Der Vorvertrag ist gültig, wenn sein Inhalt bestimmt oder bestimmbar ist (Hinweise auf Literatur, u. a. v. TUHR, Schweiz. Obligationenrecht, Bd. I § 33/I). Die Beklagte hält ... daran fest, daß diese Voraussetzung nicht erfüllt, die streitige Klausel folglich unwirksam sei. Wie es sich damit verhält, kann offen bleiben, wenn der Architektenvertrag als frei widerruflicher Auftrag zu würdigen ist." In letzterem Sinn ist er denn auch tatsächlich in genanntem Entscheid qualifiziert worden; die Gültigkeit der Architektenklausel unter dem Gesichtspunkt hinreichender inhaltlicher Bestimmtheit unterblieb daher. Hier ist indessen eine Fehlentwicklung vorprogrammiert. Vergessen wir den Architekten, um die nach herrschender schweizerischer Auffassung für diesen ins Spiel gelangende Widerrufsmöglichkeit nach Auftragsrecht (OR Art. 404, mit mehr zwingendem Gehalt ausgestattet als BGB § 671) ausschalten zu können und besinnen wir uns auf die gleich strukturierte Klausel, die in der Schweiz meist "Baumeisterverpflichtung" genannt wird, auch "Unternehmerklausel" u. ä. heißen kann und eine "Baubindung" des Vertragspartners (meist des Käufers eines Grundstückes) im Hinblick auf einen Werkvertrag beabsichtigt. Wird eine derartige Klausel dem Test der Bestimmtheit bzw. Bestimmbarkeit des Vertragsinhaltes unterworfen, ist nach den Kriterien des genannten BGE zu befürchten, daß das Testresultat negativ ausfalle, die hinreichende Bestimmtheit verneint werde: Es genügt, sich vorzustellen, der Käufer und Bauherr würde vom Unternehmer Bauausführung verlangen, diese jedoch nicht erlangen; keinem Zweifel kann unterliegen, daß eine generelle "Verpflichtung zum Bauen" nicht hinreichender Vertragsinhalt sein kann, wenn man nicht weiß, ob eine Hütte oder ein Palast zu errichten ist und nicht feststeht, ob in Beton oder Holz, in Stein, Stahl oder Glas, ob in Fertigelementen gebaut oder im Handwerksbetrieb gearbeitet werden soll. Die Verneinung der Gültigkeit wird nun aber der Sachlage in keiner Weise gerecht. Denn in der Realität wird der Streit nicht darum gehen, ob der Bauherr den Unternehmer zur Bauausführung zwingen oder im Weigerungsfall Schadenersatz verlangen kann, sondern die Lage ist die umgekehrte: Der Unternehmer verlangt vom Bauherrn die Beachtung der übernommenen Baumeisterverpflichtung bzw. Schadenersatz wegen deren Verletzung. Wird die Streitlage so gesehen – und nur so hat sie praktische Bedeutung –, ist derselbe, vorhin als ungenügend bestimmt erscheinende Vertrag plötzlich völlig genügend bestimmt. Es geht hier nicht um die positive Seite der übernommenen Pflicht, einen Bau zu vergeben; in Frage steht bloß die unausgesprochen bleibende

negative Kehrseite, gewissermaßen das Schattenbild der positiven Verpflichtung: Die Verpflichtung, *keinen anderen* Unternehmer mit dem Bauen zu betrauen. Dieser Teil der Vertragspflicht ist so eindeutig wie nur möglich bestimmt; deren Verletzung ist hinreichende Basis für die Feststellung der Vertragsverletzung und die Begründung einer Schadenersatzpflicht (die Schadensbemessung bereitet keine unüblichen Schwierigkeiten, ist doch der Umfang des vertragswidrig durch Dritte ausgeführten Baus bekannt, und damit der entgangene Gewinn berechenbar). – Man kann über die Wünschbarkeit und Zulässigkeit derartiger Bauvergebungs-Bindungen verschiedener Meinung sein, und ich bin auch bereit, alle möglichen Sachargumente (BGB § 138, OR 20 bzw. ZGB 27, was auch immer) zu erwägen, um Mißbräuchen entgegenzuwirken. Was jedoch nicht akzeptiert werden sollte, ist das Argument fehlender Bestimmtheit, das mindestens in der Schweiz auf der Lauer liegt und das sich als bequemes Mittel zur Erledigung des Problems anbietet, ohne indessen Stichhaltigkeit beanspruchen zu können.

2. Hinreichende inhaltliche Bestimmtheit von Vorverträgen

Für die *Theorie der Vorverträge* im allgemeinen läßt sich aus dem vorstehend Gesagten m. E. folgern, daß das in allen möglichen Varianten vertretene Erfordernis hinreichender inhaltlicher Bestimmtheit⁶⁴ dort seine Geltung einbüßt, wo nicht der Abschluß des Hauptvertrages bzw. der in diesem enthaltene Anspruch auf Realexekution in Frage steht, sondern vielmehr lediglich der sekundäre Sanktionsanspruch des Schadenersatzes wegen Verweigerung des Abschlusses des Hauptvertrages unter gleichzeitigem Abschluß eines entsprechenden Vertrages mit einem Dritten (neben der positiven Seite des Vorvertrags, dem *pactum de contrahendo*, überlagert sich oft in allen möglichen Mischungsverhältnissen das vielfach unausgesprochen bleibende "*pactum de non contrahendo cum tertio*"). Falls die Verletzung dieser Negativpflicht in Frage steht und daraus resultierender Schadenersatz gefordert ist, dürfte unter sachlichen Gesichtspunkten dem Erfordernis hinreichender Bestimmtheit der Klagegrundlage Genüge getan sein. Dieses Erfordernis soll daher bei Vorverträgen nicht abstrakt, sondern nur im Hinblick auf das gestellte Klagebegehren beurteilt werden.⁶⁵

⁶⁴ Vgl. etwa (für das deutsche Recht) KRAMER, in Münchener Komm. BGB Bd. I (2. Aufl. München 1984) N. 37 vor § 145 (sowie dessen Hinweis auf die z. T. abweichende Auffassung in BGH LM § 705 Nr. 3); DILCHER in Staudinger, Komm. BGB (12. Aufl. Berlin 1980) N. 42 vor §§ 145 ss. (welcher Autor explizit die im Hinblick auf die Erfüllungsklage notwendige Bestimmtheit voraussetzt), LANGE/HEFERMEHL in Soergel, Komm. BGB Bd. I (11. Aufl. Stuttgart etc. 1978) N. 44 vor § 145. Für die Schweiz BECKER, Komm. OR (Bern, 1941) Art. 22 N. 4.

⁶⁵ Wenn man die lange Tradition der *Vorbehalte gegenüber dem Phänomen "Vorvertrag"* betrachtet, neigt man zur Auffassung, daß hier mehr das abstrakte Modell eines Vertragstypus mit seiner Besonderheit, seinerseits gültigen Konsens vorauszusetzen und gleichzeitig zu künftiger Konsensbildung zu verpflichten, gedankliches Unbehagen bereitet, denn die praktischen Fragen, die sich um die aus Vorverträgen abzuleitenden Ansprüche ranken. Der Vorvertrag war in seiner älteren Tradition (d. h. vor allgemeiner Zulassung der Realexekution in der deutschen ZPO) auf weiten Strecken wohl

3. "Überschießender Konsens"

Eines unserer beliebtesten Schulbeispiele des Dissenses ist das Mißverständnis der Parteien betreffend die Währung des Vertragspreises: Der schweizerische Lieferant verlangt den Preis X und denkt dabei an Schweizerfranken, während der den Preis akzeptierende deutsche Käufer dabei die derzeit tiefer notierte Mark im Kopfe hat. Falls nicht die Nebenumstände des Vertrages der Lesart des einen Partners ein Übergewicht verschaffen, beide die gleich guten Gründe für ihr Vertragsverständnis in Anspruch nehmen können, haben wir Dissens und daraus resultierende Nichtigkeit des Geschäfts. Zur gedanklichen Übung sei der Sachverhalt spiegelbildlich variiert: Der schweizerische Verkäufer gab sich mit Mark zufrieden, während der deutsche Käufer Franken zu bewilligen bereit war. Denken Sie an eine hektische Branche mit starken Preisschwankungen; der telefonisch geschlossene Vertrag wird vom Verkäufer über seinen Telex bestätigt, während die Bestätigung des Käufers eben über den Telekopierer läuft. Wenn nun nichts weiter passiert, werden sich die Parteien im nachhinein freuen und sich auch über die Preisbasis einigen können. Stellen Sie sich nun aber einen Sprung der Preise vor, z. B. eine Hausse, die den Verkäufer sagen läßt: Was ich gestern für Mark zu überlassen bereit war, will ich heute auch zu Franken nicht mehr geben; er plädiert daher Dissens/Vertragsnichtigkeit, um sich aus dem Vertrag zu befreien. In traditioneller Sicht der Dinge hat der Verkäufer recht: Auch wenn das Mißverstehen in der umgekehrten als der üblichen Richtung läuft, haben wir immer noch das Fehlen des Preiskonsenses; den Vertrag anders denn als nichtig zu betrachten, ist schon deshalb ausgeschlossen, weil niemand

nicht auf Realexekution hin angelegt, sondern vorab als Grundlage für Schadenersatzansprüche im Falle des Nichtkontrahierens konzipiert. Erkennt man, daß eine entsprechende Deutung der heute geschlossenen Vorverträge in vielen Fällen dem (möglicherweise unausgesprochen bleibenden) Parteiwillen ebenfalls entspricht, dann erlangt der von vielen Autoren als sinnlos hingestellte Abschluß eines Vorvertrages einen Sinn (jenen der Differenzierung der Sanktionsfolgen gegenüber dem Abschluß des mit Realexekutionsfolgen ausgestatteten Hauptvertrags), wie das Institut des Vorvertrages seine theoretischen Schrecken verliert und praktische Inkonvenienzen – zweistufiger Prozeß im Falle der Anstrengung der Realexekution – von selbst entfallen. – Vgl. B. WABNITZ, Der Vorvertrag in rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Betrachtung, Diss. Münster 1962 und E. BUCHER, Die verschiedenen Bedeutungsstufen des Vorvertrages, in Berner Festgabe zum Schweiz. Juristentag 1979, Bern 1979, p. 169-195.

anzugeben vermöchte, welches nun der "geltende" Preis des Vertrages sein soll. Die Lösung der Vertragsnichtigkeit mangels Konsenses ist indessen absurd, liegt der einzige Fehler doch darin, daß jede Partei der anderen mehr versprach als diese haben wollte. Das richtige Ergebnis (d. h. die Vermeidung des ganz willkürlichen, ungerechten Resultates der Vertragsnichtigkeit, die nach Zufall den einen Partner begünstigt, den anderen benachteiligt) kann auch hier nur erreicht werden, wenn man die Frage nach der Vertragsgültigkeit vergißt, den Vertrag wie geschlossen mit seiner Besonderheit, die man als überschießenden Konsens bezeichnen kann, akzeptiert und feststellt, welche Voraussetzungen der Klagegutheißung zu statuieren sind. Hier muß es nun genügen, wenn der Kläger seiner Klage die für den Beklagten günstigere (d. h. seine eigene) Lesart zugrunde legt und auf dieser Basis Erfüllung verlangt. Dann entscheidet der äußere Zufall der Parteirollenverteilung darüber, welcher Preis maßgeblich wird, was nicht schlimm ist: Im Ergebnis heißt dies, daß der Partner, dem mehr am Vertrag liegt, die der Gegenseite günstigere Lösung akzeptieren muß, was praktisch bedeutet, daß von beiden Vertragspreisen der der nachfolgenden Preisentwicklung näherstehende maßgeblich wird.

II. Rechtsbeziehungen mit drei Beteiligten

Das Schema Nichtigkeit/Gültigkeit ist immer dann besonders risiko-belastet, wenn *drei Parteien* an einer Rechtsbeziehung beteiligt sind: Falls die Verhältnisse "objektiv", gewissermaßen aus der Vogelschau, betrachtet werden, besteht die Gefahr, daß die in jeder der drei potentiellen "Streit-Partnerschaften"⁶⁶ verwirklichten faktischen Elemente nicht hinreichend berücksichtigt werden und es so zu einer den Besonderheiten der Streitlage nicht angemessenen Beurteilung kommt. Dabei ist offen mit der Möglichkeit zu rechnen, daß die gleichen Fakten zu unterschiedlicher Qualifizierung der Verhältnisse führen können, je nachdem, in welcher Streitsituation sie erheblich werden.

1. Stellvertretungsverhältnisse

Echte ("direkte") Stellvertretung setzt wesensmäßig zweierlei voraus: Die vom Vertretenen zu seinem Vertretenwerden erteilte Zustimmung

⁶⁶ Während im Falle der Beteiligung von zwei Parteien an einem Rechtsverhältnis eine einzige "Rechtsbeziehung"/"Streitbeziehung" (A-B) besteht, erweitert der Einbezug einer zusätzlichen Partei die Zahl der möglichen Relationen auf drei (A-B, A-C, B-C).

("Vollmacht") und das Handeln des Vertreters im Namen des Vertretenen (Handeln "in fremdem Namen"). Fehlt auch nur eines der beiden Elemente, muß dem Grundsatz nach der Stellvertretungstatbestand entfallen, d. h. es können die beabsichtigten vertraglichen Wirkungen im Verhältnis zwischen Vertretenem und Drittem nicht eintreten. Bei dieser "objektiven" Feststellung kann man indessen nicht stehenbleiben. Je nachdem, ob die eine oder andere dieser Voraussetzungen entweder erwiesenermaßen fehlt bzw. streitig und unbewiesen ist, kann dieser Umstand nicht einfach objektiv festgestellt werden; der Mangel darf sachgemäß jeweils nur von derjenigen Partei, zu deren Schutz das Erfordernis aufgestellt ist, nicht jedoch von den übrigen Beteiligten geltend gemacht werden.

a) Fehlen der Vollmacht, "Genehmigung"

Es ist offenkundig, daß das Requisit der Zustimmung des Vertretenen zum Vertretungsverhältnis allein in seinem Interesse statuiert ist, der entsprechende Mangel daher auch nur von ihm geltend gemacht werden darf, während sich der Dritte nicht auf das Fehlen der Vollmacht berufen darf. Diesem Umstand wird seit alters durch das *Institut der Genehmigung* (ratihabitio) Rechnung getragen: Durch diese kann der ursprünglich mangels Vollmacht unwirksame Vertrag saniert werden; das Institut der "Genehmigung" hat die Funktion, dem Vertragspartner die Möglichkeit abzuschneiden, sich auf Fehlen der Vollmachterteilung seitens des Genehmigenden zu berufen. Es muß ins Bewußtsein gebracht werden, daß die Figur der Genehmigung in einem konsequent am kontradiktorischen Gegensatz "Geltung-Nichtgeltung" festhaltenden Vertragsverständnis an sich keinen Platz hat, vielmehr ein von alters her vollzogener Schritt in Richtung der hier postulierten streitlagebezogenen Behandlung vertragsrechtlicher Probleme darstellt. Dieser Hintergrund mag auch erklären, daß die Figur der "Genehmigung" eigentümlich schwammige Konturen aufweist, dogmatisch vage bleibt und z. B. keiner eindeutig umrissenen zeitlichen Begrenzung unterliegt. Dies kann darauf zurückgeführt werden, daß die *Genehmigung* genau besehen nicht positiv rechtsgestaltender Natur, sondern negativen Gehalts ist: *Genehmigung als Verzicht auf die dem Vertretenen vorerst zustehende Einrede mangelnder Vollmachterteilung*.

b) Fehlendes Offenlegen des Vertretungsverhältnisses

Während keine Zweifel bestehen, daß fehlende Vollmacht nur von einem der Beteiligten (dem Vertretenen) geltend gemacht werden kann, läßt sich gleiche Einhelligkeit nicht feststellen beim zweiten Element, dem

Handeln im Namen des Vertretenen, obwohl auch hier eine wenn nicht ausschließliche, so doch weit überwiegende Zuordnung des Schutzzweckes des Erfordernisses ebenfalls besteht: Die Offenlegung der Vertretung ist im Interesse des Dritten, nicht des Vertretenen aufgestellt. Daraus müßte gefolgert werden, daß letzterer sich nicht darauf berufen darf, daß der Vertreter nicht in seinem Namen aufgetreten sei.⁶⁷ Falls im Prozeß zwischen dem Dritten und dem Vertretenen die Vollmachterteilung unstreitig oder bewiesen ist, darf die Frage des Handelns in fremdem Namen in der Tat nur dann Beweisthema sein, wenn der *Dritte* die Entstehung eines Vertrages zwischen ihm und dem Vertretenen bestreitet; dagegen soll das Erfordernis des Handelns im Namen des Vertretenen nicht diesem die Möglichkeit geben, durch Bestreitung dieses Elementes die Wirkungen des Vertrages abzuwenden, zu dem er Vollmacht erteilt hat.⁶⁸

Auf der anderen Seite ist es im Ausgangspunkt klar, daß der *Dritte* gegenüber dem Vollmachtgeber, der den geschlossenen Vertrag für sich beansprucht, einwenden kann: "tecum non contraxi". Das Erfordernis des Offenlegens des Vertretungsverhältnisses wird nun jedoch abgeschwächt: Falls dem Dritten gleichgültig war, mit wem er kontrahierte, soll er nicht einwenden können, der handelnde Vertreter habe sich nicht als solcher zu erkennen gegeben. Dies ist die explizite Position des schweizerischen OR⁶⁹; ohne gleichermaßen ausdrückliche Grundlage im BGB steht auch die deutsche Lehre und Praxis auf ähnlichem Boden. Gegen diese Ausweitung der Vertretungswirkungen ist dem Grundsatz nach nichts einzuwenden; es wird damit der an sich gesunde Gedanke verwirklicht, daß Parteistandpunkte, hier die Einwendung, daß der Vertreter sich nicht als solcher zu erkennen gegeben, vielmehr in eigenem Namen

⁶⁷ Falls dies zutrifft, ist dem Vertretenen auch verwehrt, im Falle des unterbliebenen Offenlegens des Vertretungsverhältnisses das Fehlen des Surrogates des Offenlegens, "Gleichgültigkeit, mit wem man kontrahiert", ins Spiel zu bringen (dazu das Folgende): Wer Vollmacht erteilt, kann dem Dritten nicht entgegenhalten, ihm (dem Dritten) sei es nicht gleichgültig gewesen, mit wem er kontrahiere, ein Argument, das dem letzteren vorbehalten bleiben muß.

⁶⁸ Eine Ausnahme von diesem Grundsatz würde ich im seltenen Ausnahmefall sehen, daß der Vollmachtgeber nicht bloß Kenntnis hat davon, daß der Bevollmächtigte in eigenem Namen gehandelt hat, sondern er nach den Umständen auch die Erwartung haben mußte, von den Handelnden (dem Bevollmächtigten, dem Dritten) vom Vertrag ausgeschlossen zu bleiben.

⁶⁹ OR Art. 32/II: "Hat der Vertreter bei dem Vertragsabschlusse sich nicht als solchen zu erkennen gegeben, so wird der Vertretene nur dann unmittelbar berechtigt oder verpflichtet, wenn der andere aus den Umständen auf das Vertretungsverhältnis schließen mußte, oder wenn es ihm gleichgültig war, mit wem er den Vertrag schließe."

gehandelt habe, nur soweit zu berücksichtigen sind, als sie auf einem schutzwürdigen Interesse beruhen; ein solches fehlt dann, wenn dem Dritten die Person seines Gegenkontrahenten gleichgültig ist. Gefährlich ist es jedoch, wenn man dieses Prinzip "normativ" handhabt, insbesondere die "Gültigkeit" der Vertretung aus der Sicht der Dinge bei Vertragsschluß beurteilt. Maßgebend soll vielmehr nur der *Zeitpunkt der Streitentstehung* sein: Selbst dann, wenn ursprünglich dem Dritten die Person seines Kontrahenten gleichgültig sein konnte, darf man dem Vollmachtgeber nicht mehr gestatten, den Vertrag an sich zu ziehen, wenn in der Zwischenzeit der Dritte, sei es durch Erfüllungshandlungen, Prozeßeinleitung oder sonstwie, sich auf den "Vertreter" als Vertragspartner festgelegt hat und im Zeitpunkt der Entstehung des Streits mit dem Vertretenen eine Substitution des Vertragspartners für den Dritten Nachteile bringt.

Problematisch wird die hier besprochene Regel auch, wenn man dem *Vertreter* erlaubt, sich auf sie zu berufen, um Vertragswirkungen von sich abzuwenden: Wer in eigenem Namen auftritt und sich nicht herbeiläßt, sein vertretungsweise Handeln offenzulegen, sollte nicht mit dem Vorwand, dem Dritten sei die Person des Partners gleichgültig gewesen, sich der eingegangenen Verpflichtung entwinden können. Auch hier muß gelten, daß es auf die Interessen des Dritten in der Streitlage und im Prozeß ankommt, während die Interessenlage bei Vertragsschluß nicht maßgebend sein darf. Im Prozeß hat der Dritte nun aber, schon aus Kostengründen, immer ein Interesse, an seinem Abschlußpartner und derzeitigen Prozeßgegner als Vertragspartei festzuhalten, woraus die allgemeine Regel folgt, daß dem Bevollmächtigten, der in eigenem Namen gehandelt und das Vertretungsverhältnis nicht offengelegt hat, die Abwälzung der Vertragswirkungen auf den Vollmachtgeber grundsätzlich verwehrt sein muß. Eine Abschwächung dieser Regel würde ich nur insoweit annehmen, als es dem Bevollmächtigten erlaubt sein soll, *vor* dem Zeitpunkt der "Kontraktion der Interessenlage" (d. h. jenem Moment, in welchem der Dritte, infolge von Erfüllungshandlungen, Prozeßeinleitung o. dgl. sich auf eine bestimmte Person als seinen Vertragspartner festlegt) durch Offenlegung der Vertretung, (Nennung des Partners und gleichzeitiges Unstreitigstellen des Akzeptierens des Vertrages durch den letzteren) die Vertragswirkungen auf den Vertretenen zu übertragen. Was jedoch nicht gestattet werden kann, ist das (im traditionellen normativen Vertragsverständnis folgerichtige) Anrufen der Interessenlage bei Vertragsschluß; auch bei den "personenindifferenten" Geschäften erlangt jedermann einen schützenswerten Anspruch, an seinem Abschlußpartner als Vertragspartner

festzuhalten, sobald aufgrund der nachfolgenden Ereignisse (und spätestens mit Prozeßeinleitung) die Indifferenz verlorengegangen ist.⁷⁰

Im Zusammenhang mit der Abschwächung des Erfordernisses der Offenlegung der Stellvertretung (besonders bei der von OR Art. 32/II verwendeten Formel "wenn es ihm gleichgültig war, mit wem er den Vertrag schließe")⁷¹ werden deutlich genug die Fehler sichtbar, die ein normatives, heißt hier, allein die Lage bei Vertragsschluß berücksichtigendes, Vertragsverständnis zu induzieren geeignet ist. Im Stellvertretungsrecht würden sich wohl noch weitere Beispiele finden lassen.⁷²

2. Forderungsabtretung

v. TUHR schreibt in seinem Obligationenrecht: "Die Zessionsurkunde kann in blanco ausgestellt werden, d. h. so, daß der Name des Erwerbers oder die *Bezeichnung der abzutretenden Forderung* von einem anderen, insbesondere auch vom Zessionar selbst ausgefüllt werden soll." (Ausz. v. Verf.).^{72a} Während das Offenlassen des Namens des Zessionars problemlos ist, muß das Offenlassen der abgetretenen Forderung abgelehnt werden; wohl in Übereinstimmung mit der deutschen Literatur betrachte ich die Verfügung mangels hinreichender Bestimmtheit des Verfügungsobjekts als unwirksam.^{72b} Der Kontext der im übrigen nicht weiter begründeten Stellungnahme v. TUHR's läßt an sich die Auslegung zu, es liege hier lediglich ein unvorsichtiges obiter dictum oder gar eine persönliche Marotte des Autors vor, die sich an die Seite seiner von mir bedauerten unkritischen Zulassung der Globalzessionen stellt. Oder steht hier doch

⁷⁰ Ein gutes Anschauungsbeispiel scheint mir der Entscheid des Zürcher Obergerichts (Blätter für Zürich. Rechtsprechung, Bd. 80/1981 Nr. 2) zu geben, der eine Honorarklage eines Beauftragten gegen den im Interesse eines Dritten den Auftrag erteilenden Anwalt gutheißt. Im Ergebnis wird zwar richtig entschieden, jedoch nur unter der Annahme, dem Dritten sei die Person des Vertragspartners (der vertragsschließende Anwalt oder das im Hintergrund stehende Unternehmen, beide unstreitig solvent) nicht gleichgültig gewesen. Die vom Gericht getroffene Annahme ("nicht gleichgültig") ist, bezogen auf den Vertragsschluß, offenkundig realitätswidrig; zutreffend wird sie erst in der konkreten Streitlage.

⁷¹ Dieser hier zitierte Nachsatz zu OR Art. 32/II wurde erst in der Revision des Jahres 1911 beigefügt.

⁷² In der Darstellung des Stellvertretungsrechts des Schreibenden (Schweiz. Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1979, § 33/X) finden sich erst Ansätze einer Problemübersicht, die erweiterungsbedürftig ist.

^{72a} v. TUHR, Schweiz. Obligationenrecht, Bd. II, 1. Aufl. Tübingen 1925 (seither zwei weitere, bearbeitet von Siegwart bzw. Escher, mit identischem Text) § 93/III bei Anm. 53. Das für das schweiz. OR Gesagte muß die Auffassung v. Tuhrs auch für das deutsche Recht sein; Anlaß einer Sonderbeurteilung der schweizerischen Verhältnisse ist nicht zu ersehen.

^{72b} BUCHER, Schweiz. OR a.a.O., p. 499 f. bei Anm. 64. Die dortige Stellungnahme ist i. S. der folgenden Ausführungen zu relativieren.

etwas anderes auf dem Spiel? Wenn wir die Streitlage zwischen Zedenten und Zessionar (bzw. der Konkursmasse des einen von ihnen) ins Auge fassen, ist in der Tat v. Tuhrs Position ganz fragwürdig. Was jedoch, wenn wir an *Dritte* denken: Den *debitor cessus*, dem man die vervollständigte Urkunde gezeigt hat und der, gestützt auf die echte Unterschrift des Zedenten, an den Zessionar bezahlt hat, oder, im Falle der Kettenzession, an den *zweiten Zessionar*, der dem ersten die Forderung abgekauft hat? Hier kommt plötzlich als ganz neuer Gesichtspunkt die Verkehrssicherheit und der Vertrauensschutz ins Spiel. Ich will mich an dieser Stelle nicht für die eine oder andere der beiden möglichen Positionen stark machen, immerhin aber behaupten, daß bezogen auf diese Streitlage ganz andere sachliche Gesichtspunkte in die Waagschale fallen als in einer Auseinandersetzung Zedent – Zessionar. Womit einmal mehr gezeigt wäre, daß mit der Frage: "Gültigkeit – Ungültigkeit der Zession?" das eigentliche Sachproblem verfehlt wird und daß ohne eine nach Streitlage differenzierende Betrachtung nicht auszukommen ist.

F. Hinweise auf analoge Zusammenhänge in anderen Rechtsbereichen

Die im Vorangegangenen behandelten Beispiele stammen aus dem Vertragsrecht als dem hauptsächlichsten Bereich der persönlichen Erfahrung des Schreibenden. Hier dürfte der beschriebene Sachverhalt, daß ein unkritisch "normatives" Rechtsverhältnis Probleme schafft und unangemessene Lösungen induziert, auch seinen Schwerpunkt haben, ohne indessen geradezu darauf beschränkt zu sein. Zur Abrundung des Bildes sollen Hinweise auf Auswirkungen desselben Mechanismus in anderen Rechtsgebieten angefügt werden. Solche sind dem Verfasser vor allem im *Sachenrecht* sichtbar geworden (dazu unten Ziff. I), können aber auch im *Handels- und Konzernrecht* erkannt werden (unten Ziff. II). – Gemeinsam ist den außerhalb des Vertragsrechts angetroffenen Beispiele, daß nicht, wie hier, die Entstehung von Rechten und Pflichten, vielmehr deren *Zuordnung* in Frage steht (z. B. die Frage, wer unter gegebenen Umständen als Eigentümer zu betrachten, als vertraglich Verpflichteter zu gelten habe).

I. Sachenrecht: Zuordnung des Eigentums

1. Zu allen Zeiten kann es nur "relatives Eigentum" geben

Gewissermaßen als Einleitung und gleichzeitig i. S. eines Nachtrages zur Illustrierung der oben (A, bes. Ziff. IV und V) geschilderten zwangshaften Neigung zu normativer Deutung der privatrechtlichen Verhältnisse sei hier angemerkt, daß nicht bloß der Eigentumsbegriff (wie andere Formen subjektiver Rechte) als solcher zu sehr "normativiert" (d. h. mit einer Pflichtlage Dritter identifiziert) wird, sondern auch die *Zuordnung* des Eigentums objektiviert und normativ gedeutet wird in dem Sinne, daß die Zuständigkeit des Rechts festgeschrieben werden soll unabhängig von der Streit- und Prozeßlage, in welcher die Feststellung des Rechts erfolgt. Zur Illustrierung dieses Sachverhalts darf auf die *neuere Lehrmeinung zum (älteren) römischen Eigentumsbegriff* verwiesen werden, der nach einer von führenden Romanisten vertretenen Auffassung im Gegensatz zum heutigen Eigentumsbegriff "relativ" gewesen sei, was sich darin äußern soll, daß der Richter im Eigentumsstreit nicht ein für allemal Eigentum der einen Partei zuspricht, sondern die obsiegende Partei lediglich als die im Verhältnis zur anderen besser berechnete bezeichnet, die Entscheidung über die Eigentümerstellung daher bloß "relativ", d. h. bezogen auf die Prozeßparteien, nicht "absolut" (d. h. allgemeingültig) trifft.^{73, 74} Für den Schreibenden besteht kein Anlaß, an der Richtigkeit der hinter der Lehre vom "relativen Eigentum" stehenden Feststellungen zu zweifeln. In vorliegendem Zusammenhang sind nicht diese von Bedeutung, sondern es ist ausschließlich die Beobachtung interessant, daß die für die Antike gefundenen Resultate gegenüber heutigen Vorstellungen als grundlegend andersartig aufgefaßt werden. Diese Annahme der Andersartigkeit

⁷³ In diesem Sinne in neuerer Zeit insbesondere MAX KASER, *Eigentum und Besitz im älteren Römischen Recht*, 2. Aufl., Graz 1956, bes. p. 19 ss., 302 ss. und passim; DERS., *Der römische Eigentumsbegriff*, Deutsche Landesreferate zum VI. Kongreß für Rechtsvergleichung in Hamburg, 1962 (Berlin/Tübingen 1962) p. 19 ss., bes. p. 22/23; DERS., *Das römische Privatrecht*, 1. Abschnitt, 2. Aufl. München 1971, z. B. p. 124: "Nach der Gestaltung des Vindikationsschutzes kennzeichnet sich das altrömische Eigentum als ein *relatives* Recht ... Die Erfahrung, daß das vorwissenschaftliche Eigentum nur ein relatives ist, wird durch die historische Rechtsvergleichung weithin gedeckt ..." mit Hinweisen). – Vor Kaser ähnlich bereits LUDWIG MITTEIS, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, I, Leipzig 1908, p. 87 s. und andere.

⁷⁴ Die von Romanistenkreisen gewählte Terminologie "relatives" Eigentum soll, wie gesehen, die Bestimmung der Rechtszuständigkeit, nicht jedoch die normative Wirkungsweise des Eigentums beschreiben, dessen "absoluter" Charakter als eines gegenüber jedem Dritten wirkenden dinglichen Rechts nicht in Frage gezogen werden will.

setzt voraus, daß heute das Eigentum einer bestimmten Person an einer Sache gewissermaßen einen objektiven Befund darstellt und allgemeingültig (ohne Rücksicht auf eine Prozeßlage) zu ermitteln sei, eine Interpretation der heutigen eigentumsrechtlichen Denkweise, die wohl auf weiten Strecken zutrifft. Dabei müßte man sich vergegenwärtigen, daß auch heute das Urteil des Richters nur zwischen den Prozeßparteien Recht machen kann; der mit der Eigentumsklage Obsiegende ist nicht dagegen gefeit, auf Klage eines Dritten seinerseits die Sache zu verlieren.⁷⁵ Die Lehre vom "relativen Eigentum" geht wohl zutreffend davon aus, daß ein Wesensmerkmal unseres Eigentumsbegriffs die Vorstellung sei, daß dieses Eigentum i. S. einer objektiven Ordnung, allgemeingültig, zuerkannt werde, während in Wahrheit unter Mitberücksichtigung der prozeßrechtlichen Gegebenheiten auch heute die Lage nicht wesentlich von derjenigen des alten Rom verschieden ist: Auch hier kann der Richter Eigentum nur "relativ", d. h. mit Wirkung für die Prozeßparteien, zusprechen.

2. Die Zuschreibung des Eigentums in der Schweiz in Fällen nichtiger Grundstücks-Erwerbsverträge

In der Schweiz wird angesichts der Kausalität der Grundstück-Übereignung der Erwerber, obwohl im Grundbuch eingetragen, nicht Eigentümer, wenn das zugrundeliegende Kausalgeschäft ungültig ist.⁷⁶ Der Sachverhalt des ungültigen Kaufvertrages ist in der Schweiz keineswegs selten, wenn man mit v. TUHR und dem Bundesgericht annimmt, daß die Beurkundung eines falschen Kaufpreises Nichtigkeit des Vertrages bedeute.⁷⁷ Der Vollzug der Übereignung, die Eintragung des Erwerbers ins Grundbuch, vermag nicht zu heilen; allerdings ist praktisch in allen Fällen Rückforderung (Grundbuchberichtigung) nach ZGB Art. 2 (BGB § 242) ausgeschlossen.⁷⁸ M. a. W. der Veräußerer bleibt in dieser Diktion Eigentümer

⁷⁵ Der Richter kann auch nicht, wie einzelne Autoren anzunehmen scheinen, "dahin urteilen, daß keiner von ihnen berechtigt sei" (so KASER, a.a.O., Deutsche Landesreferate, p. 19). Dieses Prozeßergebnis müßte zur Abweisung der Klage führen und im übrigen die Sache dort belassen, wo sie sich gerade befindet, wobei denjenigen, der sie in Händen hält, niemand hindern kann, sich als deren Eigentümer zu bezeichnen.

⁷⁶ Die Kausalität der Übertragung von Grundeigentum wird statuiert in ZGB Art. 974. Das Kausalitätsprinzip ist in BGE 55 II 306 auch auf die Fahrnisübergabe übertragen worden. Das im Folgenden Gesagte gilt auch bei Fahrnis, hat hier aber geringere Bedeutung.

⁷⁷ Vgl. statt vieler BGE 86 (1960) II p. 230, E. 5, p. 260 und p. 400; BGE 90 (1964) II 156 E. 1. Die diese Praxis inspirierende Stelle bei v. TUHR ist wohl Schweiz. Obligationenrecht, Bd. I § 35 Anm. 25.

⁷⁸ Vgl. dazu *Bucher*, Der Rechtsmißbrauch bei Formvorschriften, in *Zeitschr. f. Beurkundungs- und Grundbuchrecht* ZBGR 1975, p. 65.

vermag aber sein Eigentum unter keinem denkbaren Aspekt geltend zu machen. Der eingetragene Erwerber gilt als Nicht-Eigentümer (und kann angesichts seines bösen Glaubens auch nicht durch Ersitzung Eigentümer werden), ist jedoch im Grundbuch eingetragen, kann verfügen und alle Rechte eines Eigentümers wahrnehmen, ohne irgendwelche Anfechtungen infolge des Mangels seines Eigentums befürchten zu müssen. Das mag zeigen, wie sinnentleert der von prozessualen Gesichtspunkten abstrahierende Eigentumsbegriff werden kann.

3. Die Zuschreibung des Eigentums in der Schweiz im Falle des Verkaufs unter Eigentumsvorbehalt vor dem Registereintrag

Beim *Verkauf unter Eigentumsvorbehalt* kennt das schweizerische ZGB das unglückliche Institut des *Eigentumsvorbehaltregisters*.⁷⁹ Wie ist die Eigentumslage nach Übertragung der Sache, aber vor Eintragung im Register zu qualifizieren? Es sind alle möglichen Theorien aufgestellt worden, die sämtliche nicht zu verhindern vermögen, daß mangels "Gültigkeit des Eigentumsvorbehalts" das Eigentum vorerst als übergegangen gilt, um dann, bei Eintragung im Register, wieder zum Vorbehaltsverkäufer zurückzuspringen.⁸⁰ Es kann hier nicht auf alle Ungereimtheiten eingegangen werden, die sich bei dieser Betrachtungsweise ergeben.⁸¹ Sie können nur vermieden werden, wenn man von der Kategorie eines einheitlichen Eigentumsbegriffs überhaupt abstrahiert und unterscheidet, ob die Rechtsbeziehung zwischen den Vertragsparteien (und allfälligen Rechtsnachfolgern) in Frage steht oder ob es um die *Aussonderungsbefugnis des Vorbehaltsverkäufers im Konkurs des Erwerbers* geht. In der ersten Frage sollte der erfolgte oder nicht erfolgte Registereintrag völlig

⁷⁹ ZGB, Art. 715: "Der Vorbehalt des Eigentums an einer dem Erwerber übertragenen beweglichen Sache ist nur dann wirksam, wenn er ... in einem ... öffentlichen Register eingetragen ist."

⁸⁰ Man vertritt die Theorie des suspensiv (sc. durch Registereintrag) bedingten Eigentumsvorbehalts oder jene des (sc. durch Registereintrag) resolutiv bedingten Eigentumserwerbs. Die Lehrmeinungen sind dargestellt bei P. LIVER, in Schweiz. Privatrecht, Bd. V/1, Basel/Stuttgart 1977, p. 340 Ziff. IV.

⁸¹ Ungereimt ist es, strafrechtlich im Falle unbefugter Weiterveräußerung im Hinblick auf den Tatbestand der Veruntreuung i. S. von StGB Art. 140 die "Fremdheit" der veräußerten Sache davon abhängig zu machen, daß ein Registereintrag vorliegt; so aber BGE 82 (1956) IV 185 E. 3, BGE 90 (1964) IV 182 und 192. – Noch bedenklicher wären die privatrechtlichen Folgen der Konzeption, daß bis zum Registereintrag der Erwerber als Eigentümer zu gelten habe. Eine davon wäre jedenfalls, daß ein um die Verhältnisse wissender, d. h. den vertraglich vereinbarten Eigentumsvorbehalt kennender Dritter die Sache trotzdem gültig erwerben könnte (ZGB Art. 933, wohl diesbezüglich analog der Rechtslage nach BGB 932/33), da man ihn nicht als "bösgläubig" qualifizieren dürfte, hätte er doch, im Zeitpunkt der Eigentumsübertragung, vom Eigentümer erworben.

außer Betracht bleiben, ist doch dieses Register nur im Interesse der Gläubiger eingerichtet, während die Beteiligten aus dem Register nichts erfahren können und überdies der Erwerber oft keine Kenntnis davon hat, ob der Veräußerer den Registereintrag vollzogen hat oder nicht.⁸² Lediglich im Verhältnis zu den Gläubigern, d. h. im Konkurs oder bei Pfändung, darf das Register, das diese über die Kreditwürdigkeit des Erwerbs aufklären soll, Bedeutung erlangen: Mangels eines Registereintrages sollen die Gläubiger vor dem Vorbehaltsverkäufer den Vorrang haben. – Wenn es darum geht, die rechtlichen Verhältnisse in der Schweiz beim Verkauf unter Eigentumsvorbehalt zu beschreiben, versagt der normativ ("absolut") verstandene Begriff des Eigentums wie auch jener der "Gültigkeit" des Eigentumsvorbehalts. Nur wenn man sich entschließen kann, auf derartige Kategorien zu verzichten und eine streitlage-bezogene Betrachtung zu wählen, findet man die angemessene Formel, die überdies sehr einfach ist: Eigentümer bleibt "an sich" der Vorbehalts-Verkäufer (nicht, weil der Eigentumsvorbehalt "gültig" wäre, sondern, weil eine der Voraussetzungen der Eigentumsübertragung, der Übereignungswille, fehlt), der jedoch, sofern ein Registereintrag nicht wirksam erfolgt ist, kraft gesetzlicher Sonderregel sein Eigentum im Falle des Konkurses des Erwerbers oder gegenüber der Pfändung nicht durchsetzen kann.⁸³

II. Handelsrecht: Zuordnung von Verträgen

Die Zuordnung eines Vertrages kann in dem Sinne ungewiß sein, daß der eine Partner keine Klarheit besitzt, mit welchem von verschiedenen in Betracht fallenden Gegenkontrahenten er einen gegebenen Vertrag geschlossen hat. Dieser Ungewißheit sind wir bereits bei der Stellvertretung begegnet (oben E, II, 1); eine gleichgelagerte Unklarheit wird jedoch in zunehmendem Maß in anderen Zusammenhängen angetroffen. Das folgende Beispiel aus der Praxis mag für viele stehen: Ein Arbeitnehmer ist in einer Unternehmensgruppe beschäftigt, wobei seine Tätigkeit vorab der Gesellschaft A zugute kommt, während er seinen Arbeitsplatz in den

⁸² In der Beziehung der Parteien wird auch deutlich, daß bereits der normative Ausgangspunkt, die Fragestellung nach der "Gültigkeit" des Eigentumsvorbehalts, logisch nicht haltbar ist: Nur ein positives rechtliches Ereignis, wie der Eigentumserwerb, kann gültig oder ungültig sein, während ein rechtliches Nichts, ein "Nicht-Ereignis" wie das Zurückbleiben des Eigentums beim bisherigen Eigentümer, nicht "nichtig" oder "ungültig" sein kann. Zwischen den Beteiligten fehlt eine Gültigkeitsvoraussetzung des Eigentumsübergangs, nämlich die auf die Eigentumsübertragung gerichtete Einigung der Parteien.

⁸³ Dazu weiterhin BUCHER, Diskussionsbeitrag, in "Probleme der Kreditsicherung", Berner Tage für die juristische Praxis 1981, Bern (Stämpfli) 1982, p. 150-155.

Räumen der Gesellschaft B hat und seinen Lohnen von der Gesellschaft C ("Finanzierungs-Holding" o. dgl. heißend) bezieht, um schließlich, nach Austritt im Streit, sein Arbeitszeugnis auf Geschäftspapier der Gesellschaft D zu erhalten; der Anstellungsvertrag war mündlich mit dem diese Gruppe beherrschenden "Konzernherrscher" geschlossen worden, der auch die Weisungsbefugnisse des Arbeitgebers wahrgenommen hatte. Im Hinblick auf den Prozeß muß damit gerechnet werden, daß jede der vier Gesellschaften ihre Passivlegitimation im Hinblick auf Lohnansprüche bestreiten wird; in dem hier vorgestellten, tatsächlich gelebten Beispiel hat die erstbelangte Firma dies getan und das Gericht deren Passivlegitimation verneint, obgleich die Auswahl der Beklagten unter dem Gesichtspunkt der sie am ehesten als Vertragspartner qualifizierenden Elemente mit aller Sorgfalt erfolgt war und keinerlei Gewißheit bestand, daß nach Abweisung der Klage gegen A diese gegen B, C oder D bessere Erfolgsaussichten haben werde.

Während im Deliktsrecht das Prinzip der Solidarität der Schädiger eine lange und segensreiche Tradition hat, fehlt im Bereich des Vertragsrechts, unter durchaus vergleichbaren Verhältnissen, ein entsprechendes Prinzip.⁸⁴ Das wohl verbreitete Fehlen der Bereitschaft, in Fällen wie den genannten im Zweifel zugunsten der Parteistellung des Belangten und i. S. der Bejahung der Passivlegitimation zu entscheiden, hängt wohl mit der unausgesprochen bleibenden, aber trotzdem die Entscheidung bestimmenden Grundüberzeugung zusammen, daß der Vertrag nur in Bezug auf einen der verschiedenen in Betracht fallenden Partner gültig sein könne und daher mangels eines stringenten Nachweises der Parteistellung der Zweifel zulasten des Klägers ausschlagen müsse. Diese Haltung kontrastiert auffällig mit sonstigen Tendenzen, insbesondere mit der oft sehr weitgehenden Bereitschaft, im Rahmen der Stellvertretung an die Stelle richtiger Vollmachterteilung eine Vertretungsmacht kraft Anscheinsvollmacht treten zu lassen, oder auch, im Rahmen der Lehre vom "Durchgriff", die Erstreckung der Vertragswirkungen auf ein hinter dem Vertragspartner stehendes weiteres Rechtssubjekt zu erwägen. Dabei kann von der Sache her gesehen nicht zweifelhaft sein, daß die Ungewißheit über die Parteistellung nicht zugunsten derjenigen Seite ausschlagen soll, welche die Ungewißheit wenn nicht bewußt geschaffen und ausgenützt, so doch jedenfalls mit ihrer Gestaltung der Verhältnisse ermöglicht und auch aus ihr Nutzen gezogen hat. Es sollte m. a. W. nicht die objektiv-normative

⁸⁴ BGB § 427 sieht wenigstens Solidarität vor, wenn auf der einen Seite mehrere Partner sich gleichzeitig zu einer Leistung verpflichten, während OR Art. 143 leider nicht ebenso Solidarität kraft gesetzlicher Vermutung, sondern nur durch explizite dahingehende Stipulation eintreten läßt.

Frage gestellt werden, welches der verschiedenen in Betracht kommenden Rechtssubjekte der "eigentliche" Vertragspartner sei, welche Fragestellung im Falle von verbleibenden Ungewißheiten zwangsläufig zum Rechtsverlust gegenüber jedem der in Betracht fallenden Rechtssubjekten führt. Vielmehr ist die Stellung als Vertragspartner mit Bezug auf jeden einzelnen der in Betracht Fallenden bereits dann zu bejahen, wenn in ihm genügend Elemente verwirklicht sind, die eine Inanspruchnahme als Vertragspartner rechtfertigen. In unserem Beispiel wäre demnach die Klage gegen eine jede der vier Gesellschaften bereits dann zu bejahen, wenn die Belangte während der Vertragsdauer eine Position eingenommen hat, welche nur einem Vertragspartner zusteht (also z. B. in eigenem Namen den Lohn bezahlt oder ein Zeugnis ausgestellt hat), während die Frage, ob nicht ein anderer der Beteiligten der "eigentliche" Vertragspartner sei, nicht zu stellen wäre; es ist das "normative" Argument, das unausgesprochen hier herrscht, zu verwerfen, daß die Klage immer dann abzuweisen sei, solange die Möglichkeit offen ist, daß mit gleichgewichtigen Gründen auch ein anderes Rechtssubjekt als Vertragspartner qualifiziert werden könnte.

Fälle nach dem Muster des genannten Beispiels mögen in der Schweiz verbreiteter sein als in Deutschland, da angesichts der größeren Leichtigkeit der Gründung juristischer Personen konzernmäßige Aufsplitterungen und Unternehmensverbindungen häufiger sein mögen als andernorts. Das hindert nicht, daß das Phänomen bereits heute allgemeine Bedeutung hat und in künftiger Entwicklung auch in Deutschland häufiger werden wird. – Die Problematik kann sich insbesondere auch in Zusammenhängen von Vertragsgestaltungen wie dem *Leasing-Geschäft* aktualisieren, wenn z. B. unter gegebenen Voraussetzungen eine Erstreckung der Vertragswirkungen von der Liefer-Firma auf die dazwischen geschaltete Leasing-Firma oder umgekehrt infolge deren wirtschaftlichen Verbindung und der Ambivalenz der Gestaltung der Rechtsverhältnisse von der Sache her gefordert ist.

Ganz allgemein darf die Forderung aufgestellt werden, zu überlegen, in welchem Rahmen ein eigener *vertraglicher Solidaritätstatbestand* aufgebaut werden muß, um neu aufgetauchten Erscheinungen wie den genannten angemessen Herr zu werden. Diese Solidarität hätte die Aufgabe, die sich am herkömmlichen normativen Vertragsmodell orientierende Beschränkung der Vertragswirkungen auf einen einzigen Vertragspartner zu überspielen und vielmehr diese auf alle Parteien zu erstrecken, die hinreichend Elemente gesetzt haben, welche die Belangung rechtfertigen. Sie könnte im Bereich der genannten Beispiele als "*Solidarität kraft selbstgeschaffener Mehrdeutigkeit der Verhältnisse*" bezeichnet werden.

G. Schluß

I. Wer ist angesprochen?

An unserem Ausgangspunkt stand die Feststellung, daß jenes Element unserer heutigen Art, an das Recht heranzugehen, das abkürzend als "normativ" bezeichnet wurde, in bestimmten Bereichen für die *sachliche Unangemessenheit* der sich ergebenden Lösungen verantwortlich ist, daß die *Form* der Rechtsbetrachtung in negativem Sinn auf den *Inhalt* der Resultate zurückwirkt.

Der Hinweis auf die genannten Zusammenhänge will Anstoß zur Abhilfe sein. An wen richtet sich der Aufruf? Äußerlich betrachtet liegt der Ursprung der Fehlentwicklungen in der Gesetzgebung, die ihrerseits, in den besprochenen Bereichen, von "normativem" Denken geprägt ist. Aber nicht nur ist diese spezifische Ausrichtung der Gesetzgebung die Folge der Haltung der sie begründenden Wissenschaft; das Beispiel der Rechtsentwicklung in der Schweiz, wo bei übermäßigen Freiheitsbeschränkungen der Gesetzestext (ZGB Art. 27) keineswegs auf die traditionelle Nichtigkeitsfolge i. S. von BGB § 138 oder OR Art. 20 verpflichten würde⁸⁵, die Praxis sich jedoch trotzdem auf diese festgelegt fühlt, zeigt deutlich genug, daß die eigentlichen, die Praxis bestimmenden Faktoren weniger im Gesetzestext als in vor- und überpositiven Denkgewohnheiten liegen.

Demnach richtet sich das Vorgetragene an die *Wissenschaft* (unter Einschluß des Unterrichts)⁸⁶ und an die *Praxis*; die postulierten Korrekturen sind zur Hauptsache auch unter der Herrschaft des gegenwärtigen Gesetzestextes möglich. Gefordert wird nicht ein Judizieren gegen die der Gesetzgebung zugrundeliegenden rechtspolitischen Grundentscheidungen und gegen gesetzgeberische Wertungen; diese bleiben gewahrt, auch wenn man die hier zur Diskussion gestellten Anregungen aufnimmt; zu zeigen

⁸⁵ Die Schaffung von ZGB Art. 27 als einer außerhalb der vertragsrechtlichen Generalklausel der sittenwidrigen Verträge (OR 1881, Art. 17) stehenden, personenrechtlichen (persönlichkeitsrechtliche) Bestimmung, beruht allerdings auf der kodifikationsgeschichtlichen Zufälligkeit der Schaffung des Privatrechts-Gesetzbuches in zwei Schritten, ist jedoch nicht eine bewußte legislatorische Differenzierung, d. h. der Unterscheidung sachlogisch unterschiedlicher Tatbestände. Das würde nicht hindern, die gebotene Unterscheidungsmöglichkeit wahrzunehmen. Vgl. dazu oben par. C/IV, letzter Absatz.

⁸⁶ Hier weise ich gerne hin auf das Referat von DIETER MEDICUS an der Zivilrechtslehrervereinigung über "Anspruch und Einrede als Rückgrat einer zivilistischen Lehrmethode" (in AcP 174/1974, p. 313-331), in dem zwölf Jahre zuvor ein ähnlicher Schritt, wenn auch eingeschränkt auf den Unterricht und nicht an Grundsätzliches rührend, unternommen wird. Vom selben Autor noch "Bürgerliches Recht – Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung" (1. Aufl. 1968, seither laufend weitere).

war gerade, daß der Gesetzgeber aus Befangenheit in überkommenen Denkformen sich für bestimmte Modelle entschieden hat, ohne die in diesen implizierten sachlichen Resultate ihrerseits zu wollen oder auch nur vollumfänglich vorauszusehen.

II. Erwartete Entwicklung im Vertragsrecht

Wenn im Vorangehenden in den behandelten Zusammenhängen postuliert wurde, die Ausrichtung des Vertragsrechts auf die Frage nach der Gültigkeit der Verträge zu ersetzen durch eine solche nach der Frage nach den dem zu schützenden zu gewährenden Verteidigungsmittel, kann in vielen Zusammenhängen nicht ohne weitere Überlegung bei dieser Feststellung stehen geblieben werden. Im Ausgangspunkt zu Recht hat in der Diskussion GUNTHER TEUBNER darauf hingewiesen, daß eine auf Streitlagen bezogene Betrachtung nicht vernachlässigen darf, daß die Rechtsordnung neben der Aufgabe der Konfliktlösung auch jene der Verhaltenssteuerung und der *Sicherung berechtigter Erwartungen* zu erfüllen hat. Diese Ziele können allerdings auch mit den hier vorgeschlagenen Einrede-Mechanismen erreicht werden, wobei es Aufgabe künftiger Diskussion sein wird, im einzelnen die Regeln herauszustellen, die der Einrederechtige zu beachten hat. Fest steht, daß der Stuntman, der ohne Mitteilung der Aufnahme fernbleibt und nichts mehr von sich hören läßt, wohl für den Zusatzschaden verantwortlich ist, der daraus resultiert, daß er nicht seine Willensänderung, wann diese auch erfolgt sei, sofort dem Partner mitgeteilt hat. Bei wegen Übermaßes der Bindung zu beanstandenden Verträgen kann Abgehen vom Gesichtspunkt der Gültigkeit und Übergang zu einem Aktionen- bzw. Einrededenken nicht heißen, daß der Einrederechtige sich fristlos und unvermittelt nicht mehr an den Liefervertrag, das Konkurrenzverbot o. dgl. zu halten brauche; sachgerecht ist es wohl in vielen Fällen, eine um Monate oder Jahre vorausgehende Mitteilung zu verlangen, daß die Dauerbindung nicht im vertraglich vorgesehenen Umfang aufrecht erhalten bleiben soll, um Befreiungswirkung eintreten zu lassen.⁸⁷ Bewußt wurde die Frage der "Konstruktion" der hier vorgeschlagenen Lösungen offen gelassen. Es besteht bisher die Neigung, in den vorliegenden Zusammenhängen von "*Kündigung*" zu sprechen. Damit

⁸⁷ Es darf hier festgehalten werden, daß auch bei normativer Betrachtung die "Verhaltenssteuerung" und die Erkennbarmachung der Rechtslage, die auf Geltung oder Nichtgeltung von Verträgen abstellt, nur in einem formellen Sinn verwirklicht wird. Im Falle übermäßiger Bindung bringt die Feststellung der Ungültigkeit des Vertrages nur dann Klärung, wenn wenigstens der eine Partner seinen Willen, den Vertrag nicht einzuhalten, herausstellt. Im Normalfall wird jedoch der Partner des übermäßig Gebundenen, infolge seines Interesses am Vertrag und im Hinblick auf die erwartete Erfüllung, unerachtet objektiv feststellbarer Nichtigkeit diesen Vertrag erfüllen (Bier liefern, die Konkurrenzverbotsentschädigung bezahlen usw.), wobei jederzeit damit gerechnet werden muß, daß der übermäßig Gebundene, sich auf die Vertragsnichtigkeit berufend, der Sache unvermittelt ein Ende setzt. Zu den Nachteilen der normativen Nichtigkeitsdoktrin gehört es gerade, daß sie nicht, ohne sich selber untreu zu werden, im Hinblick auf den "nichtigen" Vertrag eine vorgängige Anzeige des Willens, abzugeben ("*Kündigung*"), fordern kann. Dazu auch das folgende.

wird das Ergebnis sachlich weitgehend zutreffend, wenn auch begrifflich-dogmatisch fragwürdig beschrieben.⁸⁸ Man könnte allenfalls auch daran denken, in Analogie zur Regelung der Willensmängel einen Anfechtungstatbestand anzunehmen, d. h. in den hier besprochenen Fällen von BGB § 138 bzw. ZGB Art. 27 dem vor übermäßiger Bindung Geschützten eine (bloß mit zeitlichem Verzug wirkende) Möglichkeit der Anfechtung des Vertrages zuzugestehen. Beide Lösungen sind "normativ" ausgerichtet, d. h. sie zielen darauf ab, für einen bestimmten Zeitpunkt die Verbindlichkeit (und damit die Gültigkeit) des Vertrages festzuschreiben bzw. auszuschließen. Gegen eine "Normativierung" der Darstellung des Resultates im Rahmen der hier diskutierten Relativierung einer grundsätzlich aktionenrechtlich konzipierten Lösung hat der Schreibende an sich nichts einzuwenden, möchte aber nicht seinerseits Vorschläge unterbreiten, in welche Richtung die Konzessionen an normative Vorstellungen der äußeren Präsentation nach zu gehen hätten. Im Grundsätzlichen bleibt jedoch festzuhalten, daß die hier betrachteten sachlichen Postulate (Klarstellung der Verhältnisse für alle Beteiligten usw.) auch rein aktionenrechtlich verwirklicht werden können: Dem in seiner Freiheit zu Schützenden steht gegenüber Ansprüchen aus dem übermäßig bindenden Vertrag eine Einrede zur Verfügung, die ihrerseits, falls der zu Schützende nicht rechtzeitig die geforderten vorgängigen Mitteilungen gemacht hat, einer entsprechenden Gegeneinrede begegnet, welche die Haupteinrede ganz oder teilweise unwirksam macht.⁸⁹

III. Kein geschlossenes Konzept, vielmehr neue Optik

Es ging hier nicht darum, ein geschlossenes Konzept in einer geschlossenen Fragestellung zu unterbreiten. Vielmehr war zu illustrieren, daß

⁸⁸ Mit "*Kündigung*" wird eine rechtsgeschäftliche Gestaltung der Verhältnisse verstanden, die eine präzise, "positive" rechtliche Grundlage (sei es im Gesetz oder im Vertrag selber) voraussetzt, die in den hier betrachteten Fällen gerade nicht vorliegt.

⁸⁹ "*Einrede*" wird, wie überhaupt in vorliegendem Referat, nicht als prozeßrechtlicher terminus technicus verstanden; gemeint ist das Einnehmen einer zur Klageabweisung führenden Rechtsposition, die in den diskutierten Zusammenhängen durchaus "von Amts wegen" und nicht bloß auf "Einrede hin" (in prozeßrechtlicher Diktion) berücksichtigt werden mag.

unsere heutigen Problemlösungen in verschiedenen Bereichen nicht von Sachüberlegungen, sondern von bestimmten traditionellen Denkstrukturen bestimmt sind. Damit sollte zwar nicht gefordert werden, das ganze Privatrecht neu zu schreiben, wohl aber in bestimmten Teilbereichen (die insgesamt vielleicht bloß marginal sein mögen) die bisherige Betrachtungsweise durch eine neue Optik zu ergänzen und die bisherigen "denkformenbestimmten" Resultate neu zu überdenken.

Die angeführten Beispiele wollen nicht abschließend sein; die Hoffnung des Schreibenden geht dahin, die vorgetragene Beobachtung möge in ganz anderen, von ihm nicht vorausgesehenen Zusammenhängen ebenfalls fruchtbar werden können. Dabei kommt diese Fruchtbarmachung grundsätzlich auf allen Ebenen: *Wissenschaft – Rechtsdarstellung/Unterricht – Rechtsfindung/Rechtssetzung* in Betracht, was wenigstens, zur Ergänzung des bisher Gesagten, mit Bezug auf die letztgenannte noch an einem Beispiel illustriert sei.

Ausgangsproblem ist die Frage des Schicksals eines *Anspruchs auf Unterhalt der geschiedenen Ehefrau* im Falle der Eingebung eines *Konkubinats*. Der Gesetzgeber statuiert ein Erlöschen des Rentenanspruchs im Falle der Wiederverheiratung⁹⁰, behandelt jedoch nicht die Wirkungen der Eingehung einer freien Verbindung. Das schweiz. Bundesgericht hat sich bisher viermal mit dieser Frage zu befassen gehabt und dahin entschieden, daß (unter Voraussetzung, das Konkubinats bietet der Partnerin wirtschaftlich ähnliche Vorteile, wie sie in einer Ehe erwartet werden können) aufgrund des Rechtsmißbrauchsverbots (ZGB Art. 2, entsprechend BGB § 242) der Rentenanspruch entfalle.⁹¹ Hier interessiert nicht die Sachfrage der grundsätzlichen Möglichkeit bzw. der Voraussetzung des Dahinfallens des Rentenanspruchs⁹², vielmehr allein der Umstand, daß das Gericht lediglich das *endgültige* Dahinfallen des Rentenanspruchs infolge der Begründung eines Konkubinats in Betracht zieht, nicht jedoch die andere Möglichkeit, nämlich die *der Suspendierung während der Dauer des Konkubinats*, ernsthaft erwägt. Welche der beiden Lösungen sachlich den Vorzug verdient, ist schwierig zu entscheiden und für den Schreibenden völlig offen. Nicht zweifelhaft kann jedoch sein, daß die Suspendierungs-Variante

⁹⁰ BGB § 1586/I, ZGB Art. 153/I; österr. Ehegesetz, § 75, analoge Problematik im Zusammenhang des "Witwengehaltes" AGBG § 1244.

⁹¹ BGE 104 (1978) II p. 155, 106 (1980) II p. 2, 107 (1981) II 300 E. b. c., 109 (1983) II 190 E. 1.

⁹² Die *deutsche* Praxis scheint ein Infragestellen des Rentenanspruchs der geschiedenen Ehefrau durch Eingehen eines Konkubinats unter dem Gesichtspunkt von § 242 überhaupt abzulehnen; vgl. SCHMIDT in Staudinger, Komm. (12. Aufl.) BGB § 242 N. 1426 (mit Hinweis auf BGH MDR 1980, 212). Die zu BGB § 1579 ergangenen Entscheidungen lassen sich nicht ohne weiteres auf die vorliegende Frage anwenden.

von der Rechtsmißbrauchs-Tradition her an erster Stelle sich anbietet: Rechtsmißbräuchlich ist die Geltendmachung der Beanspruchung der Rente trotz bestehenden Konkubinats, nicht die Existenz des Rentenanspruchs überhaupt. ZGB Art. 2 (wie auch BGB § 242) setzt die Tradition der *exceptio doli* fort und begründet damit *Einredetatbestände* i. w. Sinne. Der Umstand, daß das Gericht in den beiden das Prinzip statuierenden ersten Entscheidungen nur den materiellen Untergang des Rentenanspruchs selber erwägt, das Konkubinat nur als *rechtsvernichtenden Einwendungstatbestand* verstehen kann, läßt sich nicht anders denn durch ein Verhaftetsein in "normativem Denken" erklären, wonach Rentenansprüche bloß entweder bestehen oder nicht bestehen können, während ein Ausschluß der Klagbarkeit bei grundsätzlich weiterdauerndem Anspruch (und dies nur für die Dauer des Konkubinats als des Bestehens der Einrede) gar nicht in Betracht fällt. Auch im Bereich der (hier Gesetzeslücken füllenden) Rechtsschöpfung eine Bestimmung des Ergebnisses nicht durch sachbezogene Erwägungen, sondern unbewußtes Gebundensein an tradierte Denkformen und -gewohnheiten.⁹³

IV. Der historische Gesichtspunkt

Mit dem Referat sollten die Nachteile gezeigt werden, welche aus dem Übergang von einer aktionenrechtlichen Betrachtung zu "normativer" Sicht in der Handhabung praktischer Probleme sich ergeben können. War der Ausgangspunkt ein der Geschichte angehörender Vorgang, der als solcher zuerst irgendwie beschrieben werden mußte (oben par. A), liegt dem Schreibenden nun daran, klarzustellen, daß er, von Hause aus reiner Modernrechtler, nicht den Ehrgeiz haben konnte, die historischen Grundlagen angemessen zu behandeln und abschließend darzustellen.

Die hier berührten, nicht aber behandelten historischen Zusammenhänge würden es verdienen, vom Historiker untersucht zu werden. Für

⁹³ Was sogar auf die Deutung des Rechtsmißbrauchs-Tatbestandes zurückwirkt; als Rechtsmißbrauch wird in der Diktion der genannten BGE nicht die Beanspruchung von Rentenleistungen trotz Konkubinats betrachtet, sondern die Unterlassung des (den Rentenanspruch zum Untergang bringenden) Eheschlusses! – Im Gegensatz zum hier Gesagten hatte im dritten Fall (BGE 107 II 299) die kantonale Vorinstanz, gestützt auf Feststellung der Rechtsmißbräuchlichkeit, auf Suspendierung, nicht Erlöschen der Rente erkannt. Das Bundesgericht, durch seine bisherige Denkhaltung bereits festgelegt, findet nur gerade noch das Argument, daß der Gesetzgeber für den Fall der Wiederverheiratung Erlöschen, nicht Suspendierung der Rente vorsehe. Vgl. im übrigen die kritischen Bemerkungen von R. KEHL-ZELLER in Schweiz. Juristen-Zeitung, 1984, p. 40-44 und von B. SCHNYDER in Zeitschr. des Bern. Juristenvereins, 1983, p. 65 ss. und 1985, p. 84 ss.

den Juristen von Bedeutung muß sein sowohl die Ablösung des vorerst vorherrschenden Denkens in Aktionen und Exceptionen durch ein "normatives" Rechtsverständnis in allen einzelnen Phasen einer Entwicklung, die, von punktuellen Vorboten in der Antike abgesehen, mit der Rezeption einsetzt und dem Erlaß der letzten Privatrechtskodifikationen ihren Abschluß findet, wie auch die Gründe für diese siebenhundertjährige Evolution.

Hier wurde zu zeigen versucht, daß sehr gegenwärtige, ja in die Zukunft weisende praktische Probleme nur einer adäquaten Lösung zugeführt werden können, wenn man nach den *historischen Wurzeln* der an ganz verschiedenen Orten auftauchenden praktischen Schwierigkeiten oder Ungereimtheiten fragt. Die Disziplin "Rechtsgeschichte" unseres Jahrhunderts hat es unterlassen, sich mit den hier angesprochenen Zusammenhängen zu befassen, obgleich deren Bedeutung für die heutige Rechtspraxis nicht zu übersehen ist. Auch hier wird offenkundig, daß die historische Forschung der vergangenen Jahrzehnte, die sich, als Reaktion auf die vorangegangene Epoche, als antiquarisch-historische Richtung verstand, nicht das geleistet hat, was zum Verständnis der Gegenwart für das juristische Publikum hätte geleistet werden müssen.

Das Unterbreiten der hier skizzierten Anregungen ist Ausfluß der umfassenderen Überzeugung, daß das Verständnis der Probleme des Rechts der Gegenwart nicht mehr auf dem Wege weitergetriebener "Textauslegung" der Gesetzbücher gewonnen werden kann. Das Privatrecht ist ein durch seine Entwicklung in allen Fasern bestimmtes geschichtliches Phänomen, weshalb nur die Berücksichtigung der geschichtlichen Dimension das Verständnis seines Wesens ermöglicht, während eine "Auslegung" des als ahistorische Gegebenheit verstandenen Gesetzestextes den Untersuchungsgegenstand "Recht" verfehlt.⁹⁴ Viele der sich stellenden praktischen Rechtsfragen lassen sich gar nicht auf eine Frage der Gesetzesauslegung reduzieren, welche Feststellung wohl für die meisten der vom Schreibenden hier berührten Fragen zutreffen dürfte. Es sollte gezeigt werden, daß eine auf "Gesetzesinterpretation" ausgerichtete Privatrechtswissenschaft weniger Gefahr läuft, interpretierend falsche Ergebnisse zu deduzieren, als aus ihrer am Gesetz orientierten Sicht überhaupt Fragestellungen zu verkennen und Probleme falsch einzuordnen.⁹⁵

⁹⁴ "Interpretation" im eigentlichen Wortsinn, d. h. eine auf Textinhaltsermittlung ausgerichtete Disziplin, ist, als maßgebliche Methode der Rechtsinhaltsermittlung aufgefaßt, heute überholt und nicht mehr zu retten, weil sie die Identität von Recht und Gesetz zur Voraussetzung hat, welche Gleichsetzung heute deutlich genug als unhaltbar erwiesen ist.

⁹⁵ Der hier für das Verständnis der Gegenwart herangezogene historische Bezug hat sein *Gravitationszentrum im Vernunftrecht oder Naturrecht der Aufklärungszeit*. Vorab muß festgehalten werden, daß die Auswirkungen dieser umwälzenden geistesgeschichtlichen Bewegung auf das Privatrecht und die Art, es darzustellen und zu verstehen, mit Bezug auf die einzelnen Institute meist noch der Untersuchung bedürfen; die Feststellung, daß das 17. und 18. Jahrhundert uns die "Kodifikationsidee" vermittelt haben, erklärt noch nicht hinreichend alle praktischen Auswirkungen im Detail; von der Tatsache der Durchkodifizierung des Rechts hinsichtlich des Rechtsverständnisses ganz allgemein und von inhaltlichen gesetzgeberischen Entscheidungen vorerst einmal abstrahiert (Die Tragweite dieser Neuorientierung des Rechtsverständnisses wird schlaglichtartig erhellt, wenn wir einen Blick auf die englischsprachige Welt werfen, deren ganz andere Art, das Recht zu betrachten, zu einem wesentlichen Teil auf das Fehlen der aufklärungsphilosophischen Einflüsse zurückzuführen ist). – Hier

V. Abschließendes zum gewählten Thema

Mit dem hier Vorgetragenen sollte gezeigt werden, daß der Übergang von einem "Aktionendenken" zu einem das materielle Recht vom Verfahrensrecht abkoppelnden "normativen" Rechtsverständnis einen das kontinentale Recht grundlegend bestimmenden Vorgang darstellt, der seinerseits für einige uns gegenwärtig beschäftigende praktische Probleme ursächlich ist. Vorgeschlagen wurde, für bestimmte Teilbereiche, ein Neuüberdenken der Verhältnisse und allenfalls ein Verzicht auf normative Modelle wie den Begriff der "Geltung" bei Verträgen; dies zugunsten einer Rückkehr zu früheren Mechanismen, was z. B. bedeutet, daß vertragliche Schutzmechanismen weniger auf die Infragestellung der Vertragsgeltung i. S. der gegenwärtigen objektiv-normativen Fragestellung ausgerichtet werden als vielmehr auf das Zurverfügungstellen von dem zu Schützenden eröffneten Verteidigungsmöglichkeiten.

In Passau hat der vom Schreibenden gewählte Titel seines Referates beinahe mehr Widerspruch gefunden als dessen Inhalt. Ob die mit ihm verfolgten Anliegen mit dem Ruf "*Für mehr Aktionendenken*" angemessen auf eine Kurzformel gebracht werden, ist offen. Von "*Anspruchsdenken*" (oder "Anspruchs- und "Einrededenken") zu sprechen, wie RUDOLF GMÜR in der Diskussion anregte, ist durchaus erwägenswert, ebenso "konfliktorientiertes" bzw. "streitbezogenes" Denken. Zutreffend bezeichnet die verfolgte Tendenz auch die in privater Anregung vorgeschlagene Formel von THOMAS RAISER, das Vorgetragene als Plädoyer für ein "*pragmatisches Rechtsdenken*" zu bezeichnen.

Wenn schließlich trotz allem der auf "Aktionendenken" bezugnehmende Titel auch für das hier vorgelegte schriftliche Referat beibehalten wurde,

waren nicht auf diese gewaltigen, auf das Ganze gesehen glücklichen Umwälzungen hinzuweisen, vielmehr, in marginalen Bereichen, einige Negativaspekte auszumachen; dies in der Meinung, daß das Erkennen der Ursprünge eines Mißstandes schon dessen halbe Behebung sei.

ist dies einmal durch die Überlegung gerechtfertigt, daß das historische Faktum der Tagung der Zivilrechtslehrer einigermaßen getreulich gespiegelt werden soll, daher selbst eine aus Verlegenheit heraus entstandene und improvisierte Betitelung eines dort gehaltenen Referates beibehalten zu werden verdient. Die gewählte Formel kann sodann aber auch beanspruchen, spezifischer als die vorgeschlagenen, allgemeineren auf den historischen Ursprung der hier angesprochenen Sachprobleme, das Abgehen von überkommenen Denkformen, Bezug zu nehmen. Ich halte an dieser Bezugnahme fest, obwohl ich mir bewußt bin, daß dieser Begriff (oder die Vorstellung "aktionenrechtlich") einerseits mehrdeutig ist, andererseits als Anspielung auf für das antike römische Recht charakteristische Besonderheiten verstanden werden kann, mehr als dies durch vorliegenden Zusammenhang gerechtfertigt ist.

Die Rückbesinnung auf diese Traditionen bleibt selbst angesichts des Umstandes gerechtfertigt, daß das "Aktionendenken" römischer Ausprägung keineswegs zu allen Zeiten im Ergebnis die hier postulierte Betrachtungsweise verwirklicht hat: Die ursprünglich auf Überklagen (*pluris petitio*) stehende Sanktion totaler Klageabweisung und das diese Regel wohl ergänzende Prinzip, daß Exceptionen nur entweder gegen die Klage insgesamt oder dann überhaupt nicht zur Verfügung standen, eine quantitative Abstufung somit auch hier nicht möglich war, führte infolge des Verhaftetseins in Mechanismen des Formularprozesses zu Nachteilen, die den im gegenwärtigen Rechtszustand diagnostizierten durchaus vergleichbar waren.⁹⁶ Diese Epoche zeigt nun aber eine Entwicklung (Ablösung der Sanktion totalen Klageverlusts durch ein System von *Plurispetitions-Strafen*, die im Lauf der Zeit ihrerseits der Abschwächung unterliegen und schließlich ganz verschwinden)⁹⁷, die Vorbild sein könnte für die Evolution, die hier hinsichtlich der Handhabung des heutigen Rechts angeregt wird. Beiden Entwicklungen (derjenigen der Eliminierung der *Plurispetitions-Sanktionen* bereits in der Antike und erneut in zurückliegenden Jahrhunderten, sodann der heute postulierten) ist gemeinsam, daß die Annäherung an das sachlich Angemessene, Gerechte, nur möglich ist, wenn man die Bereitschaft findet, sich von überlieferten Denkkategorien zu lösen.

⁹⁶ Vgl. dazu KASER, *Das Römische Zivilprozeßrecht*, München 1966, p. 194 s., 246 ss., 475 s.; DERS., *Das Römische Privatrecht*, 2. Absch., 2. Aufl. München 1975, p. 337 s.

⁹⁷ Während für das antike römische Recht die Frage der Relativierung der *Plurispetitions-Sanktionen* bzw. der Teilwirkungen von Exceptionen wohl noch weiterer Klärung bedarf, liegt für die Rezeptionszeit die gültige Darstellung dieser von der Alles-oder-Nichts-Folge wegführenden Evolution der kontinentalen Rechtsentwicklung glücklicherweise vor: WOLFGANG WIEGAND, *Plus Petitio*, Berlin 1974.