

---

# Römisches Recht: Dessen gewundene Wege bei seinen Rezipienten

EUGEN BUCHER

## Inhaltsübersicht

Zu Beginn .....	138
I. Kauf I: <i>periculum emptoris</i> „ein Fleck auf dem Ehrenschild“? .....	139
1. Grundsatz und dessen herkömmliche Deutung .....	139
2. Rechtfertigung: Kauf als Marktkauf .....	140
3. Schranken der Marktkauf-Rechtfertigung .....	143
4. Gesetzgebung .....	144
II. Kauf II: Eigentumsübertragung durch Schuldverträge in Frankreich und anderswo .....	145
1. Die französische Neuerung .....	145
2. Der <i>periculum est emptoris</i> -Grundsatz als Anlass .....	146
3. Folgewirkungen .....	148
4. Sonderfall Schweiz .....	148
III. Kauf III: Der Sprung vom Stückkauf zum Gattungskauf .....	150
1. Gegensatz zwischen Stück- und Gattungskauf .....	150
2. Wandel der Kaufobjekte: Sachqualität als möglicher Vertragsinhalt .....	151
3. Aktuelle Konfliktsituation .....	152
IV. Verloren gegangene Quasi-Kontrakte .....	153
1. <i>Culpa in contrahendo</i> , von RUDOLPH VON JHERING .....	154
2. „Faktische Vertragsverhältnisse“ wie gefordert von GÜNTER HAUPT .....	155
3. Vertrauenshaftung .....	156
V. Zwei Seltsamkeiten des BGB .....	157
1. Verzugsauslösende <i>interpellatio</i> nur möglich nach Fälligkeitseintritt (BGB § 284 Abs. 1 bzw. § 286) .....	158
2. Unentgeltlichkeit des Mandats .....	162
VI. Als Gegenstück zur Rechtsübernahme: Verweigerung der Nachfolge .....	165
1. Zum exzeptionellen Phänomen gewollter Nichtübernahme römischer Institutionen .....	165
2. Von den Aktionen zu den subjektiven Rechten .....	166

3. SAVIGNYS Ablehnung des Persönlichkeitsschutzes gemäss  
Dig. 47,10 ..... 167

4. Bedeutung..... 168

Zum Schluss ..... 169

### Zu Beginn

Der Empfänger dieser Festgabe kann auf etwas Einmaliges zurückblicken: Dem Vernehmen nach stellte er in seinen Vorlesungen das römische Recht der Antike in Verbundenheit mit heute geltendem Recht dar, und dabei gelang es ihm, seine Vorlesung zur weitherum beliebtesten zu machen; von einigen wurde sie als „Reisser“ geschildert. So oder anders: Ein seltener Glückszustand gemeinschaftlicher Vermittlung heutigen und vergangenen Rechts!

Der genannte Erfolg lädt dazu ein, an dieser Stelle ebenfalls Vergangenheit und Gegenwart zu betrachten und uns der Verbindung von geschichtlichem Recht mit gegenwärtig gelebtem Recht zuzuwenden. Aber hier soll nicht einmal mehr unternommen werden, unseren kontinentalen Glückszustand zu schildern, ein von Wissenschaft geprägtes und auf der Tradition von Rom der Antike beruhendes Recht zu besitzen (dies im Gegensatz zu den Englischsprachigen, welche allein eine ohne Norm- oder Wissenschaftsbindung entstandene Gerichtspraxis vor sich sehen); derartige Sicht war seit je jene der hiesigen historisch-komparatistischen Doktrin. Wir wählen hier die entgegengesetzte Perspektive: Nicht Beschreibung erfolgreicher Rechtsübernahme und Fortentwicklung, sondern *Aufzeigen von Absonderlichkeiten* bei der Übernahme vorgefundenen Rechts und Sichtbarmachen fragwürdiger Ergebnisse bei der Weiterentwicklung oder Weitergabe des Übernommenen\*.

Das Betrachten fragwürdiger rechtlicher Evolutionen will nicht in Kritik oder gar Schuldzuweisung ausmünden, sondern sucht Verstehen um des Verstehens willen, dies zu besserem Verständnis der Gegenwart. Vorweg ist aber festzuhalten, dass der kritisch-fragestellende Blick sich nur auf die „Rezeption“ bezieht, d.h. auf die Nachwirkungen der römischen Überlieferung in der Neuzeit und bis hinein in unsere Tage, nicht aber auf das römische Recht selber, so wie es in seinen Quellen entgegentritt. Falls in den betrachteten Epochen Dinge geschahen, die zum Anlass von Schwierigkeit, Ungemach oder auch bloss Heiterkeit wurden, liegt der Anlass nicht in den römischen Quellen oder die Verantwortung bei den Männern hinter diesen.

\* Für Mitarbeit danke ich auch an dieser Stelle ADRIAN MÜHLEMATTER, BLaw, Universität Bern.

Der Kauf, lange Zeit der Vertragstypus schlechthin, macht im Folgenden den Anfang, und dies gleich unter drei Gesichtspunkten: Gefahrtragung, dann, damit zusammenhängend, der „konsensuale Eigentumsübergang“ des französischen Code Civil, schliesslich die Veränderung der typischen Kaufobjekte mit dem neu entstehenden „Gattungskauf“ (folgende Ziffern I–III). Daran anschliessend Bemerkungen zu den in den Kodifikationen vergessenen „Quasikontrakten“ und zu zwei Besonderheiten des BGB (Ziffern IV und V). Dabei geht es um Vorgänge der Rechtsnachfolge, um gewollte oder unbewusst praktizierte Kontinuität und Weiterführen von aus der Antike Überkommenem. Aber zum Schluss auch der Gegensatz dazu, d.h. ein Blick auf die Verbindung von Alt und Neu *im Negativen*: Von Wissenschaft oder Gesetzgeber *gewollte Abwendung von romanistischer Tradition* und Schaffung von Neuem, mit der Überlieferung in Widerspruch Stehendem, dies ein Vorgehen, das oft genug notwendig und sinnvoll ist, aber ausnahmsweise sich auch als verfehlt erweisen kann. Es kann nur stellvertretend für manche einer dieser Ausnahmefälle gezeigt werden. Er ist verbunden mit dem Namen SAVIGNYS, bei dem man bewusstes und gewolltes Abgehen von der Vergangenheit am wenigsten erwarten würde, der aber wenigstens im darzulegenden Beispiel solches unternommen hat (Ziff. VI).

## I. Kauf I: *periculum emptoris* „ein Fleck auf dem Ehrenschild“?

### 1. Grundsatz und dessen herkömmliche Deutung

Die Gefahrtragung des Käufers ist, darüber besteht weitherum Einigkeit, heutzutage eine schlechte Sache. Deren Ursprünge liegen im römischen Recht<sup>1</sup>. Zu der Gefahrtragung des Käufers, der *periculum est emptoris*-Regel, welche die Gefahr allein als Folge der Perfizierung des Vertrages übergehen lässt und nicht an die Übergabe der Sache knüpft, kann man etwa lesen: „... ein wahrer Widerspruch zum Wesen des gegenseitigen Vertrags ist es aber, daß nach dem Recht des Corpus juris der Käufer, der nun nichts bekommt, überdies noch den ungeschmäälerten Kaufpreis zu zahlen verpflichtet bleibt“, oder: „Diese dem Symmetriegedanken *periculum–commodum* wider-

<sup>1</sup> *Periculum est emptoris* (Gefahr liegt beim Käufer). Inst. III,23,3: *Cum autem emptio et venditio contracta sit (quod effici diximus, simulatque de pretio convenerit, cum sine scriptura res agitur), periculum rei venditae statim ad emptorem pertinet, tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit.* PAULUS in Dig. 18,6,8 pr.: *Necessario sciendum est, quando perfecta sit emptio: tunc enim sciemus, cuius periculum sit: nam perfecta emptione periculum ad emptorem respiciet.*

Dazu die romanistische Literatur, u.a. R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, 1990 und viele spätere Ausgaben, Chapter 13, Mandatum, besonders Ziff. 2, *The gratuitousness of mandatum*, S. 281 ff.

sprechende und deshalb überraschende Käuferhaftung erklärt sich einfach aus einer Nachwirkung des Barkaufgedankens. Ursprünglich gab es nur den Barkauf ... War es ausnahmsweise einmal anders, so trug eben grundsätzlich der Käufer die Gefahr, der sich auf eine regelwidrig späte Übergabe der Sache ja nicht einzulassen brauchte<sup>2</sup>. Die Doktrin betont das Weiterwirken der Verknüpfung von Vertragskonsens und Eigentumsübergang, welche wenigstens *inter partes* wirkt und den Käufer daher als Eigentümer fingiert<sup>3</sup>. RABEL will die Käufergefahrtragung zu einem Teil vom klassischen Recht wegnehmen und deklariert sie als partiell byzantinischen Ursprungs<sup>4</sup>. Wie er zeigt, geht noch weiter HAYMANN, der u.a. zur Erklärung auch einen *Annahmeverzug* des Käufers oder eine *mora* des Verkäufers erwägt.

Insgesamt herrscht unter Romanisten über diese wie auch immer erklärte Regelung der römischen Quellen Bedauern vor. Bekannt ist die Formel, die Käufergefahrtragung sei ein „Fleck auf dem Ehrenschild des römischen Rechts“. Es wurde aber auch versucht, die Geltung der Regel überhaupt zu bestreiten und sie als Ergebnis von Fehlinterpretation der Quellen zu erweisen, eine nie allgemeine Akzeptanz findende These, die wahrscheinlich nur möglich war, weil die Quellengrundlage dürftig ist, dies, wie der Schreibende vermutet, als Folge der geringen praktischen Bedeutung der Frage infolge Seltenheit des Aufkommens der Problemlage.

## 2. Rechtfertigung: Kauf als Marktkauf

a) Die hier in Grundzügen angedeutete und heute noch nicht verlassene Negativhaltung der romanistischen Doktrin ist nicht leicht zu verstehen. Wenn der praktisch denkende Jurist seine Vorstellungskraft bemüht und das Umfeld dieser Regel bedenkt, erscheint die *periculum emptoris*-Regel als situationsgerecht, ja als die allein mögliche. Der Schreibende findet sich hier in die seltsame Lage versetzt, die römischen Juristen der Antike gegen deren Herabsetzungen seitens der Romanisten unserer Tage in Schutz nehmen zu müssen.

Romanistisches Anfängerwissen ist es, dass das römische Kaufrecht *Sonderrecht des Marktes* ist, geschaffen vom *Aedil* als dem Dirigenten der *Marktpolizei*, dem wir auch die grossartigen Rechtsbehelfe der *Wandelung*

<sup>2</sup> Das erste Zitat ist entnommen RUDOLF SOHM, Institutionen – Geschichte und System des römischen Rechts, 17. Aufl., 1923 (hier zit. Ausgabe 1931, § 71/3), S. 427, das zweite JÖRS/KUNKEL/WENGER, Römisches Recht, 4. Aufl. bearbeitet von HONSELL/MAYER-MALY/SELB, 1987, S. 310.

<sup>3</sup> Was die Behauptung faktischer Infragestellung der Unterscheidung von Verpflichtung und Verfügung impliziert. Die Verbindung von Vertragsschluss mit imaginärer Sachübergabe wird uns noch bei der Eigentums-Translativwirkung des Kaufs im F/CC interessieren; folgende Ziff. II.

<sup>4</sup> ERNST RABEL, Gefahrtragung beim Kauf, in: SZ, Romanistische Abteilung 42 (1921), S. 543–564; hier zit. RABEL, Gesammelte Aufsätze, Bd. IV, S. 354–371, zu Beginn bis S. 356.

und *Minderung* verdanken, die sich nicht aus Vertragsverletzung ableiten lassen, sondern *ex lege* gewährt werden und für den Stückkauf bis heute wegweisende Einrichtungen sind. Der Marktplatz, genauer gesagt das *forum Romanum*, der Nabel der damaligen Welt, ist die Staffage, vor welcher die Entwicklung des Kaufs zu betrachten ist<sup>5</sup>. Das *römische Kaufrecht* ist das *Recht des Marktkaufs*; weshalb die entstehende *periculum emptoris*-Regel auf etwas anderes bezogen sei als auf die Geschäfte abgewickelt auf dem Markt, hat bisher niemand erklärt. Auf dem Markt ist der Verkäufer immer zur Erfüllung bereit, denn nur wer eine Sache sofort loswerden will, schafft sie von auswärts her auf den Markt. Der Aufschub sofortiger Abwicklung, welcher erst die hier besprochene Problematik aufbringt, ist vom *Käufer veranlasst*. Der prävalierende Anlass des Aufschubs muss nicht weit gesucht werden: Der Kaufsinteressent hat das für sofortige Geschäftsabwicklung erforderliche Geld nicht in der Tasche, und der Verkäufer keinen Grund, dem hergelaufenen, ihm unbekanntem Marktbesucher Kredit zu machen.

b) Der Verzicht auf die sofortige Abwicklung hat für den *Verkäufer* lauter *Nachteile*, so dass die Vereinbarung derartigen Aufschubs denn auch selten gewesen sein wird: Der Verkäufer darf am Markttag nicht mehr verkaufen, auch wenn ein sofort und vielleicht auch mehr zahlender Interessent auftauchen würde, er muss die Sache (etwa Sklaven, Pferde oder Ochsen) weiter unter Kontrolle behalten und sie nach Marktschluss an sein Domizil zurückschaffen, dies ungeachtet der auf dem Wege vielleicht drohenden Räuber oder sonstigen Ungemachs; zu Hause muss er die Sache zur Verfügung des Käufers halten oder, noch schlimmer, sie am nächsten Termin wiederum auf den Markt bringen, all dies belastet von der Ungewissheit, ob der Käufer überhaupt noch einmal auftauchen wird.

Angesichts der eindeutigen Zuordnung des Aufkommens des Risikos, dessen Verwirklichung erst die Anwendung der Regel auslöst, und mit Blick auf die bei Vertragsschluss von vornherein einseitige Verteilung der Vor- und Nachteile, kann sinnvolle Regel allein dahin gehen, die Nachteile denjenigen tragen zu lassen, der durch sein Fordern von marktplatzwidriger Geschäfts-

<sup>5</sup> *Forum* ein Wort, dessen Wortstamm Assoziationen weckt, welche nicht gerade die ganze indogermanische Sprachfamilie, wohl aber die griechisch-lateinischen und germanischen Bereiche sprachgeschichtlich vereint. Zu Sinn kommen die deutsche *Bahre*, aber dazu gleich auch die englische *bar* und der *barrister*, unsere *Eimer* und *Zuber*: *b* und *f* sind bekanntlich austauschbar (der lateinische *pater* ist unser *Vater*) und überall der Kern *fer* oder *ber*. So kommt das *forum* als der Ort, wohin man die Waren zum Verkauf hinschleppt, von *ferre* (tragen), wie vermutlich das *ferre* auch in *furtum*, dem „Forttragen“ steckt. Auch die *Bahre* ist zum Tragen da, sie ist ein Träger oder Balken, der auch Schranke sein kann: Daher das englische *bar* als Gerichtsschranke, der *barrister* der Gerichtsschränker. Der *Eimer* in alt-herkömmlicher Holzkonstruktion ist ein Behältnis, bei dem bloss eines der Holzelemente zu einem Träger verlängert ist (*ein-bar*); demgegenüber hat der etwas größere *Zuber* deren zwei (*zū-* oder *zwi-bar*); so noch zur Jugendzeit des Schreibenden der wichtige, in allen Waschküchen vorhandene hölzerne *Waschzuber*.

abwicklung Anlass der schliesslich aufkommenden Problemlage ist. Und abwegig wäre es, denjenigen mit Gefahr zu belasten, der aus der zugestandenen schemawidrigen Abwicklung von vornherein nur Ärger, niemals aber Vorteile zu erwarten hat.

c) Die *Argumente* der auf die Frage bezogenen *romanistischen Literatur* erweisen sich auch bei bloss flüchtiger Betrachtung als seltsam: Nirgends auch nur am Rande ein Eingehen auf die Marktkauf-Situation, wohl aber Erwägungen, welche in diesem Umfeld sinnlos sind. So das bereits genannte Beklagen eines Verstosses gegen die Regel, dass das *periculum* dorthin gehöre, wo auch das *commodum* sei; dies ein erstaunlicher Vorwurf, wo doch der exzeptionelle Aufschub der Abwicklung nur zu einem *commodum* des Käufers, niemals aber einem solchen des Verkäufers werden kann. Seltsam auch das Unterstellen, dass die Initiative zur Lieferverzögerung beim Verkäufer liege, heisst es doch für den Käufer, dass dieser sich auf „eine regelwidrige späte Übergabe der Sache nicht einzulassen brauchte.“ Abwegig die als Erklärung anscheinend erwogene Fiktion eines *Annahmeverzugs* des Käufers bzw. einer *mora* des Verkäufers, wo doch beide bei Vertragsschluss den Aufschub der Abwicklung vereinbaren.

d) Unsere Bewunderung der römischen Juristen und des von ihnen entwickelten Rechts ist mehr als in allem Sonstigen vorab in der Feststellung begründet, dass in einer fast eintausendjährigen Evolution die sachlich geforderten Fortschritte entgegen den bis dahin als herrschend geltenden Regeln immer durchgesetzt werden konnten, dies keineswegs immer gestützt auf saubere Begründung, sondern oft mit gewagten Umdeutungen, an die wohl die Umdeutenden selber nicht immer ganz zu glauben vermochten: Allenthalben *Vorrang des sachlich Gebotenen* vor den normativen Zwängen überlieferten Rechtsbrauchs. Wenn nun die romanistische Lehre zur Erklärung der (in ihrem Verständnis zutreffend als verfehlt bezeichneten) *periculum emptoris*-Regel das Verhaftetsein der damaligen Juristenschaft in überlebten Vorstellungen („Modell des Barkaufs“ usw.) anführt, liegt darin eine *Herabsetzung* der damals Verantwortlichen, die in dieser Frage entgegen dem sonst Geleisteten plötzlich versagt haben sollen, d.h. sich nicht von überkommenen Atavismen trennen konnten. Der Bezug zum Barkauf ist zwar auch hier vorhanden, aber aus anderem Grunde als dem ihnen angelasteten. Das zur Diskussion stehende Geschäft wird wie ein Bargeschäft behandelt, nicht infolge Bindung an dieses Modell, sondern weil diese Lösung als situationsgerecht gesehen wird. Man behandelt den Zahlungsaufschub fordernden und damit die Risiko-Situation schaffenden Käufer so, wie wenn er sich marktkonform verhalten, d.h. bar bezahlt und die Ware ohne Verzögerung abgenommen hätte.

### 3. Schranken der Marktkauf-Rechtfertigung

a) Ist die *periculum est emptoris*-Regel gefordert für den Kauf auf dem Marktplatz, kommt diese Rechtfertigung dann zu einem Ende, wenn der regelbestimmende Normal-Kauf nicht mehr jener des Marktplatzes ist, sondern sich von diesem Hintergrund löst; was die Sachlogik für die Käufe geschlossen auf dem Markt fordert, gilt nicht für solche vereinbart unter anderen Voraussetzungen. Die oben vorgetragene Kritik der herkömmlichen Abqualifizierung der *periculum emptoris*-Regel seitens der Doktrin bezieht sich allein auf deren Entstehung in der *kaufvertraglichen Urzeit des Marktkaufs*, wo die entgegengesetzte Lösung von der Sachlogik her gesehen noch ausgeschlossen war.

b) Das Gesagte würde eigentlich zur Forderung zweier unterschiedlicher Kaufrechte führen, das eine geltend für Verträge geschlossen auf dem Markt, das andere für die übrigen. Der Schreibende hat keine Kenntnis dahingehender Forderungen, und ebenso wenig von früheren oder heute noch bestehenden Kaufrechtsordnungen mit derartiger Doppelspur. Das fordert eine Erklärung.

Vorab die Feststellung, dass vergleichbare Beziehungen zwischen den Parteien wie auf dem Markt auch ausserhalb desselben bestehen können: So mag es gelegentlich vorkommen, dass der Eigner einer Sache diese loswerden möchte und auch einen Kaufinteressenten findet, der indessen nicht sofort abwickeln kann oder will, aber viel wahrscheinlicher ist das Gegenteil. Verbreitet war seit je der *Kauf mit aufgeschobener Zahlung*, eine Erscheinung von elementarer Bedeutung und ausserhalb des Marktes viel häufiger als dort<sup>6</sup>. Derartige Kreditgeschäfte kommen typischerweise nicht auf einem Markt zustande, haben aber mit dem dort geschlossenen bindenden Kaufvertrag mit aufgeschobener Abwicklung vieles gemein, und das eine kann ins andere übergehen: Der beabsichtigte Kreditkauf wird infolge nicht erbringbarer Sicherung zu einem Kauf mit aufgeschobener Abwicklung, der letztere wird zu einem Kreditkauf, wenn dem Käufer das Beibringen einer Sicherheit gelingt usw.

c) Dieser Hintergrund mag die fehlende Neigung der Juristen wie des Publikums erklären, zweierlei Regelungen für den Kauf herauszubilden; das „Urmodell“ des Rechts des Marktkaufs wird zur Ordnung des Kaufs schlechthin. Wie die ursprünglich nur auf dem Markt vom *Aedil* unter marktpolizeilichen Gesichtspunkten gewährten Rechtsbehelfe der *actio redhibitoria* und der *actio quanti minoris* als Wandelung und Minderung unvermittelt Geltung auch ausserhalb des Marktes erhalten, wird auch die dort gewachsene *periculum*

<sup>6</sup> Der Kreditkauf reicht weit zurück und war fast schon in der Prähistorie und bereits vor dem Aufkommen von Schuldverträgen Anlass des Entstehens von Sicherungsgeschäften (Pfandbestellung, Bürgschaft).

*est emptoris*-Regel allenthalben übernommen. Im Lauf der Jahrhunderte wird die Käufergefahrtragung zusammen mit Wandelung und Minderung vom Ursprung des Marktes abgekoppelt, in diesem Verständnis petrifiziert und der Nachwelt überliefert. Wo sie überhaupt überlebt und weiterwirkt, wird sie ohne „Hinterfragung“ als undiskutierbares *fatum* bis in unsere Tage hinein weitergereicht. Einmal mehr sehen wir: *Vernunft wird Unsinn, Wohltat Plage*. – An die romanistische Lehre geht das Ersuchen, ihre Kritik, wenn solche denn sein muss, allein gegen das *Weiterführen* der *periculum emptoris*-Regel ausserhalb der Marktkaufsituation zu richten, aber auf der anderen Seite anzuerkennen, dass zur Zeit des *Aufkommens* der Käufergefahrtragung allein diese Sinn machte.

#### 4. Gesetzgebung

Die modernen *Gesetzgeber* haben meist die *periculum est emptoris*-Regel ohne weiteres fallen lassen, dies allerdings mit Ausnahme der gleich zu nennenden folgenreichen entgegengesetzten Lösung des *französischen Code Civil* (F/CC) von 1804 (Ziff. II).

a) Bereits das *Allgemeine Preussische Landrecht* (ALR) von 1794 verabschiedet sich von der Käufer-Gefahrtragung; ALR I, 11 § 95 lautet: „So lange der Verkäufer dem Käufer die Sache noch nicht übergeben hat, bleibt ... Gefahr und Schade dem Verkäufer zur Last.“ Das *österreichische ABGB* von 1811 übernimmt die *Käufergefahr-Regelung* ebenfalls nicht; so die Wirkung der Verweisung auf den Tauschvertrag in § 1064.

Das *deutsche Handelsgesetzbuch* der Fünfzigerjahre (später ADHGB) setzt unausgesprochen für den Gefahrübergang Sachübergabe voraus, was nur indirekt der Präzisierung von Art. 45 zu entnehmen ist, wonach die dieser gleichgestellte „Übergabe der Ware an den Spediteur oder Frachtführer“ Gefahrübergang auslöst. Der *Entwurf eines BGB für das Königreich Bayern* von 1861 gibt die Käufer-Gefahrtragung auf; Art. 282 Abs. 1 lautet: „Die Gefahr des zufälligen Unterganges ... der gekauften Sache geht mit der Uebertragung des Besitzes auf den Käufer über“; allein das *BGB für das Königreich Sachsen* von 1865 macht eine Ausnahme (Beibehaltung der Käufer-Gefahrtragung in Art. 866). Im *Dresdener Entwurf eines Obligationenrechts* von 1866 bleibt die Gefahr bis zur Sachübergabe ebenfalls beim Verkäufer (Art. 426 Abs. 1; Art. 430 enthält eine ähnliche Präzisierung wie ADHGB 345 für Versendung). Dies dann schliesslich auch die Lösung des BGB des Jahres 1900 (§ 446 Abs. 1 Satz 1: „Mit der Übergabe der verkauften Sache geht die Gefahr des zufälligen Unterganges und einer zufälligen Verschlechterung auf den Käufer über“).



b) So nur teilweise die Entwicklung im Gebiet der *Schweiz*: Ein „*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für den Kanton Aargau*“ von 1852 sagt in § 675: „Nutzen und Schaden beginnen für den Käufer mit der Uebergabe, wenn nichts anderes bedungen ist.“ Zurückhaltender aber das *Zürcher Privatrechtliche Gesetzbuch* (PGB von 1855) von BLUNTSCHLI, das *nach geschlossenem Vertrag* den Käufer mit der Preisgefahr belastet, sobald „die Sache so zur Verfügung des Käufers steht, daß dieser sie beliebig zur Hand nehmen kann“ (§ 1438). Ähnlich auch § 1067 des Civilgesetzbuches des Kantons *Solothurn* des gleichen Jahres. Die französischsprachige Schweiz stand in der Tradition Frankreichs, wo eine Sondersituation entstand, welche auch in der Schweiz Wirkung entfaltete (dazu folgende Ziff. II, für die Schweiz Ziff. 4).

## **II. Kauf II: Eigentumsübertragung durch Schuldverträge in Frankreich und anderswo**

Eigentumsübergang an Sachen wird im europäischen Raum und weit darüber hinaus grundsätzlich als Folge von *zwei Schritten* verstanden: Vorab als Grundlage der Abschluss des *schuldrechtlichen Vertrags* (Kauf oder Schenkung), und darauf beruhend die Bewirkung des Eigentumsübergangs durch *Sachübergabe* (bei Fahrnis) oder Einweisung in die Sache bei Grundstücken (symbolische Handlungen, Eintragung in Register u. dgl.). Aber auch diese Regel kennt Ausnahmen.

### **1. Die französische Neuerung**

Eine überraschende Neuorientierung brachte der *französische Code Civil* des Jahres 1804 (F/CC): Er lässt Eigentumsübergang bereits mit dem ersten Schritt, dem konsensualen Akt des Abschlusses eines auf Eigentumsübertragung gerichteten Vertrages eintreten. So sagt F/CC Art. 711: „*La propriété des biens s'acquiert et se transmet ... par l'effet des obligations*“; weitere Bestimmungen dazu in den Artikeln 938, 1138 und 1583.

Der damit eingeführte sog. *konsensuale Eigentumsübergang* hatte kaum Vorbilder und insbesondere auch keine Grundlage in der französischen Rechtsüberlieferung, die, wie die übrigen Privatrechtsordnungen, Eigentum erst bei Sachübergabe übergehen liess. Verbreitet wurde und wird angenommen, dass das aufklärerische Frankreich damit den Forderungen der Rechtstheoretiker gefolgt sei; man denkt vorab an HUGO GROTIUS (1583–1645), SAMUEL PUFENDORF (1632–1694), CHRISTIAN THOMASIVS (1655–1728) und JEAN-JACQUES BURLAMAQUI (1694–1748). Diese Annahme lässt sich durch

nichts belegen; die genannten Autoren wurden von den mit der Vorbereitung des Code Civil Betrauten nie zitiert<sup>7</sup>.

Die Doktrin zum französischen Zivilrecht hatte von den genannten Theoretikern ebenfalls keine sichtbare Notiz genommen, vertrat vielmehr die herkömmliche Auffassung und machte den Eigentumsübergang vom Übergang des Kaufobjekts auf den Käufer abhängig. Hier zu nennen die einflussreichsten: ANTOINE LOYSEL (1536–1617) und sein Kommentator EUSÈBE DE LAURIÈRE (1659–1728), dann JEAN DOMAT (1625–1696), der Autor des Werkes „Les Loix Civiles dans leur ordre naturel, le Droit public, et Legum delectus“, oder FRANÇOIS BOURJON (gest. 1751) mit seiner für den F/CC wegweisenden Darstellung des Rechts der Coutumes, und schliesslich ROBERT-JOSEPH POTHIER (1699–1772), der das Obligationenrecht des Code Civil mehr als jeder andere beeinflusst. Diese älteren Autoren wie aber auch die Zeitgenossen der Gesetzesentstehung rütteln nicht am Grundsatz geforderter Sachübergabe. Dies blieb so bis hinein in das *Comité de législation*, das in seinen beiden ersten Entwürfen des Jahres 1793 noch allein die *tradition*, nicht aber *obligations* oder *contrats* als Eigentumserwerbsgründe nennt: „*La propriété s'acquiert, Par l'occupation, Par l'accession, Par la tradition, Par la donation, Par la succession, Par la prescription*“ (Art. 88), wobei *donation* offenkundig als Handschenkung verstanden wird. Dies bleibt auch noch so im dritten Entwurf des Jahres 1796<sup>8</sup>. Erst in der letzten Phase tauchte das Konzept der bis heute geltenden Regel auf, dies im *Entwurf des Jahres 1800*, der schliesslich mit vergleichsweise geringen Änderungen 1804 Gesetz wurde.

## 2. Der *periculum est emptoris*-Grundsatz als Anlass

Der schliesslich gesetzestbestimmende Entwurf von 1800 war binnen weniger Monate ausgearbeitet worden, dies von einer aus vier Mitgliedern bestehenden Kommission: TRONCHET, PORTALIS, BIGOT DE PRÉAMENEU und MALEVILLE, die alle vorangegangenen Vorarbeiten unbeachtet beiseite liessen.

<sup>7</sup> Zu dieser Frage mit Literaturhinweisen BUCHER, Eigentums-Translativwirkung von Schuldverträgen: Das „Woher“ und „Wohin“ dieses Modells des Code Civil, ZEuP 1998, S. 615–669 [www.eugenbucher.ch; Nr. 69].

<sup>8</sup> Der letzte Vorentwurf war das in Paris im „an cinquième“ (1797) veröffentlichte *Projet de Code Civil* von Cambacérès. Der oben im Text zitierte Art. 88 des zweiten Entwurfs wurde wörtlich übernommen als Art. 506. Im Übrigen hält dieser Entwurf wie auch die übrigen der genannten Autoren an der Käufer-Gefahrtragung fest, so Art. 847: „*Aussi-tôt que la vente est parfaite, la chose vendue est aux risques de l'acheteur, quoiqu'elle ne lui ait pas encore été livrée*“ (dieser Text ist wörtlich übernommen aus POTHIER, Contrat de Vente, N. 307). Und besonders wichtig ist der explizite Ausschluss dessen, was heute als „Gattungskauf“ gilt, d.h. das Festschreiben der Regel, dass vor Identifizierung der Kaufobjekte kein Vertrag zustande kommt und der Vertragsschluss bis zur Aussonderung aufgeschoben bleibt (Art. 838: „*Lorsqu'on vend au poids, au compte ou à la mesure, la vente n'est point parfaite que la marchandise ne soit pesée, comptée ou mesurée*“). Genau entgegengesetzt der schliessliche Gesetzestext (F/CC Art. 1585).

Über deren Verhandlungen ist so gut wie nichts bekannt, und die nachfolgenden Debatten (Vorträge der *Commission* vor dem *Conseil d'Etat* in den Jahren 1803 und 1804 und dortige Diskussion) geben keine Erklärung der grundlegenden Neuerung. Die Frage, weshalb die vier Verantwortlichen die schliesslich Gesetz gewordene Lösung entwickelt und in ihren Entwurf aufgenommen haben, bleibt ohne Antwort. Wir sind auf Vermutungen verwiesen.

Aber der Hintergrund der Ausrichtung damaliger Doktrin und des Habitus des F/CC gibt deutliche Hinweise: Er zeigt, dass nur die *periculum emptoris*-Regel Ursache der Neufassung der Sachübereignung gewesen sein kann. Vorab ist zu bedenken, dass alle schuldrechtsbezogenen Bestimmungen von enger Bindung an die romanistische Tradition zeugen: Der F/CC, der gerne als ein vergleichsweise wenig vom römischen Recht beeinflusstes, viel eher germanischen, allenfalls keltischen Lokaltraditionen verpflichtetes Werk dargestellt wird, ist im hier betrachteten Bereich „super-romanistisch“ (was sich etwa darin zeigt, dass wenigstens oberflächlich die römische Regel *alteri stipulari nemo potest* aufrecht blieb<sup>9</sup>). So wurde denn auch die *periculum emptoris*-Regel als selbstverständlich hingenommen. Sie galt als bedeutsame Institution, wurde in der Literatur betont und herausgestellt, seltsamerweise aber kaum je kritisiert oder gar deren Abschaffung (d.h. Nichtherübernahme in das geplante Gesetz) gefordert. Allfällige Kritik war durch Systemüberlegung veranlasst und beschränkt auf die Feststellung, dass sie der traditionellen Regel des *casus sentit dominus* („Schicksalsschläge spürt der Eigentümer“) zuwiderlaufe.

Alles spricht für die Annahme, dass die vier Väter des Gesetzesentwurfs von 1800, der den Eigentumsübergang kraft geschlossenen Schuldvertrags festschreibt, aber mit keinem Wort die damit bewirkte Käufer-Gefahrtragung erwähnt, damit nichts anderes beabsichtigten als das Ergebnis der *Weiterführung der bisherigen Gefahrtragungsregel*. Allem Anschein nach wurde die Einkleidung des Gefahrübergangs in den Eigentumsübergang verstanden als modernisierte Umschreibung einer uralten Regel, diese Neufassung empfohlen durch die Beseitigung des oft beklagten Auseinanderfallens von Eigentum und Gefahrtragung, all dies aber ohne Wille und ohne Bewusstsein, damit die Eigentumsübertragung im Grundsätzlichen zu verändern und sie wie auch das Kaufrecht mit Problemen zu belasten.

<sup>9</sup> Sachzwänge forderten Stellvertretung, und solche (*procuratio*) wurde zwar eingeführt, aber nicht als selbständige und für sich stehende Regel, sondern versteckt im Mandatsrechts (F/CC Art. 1984–2010), wo sie in der Antike in dieser Form nicht bestand.

### 3. Folgewirkungen

a) Das vom F/CC neugeschaffene Modell des „konsensualen Eigentumsübergangs“ wird nur von wenigen der nachfolgenden Kodifikationen übernommen. Es steht für die meisten deutschsprachigen Juristen ausser Frage, dass die Regel des F/CC eine lange Reihe von Problemen schafft: Die Bestimmung der Rechtslage beim Verkauf einer bei Vertragsschluss noch nicht dem Verkäufer gehörenden Sache, oder gar einer noch nicht bestehenden, vom Verkäufer erst herzustellenen Sache, sind zwei davon. Probleme, welche juristische Argumentation herausfordern und daher auch von manchen Juristen geliebt werden, was aber die Regelung des Gesetzes nicht zu rechtfertigen vermag.

Die *Distanzierung* von diesem Modell wurde eingeleitet in Lateinamerika: Zuerst der Código Civil von *Chile* (1855) des bedeutenden ANDRÉS BELLO, der aber immerhin die *periculum emptoris*-Regel beibehielt. Demgegenüber haben die Nachfolgekodifikationen von *Argentinien* (1870; Art. 577) und *Brasilien* (1917; Art. 1127) wie auch der wegleitende Entwurf von TEIXEIRA DE FREITAS (1860–1864; Art. 901) und ihnen folgend viele weitere sich auch von der Käufer-Gefahrtragung verabschiedet<sup>10</sup>.

b) Es gibt Ausnahmen von dieser allgemeinen Tendenz. In Lateinamerika gehört dazu der Código Civil von *Mexico* (1932; Art. 2014), jener von *Venezuela* (Fassung von 1972; Art. 796) und von *Paraguay* (1987; Art. 1966). In Europa haben sich *Italien* (1944; Art. 922, 1376) und *Portugal* (1966; Art. 1316, Art. 408) in dieser Richtung bewegt. Aber hier ist für uns bedeutender (und folgenreich) die *Lage in der Schweiz*: In *Genf* galt weitgehend der französische Code Civil, und im *Kanton Waadt* wurde im Jahre 1820 ein *Code Civil du Canton de Vaud* durch den Grand Conseil verabschiedet, dessen Art. 1113 Abs. 1 im Titel *De la vente* lautete: „*La propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée, ni le prix payé*“ (dies eine etwas verkürzte Fassung von F/CC Art. 1583).

### 4. Sonderfall Schweiz

a) Anders nun aber das schweizerische Obligationenrecht des Jahres 1881/83. Der Eigentumsübergang bleibt zwar wie sonst überall ausserhalb des F/CC und seinen obgenannten Nachfolgern geknüpft an Sachübergabe. Aber anders als überall sonst begegnen wir in Art. 204 Abs. 1 wiederum unserer *periculum est emptoris*-Regel: „Sofern nicht besondere Verhältnisse oder Verabredungen eine Ausnahme begründen, gehen Nutzen und Gefahr der Sache mit

<sup>10</sup> Dazu BUCHER, Zu Europa gehört auch Lateinamerika, ZEuP 2003, S. 515–547 [www.eugenbucher.ch; Nr. 91].

dem Abschlusse des Veräußerungsvertrages auf den Erwerber über ...“, welche Formel denn auch zum Art. 185 Abs. 1 des heute geltenden OR von 1912 wird. Woher das? Weshalb dieser Sonderweg?

b) In den Kantonen *Waadt* und *Genf* galt die Regel des F/CC, und auch MUNZINGER hatte sich in seinen Entwürfen zugunsten des Systems des F/CC entschieden<sup>11</sup>. In der deutschen Schweiz überwog demgegenüber Ablehnung (so denn auch die deutschsprachigen kantonalen Gesetze: Zivilgesetzbuch des Kantons Aargau, § 508, *Solothurn* §§ 735/6 und *Zürich* Art. 646). Die schliesslich Gesetz gewordene Lösung ist ein *Kompromiss zwischen den beiden Auffassungen*. Die Käufergefahrtragung war für diejenigen, welche sich mit dem Eigentumsübergang kraft Kaufvertrags nicht abfinden konnten, immer noch besser, d.h. ein *Minus* gegenüber dem Eigentumsübergang kraft Vertragsschlusses, und die Anhänger des französischen Code Civil fanden in ihr die Rettung dessen wichtigsten Elementes, nämlich jenes, welches überhaupt Anlass der dortigen Lösung gewesen war<sup>12</sup>.

c) Wer noch Zweifel haben konnte, dass die Entscheidung der vier Redaktoren des F/CC letztlich allein veranlasst war durch den Wunsch, die in Frankreich damals unangefochtene Käufer-Gefahrtragung in moderne Form zu bringen, wird vielleicht überzeugt vom Vorgang, wie er sich in der Schweiz in spiegelbildlicher Umkehrung und entgegengesetzter Richtung abgespielt hat<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> Das alte Obligationenrecht wie auch alle vorangehenden Entwürfe und deren Begründung durch den massgeblichen Redaktor MUNZINGER (1840–1873) sind jetzt greifbar bei URS FASEL, Handels- und obligationenrechtliche Materialien, Bern 2000.

<sup>12</sup> An der Auffassung MUNZINGERS halten nach seinem Tod (1873) auch noch fest die Entwürfe von 1875 und 1877 (dort Art. 202 ff.). Die genannte Kompromisslösung findet sich erst in der Botschaft des Bundesrates von 1879 zu aOR Art. 220 (a.a.O. S. 1249 ff.); dies wohl als Folge der Kommissionsberatungen im Mai Juli 1879. Die Lösung des aOR ist vorbereitet durch das Zürcher PGB von 1855, dessen § 646 Eigentumswerb an Besitzübergabe knüpft, dagegen in § 1438 eine Käufergefahrtragung statuiert – Aus der Literatur etwa ALFRED MEILI, Die Entstehung des schweizerischen Kaufrechts, Diss. 1976, besonders § 10, S. 42 ff.; ANDREAS RÖTHLISBERGER, Traditionsprinzip und Konsensprinzip bei der Mobilienübergang, Diss. 1982.

<sup>13</sup> Allerdings ist dies eine längst vergangene Geschichte. Wenn der Schreibende die in der französischsprachigen Schweiz vorherrschenden Auffassungen richtig deutet, wird dort nicht viel anders als in der deutschen Schweiz Art. 185 Abs. 1 als überholt und verfehlt betrachtet. Eine Gesetzesänderung ist nicht vordringlich, wird doch die Regel nur in Ausnahmefällen überhaupt angewendet. Im grossen Publikum ist sie unbekannt und wird bei den gängigen Konsumgeschäften auch niemals angewendet; wer als Verkäufer im Geschäft bleiben will, kann sich nicht Praktiken erlauben, die vom Publikum nicht verstanden werden und keine Akzeptanz finden.

### III. Kauf III: Der Sprung vom Stückkauf zum Gattungskauf

#### 1. Gegensatz zwischen Stück- und Gattungskauf

a) Der Kauf des römischen Rechts und bis vor kurzen der Kauf schlechthin war immer allein der *Stückkauf*. Der „Gattungskauf“, der als Erfindung des 19. Jahrhunderts ihm gegenübertritt und ihn konkurrenziert, ist eine neue Erscheinung. Das Gegenübertreten dieser beiden gegensätzlichen Vertragstypen ist eine vorrangige Problematik im aktuellen Kaufrecht, die jedoch noch nicht erkannt ist; erst recht lässt das geforderte Umdenken auf sich warten.

b) Auf dem *Markt Roms* waren die wertvolleren Marktobjekte nichtvertretbare Unikate wie Sklaven, Pferde, Grossvieh, Wagen oder kostbare Möbelstücke (etwa die sprichwörtliche *mensa argentea*). Vertretbare Massenware gab es weniger als heute: Oliven oder deren Öl, Wein oder Essig, Äpfel oder Birnen waren schon fast alles. Auch die Massenware wurde regelmässig in *Portionen* angeboten und gekauft: Eine Amphore Öl, ein Sack Oliven usw. Wagen war kompliziert, Waagen nicht überall vorhanden und wenig vertrauenswürdig; man traute lieber seinem Augenmass. Vor der Ausscheidung aller von einem Kaufgeschäft erfassten Waren bestand mangels Bestimmtheit des Kaufobjekts kein Vertrag; die Regel von Art. 838 des Entwurfs von *Cambacérès* (Fn. 8) geht auf Rom zurück; Gattungskäufe im heutigen Sinne sind nicht nur nicht normiert, sondern werden für vertretbare, gattungsfähige Kaufobjekte explizit ausgeschlossen: Kein Kaufvertrag vor vollzogener Aussonderung des bloss gattungsmässig bestimmten Kaufgegenstandes.

c) Ganz anders die *heutige Lage*: Unikate kommen immer noch vor, sind aber bei Fahrniskauf Ausnahmen: Kunstobjekte und Sammlerstücke; Auto-Occasionen machen wohl den grössten Posten aus. Alle mechanisch nach Einheitsmassen abgepackte Konsumware, alle Fertigprodukte sind innerhalb der gleichen Sorte austauschbar und werden nicht individualisiert gehandelt. Die *Grenzen des Gattungskaufs* werden verwischt: Auch wer im Kaufdokument für seinen Computer oder seinen Neuwagen Nummern vermerkt findet: Auswahl des Kaufgegenstandes und Vertragskonsens waren meist auf den Typus bezogen; die Individualisierung durch den Verkäufer ist zufällig und im Streitfalle daher wohl meist unbeachtlich. Auch das *Merkmal Gattung* löst sich auf; der Englischsprachige sieht hier die Sache präziser: Er spricht von *Sale by description*, und das Bestehen von „Gattung“ (*genus*) ist für ihn be-

deutungslos, massgeblich allein die *Bestimmung des Kaufgegenstandes durch Beschrieb*<sup>14</sup>.

## 2. Wandel der Kaufobjekte: Sachqualität als möglicher Vertragsinhalt

a) Das unmerkliche Herauswachsen des neuen Typus der *Sale by description* gegenüber dem Stückkauf römischer Herkunft hat die beiden Dinge vermischt: Klare Aussonderung des einen vom andern wäre gefordert. Es droht in Vergessenheit zu geraten, dass Sachmängel herkömmlich zwar Gewährleistung auslösen (die *actiones redhibitoriae aut quanti minoris*), deshalb aber seitens des Verkäufers keine Vertragspflicht der Mangelfreiheit besteht: Die Sache muss im Zustand wie gegeben bei Vertragsschluss geliefert werden und dürfte nicht einmal, auch wenn dies möglich wäre, gebessert werden<sup>15</sup>. Diese traditionelle Regel schafft klare Verhältnisse und dient der Rechtssicherheit.

Der Hintergrund dieser Regel war die Unwahrscheinlichkeit, dass Mängel überhaupt gebessert werden können, sei dies vor oder nach Vertragsschluss: Weder unartige Sklaven noch hinkende Pferde können von ihren Schwächen befreit werden; bei Konsumware und allen Naturprodukten fällt dies ohnehin ausser Betracht; Anlass der traditionell ausgeschlossenen Verkäuferpflicht der Leistung mangelfreier Ware ist *technologischer Fatalismus*.

b) Das alles wurde langsam aber sicher vom *Wandel ins genaue Gegenteil* erfasst: Beim *Stückkauf* lassen sich anders als früher die gehandelten Einzelstücke (Auto-Occasionen!) vielfach verbessern und Qualitätsmängel beseitigen; der technologische Fatalismus verliert an Berechtigung. Beim neu aufkommenden *Gattungskauf* ist die Sachqualität von vornherein Vertragspflicht. Vor uns ist ein „Verkauf nach Beschrieb“, bei dem *Qualität zur Verkäuferpflicht* wird und Lieferung mangelhafter Sache eine *Vertragsverletzung* darstellt: Sind Naturprodukte geschuldet, muss der Verkäufer so lange suchen, bis er die geschuldete Qualität gefunden hat; bei den technisch gefertigten Massenprodukten kann der Verkäufer bzw. dessen Produzent mit entsprechendem technischen Aufwand jegliche versprochene Qualität verwirklichen. Ist die angebotene Sache mangelhaft (d.h. nicht vertragskonform), darf sie sachgerechterweise sofort zurückgewiesen werden, dies anders als beim Stückkauf, bei welchem das gekaufte Stück ungeachtet inzwischen erkannter

<sup>14</sup> So bleibt die Bestellung einer Maschine nach genauen technischen Angaben vertraglich dasselbe, mag der Lieferant ein Unikat herstellen oder eine Serie produzieren und damit ein *genus* schaffen.

<sup>15</sup> Dies die allgemeine Regel, und so explizit der *französische Code Civil* in Art. 1614 al. 1: „*La chose doit être délivrée en l'état où elle se trouve au moment de la vente.*“

Mängel grundsätzlich entgegengenommen werden muss und der Käufer auf die *actio redhibitoria* verwiesen bleibt.

### 3. Aktuelle Konfliktsituation

a) Das Kaufrecht der modernen Kodifikationen war bei deren Entstehung und ist meist auch heute noch auf den *Stückkauf* ausgerichtet, und dieser folgte und folgt immer noch dem Modell des römischen Rechts. Aber die heutzutage überwiegende „Machbarkeit“ der Kaufobjekte reicht einige Zeit zurück, und mit dem Verschwinden des technologischen Fatalismus gewinnt auch die Anschauung Oberhand, dass der Verkäufer die Pflicht zu Mangelfreiheit trage.

b) Das *Wiener Kaufrecht*<sup>16</sup>, dessen Anwendung praktisch auf Gattungskäufe beschränkt ist, verzichtet nicht ohne Grund auf die herkömmlichen Behelfe von Wandelung und Minderung, macht vielmehr Mangelfreiheit (d.h. Vertragskonformität) der Ware zur zentralen Vertragspflicht, und bei deren Verletzung treten die üblichen Folgen ein (Schadenersatz, unter besonderen Voraussetzungen Nachlieferung, ganz ausnahmsweise auch Rücktritt, im Ergebnis dann der Wandelung nahekommend). Nach diesem Schema enthält ein Kaufvertrag eine *Erfolgsgarantie*: Der Verkäufer sichert dem Käufer den Erhalt der vertragskonformen Sache zu; man kann einen Tatbestand des *praestare* erkennen, eine Art der Verpflichtung, wie sie die Kodifikationen hauptsächlich nur beim *Werkvertrag* kennen. Das WKR hebt denn auch zutreffend den Gegensatz von Kauf- und Werkvertrag auf (der nach herkömmlichem Kaufrecht regelmässig Abgrenzungsprobleme schafft): Eine nach Spezifikation des Käufers und auf dessen Verlangen hergestellte Maschine wird, anders als oft nach den nationalen Kodifikationen, nicht von Regeln des Werkvertrages erfasst, sondern gleich wie sonstiges Kaufgut behandelt.

c) Die Entscheidung, ob nationales Kaufrecht (meist jenes des Verkäufers) oder aber WKR anzuwenden sei, mag gelegentlich nicht einfach sein. Aber nicht dies ist hier zu vermerken, sondern vielmehr der *Druck auf die Handhabung des traditionellen Kaufrechts*. Dieses besteht in den nationalen Rechtsordnungen meist wie bisher nach römischem Muster weiter, ist aber mit der Forderung konfrontiert, auch hier die Sachqualität bzw. Mangelfreiheit der Sache zur Vertragspflicht zu erheben. Kann neben die Behelfe der Wandelung oder Minderung auch Schadenersatzanspruch des Käufers hinzutreten? Umschreibt die Zusicherung bestimmter Eigenschaften lediglich die geschul-

<sup>16</sup> „Wiener Kaufrecht“ („WKR“): Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf vom 11. 4. 1980 (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, „CISG“). Dem Übereinkommen ist eine grosse Mehrzahl der Nationen beigetreten; die USA gehören ebenfalls dazu, England steht jedoch abseits.



dete Sachqualität (und damit den Umfang der Sachmängelgewährleistung), oder liegt in der Zusicherung ein zum Kaufvertrag hinzutretendes *Garantieversprechen* i.S. einer Vertragspflicht zur Mangelfreiheit mit vertraglichen Nichterfüllungsfolgen (Schadenersatz, allenfalls Anspruch auf Mangelbeseitigung o. dgl.)? Die sich stellenden Fragen klar einzuordnen, fällt nicht immer leicht; Antworten zu finden, welche nicht einem generellen Schema folgen, sondern fallweise angemessen sind, ist noch schwieriger. Es kann sich hier nicht darum handeln, die gegenwärtige Handhabung der aufkommenden Fragen auch bloss für ein einzelnes Land darzustellen; Hinweis auf die Problemlage muss genügen.

#### IV. Verloren gegangene Quasi-Kontrakte

Die modernen Kodifikationen des Obligationenrechts kennen gemeinhin Obligationen entstehend aus *Vertrag* und solche aus *Delikt*, zu denen noch traditionell als Nebenposten hinzutreten *condictio* und *negotiorum gestio*, die ungerechtfertigte Bereicherung und die Geschäftsführung ohne Auftrag<sup>17</sup>. Diese Systembildung geht zurück auf die Institutionen des GAIUS 3,88 (2. Jahrhundert): ... *omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*. In Dig. 44,7,1 pr. wird das noch amplifiziert: *Obligaciones aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris*. Die letztere Ausweitung, die Erwähnung der Quasikontrakte und Quasidelikte als mögliche Entstehungsgründe von Obligationen, ist übernommen worden von den Institutionen IUSTINIANS (III,13,2). Aber gerade diese Erweiterung ist es, welche in keiner der modernen Kodifikationen gefunden wird: Es bleibt dort bei den Entstehungsgründen Vertrag und Delikt, diese erweitert durch die beiden genannten Nebenpositionen, und die gesetzliche Regelung wird allenthalben präsentiert als ein *geschlossenes System*, das keine Erweiterung erlaubt<sup>18</sup>. Wir wissen es: Unsere Privatrechtskodifikationen haben uns mancherlei Vorteile gebracht, aber auch unausweichlich ebenso Simplifizierung und Verlust von Differenzierung. Einen solchen Verlust haben wir hier vor uns.

Auf die Dauer werden derartige Verluste nicht hingenommen, und so waren es denn auch drei Figuren, die sich neben die kodifizierten Obligationenentstehungsgründe drängten und heute Beachtung fordern. Diese drei extrale-

<sup>17</sup> Dazu BUCHER, Vertrauenshaftung: Was? Woher? Wohin?, in: FORSTMOSER et al. (Hrsg.), Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis, Festschrift für Hans Peter Walter, Bern 2005, S. 231–262 [www.eugenbucher.ch; Nr. 89].

<sup>18</sup> Hier wenigstens in einer Fussnote hinzuweisen auf den erst beim Korrekturenlesen erschienen grundlegenden Aufsatz von R. ZIMMERMANN, Römisches Recht und europäische Kultur, in: Juristenzeitung 2007, S. 1–12; etwa zum Verhältnis zwischen Vertrag und Delikt S. 4.

galen *causae obligationum* führen allerdings derzeit noch eine prekäre Existenz und sind hier, wenn auch nicht abschliessend zu behandeln, so doch der Vollständigkeit halber in Erinnerung zu bringen: Vorab die beiden seit langem bekannten, d.h. die *Culpa in contrahendo* und die „faktischen Vertragsverhältnisse“ („FVV“), daneben tritt neuerdings hinzu die sog. *Vertrauenshaftung*, welche letztere nur mittelbaren Bezug zum römischen Recht hat.

## 1. *Culpa in contrahendo*, von RUDOLPH VON JHERING

a) Im Jahre 1861 stellte RUDOLPH VON JHERING sein Postulat vor, es seien anzuerkennen Obligationen entstanden aus Verschulden bei Vertragsschluss (*culpa in contrahendo*, heute meist bloss *CIC*)<sup>19</sup>. Sein Hauptbeispiel bestand in der Irrtumsanfechtung seitens des fahrlässig Irrenden, der dem vertragslos bleibenden oder werdenden Partner Schadenersatz leisten soll. Es muss festgehalten werden, dass JHERING keineswegs, wie oft angenommen wird, behauptet, eine Eigenerfindung geleistet zu haben. Er beruft sich vielmehr auf *römische Quellen* (so vorab Dig. 18,1,62,1 und Inst. 3,23,5; Verkauf von *extra commercium* stehender sakraler Liegenschaft, Verkauf eines Freien als Sklaven), so gut wie er auch das *Allgemeine Preussische Landrecht* (ALR I, 4 § 79) als Vorläufer nennt.

b) In der Schweiz nahm MUNZINGER bei seinen Entwürfen dieses Postulat sofort auf<sup>20</sup> und ging sogar über Jhering hinaus; auf seinen Entwürfen beruhen heute im OR die Irrtumsanfechtung, Art. 26, darüber hinaus auch die Art. 31 Abs. 3 und Art. 39 Abs. 3. Später folgt ZGB Art. 411 Abs. 2.

c) Das BGB des Jahres 1900 führte keine den Absichten JHERINGS entsprechende Regelung ein (dazu BUCHER, zit. Fn. 17). Neben ausbleibender gesetzlicher Verankerung der *CIC* sind für *Deutschland* die folgenden Absonderlichkeiten zu vermerken.

d) In der deutschen *Doktrin* fand JHERING verbreitete Zustimmung. Im Jahre 1911 (ein halbes Jahrhundert nach JHERINGS Aufsatz) traf das Reichsgericht den sog. *Linoleumrollen-Entscheid*, der in der Sicht der deutschen Autoren meist als eine Anwendung und damit Anerkennung der *CIC*-Regelung gedeutet wurde, obwohl weder das Gericht sich auf JHERING berief noch der zu entscheidende Tatbestand JHERINGS Beispielen entspricht<sup>21</sup>. Angesichts prä-

<sup>19</sup> JHERING, *Culpa in contrahendo* – oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen, in: (Jherings) *Jahrbücher für Dogmatik*, Bd. 4, Jena 1861 S. 1–112.

<sup>20</sup> MUNZINGER bereits in seinem Entwurf von 1869; Art. 147 (zit. bei FASEL, Fn. 11; S. 519).

<sup>21</sup> Die in RGZ 78, 239 gesprochene Entschädigung ging an eine Kaufsinteressentin, welche bei Besichtigung von Linoleumrollen durch solche, die umstürzten, verletzt worden war. Weder war ein Vertrag geschlossen noch auch bloss über einen solchen verhandelt worden, und von *culpa* konnte auch nicht gesprochen werden. In der Sicht des Schreibenden lag

sumierter höchstrichterlicher Anerkennung erlangte fortan das *culpa in contrahendo*-Argument erhebliche praktische Bedeutung, dies aber höchstens nebenbei bezogen auf JHERINGS Beispiel der Entschädigung für Nichtverwirklichung vertraglicher Absprachen (die ohnehin vergleichsweise selten praktische Bedeutung erlangen). Die *culpa in contrahendo* wurde vielmehr zum *Auffangbecken* für alle denkbaren *extralegalen Obligationsentstehungsgründe* (d.h. die im Folgenden zu nennenden „FFV“ und die Vertrauenshaftung). Die Zuordnung zu *CIC* genoss Vorzug gegenüber den Übrigen, da höchstrichterlich anerkannt und damit doktrинeller Anfechtung entzogen.

## 2. „Faktische Vertragsverhältnisse“ wie gefordert von GÜNTER HAUPT

a) GÜNTER HAUPT führte das Konzept der von ihm „faktische Vertragsverhältnisse“ genannten Erscheinungen (hier auch „FVV“) in die wissenschaftliche Diskussion ein: Der Flugzeuglenker, der dem Flugplatzhalter eine Landegebühr zu entrichten hat, auch wenn kein Vertragsschluss vorausgeht, ebenso der entdeckte Schwarzfahrer den Fahrpreis<sup>22</sup>. Diese Folgerung und HAUPTS darauf bezogenes Postulat ist sachlich gerechtfertigt. Im Übrigen wurde aber das Anliegen so schlecht als nur möglich präsentiert: Bereits die Namensgebung ist verfehlt (Verträge als solche können nicht „faktisch“ sein, daher hier immer Anführungszeichen); die Fakten (Landung, Schwarzfahrt) lösen nach HAUPT *Verträge* aus, während sie richtigerweise als unmittelbar schuldbe gründend betrachtet werden müssten. Weiterhin will HAUPT auch Bahn- und Busfahrten, Wasser- und Strombezug auf „FVV“ zurückführen, während bei derartigen öffentlichen Dienstleistungen Verträge im Sinne des Privatrechts ohnehin nicht vorliegen.

b) HAUPT hat selbst in höchstrichterlicher Rechtsprechung Gefolgschaft gefunden. Der sog. „Parkplatzentscheid“ (BGHZ 21 S. 319 ff., besonders S. 333) erklärt eine Parkgebühr als geschuldet, obgleich der Parkierende von vornherein Bezahlung abgelehnt hatte. In der Doktrin kamen alle denkbaren Positionen zu HAUPTS These der „FVV“ bzw. zu dieser Entscheidung auf, so neben Zustimmung (diese auch unter Vorbehalte gestellt) auch Ablehnung. Letztere war (und ist) oft genug nicht sach-, sondern *argumentbezogen*, d.h. es werden die Argumente abgelehnt, dies ohne Erwägen der von HAUPT aufgezeigten Sachproblematik. HAUPTS Vorbringen herabzusetzen fällt denn auch nicht schwer; die Konstruktion eines Vertragsschlusses beim Schwarzfahrer, der alles unternimmt, einen Vertragsschluss zu vermeiden, ist in der

<sup>22</sup> zwar nicht ein Anwendungsfall der *CIC* im Sinne JHERINGS vor, wohl aber ein klassischer Fall der *Vertrauenshaftung* (dazu folgende Ziff. 3).  
GÜNTER HAUPT; Über faktische Vertragsverhältnisse (Antrittsvorlesung 1941 an der Universität Leipzig), publiziert in: FS für Heinrich Siber, Leipzig 1943, S. 1–37.

Tat absurd. Wer HAUPTS „FVV“ bloss als „Recht des Busfahrens“ bezeichnet und sonst nichts zu sagen weiss, demonstriert vielleicht Witz, aber gewiss Blindheit für echte Sachprobleme, welche in der Tat bestehen und eine Lösung fordern. Heute enthalten sich viele Autoren einer Stellungnahme oder sind ablehnend. In der Rechtswirklichkeit wird aber das Konzept HAUPTS, soweit begründet, auf weiten Strecken verwirklicht, dies auch oft verdeckt oder unter Anrufung des *CIC*-Arguments<sup>23</sup>.

c) Neben den von HAUPT genannten Fällen ist insbesondere der Tatbestand aufschlussreich und bedeutsam, welchen das schweizerische Bundesgericht im Jahre 1984 (BGE 110 II 245) zu beurteilen hatte: Ein formnichtiger Abzahlungskauf über ein Automobil wird vom Käufer drei Jahre und fünf Monate später angefochten und die geleisteten Zahlungen zurückgefordert, dies ein an sich möglicher Standpunkt; dem Verkäufer wird jedoch eine verrechenbare *Gegenforderung* für die Benützung des Wagens zuerkannt, dies gestützt auf die *théorie du contrat de fait*, für welche sachlich gerechtfertigte und notwendige Entscheidung eine andere Begründung nicht zu finden wäre. Seither ist das Argument der „FVV“ Bestandteil der schweizerischen Gerichtspraxis.

d) Auch hier, bei „faktischen Vertragsverhältnissen“, besteht der *Bezug zum römischen Recht*: Es war CANNATA, der zu dem Thema Grundlegendes ausführte. Er demonstriert, dass bereits die römischen Quasi-Kontrakte derartige Situationen zufriedenstellend abdeckten<sup>24</sup>. Auch in der Rezeption war das Thema präsent: Bei CANNATA erfährt man, dass sogar HAUPTS Namengebung vorweggenommen wurde, so von JOHANNES VOET (1647–1713), der in seinem *Commentarius ad Pandectas* zu Dig. 44,7 n. 5 schreibt: „*Quasi contractus sunt praesumptae conventiones, ex quibus mediante facto valida nascitur obligatio*“ (von diesem Autor wird aus Fakten nicht etwa, wie bei HAUPT, die Entstehung eines Vertrags, sondern zutreffend unmittelbar die Obligation selber abgeleitet). Von diesem historischen Hintergrund hat weder HAUPT noch irgendeiner seiner Kritiker eine Ahnung. Der einzige in dieser Sache weiterführende Aufsatz, jener von CANNATA, findet sich in der deutschen Literatur zu den „FVV“ nicht zitiert.

### 3. Vertrauenshaftung

Am Anfang des Konzepts der Vertrauenshaftung als eines eigenständigen Obligationsentstehungsgrundes steht das *schweizerische Bundesgericht*, das

<sup>23</sup> Dazu Dokumentation bei P. LAMBRECHT, Die Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis, Tübingen 1994; dazu Besprechung von BUCHER, Zum Thema „faktische Vertragsverhältnisse“, ZEuP 1994, S. 715–722 [www.eugenbucher.ch; Nr. 65].

<sup>24</sup> CARLO AUGUSTO CANNATA, Das faktische Vertragsverhältnis oder die ewige Wiederkehr des Gleichen, in: *Studia et Documenta Historiae et Iuris* 53, 1987, S. 297 ff.

im sog. *Swissair*-Entscheid des Jahres 1994 (BGE 120 II 331) den Terminus verwendet<sup>25</sup>.

„Vertrauenshaftung“ ist seit langem geläufig, um die Vertragshaftung ihm Rahmen des „negativen Interesses“ zu umschreiben<sup>26</sup>. Der Obligationsentstehungsgrund i.S. der heutigen schweizerischen Judikatur und Doktrin geht über das Genannte hinaus, ist nicht deutend-deskriptiv, sondern *normativ*. Er erfasst den unmittelbaren faktischen Schadenseintritt, der den Verletzten deshalb trifft, weil er auf Abwesenheit der eingetretenen Risiken vertraute: So der *Swissair*-Entscheid des Bundesgerichts wie auch der (richtig verstandene) *Linoleumteppich*-Entscheid des Reichsgerichts (RGZ 78, 239).

Bezüge zum römischen Recht bestehen bloss indirekt. Der Linoleumrollen-Entscheid des Reichsgerichts wurde von der Doktrin meist der *Culpa in contrahendo*-Lehre JHERINGS zugeordnet, welche u.a. auch romanistische Überlieferung hinter sich hat. Dies gilt auch für die *Werkeigentümerhaftung* (bei richtigem Verständnis setzt diese ein Vertrauen des Betroffenen auf die Abwesenheit von Gefahr voraus; Haftung entfällt, wenn der Betroffene bei Schadenseintritt nicht auf Risiko-Abwesenheit vertrauen durfte); die *ruina* war ein im Rom bekanntes und verbreitetes Phänomen. In Richtung der Werkeigentümerhaftung und der heutigen Vertrauenshaftung weist aber vor allem die in der Spätzeit entwickelte (und in der Rezeption stark beachtete) *actio de deiectis et effusis*: Der Haus- oder Wohnungseigentümer trägt eine quasideliktische Haftung für Schaden verursacht durch aus oberen Stockwerken Hinausgeworfenes und Hinausgegossenes, was aber gewiss nur soweit galt, als der Betroffene derartiges nach den Umständen nicht voraussehen konnte.

## V. Zwei Seltsamkeiten des BGB

Das deutsche bürgerliche Gesetzbuch (BGB) wie verabschiedet 1896 und in Kraft getreten am 1. 1. 1900 enthält viel Bedeutsames, Herkömmliches wie auch Neues. Angesichts vorliegender Fragestellung darf uns nicht dies beschäftigen, sondern vorkommende abwegige Neuerungen. Im Folgenden zwei solche. Diese betreffen allerdings einmal einen ganz belanglosen und sodann einen bloss nebengeordneten Punkt.

<sup>25</sup> Dazu BUCHER, Was man aus einem Fall von „Putativ-Vertrauenshaftung“ lernen kann, recht 2001, S. 65 ff. [www.eugenbucher.ch; Nr. 76]. DERS., Fn. 18 [www.eugenbucher.ch; Nr. 89].

<sup>26</sup> Dazu E. RABEL, Der sogenannte Vertrauensschaden im schweizerischen Recht, ZSR 27/1908, S. 291 ff. (= Gesammelte Aufsätze, Bd. I, Tübingen 1965, S. 147–177.). In diesem Zusammenhang auch C. W. CANARIS, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, München 1971. Der Autor weist auf Vorläufer hin, so etwa H. EICHLER, Die Rechtslehre vom Vertrauen, Tübingen 1950.

## 1. Verzugsauslösende *interpellatio* nur möglich nach Fälligkeitseintritt (BGB § 284 Abs. 1 bzw. § 286)

a) Die Verzugsvoraussetzung, das Requisite der *mora*, ist eine wohlthätige Einrichtung und spiegelt *mediterrane Lebenskultur*: Man sitzt gern zusammen und macht dabei auch Geschäfte, wobei nicht selten ungeklärt bleibt, ob bloss Zukunftsprojekte erwogen oder doch schon feste Abmachungen getroffen wurden. Und selbst wenn Letzteres gilt, ist vielleicht am folgenden Tag der gestrige Eifer dahin, und einer oder beide der Kommensalen denken, wenn der andere nicht auf die Sache zurückkommt, soll's auch recht sein. Dies der Hintergrund des Requisites der *interpellatio*: Verzugsfolgen treten nur ein, wenn der auf Verzug sich Berufende vorangehend hinreichend zum Ausdruck gebracht hatte, dass es ihm bei der getroffenen Abmachung ernst ist<sup>27</sup>.

b) Das deutsche BGB besitzt zur Inverzugsetzung eine Regel, welche im Ausland keine Entsprechung kennt und daher Interesse verdient<sup>28</sup>:

§ 284 Abs. 1 Satz 1 BGB (und ebenso BGB 2002 § 286):

„Leistet der Schuldner auf eine Mahnung des Gläubigers nicht, die nach dem Eintritt der Fälligkeit erfolgt, so kommt er durch die Mahnung in Verzug.“

Diese Regel ist überraschend, weil die *interpellatio*, d.h. die verzugsauslösende Mahnung, erst *nach* dem Eintritt der Fälligkeit ausgesprochen werden kann, und daher, wenn vorher erklärt, wirkungslos bleibt. Eine Rechtfertigung dieser Voraussetzung ist nicht zu erkennen, denn sie beschwert den Gläubiger, ohne aber dem Schuldner zu dienen: Dieser hat, wenn er schon der Angelegenheit nicht die gehörige Aufmerksamkeit geschenkt haben sollte, alles Interesse, möglichst im Voraus orientiert zu sein, d.h. nicht erst im Moment des infolge der Mahnung sofort eintretenden Verzugs. Hinweise zum Aufkommen dieser Norm, allerdings nicht Argumente zu deren sachlichen Rechtfertigung, können wir im historischen Rückblick finden.

c) Am Anfang steht ein Text von MARCIAN in Dig. 22,1,32 pr.: *Mora fieri intellegitur non ex re, sed ex persona, id est, si interpellatus oportuno loco non solverit*. Die *mora ex re* braucht uns nicht zu interessieren (damit gemeint feste Fristvereinbarung; *dies interpellat pro homine*), es geht hier um Mahnung *ex persona*. Uns beschäftigt die Voraussetzung des Verzugseintritts: *si*

<sup>27</sup> Inverzugsetzung kann dann entbehrt werden, wenn bereits zu Beginn ein fixes Datum der Leistungserbringung verabredet war (in zehn Tagen ab heute, spätestens Ende kommenden Monats o. dgl.), was Ernsthaftigkeit der Verabredung bedeutet (diesfalls die Regel *dies interpellat pro homine*). Zu vage wäre „im kommenden Herbst“ o. dgl.

<sup>28</sup> Das Thema wurde andernorts einlässlich behandelt, hier daher nur ein knapper Hinweis. BUCHER, Verzugsauslösende Mahnung: Warum Voraussetzung der Fälligkeit der Forderung?, in: R. GEIMER (Hrsg.), Wege zur Globalisierung des Rechts: Festschrift für Rolf A. Schütze zum 65. Geburtstag, München 1999, S. 163–174 [www.eugenbucher.ch; Nr. 73].

*interpellatus oportuno loco non solverit*, d.h. „wenn der Gemahnte am gehörigen Orte nicht erfüllt haben wird“. Unklar bleibt, ob *oportuno loco* sich auf die Mahnung oder die Erfüllung beziehen soll (was aber, wie wir schliesslich sehen werden, ohne Bedeutung ist, da beide Lesarten gleichzeitig gemeint sind). Die Glossatoren beziehen *oportuno loco* auf die Mahnung und nicht auf die Erfüllung, sodann ersetzen sie *oportunus* (ohne erkennbaren Grund) durch *congruus*. In vorliegendem Zusammenhang ist indessen entscheidend, dass sie nicht bloss Mahnung am rechten Ort, sondern auch zur *rechten Zeit* fordern: Die Bezugnahme auf *locus* wird von AZO (gestorben ca. 1230) ergänzt mit jener auf *tempus*: In dessen Summa (lib. II, § 34) heisst es: „... *mora fit ... vel per litis conte ... vel per eius cui debetur nunciationem congruo loco et tempore factam ...*“.

d) Die weitere Entwicklung, d.h. die Äusserungen von ACCURSIUS, CARPZOV, BRUNNEMANN und weiterer sind hier nicht darzulegen (dazu BUCHER, Fn. 28). Hier immerhin zu nennen zwei späte Pandektisten: Nach WINDSCHEIDS Pandekten<sup>29</sup> „ist es nicht erforderlich, daß die Mahnung an dem Leistungsorte oder zu der Leistungszeit selbst erfolge.“ Aber in Fn. 4 heisst es dann: „Dies wird nicht allgemein anerkannt, und namentlich nicht was die Zeit der Mahnung angeht. Aber es folgt aus dem Begriff der Mahnung, und ein Gegenbeweis aus den Quellen kann nicht geführt werden.“ Unter Hinweisen auf die MARCIAN-Stelle sowie Dig. 45,1,49,3 vertritt WINDSCHEID die Auffassung, dass die Quellen *interpellatio* dahin verstehen, „daß Leistung gerade an dem Orte und zu der Zeit der Mahnung verlangt werde“. Präzisierend fügt er bei: „ihr Sinn ist doch der, daß die Mahnung ungültig sei – nicht wenn sie an einem unpassenden Ort erfolge, sondern – wenn sie an einem unpassenden Orte Leistung verlange.“ Für WINDSCHEID steht der MARCIAN-Text (*oportuno loco*) im Vordergrund, weniger der Zusatz von AZO (*oportuno tempore*), der im BGB sichtbar wird. – Anders HEINRICH DERNBURG<sup>30</sup>, der sich auf Forderung der Mahnung „an passendem Orte und zu passender Zeit“ bezieht und zum letzteren Punkt zutreffend (und die BGB-Lösung verwerfend) schreibt: „Eine vor der Fälligkeit der Schuld eingehende Mahnung, laut deren der Schuldner nach der Fälligkeit zahlen soll, muß aber genügen“<sup>31</sup>.

e) Die *Materialien des BGB* geben keinen Aufschluss über die Beweggründe des Gesetzgebers. Der BGB-Entwurf von 1888 sah in § 245 Abs. 1 in leicht anderer Fassung bereits die heutige Lösung vor. Die amtliche Ausgabe der Motive zum Entwurf sagt im Zusammenhang des Schuldnerverzuges nichts

<sup>29</sup> WINDSCHEID, Pandekten, 9. Aufl., § 279, S. 143.

<sup>30</sup> DERNBURG, Pandekten, Bd. 2, 5. Aufl. 1897, § 40 und Fn. 5 und 6.

<sup>31</sup> DERNBURG, a.a.O., Fn. 6. So auch noch die späteren, von PAUL SOKOLOWSKI besorgten Auflagen, z.B. Bd. II, 8. Aufl. 1912, § 297, S. 627.

weiter als: „Ueber die Zeit der Mahnung ist nichts weiter bestimmt, als daß sie wirksam erst nach der Fälligkeit erfolgen kann“<sup>32</sup>.

Die Regel von § 245 (Entwurf 1888) hat nun allerdings im Dresdener Entwurf Art. 283 Abs. 1 einen Vorläufer, der lautete: „Der Schuldner kommt in Verzug, wenn er seine Verbindlichkeit, nachdem solche fällig geworden und ihm darauf eine Mahnung von dem Gläubiger zugegangen ist, aus Verschuldung nicht erfüllt“<sup>33</sup>.

f) Die obigen Hinweise auf die romanistische Überlieferung illustrieren die Zufälligkeit der Entstehung der heute geltenden Formel, vor allem aber fehlendes historisches Verständnis der Legislatoren. Denn diese verkennen, dass im alten Rom wie auch zu Zeiten des AZO die *interpellatio* in aller Regel vom Gläubiger selber und direkt ausgesprochen wurde und auf *sofortige Leistung* ging: Wenn sich Gläubiger und Schuldner schon persönlich gegenüberstehen, ist sofortiges Fordern der Leistung angesichts damaliger Kommunikations- und Transportmöglichkeiten der statistische Normalfall der *interpellatio*. Die Zweideutigkeit des *oportuno loco* des MARCIAN-Textes ist in Kauf genommener Doppelsinn und bezieht sich auf *interpellatus* wie auch *solverit*, weil beides zusammenfällt, und sinnvoll ist AZOS Präzisierung durch Beifügen der Forderung der Rechtzeitigkeit (*oportuno tempore*), obwohl sie nicht mehr bedeutet als die bereits im Begriff der Fälligkeit enthaltene Selbstverständlichkeit, dass vor Fälligkeitseintritt kein Leistenmüssen besteht und nicht sofortige Erfüllung gefordert werden kann. Ein Ausschluss der vor Fälligkeit auf späteren Zeitpunkt hin abgegebenen Mahnungserklärung lässt sich aus der Textstelle nicht ableiten.

g) Ob die Redaktoren des *Dresdener Entwurfs* wirklich das wollten, was man dessen Art. 283 Abs. 1 entnehmen muss, ist fraglich. Zur Beratung stand in der 65. Sitzung (12. 9. 1863) folgender Text (dieser dort noch Art. 284!): „Die Mahnung kann gerichtlich und außergerichtlich geschehen. Als gerichtlich geschehen ist eine Mahnung anzusehen, sobald der Schuldner von der wegen der Forderung gegen ihn erhobenen Klage benachrichtigt worden ist“<sup>34</sup>. Die Debatte drehte sich allein um die Frage der *Anerkennung gerichtlicher Vorkehren* als Inverzugsetzung, d.h. um einen Punkt, der weder in der schliesslichen Fassung des Dresdener Entwurfs (Art. 283 Abs. 1, zit. oben) noch in BGB § 284 bzw. 286 eine Rolle spielt.

<sup>32</sup> Bd. II, § 245, S. 59; hier zit. nach der 2. Aufl. 1896.

<sup>33</sup> Man beachte, dass dieser Text nicht zwingend eine vor Fälligkeit ausgesprochene Mahnung als unwirksam erklärt, sondern vielleicht unbedacht auf die Voraussetzung abstützt, vor Fälligkeit werde der Gläubiger ohnehin keinen Anlass zur Mahnung sehen.

<sup>34</sup> Die obigen Angaben sind entnommen: *Protocolle der Commission zur Ausarbeitung eines allgemeinen deutschen Obligationenrechtes*, Bd. 2, Dresden 1864 (hier zit. Reprint W. SCHUBERT (Hrsg.), Frankfurt am Main 1984) S. 877–879.



Wie es schliesslich zum finalen Text von Art. 283 des Entwurfs 1866 kam, konnte den Protokollen mit vertretbarem Aufwand nicht entnommen werden, spielt aber auch keine Rolle. Die Grundlage der Auseinandersetzung (Klageerhebung als Mahnung) erklärt das Aufkommen der Voraussetzung der Fälligkeit, ist diese doch bezogen auf die Klage selbstverständlich und wird erst ausserhalb dieses Zusammenhangs, d.h. bei der privaten aussergerichtlichen Mahnung zum Ärgernis. Wenn wir annehmen, dass die Regel des BGB auf Art. 283 Abs. 1 des Dresdener Entwurfs zurückgeht, haben wir eine Erklärung, wenn auch keine Rechtfertigung.

h) Was ist aus dem Gesagten zu folgern? An sich würde der ursprünglich gerechtfertigte Fälligkeitsbezug (*oportuno tempore*) bei AZO ungeachtet des später folgenden Rechtfertigungsverlusts das gedankenlose Herübernehmen in das BGB zu erklären vermögen, denn im 19. Jahrhundert waren nicht bloss bei WINDSCHEID und DERNBURG so weit zurückreichende Bezugnahmen noch gängig; indirekten Rückgriff auf AZO nahm denn auch noch der Schreibende beim Verfassen des seinerzeitigen Beitrags (Fn. 28). Umgekehrt eröffnet zwar nicht der Text von Art. 283 des Dresdener Entwurfs selber, wohl aber das Erkunden der Protokolle eine andere Möglichkeit: Die von den Redaktoren des Entwurfs problematisierte Frage, ob Klageeinleitung als *interpellatio* (verzugsauslösende Mahnung) gelten dürfe, was in der Tat Klagbarkeit (d.h. Fälligkeit) der Forderung zur Zeit der Erklärung voraussetzt und das Entstehen des Art. 283 des Entwurfs erklärt. Das im Jahr 1863 erörterte Sachproblem ist heute nicht mehr nachvollziehbar und war wohl auch damals inexistent. Im Entwurfstext selber (Art. 283 Abs. 1) fehlt der Bezug auf Mahnung durch Klageerhebung; nicht in Betracht fällt, dass die BGB-Redaktoren sich von den genannten prozessbezogenen Erwägungen der Protokolle hätten leiten lassen. Der § 284 BGB lässt sich allein durch *Gedankenlosigkeit* erklären (dies allerdings, wie beigelegt werden muss, in einem bedeutungslosen Zusammenhang, der nicht zu Überlegungen einlädt). Der Inhalt unterlassenen Denkens lässt sich nicht leicht bestimmen: Ob nun die gedankenlose Herübernahme ins Gesetz veranlasst ist durch pandektistische Argumente und Fussnoten (diese zurückreichend bis zu AZO, dem Vater der Rechtzeitigkeitsforderung) oder aber durch Art. 283 des Dresdener Entwurfes, oder ob wir gar eine Mischung von beiden vor uns haben, wird für immer offen bleiben. Zwar lebt AZO gewissermassen mit seinem *oportuno tempore*-Hinweis in der Regel von BGB § 284 Abs. 1 bzw. § 286 weiter, für deren Sinnlosigkeit unter heutigen Verhältnissen stehen jedoch andere in Verantwortung.

## 2. Unentgeltlichkeit des Mandats

Das BGB hat den Ruf, mehr als andere Kodifikationen in romanistischer Überlieferung verhaftet zu sein. Dies eine richtige Ansicht, jedoch mit erheblichen Ausnahmen (dazu folgende Ziff. VI).

a) Der *Auftrag* ist ein altherkömmlicher Vertragstypus, der an Bedeutung in der heutigen Dienstleistungsgesellschaft noch zunimmt. Vorbild der in allen Kodifikationen zu findenden Regelung ist das römische *mandatum*, ein Konsensualkontrakt, der seinen Namen wohl vom Verb *mandare* (ursprünglich „in die Hand geben“) ableitet, oder, nach einer juristischen Lesart, von „die Hand geben“ (als Zeichen gegenseitigen Vertrauens)<sup>35</sup>.

b) Nicht in die heutige Zeit passen will die altbekannte Formel *mandatum nisi gratuitum nullum*, Mandate sind notwendig unentgeltlich. Sie war es aber, welche den Gesetzgeber des BGB veranlasste, sein Auftragsrecht (18. Titel, §§ 662–676) so zu eröffnen: „Durch die Annahme eines Auftrags verpflichtet sich der Beauftragte, ein ihm von dem Auftraggeber übertragenes Geschäft für diesen unentgeltlich zu besorgen“ (genau so auch noch § 662 des BGB von 2002). Die hier statuierte Forderung der Unentgeltlichkeit ist eine *legislatorische Panne* mit der Wirkung, den Vertragstypus „Auftrag“ auf den privaten Bereich und die ohne grosse Tragweite bleibenden Gefälligkeitsgeschäfte zu beschränken, während die Vertreter der liberalen Berufe, allen voran die Anwälte, aber auch Ärzte, Zahnärzte und viele Bereiche des Dienstleistungssektors für ihre vertraglichen Beziehungen zu den von ihnen Betreuten keine angemessene gesetzliche Grundlage finden. Doktrin und Praxis sind gezwungen, bei der Beurteilung aufkommender Probleme danach in den anderen Vertragstypen zu suchen, welche indessen dazu nur schlecht passen<sup>36</sup>. Bei den heute gegebenen gesellschaftlichen wie wirtschaftlichen Verhältnissen spricht alles gegen die Voraussetzung der Unentgeltlichkeit. Hier eins nach dem anderen.

c) Das deutsche BGB ist die einzige dem Schreibenden bekannte Kodifikation, welche für den Auftrag das Unentgeltlichkeitserfordernis beibehält. Selbst der dem römischen Vertragsrecht oft fast sklavisch folgende *französische Code Civil* gibt mit Art. 1986 zur Frage des Entgelts bei Mandaten die alles Notwendige kühl und kurz ausdrückende Regel folgenden Wortlauts: „Le

<sup>35</sup> Dazu KASER/KNÜTEL, Römisches Privatrecht, Kurzlehrbuch, 18. Aufl., München 2005, § 44, Rn. 1, S. 231 mit Hinweis auf ISIDOR, Etymologiae 5,24,20.

<sup>36</sup> Als *Dienstvertrag* wird qualifiziert die Vertragsgrundlage der Beratungstätigkeit von Anwälten, Zahnpflege durch Zahnärzte und deren Hilfskräfte usw., während das Verfassen von Rechtsschriften wie die Operation seitens von Chirurgen oder Zahnreparaturen der Zahnärzte als durch *Werkvertrag* geregelt gilt: Sinnlose Verschiedenartigkeit für Gleichartiges. Die für den Dienstvertrag charakteristische Weisungsbefugnis des Dienstherrn passt für Lakaien, aber schlecht für Anwälte oder Ärzte, und Rechtsschriften nach Werkvertragsregeln zu beurteilen ist ebenfalls seltsam.

*mandat est gratuit, s'il n'y a convention contraire.*“ Im Ergebnis aber auf dieser Linie bereits vorher das ALR des Jahres 1796, I, 13 („Von Vollmachtaufträgen“) § 74: „Unbedungene Belohnungen kann der Bevollmächtigte nur alsdann fordern, wenn die Gesetze selbst einen Preis dafür bestimmen, oder die Ausrichtung solcher Geschäfte zu seinem ordentlichen Gewerbe gehört“. Das Zürcher PGB (1855) enthält eine indirekte Anspielung auf Dig. 17,1,1,4, indem es einerseits normiert „Lohndienstverträge“ (§§ 1560–1566; die *locatio conductio operarum*), andererseits den „Honorarvertrag (Freidienstvertrag)“ (1567–1571; das *mandatum*), beide selbstverständlich möglicherweise entgeltlich (dazu auch folgende Ziff. 4). Auch der *Entwurf eines BGB für das Königreich Bayern* (welcher im Übrigen das BGB mehr als alles andere beeinflusst hat) erlaubt Entgeltlichkeit (Art. 509 f.; Art. 688); nicht anders der *Dresdener Entwurf* (Art. 689). Das schweizerische OR hat selbstverständlich von den ersten Entwürfen MUNZINGERS an (Entwurf 1871; Art. 471 [FASEL Fn. 11, S. 625]) nie irgendwelche Vorbehalte gegenüber Entgeltlichkeit der Aufträge gekannt. Als Abweichung von diesem Schema kann allein genannt werden das *BGB für das Königreich Sachsen* von 1865, dessen § 1295 Unentgeltlichkeit fordert.

d) Die für den endgültigen Text des BGB Verantwortlichen scheinen nur die eingangs genannte apodiktische Formel von vier Worten bedacht zu haben. Es lohnt sich aber, das Corpus Iuris zur Hand zu nehmen und den vollen Text zu lesen: PAULUS schreibt gemäss Dig. 17,1,1,4: *Mandatum nisi gratuitum nullum est: nam originem ex officio atque amicitia trahit, contrarium ergo est officio merces: interveniente enim pecunia res ad locationem et conductionem potius respicit.* Wenn wir diesen Text unbelastet von historischem Wissen und wie einen heutigen Gesetzestext lesen, wird Folgendes offenkundig: Was zur Begründung der statuierten Regel angeführt wird (*nam originem ... merces*) bleibt ohne Bedeutung und ist unbeachtlich, Derartiges tun zwar gelegentlich die geschwätzigen Gesetzgeber unserer Tage, kam aber in besseren Zeiten kaum je vor<sup>37</sup>. In der Sache selber und bezogen auf die Anwendung der Regel in heutigen Tagen wird nicht gesagt, dass es unentgeltliche Mandate nicht geben könne, sondern vielmehr, dass dann, wenn für Geschäftsbesorgung ein Entgelt vereinbart wird, statt die Mandatsregeln jene der *locatio conductio (operarum)* zur Anwendung gelangen. Und diese demonstrativ präsentierte Verweisung weg vom *mandatum* und hin zur *locatio conductio* erfolgt nicht etwa deshalb, weil diese Qualifikation in den Rechtsbeziehungen der Parteien (abgesehen vom Entgelt) irgendetwas geändert hätte, sondern weil die Einordnung bei der *locatio conductio* eine *gesellschaftliche Herab-*

<sup>37</sup> Der Schreibende kennt sich in Quellenkritik nicht aus, gestattet sich daher nur mit Zögern das Eingeständnis, dass er denkt, dieses sachlich nicht geforderte, etwas nach heutzutage modischem „Gutmenschentum“ riechende Statement stamme nicht von PAULUS, sondern sei zu Zeiten IUSTINIANS nachgeschoben worden.

*stufung* bedeutete und dies damals Bedeutung genug hatte<sup>38</sup>. Um Derartiges hatten sich aber die Gesetzgeber der modernen Kodifikationen nicht mehr zu kümmern. Es besteht Grund zur Annahme, dass im Bewusstsein der BGB-Redaktoren die Verweisung von PAULUS auf die *locatio et conductio* fehlte und diese vom historischen Sinn der *nisi gratuitum nullum*-Regel nichts wussten.

e) Zu der Textauslegung hinzutreten muss aber auch die Feststellung, dass die gebotene Unentgeltlichkeit *mehr nominell denn effektiv* war: Der Mandant musste möglicherweise für den *Lebensunterhalt des Beauftragten* aufkommen („Salzgeld“, *salarium* bzw. heute Salär erfassend *pars pro toto* den kostspieligsten Posten), oder es wurde ein *honorarium* („Ehrensold“) geschuldet, ursprünglich nicht klagbar, aber schliesslich auch dies<sup>39</sup>.

f) Die Befremdnis über den heutigen § 662 wird noch grösser, wenn man die Entstehungsgeschichte des BGB betrachtet: Der *Entwurf zum BGB* von 1888 behandelt den Auftrag im 9. Titel (§§ 585–604). Dessen § 586 lautet: „Der Auftraggeber kann sich verpflichten, für die Ausführung des Auftrages dem Beauftragten eine Vergütung zu gewähren. Eine Vergütung ist als stillschweigend vereinbart anzusehen, wenn die Ausführung des Auftrages nach den Umständen nur gegen eine Vergütung zu erwarten war“, also im Ergebnis nichts anderes als was F/CC Art. 1986 sagt und heute meistens gilt, ein Text, der sich auch an die drei das BGB am meisten beeinflussenden Vorbilder hält: Das Zürcher PGB (1855), den Bayerischen BGB-Entwurf (1861) und den Dresdener Entwurf (1866). Die grosse Frage daher: Weshalb haben die den Entwurf von 1888 neu bearbeitenden und den finalen Text erstellenden Redaktoren, die so manche grundlegende Verbesserung gegenüber der Vorlage von 1888 nachgeschoben haben<sup>40</sup>, diesen Fehltritt getan? Der Kommentar von PLANCK (Bd. II, Berlin 1907) zu § 662 macht zwar Ausführungen zur Handhabung des Unentgeltlichkeitserfordernisses, dies aber ohne ein einziges Wort zur Entstehung oder Rechtfertigung der Regel zu verlieren. Die Verhandlungsprotokolle sagen dazu: „Einvernehmen bestand in der Kommission darüber, daß im Gegensatz zum Entwurf den Gegenstand des Auftrags die unentgeltliche Geschäftsbesorgung bilden solle, nachdem die entgeltliche

<sup>38</sup> Wer zweifelt, lese KASER/KNÜTEL, Römisches Privatrecht, Kurzlehrbuch, 18. Auflage, München 2005 in § 42 Ziff. III/2a: „[A]uch Dienste höherer Art, wie sie die Lehrer in den *artes liberales*, die Ärzte, Gerichtsbeistände, Feldmesser u.a. leisten, [waren] von der *locatio conductio* nicht von vornherein ausgeschlossen. Es galt jedoch für die Angehörigen der obersten Schichten als ein Verstoß gegen das gute Herkommen, sich in der *locatio conductio* gegen Entgelt zu verdingen“.

<sup>39</sup> Dazu die romanistische Literatur, besonders aber ZIMMERMANN (Fn. 1) Chapter 13, Mandatum, besonders Ziff. 2, The gratuitousness of mandatum, S. 415 ff.

<sup>40</sup> Die wichtigste davon ist gewiss die von MUNZINGER entwickelte und im OR von 1883 wie der heutigen Fassung niedergelegte *Willensmängelanfechtung* (BGB § 119); der Entwurf 1888 hatte noch der traditionellen romanistischen Dissens- und Nichtigkeitskonzeption Gefolgschaft geleistet.

Uebertragung der Besorgung fremder Geschäfte in den zum Dienst- und Werkvertrage gefaßten Beschlüssen ihre erschöpfende Regelung gefunden habe<sup>41</sup>. Dass Derartiges Sinn mache, konnten wohl bereits damals nur wenige glauben. Weshalb die Formulierung der Neunzigerjahre des vorletzten Jahrhunderts bis heute weiterbesteht und sogar in der kürzlichen Schuldrechtsreform als unantastbar galt, lässt sich nicht erklären<sup>42</sup>.

## VI. Als Gegenstück zur Rechtsübernahme: Verweigerung der Nachfolge

### 1. Zum exzeptionellen Phänomen gewollter Nichtübernahme römischer Institutionen

Das oben Vorgetragene ist ausgerichtet auf die Übernahme römischer Rechtsüberlieferung, die gewählten Beispiele ausgerichtet auf Sonderfälle mit sonderbaren und bedenkenswürdigen Nach- und Nebenwirkungen. Das ruft der Erwägung des *spiegelbildlich Entgegengesetzten*: Bewusste Ablehnung der Übernahme römischrechtlicher Regelungen, diese Distanznahme aber mit heute nicht mehr zu billigendem Erfolg. Derartige gesetzgeberische Mängel resultierend aus unzureichender Berücksichtigung der römischrechtlichen Überlieferung kommen mit Gewissheit in allen heutigen Privatrechtskodifikationen vor, was zu untersuchen eine fallweise verschiedene, aber in jedem Fall grosse Aufgabe wäre, die bisher nur selten und höchstens punktuell unternommen wurde. Dies ist nicht gut, und vor allem nicht gut im Hinblick auf die heute oft erwogene und auch geforderte *Rechtsvereinheitlichung* im europäischen Raum. Das *BGB* wurde schon „ein in Paragraphen gepresstes Pandektenlehrbuch“ genannt. Eine besondere Herausforderung ist es daher, die in diesem Gesetz anzutreffenden Fälle offener Verweigerung der Nachfolge römischer Überlieferung zu erkunden. Hier muss es bei einem einzigen Hinweis für Deutschland bleiben; manche andere könnten gefunden werden<sup>43</sup>.

<sup>41</sup> Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB, Bd. II 1898 S. 352, 2. Satz.

<sup>42</sup> Die für die Schuldrechtsreform der Jahre 1999/2001 Verantwortlichen haben sehr wohl die Haltlosigkeit von § 662 erkannt. Aber statt die Besserung darauf zu beschränken, in dieser Bestimmung das Wort „unentgeltlich“ zu beseitigen, hat die Reform, der wir auch sonstige Seltsamkeiten verdanken, den herkömmlichen Text (unter Beseitigung der §§ 674 und 676) konserviert, dafür aber einen neuen Vertragstypus „Geschäftsbesorgungsvertrag“ (§§ 675 bis 676 h) eingefügt, der keinen zusätzlichen Normgehalt erkennen lässt. *Difficile est* ...

<sup>43</sup> Das Erforschen der im BGB vorkommenden Fälle gewollter Distanznahme von römischer Überlieferung müsste von *Modernrechtlern und Romanisten gemeinsam* unternommen werden; die Abweichungen von Rom würden wohl meist als *legislatorische Fehlentscheidungen* dastehen, wie etwa: Die Verschuldensabhängigkeit des Verzugs (§ 286 Abs. 4); die Eigentumsverschaffungspflicht, welche der unter allen Aspekten hinreichenden römischen Eviktionshaftung überstülpt wird mit dem Ergebnis, dass bei

SAVIGNY ist eine im 19. Jahrhundert herausragende Figur und grosser Jurist, dies jedenfalls in der Sicht der deutschen Kollegen. Interessieren muss daher, wie SAVIGNY den Ausschluss aus Diskussion und Wissenschaftstradition einer in den Digesten wohl verankerten Institution veranlasste, damit in der Folge auch die Aufnahme eines Persönlichkeitsschutzes in das BGB ver hindernd.

## 2. Von den Aktionen zu den subjektiven Rechten

a) Das das Obligationenrecht in Rom bestimmende Denken in *actiones* wurde in der Neuzeit abgelöst durch ein Denken in „Rechten“ (oder genauer „subjektiven Rechten“).

Die früheren Aktionen waren verschiedenster Art, wurden aber insgesamt aufgeteilt in die beiden Gruppen der *actiones in rem* und der *actiones in personam*, dies nach dem Gesichtspunkt der unterschiedlichen Folgen der Vollstreckung vorab bei Fernbleiben des Beklagten vom Verfahren: Bei den *dinglichen Klagen* Singularexekution (heisst Vollstreckung allein in den Streitgegenstand), bei den *persönlichen Klagen* dagegen Generalexekution (Vollstreckung in das ganze Vermögen, die *missio in bona*). Diese beiden Klagstypen wurden nun in der Neuzeit zu *dinglichen* und *persönlichen Rechten*. Diese Aufteilung bildet den Hintergrund der strengen Trennung von dinglichen und persönlichen Rechten, welche unser heutiges Sachenrecht und das aus ihm herausgewachsene Obligationenrecht bestimmen: Die dinglichen Rechte (Eigentum und beschränkte dingliche Rechte) wirken gegen jedermann (*erga omnes*), die persönlichen Rechte (die Forderungen) sind allein gerichtet gegen den Schuldner (wirken *inter partes*).

b) Diese in der Neuzeit vollzogene Transformation der rechtlichen Vorstellungen besteht in der Vorverlagerung der „Schnittebene“ vom Prozesstadium zurück in die vorprozessuale, „materiellrechtliche“ Phase. Sie bestimmt das Denken der Juristen, ist in heutigem Denken fest verankert und verdrängt die vorangehende Sicht. Indessen musste der genannte Übergang Probleme schaffen beim *Persönlichkeitsschutz* und den erst im 19. Jahrhundert grössere Bedeutung erlangenden *Immaterialgüterrechten*: Beide wirken notwendigerweise gegen jedermann<sup>44</sup>, mussten daher den „dinglichen Rechten“ zugeordnet

misslungener Eigentumsverschaffung der Käufer seines Preisanspruchs verlustig geht, auch wenn Eviktion oder sonstige Nachteile ausgeschlossen wären usw. Nicht zu sprechen von antiromanistischer Komplizierung des Begriffsapparates: „Rechtsgeschäft“, „Schuldverhältnis“ ...

<sup>44</sup> Dies allerdings bloss auf der Ebene vor- und ausserprozessualer Betrachtung, wie sie jene der subjektiven Rechte ist. *Anders das Denken in Aktionen*: Solche kommen erst im Falle der Rechtsverletzung auf und sind dementsprechend *actiones in personam*. Im Hintergrund der hier aufgezeigten Problematik steht der *Wechsel von prozessualer zu materiellrechtlicher Sicht*: Der vorprozessuale Schutz wie gewährt von Persönlichkeits- und

werden, waren dort aber schlecht aufgehoben: Die Schutzobjekte (die Person oder ihr zustehende Immaterialgüter) können nicht als „Ding“ (oder Sache, *res*) qualifiziert werden, ohne Fehlvorstellungen hervorzurufen.

c) Die Gewährung von *Immaterialgüterrechten* war seit deren Anfängen belastet mit der Identifikation des zu schützenden Werkes mit dessen materiellen Verkörperung. Dies mochte noch angehen bei Standbildern und Gemälden, musste aber von vornherein versagen bei Literatur oder gar Musikwerken: Die Bindung des Urheberrechts an Eigentum oder Besitz des vom Autor geschaffenen Manuskripts von Roman oder Drama, Symphonie oder Oper war begriffsbedingte Absurdität. Derartige Vorstellungen belasteten die Entstehung des Rechtsschutzes der Werkschöpfer, welche Fehlentwicklungen zu schildern dem Immaterialgüterrechtler überlassen sei.

d) Endgültige Beseitigung der begrifflichen Hemmnisse der Erfassung der hier betrachteten Schutzmechanismen dauerte genau bis zu dem Moment, in welchem jemandem die *Offenbarung* zuteil wurde, dass man anstelle von „dinglichen“ Rechten auch von *absoluten Rechten* sprechen könnte (denen dann die *relativen* Rechte als neu benannte persönliche Rechte gegenüberzustellen sind), womit der in Frage stehende Rechtsschutz begrifflich vom Bezug auf körperliche Rechtsobjekte befreit und auf die funktional-normative Wirkung gegenüber jedermann reduziert wurde.

### 3. SAVIGNYS Ablehnung des Persönlichkeitsschutzes gemäss Dig. 47,10

a) Anders als die Immaterialgüterrechte, welche erst im 19. Jahrhundert richtig Gestalt annahmen, geht der *Persönlichkeitsschutz* auf die Antike zurück und war im römischen Recht sehr wohl entwickelt, so dass dessen Schicksal zu unserem Thema gehört. Die Digesten (47, Titel 10: *de iniuriis et famosiss libellis*) geben eine reiche Sanktionen-Kasuistik beginnend mit *iniuria* verstanden als Körperverletzung bis hin zu schmachvoll-verletzender Beleidigung oder Ehrabschneiderei und anderem. Erstaunlich ist nun, dass SAVIGNY diesen Titel nicht zur Kenntnis zu nehmen scheint und er den dort ihre Grundlage findenden „Persönlichkeitsrechten“ ausweicht. Dies geschieht auf Umwegen. Er lehnt die von anderen behaupteten „angeborenen“ Rechte ab und anerkennt nur die ihnen gegenübergestellten erworbenen Rechte. Nach der (berechtigten) Qualifizierung der Vorstellung von „Eigentumsrecht an seinen Geisteskräften“ als unnütz heisst es: „Begiebt man sich aber auch auf ein verständlicheres Gebiet, indem man jenes Eigentumsrecht auf die sichtbare Erscheinung der Person, den menschlichen Leib und dessen einzelne Glieder,

Immaterialgüterrechten richtet sich gegen jedermann, die im Verletzungsfall entstehenden Sanktionsansprüche nur gegen den Verletzer.

beschränkt, so hat dieses zwar Sinn, als Ausschließung einer hierin allerdings möglichen Verletzung, aber es ist darum nicht minder unnütz, ja verwerflich, indem es unter andern in consequenter Entwicklung auf die Anerkennung eines Rechts zum Selbstmord führt<sup>45</sup>.

b) Diese Stellungnahme ergibt sich als Folge der Einordnung der Persönlichkeitsrechte bei den dinglichen Rechten (mit dem Hauptbeispiel des Eigentums), die gemäss überkommener und jeder Infragestellung entzogener Auffassung dem Rechtsträger die Befugnis zur Zerstörung des Rechtsobjekts (der im Eigentum des Berechtigten stehenden Sache) einräumt. Dies eine heute skurril erscheinende, aber für SAVIGNY offenkundig unausweichliche Schlussfolgerung.

#### 4. Bedeutung

SAVIGNY kennt den römischen Injurien- und Persönlichkeitsschutz des römischen Rechts, das er zum Vorbild erhebt und als Ausdruck des „Volksgeistes“ anpreist. Er müsste von Herkunft und Stellung her alles Verständnis für Schutz von Formen und gutem Anstand haben, lehnt aber „Persönlichkeitsrechte“ bzw. das Institut „Persönlichkeitsschutz“ ab, dies entgegen allen Sachgründen und auch entgegen dem „Volksgeist“, der im damaligen 19. Jahrhundert mehr noch als heute dergleichen forderte. Sachargumente erlauben ihm nicht Verwirklichung der sachlich angemessenen (und im Grunde von ihm selber wohl auch gewünschten) Lösung der Verwirklichung des Injurienschutzes der Digesten: Das Verhaftetsein im Gefängnis selbstgebastelter Begriffe ist stärker als die *ratio*<sup>46</sup>. Die Folgen der Sicht SAVIGNYS reichen bis in die Gegenwart. Das Fehlen des *Persönlichkeitsschutzes im BGB des Jahres 1900* ist durch die oben vorgestellte Stellungnahme SAVIGNYS determiniert; dies kann angesichts dessen Ansehens und Einflusses nicht zweifelhaft sein. Abhilfe, diese bloss partiell, brachte erst ein halbes Jahrhundert später die Gerichtspraxis: BGHZ 13 S. 334 f. vom 25. 5. 1954. Ein Persönlichkeitsschutz, wie er im schweizerischen ZGB von 1907/12 in Art. 27 und 28 verankert und 1983 erweitert wurde, ist in Deutschland auch nach der Schuldrechtsreform von 2002 noch nicht bekannt.

<sup>45</sup> FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. I, 1840, § 53, S. 335 f.

<sup>46</sup> Schon das Verständnis der Selbsttötung als Rechtsproblem ist irrational, da derartige Qualifikation zwangsläufig ohne Folgen bleibt und daher rechtlich inhaltslos ist (die Verweigerung schicklicher Bestattung von Selbstmördern war zwar lange genug herrschende Usanz bzw. Gebot der Kirche, und gelegentlich bestand strafrechtliche Pönalisierung des Versuch gebliebenen Selbstmordes. SAVIGNY beabsichtigte aber nicht, so wollen wir zu seinen Gunsten gerne annehmen, mit seiner Verweigerung der Rechtfertigung der Selbsttötung derartigen Sanktionen den Weg zu bereiten).



Die Bedeutung versäumten zivilrechtlichen Integritäts-, Ehren- und Persönlichkeitsschutzes hält sich in Grenzen und kann nicht Anlass zu Aufregung sein. Anders, wenn wir den Ablauf betrachten, der zu ihm hinführte: Eine an Härte nicht zu übertreffende „positivistische“ Gebundenheit, diese Gebundenheit aber nicht etwa an Gesetzesrecht, sondern an blossen Sprachgebrauch, dieser nicht geheiligt durch *inveterata consuetudo*, sondern neueren Datums und, wie doktrinell gebildete Begriffe überhaupt, zur Disposition der Wissenschaft stehend. Erschreckend schon das Verwechseln von selbstgeschaffenem und daher disponiblen Begriffsapparat mit materiellen, rechtlich bindenden Grundsätzen, noch erschreckender zu sehen, wie Regelbindung, selbst wenn solche bestünde, Vorrang vor Sachbeurteilung hat, ja sachbezogene Erwägungen überhaupt verbietet. All dies demonstriert von einem Mann, dem zugeschrieben wird, Ausrichtung und Haltung unserer Wissenschaft in Deutschland und darüber hinaus für den Rest des 19. Jahrhunderts beeinflusst und bestimmt zu haben, einem Mann, der auf Grund seiner Leistungen an anderem Ort Vorbild Vieler sein durfte und immer noch sein darf.

## Zum Schluss

Das oben Gesagte hatte zwangsläufig etwas anekdotisches Gehabe, d.h. Vorgekommenes ohne vorgegebenen Anlass in Erinnerung bringend. Aus dem Festgestellten Grundlegendes abzuleiten, bleibe dem Leser überlassen. Hier nur wenige Worte.

Eine grosse Frage geht dahin, ob einzelne grosse Figuren den Gang der Welt bestimmen oder aber ob umgekehrt das Weltgeschehen auf übergeordneter Ebene, d.h. insgesamt vom Sinnen und Tun der unseren Planeten bestimmenden Völkerschaften gelenkt werde. In unserer Welt, jener des Rechts, wird wohl gelten, dass echte Wissenschaft letztlich von einzelnen herausragenden Gestalten geprägt wird, die Verwirklichung guter Rechtskultur jedoch Sache der Gesamtheit der Juristen, ja letztlich der Gesellschaft insgesamt ist.

Für den Schreibenden war eindrucklich zu sehen, dass vor uns manche über weite Zeiträume sich haltende Konstanten ohne jeden Personenbezug und ohne Zuordnung zu bestimmten Zeiten und Himmelsrichtungen stehen. So schon das letztgenannte Beispiel des Weggehens von prozess- und aktionenbezogenem Rechtsdenken hin zur Bezugnahme auf die vorprozessuale, materiellrechtlich-normativ zu deutende Lage, der Übergang von *actiones in rem* zu den dinglichen Rechten (Ziff. VI), dann aber insbesondere auch die *periculum emptoris*-Regel, deren Aufkommen zwar erklärt werden kann, nicht jedoch deren Weiterbestand: Sie hielt sich ohne überzeugende Rechtfertigung über ein Jahrtausend hin und genoss zeitweise wie ein Naturgesetz (*ratio scripta*) den unreflektierten Glauben der Rechtsgemeinschaft.

Aber auch hier natürlich die Taten von *Einzelpersönlichkeiten*: Die etlichen zitierten Autoren des Corpus Iuris wie der Rezeptionszeit, unsere den F/CC schaffenden, gelegentlich als „Viererbande“ bezeichneten Fachkollegen zu Zeiten Napoleons bis hin zu Figuren wie JHERING und HAUPT, SAVIGNY und MUNZINGER. Sie alle haben als Individuen in beschränktem, aber klar erkennbarem Umfang in der Sache des uns beschäftigenden Rechts etwas bewegt.

Aber auch einzelpersonbezogene *Schwächen* wurden sichtbar. Positionsbezüge ohne Erwägen der Sache selber, allein übend dogmatische Argumentationskunst, wenn nicht bloss sich kümmernd um Wortgebrauch: So zu sehen im Umgang mit JHERINGS *CIC*-Argument und noch mehr in der Auseinandersetzung mit HAUPTS „FVV“, dann aber vor allem drastisch bei der Geschichte ausgeschlossener Mahnung vor Forderungsfälligkeit (BGB § 284 Abs. 1 bzw. 286 Abs. 1) oder der geforderten Unentgeltlichkeit des Mandats (BGB § 662): Hätte bei diesen beiden Paragraphen bloss ein einziges Mitglied der Gesetzgebungskommission sich auch nur kurz Gedanken über die Auswirkungen dieser Bestimmungen für die Betroffenen gemacht, wären die noch heute geltenden Texte nicht Gesetz geworden. Derartige Beispiele, aber noch mehr das Erinnern der grossen Figuren der Vergangenheit, all dies fordert auf zu eigenverantwortlicher Stellungnahme bei den anstehenden rechtlichen Entscheidungen, sei dies in Wissenschaft oder Rechtsanwendung. Es ergeht die Einladung, immer auch die Auswirkungen der anstehenden Entscheidungen für die von diesen Betroffenen sich auszumalen. Solche Haltung demonstrieren die uns entgegretenden Autoritäten der Antike, der Rezeptionszeit und letztlich alle, welche als ihre eigentliche Aufgabe die Suche nach dem sachlich Richtigen erkannt haben. Wir tun gut daran, sie als unsere Vorbilder in Anspruch zu nehmen.