

Bedeutungsvielfalt von "Schuldverhältnis" im deutschen BGB

und die traditionellen extralegalen Obligationsentstehungsgründe

I N D E X

1.	Zu Beginn.....	2
1.1	Sinn der Klärung von Begriffen des Schuldrechts des BGB	2
1.2	"Schuldverhältnis" im allgemeinen.....	2
1.3	Aus einem Begriff werden drei.....	3
2.	Zu Rechtsbegriffen im allgemeinen.....	4
2.1	Gattungsbegriffe und Individualbegriffe.....	4
2.2	Stufenleiter der Begriffe: Abstraktion als Entfernung des Begriffs von der begriffenen Sache	4
2.3	"Obligation" und das Mass vorausgesetzter inhaltlicher Bestimmtheit	4
3.	"Obligation" in Überlieferung und moderner Gesetzgebung.....	5
3.1	Antike Quellen	5
3.2	Französischer Code Civil	6
3.3	Nachfolgekodifikationen in Europa und Lateinamerika	6
3.4	Ferner Osten.....	7
4.	Im BGB "Schuldverhältnis" (Begriff 1) an Stelle von "Obligation".....	8
4.1	"Schuldverhältnis" früher Gesetzgebung nicht bekannt.....	8
4.2	"Schuldverhältnis" erstmals im Entwurf eines BGB für Bayern (1861).....	8
4.3	Zurückhaltung des Dresdener Entwurfes	9
4.4	Zufälligkeit der Aufnahme von "Schuldverhältnis"im Dresdener Entwurf.....	9
4.5	Aufnahme in das BGB	10
5.	Ausweitung des Begriffs "Schuldverhältnis"(zu Begriff 2).....	10
5.1	Preisgabe der Identifikation von "Schuldverhältnis" und "Obligation".....	10
5.2	Gegensatz von Schuldverhältnis im engen Sinne und in erweiterten Sinne ...	11
5.3	Wie geht die deutsche Literatur mit dem Doppelsinn um ?	11
6.	"Schuldverhältnis" im engeren und weiteren Sinn.....	13
6.1	"Schuldverhältnis" im engen Sinn ("Obligation"; Begriff 1).....	13
6.2	"Schuldverhältnis" im erweiterten Sinn (Begriff 2).....	13
7.	Woher Rechtfertigung des Schuldverhältnisses im ausgeweiteten Sinn ?.....	13
8.	In neu § 311/II und § 241/II0 "Schuldverhältnis" noch einmal anders (Begriff 3). 15	
8.1	Neuer Gesetztext: § 311 Abs.2 und 3 und § 241 Abs.2.....	16
8.2	"Schuldverhältnis" hier aktuell befehlende Norm.....	16
8.3	Verschwommenheit der Normpräsentation.....	17
8.4	Unklarer Geltungsanspruch:: Dispositive Natur ? oder "Kann-Geltung" ? ...	17
8.5	Fragwürdige Präsentation der überlieferten c.i.c.-Praxis	18
9.	Verfehlt Normierung der traditionellen extralegalen Obligations- Entstehungsgründe	19
9.1	Zu den traditionell fehlenden causae obligationum im allgemeinen.....	19
9.2	Historischer Hintergrund der c.i.c. und der Formel von BGB § 311 Abs.2..	19

9.3	"Faktische Vertragsverhältnisse" und Vertrauenshaftung bleiben ausgeschlossen	20
9.4	Gefahr für die Durchsetzung in der Praxis	21
9.5	Die vorgesehene Schadenersatzsanktion bei Verletzung des Rücksichtsgebots nicht immer hinreichend	22
10.	Aufteilung in der Schweiz der Kasuistik in drei Untergruppen.....	23
10.1	Die extralegalen <i>causae obligationum</i> im allgemeinen.....	23
10.2	Herkömmliche <i>culpa in contrahendo</i> (c.i.c.).....	23
10.3	"Faktische Vertragsverhältnisse" (FV V).....	24
10.4	Vertrauenshaftung	25
11.	Zum Schluss	26

1. Zu Beginn

1.1 Wozu Klärung von Begriffen des Schuldrechts des BGB ?

Wir leben in einer Zeit der Oeffnung nationaler Grenzen. Das fachliche Interesse der Juristen, bisher oft auf den heimatlichen Bereich beschränkt, weitet sich aus auf ausländisches Recht, und heute spricht man gar von europäischer Rechtsvereinheitlichung. Der *spanische Sprachbereich* hat aber schon seit je sich gegenüber anderen ausgezeichnet durch *aussergewöhnliches komparatistisches Interesse*. Vor allem in den Amerikas verstehen sich die Juristen aller Nationen immer noch als Glieder einer unter sich und mit Spanien verbundenen grossen Familie. Allenthalben bestand und besteht aber immer auch Interesse an den Rechten des nicht spanischsprachigen Auslandes.

Für die Juristen Spaniens und Lateinamerikas stand oft Deutschland im Vordergrund: Deutsche Doktrin fand hier eher Interesse als etwa im sich bis vor kurzem nach aussen intellektuell gerne abschliessenden Frankreich, oder in Italien, das auf seine eigene Rechtsüberlieferung mit gutem Grund stolz war.

Die hier folgenden Ausführungen zum deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) wollen einen Beitrag zu dessen Verständnis leisten. Sie beziehen sich auf das Schuldrecht, dessen Terminologie in einem zentralen Punkt von der Sprachregelung sämtlicher anderer weltweit bestehenden Privatrechtskodifikationen abweicht. Wenn echte Vergleichung des Obligationenrechts der übrigen Gesetzeswerke mit jenen des BGB möglich sein soll, muss diese Verschiedenartigkeit erkannt werden.

In den Gegenden kodifizierten Rechts sprechen die Juristen weltweit von *Obligationen* oder verwenden fallweise funktional gleichwertige Ausdrücke (Pflicht, Schuld bzw. Forderung o.dgl.). Anders aber die deutschen Kollegen seit dem Jahre 1900 und dem Bestehen BGB: Sie kennen nur noch *Schuldverhältnisse*, und das Obligationenrecht ist zum *Schuldrecht* geworden. Hinter der andersartigen Ausdrucksweise liegt aber auch inhaltliche Abweichung: Der neue Terminus heisst mehr und anderes als die jedermann bekannte Obligation.

1.2 "Schuldverhältnis" im allgemeinen

Die Betrachtung der Herkunft des Terms "Schuldverhältnis" wird zeigen, dass dessen Einführung zufällig war (Zif.9.4). Er könnte, obwohl heute im Sprachgebrauch der deutschen Juristen fest verankert, funktional ohne Nachteil entbehrt und durch früher in Deutschland und heute noch überall im Ausland verwendete Ausdrücke ersetzt

werden. Für den ausländischen Betrachter bedeutet dies, dass der obligationenrechtliche Sprachgebrauch Deutschlands zwar Interesse, aber nicht Nachfolge verdient: Zur gesamthaften oder auch bloss ansatzweisen Uebernahme der mehrdeutigen Figur "Schuldverhältnis" in der Doktrin ausserhalb Deutschlands besteht kein Anlass. Derartige Versuche könnten Unklarheit und Missverständnisse schaffen. Unnötigen Schwierigkeiten muss vorgebeugt werden, und dies ist das Ziel dieser Zeilen. Das BGB bleibt ein Gesetzeswerk, das weiterhin die Beachtung Auslandes verdient.

Die vorliegenden Bemerkungen sind jene eines Juristen der deutschen Schweiz und beruhen auf dessen Erfahrungen mit dem schweizerischen Obligationenrecht (hier CH/OR) des Jahres 1883. Dieses ist aus enger kultureller Verbundenheit mit der deutschen Rechtstradition des 19. Jahrhunderts hervorgegangen und hat seinerseits in einigen entscheidenden Punkten das BGB des Jahres 1900 beeinflusst¹. Auf das Inkrafttreten des schweizerischen Zivilgesetzbuches (1912) wurde auch eine neue Fassung des CH/OR eingeführt. Diese folgte in einigen Punkten dem BGB, brachte aber im Grundsätzlichen keine Veränderung und übernahm insbesondere nicht die im Folgenden behandelte Eigentümlichkeit des BGB. Im materiellen Gehalt und in der praktischen Anwendung stimmt das CH/OR auf weiten Strecken mit dem Schuldrecht des BGB überein. Für den ausländischen Juristen ist es aber leichter verständlich: Den ihm fremden Elementen des BGB begegnet er dort nicht, und der Habitus des schweizerischen Gesetzes ist ihm zum vornherein vertraut.

1.3 *Aus einem Begriff werden drei*

Der Terminus "Schuldverhältnis" (Begriff 1) wurde ursprünglich in das BGB eingeführt allein in der Absicht, damit an die Stelle eines Fremdwortes einen deutschen Ausdruck zu setzen. Wenn es bei diesem Vorsatz geblieben wäre, bestünde kein Anlass zu weiteren Ueberlegungen. Solche werden notwendig, weil das Wort "Schuldverhältnis" bei der Ausarbeitung des BGB eine Eigendynamik entwickelte und einen *zweiten ausgeweiteten Sinn* (Begriff 2) annahm, was nicht auf ersten Blick erkennbar ist. Ungeachtet dieser seit 1900 bestehenden Doppeldeutigkeit von "Schuldverhältnis" ist in der Schuldrechtsreform ein weiterer, dritter Sinn (Begriff 3) beigefügt worden (dazu unten Zif.8). All das ruft nach Erläuterung und Erklärung².

¹ Wichtigstes Beispiel ist das Abgehen vom Verständnis des Irrtums als Dissonanzbestand mit Nichtigkeitsfolge. Die heutige Konzeption des Willensmangels als Anfechtungsstatbestand (BGB § 119 ff.) geht auf MUNZINGER bzw. das schweizerische Obligationenrecht zurück (CH/OR Art. 31). Dazu BUCHER, Entwicklung des deutschen Schuldrechts im 19.Jh. und die Schweiz, in ZEuP Zeitschr.f.Europ.Privatrecht 2003 S.353 ff. [www.eugenbucher.ch> Nr.84]

² Der Schreibende wird ähnliche Ueberlegungen wie die hier angestellten veröffentlichen in der Festschrift für Wolfgang Wiegand, Bern (Mai) 2005 [www.eugenbucher.ch> Nr.95]. Darauf wird hier hingewiesen, weil die dortigen Ausführungen zu Kodifikationsgeschichte und Begriffsbildung ausführlicher sind. Demgegenüber sind die hier formulierten Einwendungen gegenüber der Schuldrechtsreform des BGB und den extralegalen Obligationensentstehungsgründen (unten Zif.8 bis Zif.10) dort bloss nebenbei erwähnt.

2. Zu Rechtsbegriffen im allgemeinen

2.1 Gattungsbegriffe und Individualbegriffe

"Apfel" kann eine Sachbezeichnung sein und ist dann ein künstlich geschaffener Gattungsbegriff. Realität ist nur die auf dem Tische liegende Frucht der definierten Sorte. Der Gegensatz zwischen Gattungsbegriffen der Gedankenwelt und den von diesen beschriebenen realen Anwendungsfällen bestimmt auch die Juristen: Unser Denken, aber auch Rechtsüberlieferung, Doktrin und Gesetzgebung betrachten nicht den Einzelfall sondern sind ausgerichtet auf Gattungsbegriffe. Die hier interessierenden Begriffe Obligation oder Schuldverhältnis sind solche, aber gleich auch alle anderen Allgemeinbegriffe moderner Privatrechtsdogmatik wie Vertrag, Delikt, Forderung, Schuld, subjektives Recht, Verfügungsgeschäft usw. Auch sie bezeichnen je eine Gattung und erfassen eine Vielzahl vorkommender Realitäten.

Begriffe bewirken Abstraktion von der durch sie bezeichneten Sache, und sie erlangen Realitätsbezug erst wiederum durch Wiederanbindung an diese Sache. Rechtsbegriffe allein für sich sind ohne rechtliche Wirkung, d.h. vorerst *nicht normativ*, sondern bloss deklaratorisch und informativ.

2.2 Stufenleiter der Begriffe: Abstraktion als Entfernung des Begriffs von der begriffenen Sache

Begriffsbildung i.S. der hier betrachteten Entstehung von Gattungsbegriffen beginnt bei der Abstraktion von den vorgekommenen Einzelfällen. Diese werden mit einander in Verbindung gesetzt, in ihrer Gemeinsamkeit erkannt und als einheitliches Phänomen "begriffen". Die Begriffsbildung schreitet fort, wobei mit jedem Schritt sich derselbe Vorgang wiederholt: Zusammenfassung mehrerer Phänomene zu einer höheren Einheit, wobei die im jeweiligen Schritt zusammengefassten Dinge vergleichbar sein müssen, d.h. in einem wesentlichen Punkt identisch, im übrigen aber verschieden.

Begriffe sind Bestandteil von Systemen und kommen nicht allein vor. Derartige Systeme sind, bildhaft gesprochen, *Stufenleitern*. Jeder Schritt zur höheren Stufe bedeutet das Zusammenfassen mehrerer Einheiten unter einem bestimmten, ihnen allen gemeinsamem Merkmal, dies unter gleichzeitigem Ausserachtlassen aller nicht gemeinsamen, die zusammengefassten Einheiten unterscheidenden Merkmale. Dies nennt man *Abstraktion*.

Je höher die Stufe der Abstraktion eines Begriffs, um so weiter der Weg nach unten und bis hin zur Sache selbst, d.h. zu dem zur rechtlichen Beurteilung anstehenden Lebenssachverhalt. Vielleicht muss nicht die ganze Leiter durchstiegen werden: Wenn ein Mietstreit ansteht, braucht man nicht sich des Vertragsbegriffs und der mit ihm verknüpften Rechtsfragen zu entsinnen, sondern beginnt direkt bei den Sonderproblemen der Miete. In der Mehrzahl der Vertragsstreitigkeiten besteht kein Anlass zum Rückgriff auf den Vertragsbegriff. Diesem verbleiben immer noch genug Probleme, die allen Verträgen gemein sind und gemeinschaftliche Betrachtung verdienen.

2.3 "Obligation" und das Mass vorausgesetzter inhaltlicher Bestimmtheit

Die sich mit Obligationen beschäftigende Theorie versteht diese als Gattungsbezeichnung und versucht, allgemeine Aussagen über die Gattung zu machen. Ausgangspunkt ist das vom Begriff bezeichnete reale Einzelphänomen, d.h. die als "obligatorisch" bezeichnete Beziehung zwischen Gläubiger und Schuldner, die Forderung und die Schuld.

Eine *Obligation* (im engen Sinne) wird erst dann angenommen, wenn alle Voraussetzungen der Entstehung eines fälligen und klagbaren Anspruchs vorliegen. Dies seit je: Das Schuldrecht der römischen Antike war ausgerichtet auf klagbare Ansprüche (*actiones*), und bloss potentielle Verpflichtungslagen wurden nicht berücksichtigt. Derartige Sicht ist bis in unsere Tage hinein massgebend. Daher auch das Requisit der *inhaltlichen Bestimmtheit und Eindeutigkeit* der als Obligation bezeichneten Rechtslage³. Festzuhalten ist daher als Charakteristikum der Begriffe "Forderung", "Schuld" und "Obligation": Sie beziehen sich in korrektem technischen Sprachgebrauch auf inhaltlich bestimmte und durchsetzbare Recht-Pflicht-Beziehung. Die durch deren Entstehung bestimmte Rechtslage ist stationär, d.h. sie dauert unverändert weiter bis zum Eintritt von Veränderungs- oder Untergangsgründen.

3. "*Obligation*" in Überlieferung und moderner Gesetzgebung

Der Neologismus Schuldverhältnis muss in Verbindung mit der Figur der Obligation gesehen werden, mit welcher er im Ausgangspunkt identisch ist, in weiteren dazutretenden Sinngebungen sich dann aber grundlegend unterscheidet.

3.1 Antike Quellen

Die römische Antike ging mit Theorie und mit Rechtsbegriffen sparsam um. Aber den Begriff der *obligatio* haben bereits die Klassiker als fest etablierten Topos vorgefunden⁴. In IUSTINIANS Institutionen (Inst. III, 13 pr.) heisst es: *Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura*. Er wird verstanden als Sammelposten aller Pflichten Privater gegenüber Privaten und dient deren Uebersicht und Einteilung. Letztere verdanken wir GAIUS (2.Jh.), der bis auf den heutigen Tag unser Systemdenken bestimmt: *Omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*⁵. Die Institutionen IUSTINIANS das Jahres 533 lassen neben die Vertrags- und die Deliktsobligationen noch Obligationen *quasi ex contractu* und *quasi ex maleficio* hinzutreten (Inst. III,13,2).

Das Gesagte galt im Altertum, ist aber auch heute nicht anders. *Obligatio* dient der allgemeinen Uebersicht und erscheint, wenn es gilt, im Sinne allgemeiner Hinweise die *causae obligationum* oder verschiedene Obligationstypen zu unterscheiden⁶. Bei

³ Beim Kauf liegt auf Verkäuferseite vor die Obligation der Sachübergabe. Ergänzende Verpflichtungen (zu Verpackung, dem Ort der Uebergabe u.dgl.) dürfen meist nicht als Obligationen gelten, da sie nicht selbständig vollstreckt werden können, sondern bloss die Obligation der Sachleistung näher bestimmen. *Eventualverpflichtungen* wie die *Gewährleistung* des Verkäufers sind nicht selber Obligationen, vielmehr bloss die Gefahr der Entstehung von solchen. Dazu BUCHER in FS für Rudolf Welsch, Wien 2004, S.93-108, Ein wenig zu Begriff und Geschichte der Gewährleistung in Österreich und anderswo. [www.eugenbucher.ch> Nr.87].

⁴ Zur Geschichte der *obligatio* in der römischen Antike KASER/KNÜTEL, Römisches Privatrecht (Kurzlehrbuch, zit.17.Aufl.2003), § 32.

⁵ "Jegliche Obligation hat nämlich ihren Ursprung in Vertrag oder auch Delikt"; GAIUS Inst. III, 88.

⁶ So etwa die Unterscheidung der *obligationes civiles* und *obligationes honorariae*, die je mit anderen Klagetypen geltend gemacht werden mussten; ihnen war wiederum die klageweise nicht durchsetzbare *obligatio naturalis* gegenübergestellt. Der Begriff *obligatio*

derartiger Uebersicht wird keine Vollständigkeit angestrebt, die Hinweise haben exemplifikativen Charakter und erheben nicht Anspruch auf abschliessende Darstellung, wie denn auch eine Kontroverse nicht denkbar gewesen wäre, ob ein bestimmtes Rechtsverhältnis als *obligatio* Bestand habe oder nicht. Normative Auseinandersetzungen sind ausgerichtet auf die funktional unserer Forderung entsprechenden *actio*. Die massgeblichen Rechtsregeln werden entwickelt in möglichster Problemnähe, bezogen je auf einen der vielerlei *contractus* (entstehend *re, verbis, litteris* oder *consensu*), oder die *Deliktstatbetände*, auch sie eine Sammlung vieler Untergruppen (*furtum, damnum iniuria datum, iniuria, rapina* usw.). Daneben stehen weitere Obligationsentstehungsgründe (Quasikontrakte und Quasidelikte, beides Sammelbezeichnungen ohne Ausschliesslichkeitscharakter). All dies bestimmt noch heute den Sinn von "Obligation", gilt aber auch für das "Schuldverhältnis" im engen Sinn des BGB.

3.2 *Französischer Code Civil*

Der Code Civil des Jahres 1804 (hier F/CC) ist im schuldrechtlich dominierenden dritten Teil ganz auf die Obligationen und deren Entstehungsgründe ausgerichtet (dritter Titel: *Des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, art.1101-1369; vierter Titel: *Des engagements qui se forment sans conventions*, und anschliessend in den Titeln fünf bis achtzehn, art. 1387-2203 die traditionellen gesetzlichen Vertragstypen). Damit wird das gesamte Vermögensrecht unter den Gesichtspunkt der Obligations-Entstehung gestellt und die Entstehung von Obligationen und deren Gründe zum massgeblichen Ordnungskriterium erhoben.

3.3 *Nachfolgekodifikationen in Europa und Lateinamerika*

Abgesehen vom ABGB und dem Code Civil von *Louisiana* folgten dem F/CC im Jahre 1855 als erste und zur genau selben Zeit einerseits das von JOHANN CASPAR BLUNTSCHLI redigierte *Privatrechtliche Gesetzbuch für den Kanton Zürich* (hier PGB) und andererseits der von ANDRÉS BELLO bestimmte *Código Civil Chiles*, danach die weiteren lateinamerikanischen Kodifikationen.

Das PGB betitelt sein viertes Buch "Forderungen und Schulden", was inhaltlich genau der Obligation entspricht. Der gleichzeitig in der anderen Hemisphäre entstandene CC *Chiles* behandelt das Obligationenrecht ebenfalls in seinem vierten Buch (*De las obligaciones en general y de los contratos*). Dieser Text war in der einen oder anderen Form wegweisend für alle in der Folge im spanischen und portugiesischen Sprachbereich entstandenen Gesetzeswerke⁷. Der von DALMACIO VÉLEZ SARSFIELD verfasste CC von Argentinien (1871) ist in seinem zweiten Buch den *derechos personales* (d.h. den persönlichen, relativen, obligatorischen Rechten) gewidmet und in Aufbau und Darstellung ganz auf den Begriff *obligación* ausgerichtet⁸. Aehnlich auch die weiteren; vgl. den CC von Spanien (libro IV; *de las obligaciones y contratos*), den CC von

dient allein der Typisierung und nimmt keinen Bezug auf den Inhalt konkreter Forderungen.

⁷ Dazu BUCHER in ZEuP 3/2003 S.515-547, Zu Europa gehört auch Lateinamerika ! [www.eugenbucher.ch> Nr.91]

⁸ CC Argentinien Libro segundo: Sección primera: *De las obligaciones en general / Extinción de las obligaciones*; Sección segunda: *De los hechos y actos juridicos que producen la adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos y obligaciones*; Sección tercera: *Da las obligaciones que nacen de los contratos*.

Brasilien des Jahres 1916⁹ oder jenen von Mexiko (1932). Ueberall ist die Figur der Obligation der massgebliche, differenzierende Untergruppenbildung erlaubende Oberbegriff.

Das *schweizerische Obligationenrecht* fokussiert seinen allgemeinen Teil auf die verschiedenen möglichen *causae obligationum*: Die drei Abschnitte des ersten Titels betreffen die Obligations-Entstehungsgründe Vertrag (Art. 1-40), unerlaubte Handlungen (Art.41-61) und ungerechtfertigte Bereicherung (Art.62-67); der verbleibende traditionelle Obligationstypus der *negotiorum gestio* ist in den besonderen Teil verwiesen und dem Auftragsrecht zugeordnet (Art. 419-424). So in allen wesentlichen Punkten bereits die Struktur des alten Obligationenrechts des Jahres 1883¹⁰.

3.4 Ferner Osten

Im nahen wie im *fernen Osten* haben die von Kontinentaleuropa beeinflussten Kodifikationen sich im Anschluss an den F/CC auf den Obligationsbegriff ausgerichtet, sind aber im übrigen in der Folge mehr dem deutschen Sprachbereich gefolgt. Sie haben die Diktion des schweizerischen Obligationenrechts übernommen und gleichen diesem und nicht dem deutschen BGB: Das Privatrechtsgesetzbuch *Japans* (1896/98) widmet sein drittes Buch "Forderungen" und behandelt dort Verträge, Geschäftsführung ohne Auftrag, Ungerechtfertigte Bereicherung und Unerlaubte Handlungen, ohne dabei je einen Begriff zu verwenden, der dem Schuldverhältnis im erweiterten Sinn (Begriff 2) des BGB entsprechen würde¹¹. *China* regelt im zweiten Buch seines Civil Code des Jahres 1929 *Obligations* (Contracts, Managment of affairs without mandate, undue enrichment and wrongful acts)¹². Sehr ähnlich der Civil Code von *Thailand*¹³: Im zweiten Buch die Obligationen im allgemeinen (Gegenstand, Wirkung, Mehrheit von Schuldner oder Gläubiger, Uebertragung, Erlöschen), dann Verträge im allgemeinen, Geschäftsführung ohne Auftrag, Ungerechtfertigte Bereicherung, Deliktsrecht; im dritten Buch folgen die *Specific Contracts*. Gleicher Habitus auch in der Gesetzgebung *Koreas*,

⁹ Seit 2002 besitzt Brasilien einen überarbeiteten CC. Der Begriff der *obrigação* behält unverändert die bisherige Bedeutung der Obligation. Ansätze einer Entsprechung zum Schuldverhältnis im erweiterten Sinne des BGB sind auch im neuen Text nicht erkennbar.

¹⁰ Urheber dieser Sicht ist WALTHER MUNZINGER (1840-1873), dem wir das in Form und Gehalt im deutschen Sprachbereich und darüber hinaus kaum je erreichte oder gar übertroffene Obligationenrecht zur Hauptsache verdanken. Siehe dessen Entwürfe und Vorarbeiten dazu wie auch den Text der OR von 1883 bei URS FASEL, *Handels- und obligationenrechtliche Materialien*, Bern (Haupt) 2000: zur Person Munzingers DERS., *Bahnbrecher Munzinger*, 2003; DERS., *Walther Munzinger - Vorreiter der Schweizer Rechtseinheit*, in *Zeitschr.f.Europ.PrivR (ZEuP)* 2003 S.345-352.

¹¹ Beurteilung aufgrund der Uebersetzung von AKIRA ISHIKAWA/INGO LEETSCH, *Japanisches BGB deutsch* (Bd.15 der Reihe *Japanisches Recht* von Verlag Carl Heymann, 1985).

¹² Verwendet *The Civil Code of the Republic of China, translated into English*, Shanghai/Hong Kong, Singapore 1930, und inhaltsgleich *A Compilation of the Laws of the Republic of China, Vol.1, Taipeh/Taiwan, China, 1971* und *Major Laws of the Republic of China on Taiwan, Bd.I S.49 ff., Tainan Taiwan 1991*.

¹³ Verwendet *The Civil and Commercial Code, Books I-VI, compiled and translated by K. SANDHIKSHETRIN, 6.Aufl.1996*.

deren Part III *Obligations* gewidmet ist und ähnliche Gestalt hat wie die vorstehend genannten¹⁴. Nirgends ist eine Entsprechung zum "Schuldverhältnisses im ausgeweiteten Sinn" (Begriff 2) des BGB zu finden.

4. Im BGB "Schuldverhältnis" (Begriff 1) an Stelle von "Obligation"

4.1 "Schuldverhältnis" in früher Gesetzgebung nicht bekannt

Der *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* (Chur-Bayrisches Land-Recht) von 1756 und das *Allgemeine Preussische Landrecht* von 1794 (hier ALR) kennen den Terminus "Schuldverhältnis" nicht. Wenn man damals "Obligation" durch einen deutschen Ausdruck ersetzen wollte, sprach man von *Verbindlichkeit*.

"Schuldverhältnis" findet sich auch nicht in der Literatur des 19. Jahrhunderts. WINDSCHEID, der das BGB in Terminologie und der Sache selbst mehr als alle anderen beeinflusst hat, verwendet in seinem Pandektenlehrbuch den Begriff Schuldverhältnis nicht. Nicht anders aber auch den übrigen Autoren der späten, den Uebergang zum BGB markierenden Pandektistik¹⁵.

4.2 "Schuldverhältnis" erstmals im Entwurf eines BGB für Bayern (1861)

Wenn wir nach den Ursprüngen des Neologismus "Schuldverhältnis" suchen, stossen wir auf den *Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Bayern des Jahres 1861*¹⁶: Das Wort "Schuldverhältnis" erscheint hier zum ersten mal in einem gesetzgeberischen Text. Dessen Ursprung und Herkunft ist bis heute nicht geklärt. Ob Vorläufer bestehen und woher die Väter des Entwurfs die Anregung zu dieser Neuerung bezogen haben, wissen wir nicht.

"Schuldverhältnis" sollte ursprünglich im bayrischen Entwurf (wie später im Dresdener Entwurf und schliesslich im BGB) nichts anderes sein als die Einführung eines neuen Wortes für "Obligation", ohne an diesem seit guten zwei Jahrtausenden bestehenden Begriff selber etwas zu ändern¹⁷. Dieser Vorsatz wurde allerdings bald

¹⁴ Verwendet Fotokopie des amtlichen englischen Textes (Loseblattausgabe), Gesetz des Jahres 1960 im Stand von 1986.

¹⁵ HEINRICH DERNBURG (1829-1907), Pandekten, 5.Aufl.1897 oder DERNBURG/SOKOLOWSKI, 8.Aufl.1912; JULIUS BARON (1834-1898), Pandekten, 9.(letzte) Aufl.1896; FERDINAND REGELSBERGER, Pandekten 1893.

¹⁶ Der 1861 erschienene Entwurf war und blieb Bruchstück, allein umfassend den für die Gesamtkodifikation vorgesehenen II.Theil "Recht der Schuldverhältnisse" und zusätzlich ein für den I.Theil des Gesetzbuches ("Allgemeine Bestimmungen") bestimmtes "Hauptstück" mit dem Titel "Von den Rechtsgeschäften".

¹⁷ Art.1 des Entwurfs (2.Theil; "Recht der Schuldverhältnisse") lautet: "Ein Schuldverhältnis (Forderung, Verbindlichkeit) ist das Rechtsverhältnis zwischen zwei Personen, vermöge dessen die eine (der Gläubiger) von der anderen (dem Schuldner) eine bestimmte Leistung zu fordern berechtigt ist." Dazu die Motive (1.Buch, 1.Hauptstück; S.55): "Ueber das Wesen des Schuldverhältnisses (*obligatio*) als eines lediglich zwischen Personen bestehenden, auf eine Leistung gerichteten Rechtsverhältnisses und die Unterscheidung desselben von den unmittelbar auf eine Sache gerichteten dinglichen Rechten stimmen alle Gesetzgebungen und die Wissenschaft in der Hauptsache überein."

vergessen, und schon in jenem Entwurf erfolgte eine Ausweitung des Verständnisses, welches nicht im Dresdener Entwurf, wohl aber im BGB übernommen wurde.

Das neugeschaffene Wort "*Schuldverhältnis*" nahm bereits bei seinem ersten Auftritt einen zentralen Platz ein: Es gab dem einzigen bis dahin in Bayern entworfenen 2. Teil des Zivilgesetzbuches den Namen, und auch dessen zwei Bücher heissen wiederum "Von den Schuldverhältnissen im allgemeinen" und "Von den Schuldverhältnissen im Besonderen").

4.3 *Zurückhaltung des Dresdener Entwurfes*

Der 1863-1866 von der in Dresden tagenden Kommission erarbeitete sog. *Dresdener Entwurf* ist hauptsächlichste und wichtigste Grundlage des Schuldrechts des BGB¹⁸, liegt doch eine eigentliche Vorarbeit zum 2. Buch des BGB vor. Dem gegenüber ist der bayrische Entwurf bloss ein solcher zu Partikularrecht. Ungeachtet dessen ist das BGB in den hier betrachteten Elementen ganz dem bayrischen Text gefolgt, nicht aber dem Dresdener Entwurf: Dieser spricht zwar ebenfalls von "Schuldverhältnissen", dies aber bloss in dessen engerem Sinn als Obligation und nicht in der das BGB bestimmenden Erweiterung des Begriffs (dazu folgende Zif.5).

4.4 *Zufälligkeit der Aufnahme von "Schuldverhältnis" im Dresdener Entwurf*

Die Uebernahme des Wortes "Schuldverhältnis" in den Dresdener Entwurf erscheint heute als *reine Zufälligkeit*. Diese Zufälligkeit gilt aber auch für das BGB, denn es ist ganz ungewiss, ob ohne Vorbild im Dresdener Entwurf der Neologismus "Schuldverhältnis" seinen Weg ins BGB gefunden hätte. Die einlässlichen Verhandlungsprotokolle (hier der dritten Sitzung vom 29. Januar 1863) nennen keine zugunsten dieser Neuerung vorgebrachten Sachargumente. In der Diskussion wurden Einwendungen erhoben, die ohne Entgegnung blieben. Zwar lautet eine der von der Kommission erarbeitete Direktiven: "Fremdwörter sind möglichst zu vermeiden". Aber dem Vorschlag der Ersetzung der "Obligation" durch "Schuldverhältnis" wurde in der Diskussion die Zweckmässigkeit der Beibehaltung eingebürgerter Fachausdrücke entgegengehalten, und "dabei noch insbesondere hervorgehoben [wurde], dass eben der Ausdruck 'Obligation' dem grössten Theile der Bevölkerung verständlicher sein werde, als die in dem K. Bayerischen Entwürfe und in den Bundesprotokollen dafür gewählte Bezeichnung der 'Schuldverhältnisse', an welcher vielfach werde Anstoss genommen werden ..."¹⁹. Dem wurde nichts entgegengehalten. Weshalb der Wechsel von Latein zu Deutsch sich trotzdem durchsetzte, ist den Protokollen nicht zu entnehmen²⁰.

¹⁸ Entwurf eines allgemeine deutschen Gesetzes über die Schuldverhältnisse (hgg. von B. FRANCKE, erstem Sekretär der Kommission; Dresden 1866) Art.1, S.1 zu "Wesen" (sc. der Schuldverhältnisse): "Ein Schuldverhältnis ist ein Rechtsverhältnis zwischen wenigstens zwei Personen, vermöge dessen die eine als Gläubiger eine Leistung zu fordern berechtigt, die andere als Schuldner zu dieser Leistung verpflichtet ist."

¹⁹ Protocolle der Commission zur Ausarbeitung eines allgemeinen deutschen Obligationenrechtes, 6 Bände, Dresden 1863-1866 [hier zit. Nachdruck hgg. von WERNER SCHUBERT, Keip 1984]; Band I S. 8.

²⁰ Die ausbleibende Begründung ist um so erstaunlicher, als der Auftrag der Kommission auf Ausarbeitung eines "Obligationenrechtes" ging, und damit der terminologische Entscheid, ein "allgemeines deutsches Gesetz über Schuldverhältnisse" auszuarbeiten, die Aufgabenstellung umformulierte: Ungeachtet des zu Beginn der Sitzungen gefassten Beschlusses werden die Protokolle in allen sechs Bänden (1863-

4.5 Aufnahme in das BGB

Bei der *Ausarbeitung des BGB* stand zum vornherein fest, dass der Terminus "Obligation" durch "Schuldverhältnis" ersetzt werden und das zweite Buch "Recht der Schuldverhältnisse" heissen sollte²¹. Dabei ist es geblieben: Der Terminus "Obligation" ist dem BGB nicht mehr bekannt, und es spricht ebenfalls nicht von "obligatorischen" Ansprüchen o.dgl. Der andernorts und anfänglich auch noch im Dresdener Entwurf "Obligationenrecht" genannte Rechtsbereich wird zum "Schuldrecht"²².

Mit derartiger Uebernahme der neuen Terminologie wich der deutsche Gesetzgeber willentlich von der gesamten, in romanistischer Ueberlieferung stehenden kontinentaleuropäischen Sprachgebrauch ab, verstand diese Abweichung aber als eine rein terminologische und wollte in der Sache selber die Uebereinstimmung mit dem Rest kontinentaleuropäischer Rechtstradition nicht etwa in Frage stellen, sondern wahren. In Wirklichkeit lief dann alles ganz anders.

5. Ausweitung des Begriffs "Schuldverhältnis" (Begriff 2)

5.1 Preisgabe der Identifikation von "Schuldverhältnis" und "Obligation"

Dem Vorsatz der Gleichstellung von "Schuldverhältnis" mit Obligation ist zwar der Dresdener Entwurf treu geblieben, nicht aber der bayrische Entwurf und das BGB. Das neue Wort für eine alte Sache entfaltet eine *Eigendynamik* und schafft eine neue Sache, die neben die alte hinzutritt: *Schuldverhältnis* ist nicht mehr bloss die innerhalb eines vertraglichen oder sonstigen Rechtsverhältnisses entstehende Recht-Pflichtbeziehung im herkömmlichen Sinn der Obligation, sondern entwickelt sich zu dem, was man bis dahin gelegentlich "Rechtsverhältnis" oder "Vertragsverhältnis" nennen mochte, d.h. *die Gesamtheit der aus gegebenem Anlass zwischen den Parteien resultierenden Rechtsbeziehungen mit allen Nebenumständen und -wirkungen*. Der Begriff "Schuldverhältnis" im BGB und damit für die deutschen Juristenschaft bedeutet nun zwar immer noch das gleiche wie "Obligation" (Begriff 1), daneben und darüber hinaus aber auch (als Begriff 2) etwas grundlegend Verschiedenes.

Das Schuldverhältnisses in erweitertem Sinn ist eine Neuschöpfung, zu der andernorts keine Parallelen bestehen. Allenthalben ausserhalb Deutschlands begnügt man sich damit, von Forderungsverhältnissen oder Obligationen zu sprechen, ohne aber deren

1866) auf dem Titelblatt weiterhin genannt "Protocolle der Commission zur Ausarbeitung eines Allgemeinen Deutschen Obligationenrechtes".

²¹ In den Motiven zu dem Entwurf des Jahres 1888 wird gleich eingangs ohne jegliche Begründung festgehalten: "Der Entwurf gebraucht den Ausdruck 'Schuldverhältnis' zur Bezeichnung desjenigen Rechtsverhältnisses, welches im Anschluss an das römische Recht von den Juristen Obligation genannt zu werden pflegt. Hiermit ist unter Vermeidung des Fremdwortes nach dem Vorgange des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für Bayern und des Dresdener Entwurfes eines das gesamte obligatorische Verhältnis, Forderungsrecht und entsprechende Verbindlichkeit, möglichst deckende Bezeichnung gewählt."

²² Die letzteren beiden Termini gleichbedeutende Ausdrücke für die selbe Sache. So ist es zulässig, vom Schuldrecht der Schweiz oder irgend eines anderen Landes zu sprechen, wenn man dessen Obligationenrecht meint. Anders die Bezeichnung "Schuldverhältnis", welche, wie zu zeigen sein wird, mit "Obligation" nur fast ausnahmsweise gleichgestellt werden darf.

mögliche Entstehungsgründe (Verträge und Delikte als deren wichtigste) gesamthaft wiederum mit einem Sammelbegriff zu erfassen. Auf der Stufenleiter zunehmender Abstraktion und Verallgemeinerung steht der in seinem neuen und erweiterten Sinn verstandene Begriff "Schuldverhältnis" (Begriff 2) zu oberst, d.h. mindestens eine Sprosse höher als die Vorstellungen Obligation, Schuld und Forderung (Begriff 1) u.dgl.

Die inhaltliche Ausweitung der Bezeichnung "Schuldverhältnis" präsentiert sich nicht als von den Akteuren gewollte Neuorientierung, als bewusster Sinneswandel: Die zusätzliche Einführung eines neuen Sinngeltes, das inhaltlich erweiterte Verständnis des Neologismus "Schuldverhältnis" (Begriff 2) ist niemals diskutiert oder gar explizit beschlossen worden. Die verfügbaren Materialien enthalten keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass den Redaktoren des bayrischen Entwurfs oder jenen des BGB die eingetretene und von ihnen veranlasste grundlegende Neuerung des dogmatischen Sprachgebrauchs überhaupt bewusst war. Die Akteure wussten nicht, was sie taten, und sie erkannten die Tragweite des eigenen Tuns nicht. Bereits die Aufnahme des Wortes "Schuldverhältnis" in den Dresdener Entwurf war zufällig (Zif.4.4), ebenso dessen Begriffserweiterung im BGB. Der hier besprochene Sprachgebrauch der deutschen Schuldrechtsdogmatik ist daher nichts anderes als *die Folge einer Reihe von Zufällen*.

5.2 *Gegensatz von Schuldverhältnis im engen Sinne und im erweiterten Sinne*

Ein Vertrag kann nicht als Obligation bezeichnet, und als Beispiel einer Obligation nicht der Vertrag genannt werden. Man erinnert sich: *omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*²³; Verträge (wie auch Delikte) *schaffen* Obligationen, sind aber selber keine solchen. Im BGB bedeutet "Schuldverhältnis" streckenweise dasselbe wie Obligation, aber andernorts und insgesamt überwiegend Verträge (dazu die Dokumentation unten Zif.6). Die beiden Sinngelungen von Schuldverhältnissen müssen gesondert betrachtet werden. Die Begriffe 1 und 2 stehen zu einander im Verhältnis von Ober- und Unterbegriff. Der Satz: "aus Schuldverhältnissen folgen Schuldverhältnisse" ist unsinnig und wird erst sinnvoll durch die Feststellung, dass ein und der selbe Terminus zwei verschiedene Begriffe belegt, die auseinander zuhalten sind: Schuldverhältnisse im erweiterten Sinne (Begriff 2) sind Rechtsgrund (*causa*) der Entstehung von Schuldverhältnissen im engen Sinne (Begriff 1)²⁴.

5.3 *Wie geht die deutsche Literatur mit dem Doppelsinn um ?*

Die ursprüngliche Absicht, mit "Schuldverhältnis" nichts anderes als die bisherige *Obligation* zu bezeichnen, kommt in § 241 zum Ausdruck und spiegelt sich in der auf diesen Text fokussierten Literatur wie in der Lehre überhaupt, soweit sie sich im Allgemein-Begrifflichen bewegt. Und dies bis in unsere Tage:

²³ GAIUS, Institutionen 3,88. Ihm folgen die Institutionen wie die Digesten IUSTINIANS (Inst. 3, 13,2 und Dig.44, 7,1 pr.).

²⁴ *Beispiel des Kaufs*: Der Verkäufer trägt die Obligation zur Uebergabe und Uebereignung der Kaufsache, der Käufer jene der Preiszahlung. Diese Obligationen mögen durch Nebenpflichten ergänzt werden, und im Hintergrund stehen die Gewährleistungspflichten des Verkäufers für Rechts- und Sachmängel, die zu Obligationen werden, wenn entsprechende Mängel zum Vorschein kommen. Diese Pflichten, soweit aktualisiert, stellen jede für sich eine Obligation der einen oder der anderen Partei dar, und sie alle zusammen machen das Schuldverhältnis im ausgeweiteten Sinne aus.

GOTTLIEB PLANCK, der einflussreichste aller Redaktoren und Generalreferent der zweiten Kommission kann in seinem Kommentar zum BGB schreiben: "Unter dem Rechte der Schuldverhältnisse ... versteht das BGB im wesentlichen dasselbe, was in der gemeinrechtlichen Theorie als Obligationenrecht bezeichnet wird." Und PAUL OERTMANN zu § 241 nur gerade: "Das Schuldverhältnis hat zum Inhalt das Einforderndürfen einer Leistung". Etwas einlässlicher das Lehrbuch von F.ENDEMANN: "Schuldverhältnis ist das rechtliche Verpflichtungsverhältnis zwischen zwei Personen, vermöge dessen die eine als Gläubiger berechtigt ist, von der anderen als Schuldner eine Leistung zu fordern."²⁵. Die genannten Formeln beziehen sich allein auf Obligationen im herkömmlichen Sinn, erfassen aber nicht Schuldverhältnis im ausgeweiteten Verständnis. Dies bleibt auch noch später so; PHILIPP HECK kennt nur Schuldverhältnisse in engen Sinne und nennt diese auch oft Obligationen²⁶.

Das ist indessen nicht die ganze Wahrheit. Die Ausweitung des Sinns von "Schuldverhältnis" kündigte sich bereits in den Motiven zum BGB-Entwurf (1888) an. Die am Anfang der Einleitung (Seite 1) stehende Grundsatzklärung, dass der Gegenstand des 2.Buches, "Schuldverhältnis" nicht anderes sei als die herkömmliche Obligation (Fn.21), hindert nicht, dass einige Zeilen weiter im zweiten Absatz "Schuldverhältnis" bereits etwas anderes heisst und im ausgeweiteten Sinn verwendet wird. Auf der selben Linie bewegt sich die Literatur bis in unsere Tage hinein, soweit sie sich überhaupt auf formelmässige Umschreibung von "Schuldverhältnis" einlässt: Autoren zum Schuldrecht beginnen mit einer sich an § 241 (Abs.1) orientierenden, genau der traditionellen Obligation entsprechenden Umschreibung von "Schuldverhältnis"(Begriff 1), um dann in der Folge, ebenfalls ohne erklärenden Hinweis, von der genannten Sinnggebung hinüberwechseln zu der umfassenderen Bedeutung (Begriff 2) und so beide Betrachtungsweisen nahtlos mit einander zu verbinden. Dies gelegentlich bereits im AT des Schuldrechts²⁷, vor allem aber konsequent im ganzen BT, wenn sie von den einzelnen Vertragstypen handeln und dabei jeden wie auch immer gearteten Vertrag für sich genommen als Schuldverhältnis qualifizieren.

²⁵ PAUL OERTMANN, Das Recht der Schuldverhältnisse (Kommentar) 1.Aufl. 1899; zu § 241 S. 4; F.ENDEMANN, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 8/9.Aufl.1903 § 96 S.574. Die Fussnote dazu enthält den Hinweis, dass § 241 nur das Forderungsrecht, nicht aber das Pflichtelement erwähnt. Dass das 2.Buch trotzdem nicht "Recht der Forderungsverhältnisse" heisst, sondern auf "Schuldverhältnis" Bezug nimmt, hält dieser Autor für eine Referenz an INST. ,13 pr.: *obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis jura.*

²⁶ PHILIPP HECK, Grundriss des Schuldrechts, Tübingen 1929, § 1.

²⁷ KARL LARENZ, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd.I Allgemeiner Teil (14.Aufl.1987) § 2 S.6, wo die Darstellung so beginnt: "Das Schuldverhältnis kann vorläufig und ohne Anspruch auf Vollständigkeit charakterisiert werden als *ein Rechtsverhältnis, in dem sich zwei oder mehrere Personen als einander zu bestimmten Leistungen berechtigt und verpflichtet gegenüberstehen.*" (Auszeichnung im Original). Das ist noch ganz die Obligation romanistischer Herkunft. Aber drei Seiten weiter werden die zu der primären Pflicht potentiell hinzutretenden *sekundären Leistungspflichten* eingeführt und als Beispiel genannt die im Falle von schlechter Erbringung der Primärleistung eintretende Schadenersatzpflicht. Das verlässt bereits den Bereich der Obligation im traditionellen Sinne. Und weiter hinten (S.26, § 2 Zif.V) liest man: "Wir verstehen dabei das 'Schuldverhältnis' nicht nur, wie es das Gesetz mitunter tut ...als **die einzelne Leistungsbeziehung** (Forderung und Leistungspflicht), sondern als das **gesamte Rechtsverhältnis** (z.B. Kauf-, Miet-, Arbeitsverhältnis)..." (Auszeichnung im Original).

6. "Schuldverhältnis" im engeren und im erweiterten Sinn

Hier eine Gegenüberstellung des Auftretens im BGB der beiden je als "Schuldverhältnis" bezeichnete Begriffe: Vorab dieser Term im engen Sinn als Obligation (Begriff 1) unter 6.1 und sodann im erweiterten Sinn (Begriff 2) unter 6.2.

Das Schuldrecht des BGB wird gemeinhin in einen Allgemeinen Teil (AT; §§ 241-432) und in einen Besonderen Teil (BT; §§ 433-853) gegliedert. Der AT umfasst die Abschnitte 1 bis 7 (in der BGB-Fassung von 1900 1 bis 6), der BT den Abschnitt 8 (im aBGB Abschnitt 7)²⁸. Diese Unterteilung auch im Folgenden.

6.1 "Schuldverhältnis" im engen Sinn ("Obligation"; Begriff 1)

Dem Schuldverhältnis im engeren Sinn (als Obligation) begegnen wir im AT vorab im Text des eröffnenden § 241 (Abs.1) und dann in Teilbereichen des *Abschnitts 4* (§§ 362-397). Dessen Ueberschrift "Erlöschen der Schuldverhältnisse" bezieht sich auf einzelne individualisierte Recht-Pflicht-Beziehungen, nicht aber auf Schuldverhältnisse im weiteren Sinne. Der Erlöschensgrund der Erfüllung (Titel 1) lässt nur eine bestimmte Obligation, nicht aber das ganze Schuldverhältnis (sc. den Vertrag insgesamt) untergehen, ebenso der Erlass (Titel4; § 397). In den Titeln 2 und 3 (§§ 372-39) werden Hinterlegung und Aufrechnung behandelt, aber alle Regeln sind bezogen auf Forderungen und Schulden, und von Schuldverhältnis ist schon gar nicht die Rede.

6.2 "Schuldverhältnis" im erweiterten Sinn (Begriff 2)

Während der AT noch überwiegend von Schuldverhältnissen im engeren Sinne (Obligationen) handelt, gilt dies nicht mehr für *Abschnitt 2* (Gestaltung rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse durch Allgemeine Geschäftsbedingungen, §§ 305-310) und *Abschnitt 3* (Schuldverhältnisse aus Verträgen, §§ 311-359). Beide Abschnitte enthalten Regeln über Entstehung, Bestand und Bestimmung des Inhalts von Verträgen, und "Schuldverhältnis" kann bereits hier nur im erweiterten Sinn verstanden werden.

Ganz die Domäne von Schuldverhältnis im erweiterten Sinn ist der BT, d.h. der *Abschnitt 8*: Er ist umfangreicher als alle vorangehenden zusammen, regelt das gesamte besondere Vertragsrecht wie auch Delikt und Bereicherung. Er ist betitelt "Einzelne Schuldverhältnisse" und präsentiert dem Leser über zwei Dutzend Typen derartiger Schuldverhältnisse (27 Titel von Abschnitt 8 des rev.BGB, §§ 433-853), die durchwegs im erweiterten Wortsinn zu verstehen sind und nicht durch "Obligation" ersetzt werden könnten.

7. Woher Rechtfertigung des Schuldverhältnisses im erweiterten Sinn ?

Wenn der Gesetzgeber der Jahrtausende alten Figur der Obligation eine diese konkurrenzierende neue hinzufügt, ist nach Grund und Rechtfertigung dieses Schritts zu fragen. Unmittelbar praktische Bedeutung haben allein aktuelle Recht-Pflicht-Beziehungen i.S. der herkömmlichen Obligationen (Begriff 1), auf welche ausserhalb Deutschlands sämtliche Schuldrechtskodifikationen ausschliesslich ausgerichtet sind.

²⁸ Die genannte Gegenüberstellung von AT und BT des Schuldrechts geht auf den bayrischen Entwurf zurück und findet sich auch im schweizerische OR. Das BGB folgt diesen beiden Vorbildern nicht; den Schritt zur Gegenüberstellung von AT und BT vollzieht erst die Doktrin.

In der deutschen Vertragsdoktrin wird die Doppelbedeutung des Wortes Schuldverhältnis (und damit die Einführung eines neuen Begriffs) oft als ein Vorgang der "Ausweitung" des Verständnisses ursprünglichen Sinngehalt von Obligation verstanden²⁹. Und diese Ausweitung des Begriffs Schuldverhältnis wird als Einladung gedeutet, den Vertragsbegriff freier zu handhaben als dies nach dem Gesetzeswortlaut möglich wäre.

In diesem Zusammenhang wird etwa die von HERMANN STAUB eingeführte Figur der "*positiven Vertragsverletzung*" genannt. Dieser erhob 1902 die Forderung, Vertragsverletzungssanktionen nicht bloss aus dem Unterlassen gehöriger Erfüllungsleistung abzuleiten, sondern auch aus Schlechterfüllung und insbesondere aus der Verletzung von Unterlassungspflichten³⁰. Vor der Schuldrechtsreform lautete § 286/I: "Der Schuldner hat dem Gläubiger den durch den Verzug entstandenen Schaden zu ersetzen". Die Forderung STAUBS ging dahin, Nichterfüllungssanktionen nicht bloss aus Verzug und dem Ausbleiben von positiven Vertragsleistungen abzuleiten, sondern auch die Verletzung von vertraglichen Nebenpflichten und Unterlassungspflichten zu sanktionieren. Die von ihm geforderte Lösung ist gewiss sinnvoll. Sie ist aber, was STAUB zu erwähnen unterlässt, im deutschen Ausland seit je weit herum geltendes Recht. Sein Postulat kann nicht als eine Entdeckung gefeiert werden, fordert STAUB doch eine Rechtslage, die fast allenorts selbstverständlich ist³¹. Erst der Geburtsschaden des BGB, d.h. die in Deutschland bei wörtlichem Textverständnis sich ergebende verfehlte entgegengesetzte Lösung macht HAUPTS Forderung möglich und gibt ihr Bedeutung.

Der im BGB-Kommentar von PLANCK diesen partiell ablösende H.SIBER schlägt vor, "das Wort Schuldverhältnis ... nur im *Sinne eines Organismus zu gebrauchen*; man

²⁹ "Ausweitung" ungeachtet der Tatsache, dass im Text des BGB seit dem ersten Tag die beiden Sinngebungen neben einander stehen, dies sofort erkennbar mit unterschiedlichem Gehalt. Das der Obligation entsprechende Schuldverhältnis im engeren Sinn ist sodann seit zwei Jahrtausenden klar definiert und fixiert auf inhaltlich bestimmte Forderungen und Schuldspflichten, und eine Wandlung dieses Begriffs hin zu neuer Sinngebung kann nicht im Ernst erwogen werden.

³⁰ H. STAUB, Die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen, Festschrift für den 26. Deutschen Juristentag, Berlin 1902, p. 46ff., DERS., Die positiven Vertragsverletzungen, Berlin 1904, 2. A. 1913.

³¹ Der *französische CC*, Art.1142: "Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur": Verletzung von Pflichten des Tuns wie Unterlassens löst Schadenersatzpflicht aus. Der *spanische CC* stellt in Art.1088 fest: *Toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa*, und bringt dazu in Art.1102 und Art.1103 die Bestätigung, dass die Verletzung von *todas las obligaciones* bzw. *toda clase de obligaciones* Ersatzpflicht (*responsabilidad*) auslöst. Nicht anders das *schweizerische OR* Art.97. Daher sagt v.TUHR, AT des OR Bd.II § 68/IV bei Fn.86: "Das schweizerische Recht kann m.E. ohne den in seiner übermässigen Ausdehnung unbrauchbaren Begriff der positiven Vertragsverletzung auskommen und namentlich ohne diesen Ausdruck, zu dessen Verständnis eine besondere Erläuterung notwendig ist." Von einer Beschränkung des Verletzungstatbestandes auf Nichterbringung positiver Leistung kann in den genannten Kodifikationen keine Rede sein. Dasselbe gilt auch für Oesterreich; dazu schön REISCHAUER (in Rummel, Komm.ABGB, in N.4 vor §§ 918): "Positive Forderungsverletzung ist eine dem österreichischen Recht fremde Kategorie, die auch in all jenen Rechtsordnungen keinen Platz findet, die vom missglückten Leistungsstörungenrecht des ... BGB verschont geblieben sind."

müsste sonst das Schuldverhältnis im weiteren und engeren Sinne unterscheiden und unter dem letzteren den Einzelanspruch verstehen ...". Das ist nichts anderes als auch die hier postulierte Unterscheidung zweier Begriffe und zusätzlich der Vorschlag, das "Schuldverhältnis im erweiterten Sinne" (Begriff 2) ins Zentrum zu rücken und es als *Organismus* zu titulieren. Das tönt schön und schafft Stimmung, hat aber mit Dogmatik, Rechtstechnik und sauberer Begriffsbildung nichts zu tun. Die Formel SIBERS wurde in den Dreissigerjahren beliebt³², und verwandte, gleichermassen nebelhafte Wendungen sind es bis heute³³. Derartige wohltonend-nichtssagende Sprechweise wird durch Wort "Schuldverhältnis" des BGB möglich.

Ausser Zweifel steht die Notwendigkeit der hier genannten und weiterer gesetzeskorrigierender Schritte, wie sie von der Doktrin gefordert und in der Praxis realisiert wurden. Die These lässt sich nicht belegen, wonach der vom BGB eingeführte Neologismus "Schuldverhältnis" zum das BGB korrigierenden Verständnis beigetragen habe. Die von STAUB postulierte "*positive Vertragsverletzung*" hat keine Beziehung zu diesem Topos. Die zur Grundlage aller denkbaren extralegalen Obligationsentstehungsgründe herangewachsene Figur der *culpa in contrahendo (c.i.c.)*³⁴ hat keinerlei Zusammenhang mit "Schuldverhältnis": JHERINGS griff in seinem Aufsatz im Jahr 1861 den damals erst in der Ferne auftauchenden Terminus nicht auf, und das Reichsgericht in seinem Linoleumrollen-Entscheid des Jahres 1911 (RGZ 78, 239-241) nahm zwar an "ein den Kauf vorbereitendes Rechtsverhältnis zwischen den Parteien, das einen vertragsähnlichen Charakter trägt", ohne aber diesen weit über positives Gesetzesrecht hinausgreifenden Entscheid in Verbindung mit dem Topos "Schuldverhältnis" zu stellen. Das Postulat der Anerkennung "*faktischer Vertragsverhältnisse*"³⁵, heute in Deutschland ebenfalls meist der c.i.c. zugeordnet, hat ebenfalls keine Verbindung zum Terminus Schuldverhältnis.

8. *In neu § 311 Abs.2 und § 241 Abs.2 "Schuldverhältnis" noch einmal etwas anderes (Begriff 3)*

Die Schuldrechtsreform hat dem Terminus "Schuldverhältnis" einen weiteren, dritten Typus hinzugefügt, der sich von den beiden bisher betrachteten Begriffen strukturell und normlogisch unterscheidet und von diesen inhaltlich weit entfernt (Zif. 8.2).

³² Etwa HEINRICH LANGE, Vom alten zum neuen Schuldrecht, 1934, Zif.IX, S.70: "Das neue Rechtsdenken ordnet nicht nur den einzelnen der Gemeinschaft unter, es bindet auch die einzelnen um der Gemeinschaft willen enger aneinander." und einige Zeilen weiter: "Die Einheit des Schuldverhältnisses steht darum im Vordergrund, das 'Schuldverhältnis als Organismus' ist mehr als eine Summe von Einzelansprüchen..." oder es heisst, dass sich "das Schuldverhältnis aus einem äusseren Leistungsmechanismus zu einer inneren Vertrauensgemeinschaft vertieft ..."

³³ KARL LARENZ (Fn.27) titelt S.26 : "*Das Schuldverhältnis als Gefüge und als Prozess*" und sagt S.27: "Das Schuldverhältnis ist daher nicht nur eine Summe verschiedenartiger Rechtsfolgen, sondern ein komplexes Sinngebilde, ein **sinnhaftes Gefüge**". (Ausz.im Original).

³⁴ Vgl. dazu unten Zif. 8.5, 9.2, 10.1 und 10.2.

³⁵ Dazu unten bei Fn.50.

8.1 Neuer Gesetzestext: § 311 Abs.2 und 3 und § 241 Abs.2

Seit dem 1.1.2002 wird Abschnitt 3 des BT ("Schuldverhältnisse aus Verträgen") eröffnet mit § 311 (früher § 305). Dem unverändert gebliebenem Absatz 1, welcher der Begründung von Schuldverhältnissen durch Rechtsgeschäft gewidmet ist, werden zwei weitere hinzugefügt, von denen hier *Absatz 2* interessiert:

"Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs.2 entsteht auch durch: 1. die Aufnahme von Vertragsverhandlungen, 2. die Anbahnung eines Vertrags, bei welcher der eine Teil im Hinblick auf eine etwaige rechtsgeschäftliche Beziehung dem anderen Teil die Möglichkeit zur Einwirkung auf seine Rechte, Rechtsgüter und Interessen gewährt oder ihm diese anvertraut, oder 3. ähnliche geschäftliche Kontakte."

Diese Regel ist eine Verweisungsnorm, die ihren Gehalt erst aus dem dort genannten § 241 Abs.2 bezieht:

"Das Schuldverhältnis kann nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten."

Die sich aus der Verbindung dieser Bestimmungen ergebende Rechtslage ist schwer zu erfassen. Für den Leser, der nicht profundes Vorverständnis mitbringt, bleibt er unverständlich. Nach allgemeiner Ansicht aber steht fest, dass die Regelung die Aufgabe hat, das bisher unter Berufung auf *culpa in contrahendo* extralegal entstandene Richterrecht im Gesetz festzuschreiben³⁶.

Abgesehen vom Inhalt wird den ausländischen Betrachter bereits die Normpräsentation der Neuregelung überraschen: Verschachtelung der Normaussage (Verteilung auf drei verschiedene Fundstellen: BGB § 311 und § 241, letztere ergänzt durch § 280 Abs.1³⁷), dann die Bestimmung der Voraussetzungen der Ersatzpflicht nicht durch Umschreibung des sanktionsauslösenden Fehlverhaltens, sondern durch Statuierung einer Gebotsnorm, deren Nichtbeachtung Ersatzanspruch auslöst. Dazu dann die inhaltliche Unbestimmtheit (Zif.8.3) und der unklar bleibende Geltungsanspruch und die Präsentation des ganzen als "Kann-Regel" (Zif.8.4).

8.2 "Schuldverhältnis" hier aktuell befehlende Norm

Die beiden zu Beginn betrachteten "Schuldverhältnisse" (die Begriffe 1 und 2) sind beschreibend und ohne normativen Gehalt, denn sie statuieren selber keine Rechte und Pflichten, sondern verweisen bloss auf pflichtbegründende Rechtsbeziehungen. Anders und grundlegend verschieden nun § 311 Abs.2: Er statuiert die Rechtsregel, dass die Aufnahme von Vertragverhandlungen u.dgl. die in § 241 Abs.2 umschriebenen Pflichten auslöst, nämlich solche "zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils". Dies ist eine Befehlsnorm, und auf deren Verletzung steht eine Sanktion (Schadenersatzpflicht; § 280 Abs.1).

Die Verknüpfung einer aktuell geltenden Verhaltenspflicht mit "Schuldverhältnis" ist etwas gänzlich Neues, bisher im BGB nie angetroffenes. Zur Veranschaulichung einmal mehr der Kauf: Die Aussage, dass die Parteien einen Vertrag geschlossen haben und

³⁶ Dazu hier allein HEINRICHS in Kommentar Palandt, 62.Aufl.2003 (sc. erste zum revidierten BGB) zu § 311 Rn.11 "Verschulden bei Vertragsschluss (*culpa in contrahendo*) - Kodifizierung eines ungeschriebenen Rechtsinstituts" und dann *in fine*: "Abs.2 und 3 verzichten darauf, einen alle Einzelheiten regelnden subsumtionsfähigen Tatbestand zu formulieren. Sie bringen sachlich gegenüber dem bisher als Richter- oder Gewohnheitsrecht angewandten Regeln keine Änderungen".

³⁷ BGB § 280 Abs.1: "Verletzt der Schuldner eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis, so kann der Gläubiger Ersatz des hierdurch entstehenden Schadens verlangen. Dies gilt nicht, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat."

damit in einem Schuldverhältnis zu einander stehen, ist vorerst eine Leerformel, die erst aus dem von den Parteien Verabredeten ihren Inhalt empfängt. Anders aber das den Parteien vom BGB in § 311 Abs.2 bescherte "Schuldverhältnis": *Ex lege* folgt eine Verhaltens- oder Schuldpflicht und offenbart die den Betroffenen auferlegte Pflichten in voller Tragweite selber: Der § 241 Abs.2 tritt als inhaltliche bestimmte, direkt anwendbare und sanktionsbedrohte Befehlsnorm auf.

Der hier angetroffene Befund ist einmalig. Nirgends sonst bezeichnet der Begriff der Obligation eine konkrete, vom Gesetzgeber selber angeordnete Verhaltenspflicht, und noch weniger kann dies das Schuldverhältnis in seiner neuen, ausgeweiteten Variante (Begriff 2), das gegenüber "Obligation" auf höherer Abstraktionsstufe steht.

8.3 *Verschwommenheit der Normpräsentation*

Im Inhalt bleibt die Befehlsnorm allerdings wolkig und verweist auf vage Allgemeinbegriffe: Das in Ziffer 1 statuierte Gebot, bei Vertragsverhandlungen gegenüber dem Verhandlungspartner "Rücksicht" zu üben, ist ohne klaren Gehalt. Dieser wird nicht verständlicher durch die Ausrichtung der gebotenen Rücksicht "auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils": Rechte oder Rechtsgüter sind *per definitionem* rechtlich geschützt, wären ohne solchen Schutz nicht existent und bedürfen keiner zusätzlichen Sicherstellung. Bei Vertragsverhandlungen auf die *Interessen der Gegenpartei* "Rücksicht" zu nehmen, d.h. diese zu wahren, ist ein seltsames Gebot. Diese Regel kann wohl nicht die Vertretung der eigenen Interessen bei Vertragsverhandlungen gänzlich untersagen. Jeder Verhandlungspartner steht daher vor der schwierigen Aufgabe, gleichzeitig zwei sich zwangsläufig entgegengesetzte Interessen vertreten zu müssen. Dies ist eine bloss schwer zu erfüllende Forderung. Dass sie von Verhandlungspartnern bedacht oder gar ernst genommen werden wird, ist unwahrscheinlich.

Noch enigmatischer sind die Ziffern 2 und 3, welche die in Ziffer 1 genannten Vertragsverhandlungen ergänzen. Was Gewährung der "Möglichkeit zur Einwirkung auf seine Rechte, Rechtsgüter und Interessen" bedeuten soll, dies "im Hinblick auf eine etwaige rechtsgeschäftliche Beziehung", versteht der Schreibende nicht. Er vermag nicht zu erkennen die Abläufe und Vorgänge, an die er Gesetzgeber gedacht haben kann, wenn er für dieselben Rücksichtnahme fordert.

So oder anders ist die "jeden Teil zur Rücksicht" verpflichtende Befehlsnorm im Ergebnis nicht mehr als eine *Aufforderung zu kommerziellem Wohlverhalten*. Derartige allgemeine Moralgebote wurden bisher nirgends als Obligationen (Schuldpflichten) und schon gar nicht als Schuldverhältnisse im erweiterten Sinn gedeutet. Wohlverhalten bei Vertragsverhandlungen ist nicht erzwingbar. Die Funktion der Regel der *Umschreibung von Sanktionsvoraussetzungen* (hier der Schadenersatzfolgen) wird mehr formell als tatsächlich wahrgenommen; funktional gesehen steht vor uns nichts anderes als eine Generalklausel, welche die Gerichte ermächtigt zu fallweiser Entscheidung nach Gutdünken.

8.4 *Unklarer Geltungsanspruch:: Dispositive Natur ? oder "Kann-Geltung" ?*

Es wird die Auffassung vertreten, dass das durch § 311 geschaffene und den Parteien *ex lege* auferlegte Schuldverhältnis von den Parteien *vertraglich wegbedungen* werden könne und dementsprechend *dispositives Recht* darstelle³⁸. Dies entspricht zwar den

³⁸ HEINRICHS in Palandt zu § 311 (Fn.36) zur Wegbedingung N.7; zur blossen Aenderung des Schuldverhältnisses N.3-6.

allgemeinen bei Schuldverhältnissen geltenden Regeln (sowohl die Obligation der Kaufpreiszahlung wie das Schuldverhältnis des Kaufvertrags können in nachhinein von den Parteien abgeändert werden), und die § 311 und § 241 deklarieren sich selber nicht als zwingendes Recht. Aber wenn man bedenkt, dass das hier in Frage stehende "Schuldverhältnis" etwas gänzlich anderes ist als alles bisher bekannte, dass nicht die Parteien es begründet haben, sondern dieses vom Gesetzgeber auferlegt wird, sind Zweifel an der dispositiven Natur des hier besprochenen Normgefüges angezeigt. Lässt man vertragliche Wegbedingung der Rücksichtnahme-Pflicht zu, ist auch *stillschweigende Wegbedingung* möglich. Da die Auferlegung der Pflicht der Rücksichtnahme wie im Gesetz formuliert den herkömmlichen Anschauungen des Handels und Wandels zuwider läuft und den Normadressaten unvertraut und fremd ist, müsste im Regelfall die *Vermutung* gelten, dass bei Aufnahme von Vertragsverhandlungen die Parteien stillschweigend beide übereinstimmend gewollt haben eine Ausschlussklausel etwa so: *Jeder sorgt sich selber um seine Probleme und braucht sich nicht um jene des Partners zu kümmern.*

Die Frage der vertraglichen Wegbedingbarkeit der § 311 Abs.2 und § 241 Abs.2 bleibe hier offen. Deren Erörterung müsste im Zusammenhang mit einer anderen legislatorischen Einmaligkeit gesehen werden, der Präsentation der Pflicht zu Rücksichtnahme als *Kann-Regel*: Die entscheidende Gebotsnorm wird in § 241 Abs.2 umschrieben, verpflichtet aber nicht mit Bestimmtheit und in jedem Fall zur Rücksicht, sondern *kann* solches tun. Eine bloss vielleicht bestehende Pflicht, ein bloss vielleicht verbindliches Verhaltensgebot ist in jedem Fall eine seltsame Sache. Sinn und Tragweite auch dieser Regel bleibt unklar. Nicht auszuschliessen ist auch hier, dass die Väter des Gesetzes anderes gewollt haben, als was sie ins Gesetz schrieben, heisst hier, dass sie bedingungslose Geltung der hier besprochenen Regeln wollten. Insgesamt bleibt der Geltungsanspruch der hier betrachteten legislatorischen Novität offen und in zweierlei Hinsicht fraglich. Zurück bleibt im Betrachter nicht mehr als Verwirrung. *Difficile est satiram non scibere.*

8.5 Fragwürdige Legalumschreibung der überlieferten *c.i.c.*-Praxis

Die Neuerung von § 311 Abs. 2 soll die bis anhin unter der Etikette *culpa in contrahendo (c.i.c.)* segelnde extralegale Rechtsüberlieferung im Gesetz verankern³⁹. Die Fragwürdigkeit dieses gesetzgeberischen Vorgehens ist ein Thema für sich (dazu die folgende Ziffer 9). Hier ist vorweg allein festzuhalten, dass derartige legislatorische Absicht dem vom Gesetzgeber geschaffenen Wortlaut nicht entnommen werden kann⁴⁰. Das angestrebte legislatorische Ziel wird erreicht werden, dies aber nur deshalb, weil die deutsche Juristenschaft dieses zum vornherein kennt und die bisher bestehende Literatur und Judikatur den intendierten Normgehalt festschreibt. Die *Rechtsüberlieferung*, hier repräsentiert durch die deutsche Doktrin zur Lehre von der *culpa in contrahendo* und der dazu ergangenen Gerichtspraxis seit dem Jahre 1911, wird damit zur *Rechtsquelle* erhoben.

³⁹ Oben Fn.36.

⁴⁰ Die Pflicht zur Rücksichtnahme bei Vertragsverhandlungen wie in den § 311 Abs.2 und § 241 Abs.2 niedergelegt scheint auf der Annahme zu beruhen, dass die *c.i.c.*-Regel eine solche Rücksichtnahme fordere. Dies ist aber überhaupt nicht JHERINGS These. *Contrahere* heisst auch bei ihm nicht verhandeln, sondern das Jawort zu einem Vertrag geben. *Culpa* in der Sicht JHERINGS ist nicht fehlende Rücksicht beim Verhandeln, sondern das *Abschliessen* eines Vertrags unerachtet fehlender Durchsetzbarkeit des geschlossenen Vertrags. Dazu gleich Zif. 9.2.

9. Verfehlte Normierung der traditionellen extralegalen Obligations-Entstehungsgründe

9.1 Zu den traditionell fehlenden *causae obligationum* im allgemeinen

Die heute weltweit bestehenden Privatrechtskodifikationen sind sämtliche ausgerichtet allein auf Verträge und Delikte, diese ergänzt durch die Nebenpositionen *negotiorum gestio* und *condictio* (diese wiederum genannt quasi-vertraglich oder quasi-deliktsch). Diese Systematik ist den römischen Quellen nachgebildet (dazu oben Zif.3.1). Aber aus der Not aller Gesetzgeber, die Dinge zu vereinfachen, bleiben in allen Gesetzen diese zwei bzw. vier Gründe der Entstehung von Obligationen die einzigen. Die Ordnung wird als abschliessend verstanden, dies anders als im alten Rom, wo insbesondere die Gruppe der Quasi-Kontrakte für künftig notwendig werdende weitere Fälle offen blieb.

Die Unzulänglichkeit des strikt auf Ausschliesslichkeit von Vertrag und Delikt ausgerichteten gesetzlichen Systematik ist der Grund für das Aufkommen zusätzlicher neuer *causae obligationum* ausserhalb der Gesetze. Ohne diese ihrerseits als abschliessend zu betrachten, kann man heute drei grosse Guppen auseinanderhalten: Deutschen Ursprungs die beiden Forderungen paralegaler Obligationsentstehung der *culpa in contrahendo* und der als "faktische Vertragsverhältnisse" (schlecht) benannten Fälle. Zu diesen kommt neuerdings hinzu die vom schweizerischen Bundesgericht als eigene Gruppe herausgestellte der sog. *Vertrauenshaftung*. Zu derartig aufgegliederter Kasuistik nach schweizerischem Muster unten Zif.10.

9.2 Historischer Hintergrund der *c.i.c.* und der Formel von BGB § 311 Abs.2

Die Figur der *culpa in contrahendo* (*c.i.c.*) geht zurück auf den von R. JHERING im Jahre 1861 veröffentlichten Aufsatz "*Culpa in contrahendo; oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*"⁴¹. Primäres Anliegen des Verfassers war die Ersatzpflicht des Vertragspartners, der einen geschlossenen Vertrag erfolgreich wegen Irrtums anfigt, dieser Irrtum aber Folge seiner eigenen Fahrlässigkeit (*culpa*) ist. Dazu weiterhin Fälle unwirksamer Verträge wie solche wegen Unmöglichkeit der Leistung oder Fehlübermittlung durch Boten. Der Gedanke, dass der um die erwartete Vertragsleistung gebrachte Käufer Ersatzansprüche haben sollte, war nicht neu, sondern bereits in den römischen Quellen⁴² und im ALR anzutreffen.

Die *c.i.c.*-Lehre fand in Deutschland zwar in der Doktrin Beachtung, Anerkennung durch die Gerichtspraxis folgte aber erst fünfzig Jahre später. Erst der sog. *Linoleumteppich-Entscheid des Reichsgerichts* des Jahre 1911 (RGZ 78, 239 ff.) öffnete dem deutschen Schuldrecht den Weg zur Anerkennung zusätzlicher, in den modernen Kodifikationen traditionell vergessener Obligationsentstehungsgründe. Das Reichsgericht beruft sich selber nicht auf JHERING oder *c.i.c.*, sondern die Doktrin stellt diese Beziehung her. Demgegenüber ist festzuhalten, dass derartiges nicht zutrifft. Die von JHERING behandelten Tatbestände beziehen sich auf die Tatsache des *Vertragsschlusses*. Anders aber der vom Reichsgericht beurteilte Fall der Dame, die sich bei einer Bodenbelagsfirma Linoleumrollen zeigen lässt und dabei von umstürzenden Rollen verletzt wird: Ein Vertrag war nicht geschlossen und keine auf solchem beruhenden

⁴¹ R.JHERING, in Jahrbücher für Dogmatik Bd.4/1861, S.1-112.

⁴² JHERING (FN.41), S. 8 ff. ; Dig.18,1,62,1 oder Inst.3,23,5; Verkauf von unverkäuflichen heiligen Stätten, oder eines Freien als Sklaven

Erwartungen enttäuscht worden. Im Ergebnis findet der Entscheid Zustimmung, lässt sich aber nicht auf *c.i.c.* im Sinne JHERINGS stützen. Es liegt ein neuer (wenn auch damals vielleicht nicht als solcher erkannter) Haftungstatbestand vor, der vorwegnimmt, was heute in der Schweiz im Sinne der Judikatur des Bundesgerichts *Vertrauenshaftung* heisst: Enttäushtes Vertrauen nicht (wie bei JHERING) auf Erfüllung eines Vertrages, wohl aber auf die Abwesenheit von Gefahren (im Linoleumrollen-Fall solche innerhalb des Verkaufslokals; dazu Zif.10.4).

Die im Linoleumrollen-Entscheid beobachtete Rechtfertigung der Anerkennung eines extralegalen Obligations-Entstehungsgrundes durch Anrufung des *c.i.c.*-Arguments, ohne dass die *c.i.c.*-Voraussetzungen erfüllt gewesen wären, hat zu Nachahmung eingeladen: Erwünschte weitere extralegale Obligationsentstehungsgründe wurden in Deutschland auf dieses leicht verfügbare Argument gestützt und als Anwendungsfälle von *c.i.c.* präsentiert, mochten sie auch mit JHERINGS Konzept nichts zu tun haben. So findet man heute unter der rechtfertigenden Etikette der *c.i.c.* eine lange Reihe von (sachlich insgesamt sicher gerechtfertigter) Entscheidungen, die ihrerseits sich in Gruppen unterteilen lassen, aber nur selten der *culpa in contrahendo* im Sinne JHERINGS zugeordnet werden können.

Dem heutige deutschen Juristen ist das Kürzel *c.i.c.* geläufig, er versteht es jedoch nicht mehr im Sinne seines Schöpfers, sondern als Sammelposten sämtlicher von der Praxis anerkannter, ausserhalb des Gesetzes gewachsener Entstehungsgründe von Obligationen. Dieser Praxis sollte im BGB eine legale Grundlage verschafft werden.

Das Vorgehen der Anknüpfung der zu schaffenden Normierung an das *c.i.c.*-Konzept überrascht. Die Berufung auf die Denkfigur *c.i.c.* war in Deutschland allein durch die Not fehlender gesetzlicher Grundlagen für eine Reihe weiterer im Gesetz nicht vorgesehener, aber unentbehrlicher Obligationsentstehungsgründe veranlasst. Die in der Schuldrechtsreform möglich gewordene gesetzliche Verankerung der als notwendig erachteten Obligationsentstehungsgründe befreite von dieser Not. Richtig verstandene Gesetzgebung hätte es sich zur Aufgabe gemacht, die in der bisherigen Praxis sichtbar gewordenen Probleme als solche einer Regelung zuzuführen, statt sie in bisheriger, sachlich verfehlter Zuordnung zu *c.i.c.* zu belassen und entsprechend gesetzlich zu verankern.

9.3 "Faktische Vertragsverhältnisse" und Vertrauenshaftung bleiben ausgeschlossen

Diese beiden Fallgruppen sind nicht nur in der Schweiz anerkannt, sondern waren weitgehend auch Bestandteil der auf das *c.i.c.*-Argument gestützten deutschen Gerichtspraxis (dazu noch unten Zif.10.3 und 10.4). Dass diese in der hier diskutierten Gesetzesnovelle verankert werden soll (oben bei Fn.39), ist eine Sache, eine andere, dass die § 311/II und § 241/II mit ihrer auf *Vertragsverhandlung* ausgerichtete Formulierung diese beiden Bereiche nicht erfassen, oder, deutlicher gesagt, mit dieser Voraussetzung die angestrebte *Haftung explizit ausschliessen*:

- *De lege ferenda* werden die meisten zustimmen, dass ein Schwarzfahrer den Fahrpreis schulden soll, ebenso der Erwerber eines Automobils eine Gegenleistung für die Benutzung des Wagens über fast fünf Jahre unerachtet der Ungültigkeit wegen Formmangels des zugrunde liegenden des Vertrags⁴³. Beide Haftungstatbestände können nicht anders begründet werden als durch die Theorie der "faktischen Vertragsverhältnisse"; an dieser Feststellung kann weder die verfehlte Benennung der Theorie noch deren unzulängliche Begründung durch ihren "Erfinder" etwas ändern (dazu unten Zif.10.3). Aber in den genannten und vielen gleichgelagerten Fällen kann

⁴³ Dazu unten Fn.54.

nicht von fehlender Rücksichtnahme bei Vertragsverhandlungen i.S. von BGB § 241 Abs.2 gesprochen werden: Der Schwarzfahrer hat Verhandlungen erfolgreich überhaupt vermieden, der Autoerwerber hat zwar verhandelt, aber dabei nicht schuldhaft gehandelt⁴⁴.

- Auch in den Fällen der *Vertrauenshaftung* gibt es zwischen den Parteien weder Vertragsverhandlungen noch gar einen Vertrag: Die Haftung der damals reputierten Firma *Swissair* für ihre zahlungsunfähige Tochter war allein die Folge der beide Firmen in Verbindung bringenden Werbung; von einem vertraglichen Hintergrund kann keine Rede sein. Dasselbe gilt für viele weitere Fälle: Die Haftung des Ausstellers eines irreführenden Arbeitszeugnisses gegenüber dem deshalb zu Schaden kommenden nachfolgenden Arbeitgeber, die Verantwortlichkeit der Verfasser irreführender Gutachten (die z.B. zuhanden potentieller Käufer Wert und Mangelfreiheit von Liegenschaften bestätigen), beruhen nicht auf Verträgen mit den durch das Vertrauen auf die Papiere Geschädigten (weiteres dazu unten Zif.10.4)⁴⁵.

Fälle nach den beiden hier genannten Mustern sind verbreitet. Sie dürften häufiger vorkommen und praktisch bei weitem bedeutsamer sein als jene, in denen die Parteien Verhandlungen geführt oder einen Vertrag unterzeichnet haben (dazu noch Zif.9.5)

9.4 Gefahr für die Durchsetzung in der Praxis

Die genannten, praktisch im Vordergrund stehenden Tatbestandsgruppen wurden in weitem Umfang bisher auch in Deutschland sachgerecht entschieden, wobei die Unzulänglichkeit der dort angeführten Berufung auf c.i.c. nur dem Kenner bewusst war. Anders nun die heutige Lage: Der Gesetzestext, dem die Aufgabe zugeordnet ist, die bisherige c.i.c. Praxis zu verkörpern, setzt explizit einen Vertragsbezug voraus, dessen Fehlen bei den genannten beiden Fallgruppen in die Augen springt und jedem Laien sofort erkennbar wird.

Die Annahme, die bisher dem Topos c.i.c. zugeordnete Praxis werde trotz des Wortlautes, der derartiges nicht gestattet, auch in Zukunft weiter bestehen und gar sich in gebotener Weise weiter entfalten, ist schön, aber vielleicht eine Illusion. Der Schreibende, durch Erfahrungen der Praxis geprägt, kann nicht guten Gewissens derartig treuherzigen Optimismus übernehmen. Vor uns steht eine in vagen Umrissen auftretende Generalklausel, deren Anwendung und Durchsetzung in jedem Einzelfall erkämpft werden muss. Der in Haftung Genommene (nach § 280 auf Schadenersatz Verklagte) wird die Möglichkeit, sich auf die Absenz von Vertrag und Vertragverhandlungen zu berufen, mit Gewissheit benutzen. Das fordert Abweisung des Anspruchs, sobald man sich an den Gesetzeswortlaut hält. Keinerlei Gewissheit besteht, dass derartige, auf unstrittige Fakten gestützte Argumentation immer erfolglos sei. Verunsicherung des

⁴⁴ Das unwirksam bleibende Vertragsformular stammte vom Veräusserer. Der Erwerber mag bei Vertragsschluss nicht um die Formunwirksamkeit gewusst haben (die entsprechende Gerichtspraxis und die resultierende Möglichkeit der Rückforderung erbrachter Leistungen ist nicht einmal jedem Juristen geläufig).

⁴⁵ Der verallgemeinerungsfähige Entscheidgehalt des Linoleumrollen-Falls (RGZ 78,239) ist ein Paradebeispiel der hier genannten Vertrauenshaftung und hat daher weder Bezug zur Vertragsverhandlungen noch darf die Haftung von Verschulden abhängig gemacht werden; aus beiden Gründen wird er von der aktuellen BGB-Regelung nicht erfasst. Gleiches gilt, wie gesehen, auch für die *culpa in contrahendo* i.S. JHERINGS. Die Schuldrechtsreform will zwar die herkömmliche c.i.c.-Tradition im BGB verankern, schliesst aber mit der gewählten Formulierung jene beiden Elemente aus, die an deren Ausgangspunkt standen.

Richters begleitet daher zwangsläufig die Anwendung der Gesetzesnovelle. In Widerspruch zu klarem Gesetzeswortlaut zu entscheiden erfordert vielleicht Mut, gewiss aber nicht leicht zu findende und sich windende Worte der Begründung, während umgekehrt bei Verwerfung des Anspruchs solche sich von selbst einstellen.

Die praktisch im Vordergrund stehenden ("para- oder extralegalen") Haftungstatbestände sind nicht nur nicht ins Gesetz aufgenommen, sondern umgekehrt mit einer Formel bedacht worden, die streng genommen nicht bloss Nichtanerkennung durch Nichterwähnung, sondern deren expliziten Ausschluss bedeutet. Sie werden damit gewissermassen *qualifiziert extralegal*. Wenn wir für Deutschland von der politisch vielleicht nicht durchführbaren Revision des Gesetzestextes absehen, kann die Gefahr des Absterbens der bisher gestützt auf c.i.c. entstandenen Praxis nur von der Doktrin abgewendet werden. Gefordert ist breit abgestützte literarische Behandlung des Problembereiches aller traditionellen extralegalen Obligationsentstehungsgründe. Damit kann, wenn nicht im Gesetz, so doch wenigstens in der Doktrin eine Basis für die notwendige und zu erhoffende Gerichtspraxis geschaffen werden.

9.5 *Die vorgesehene Schadenersatzsanktion bei Verletzung des Rücksichtsgebots nicht immer hinreichend*

Schadenersatz ist die angemessene und von JHERING geforderte Sanktion der *culpa in contrahendo*-Fälle. Das gleiche gilt auch bei Tatbeständen der "faktischen Vertragsverhältnisse" und der Vertrauenshaftung nach dem Muster des reichsgerichtlichen Linoleumrollen-Entscheides (oben Zif.9.2 und 9.3, unten Zif.10). Wenn wird uns aber in den Bereich der vom Gesetzeswortlaut erfassten Tatbestände begeben, wo "*Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils*" bei Vertragsverhandlungen (§ 241 Abs.2) gefordert wird, ist dies nicht gewiss und muss diskutiert werden. Diese Aufgabe ist allerdings schwierig, da Fälle in Betracht fallender Gebotsverletzungen nicht leicht zu finden sind.

Das bedeutsamste Beispiel von Missverhalten bei Verhandlungen besteht im *Geben falscher* bzw. im *Zurückhalten gebotener Information*. Derartiges wird bedeutsam, wenn die Irreführung in das Zustandekommen eines Vertrages ausmündet. Im Falle geschlossenen Vertrages sind aber Schadenersatzsanktionen oft nicht hinreichend: Ohne die Verfehlung wäre entweder gar kein Vertrag, oder ein Vertrag mit anderem Inhalt geschlossen worden. Bei aufrecht bleibendem Vertrag ist eine neben diesem einherlaufende Geldzahlungspflicht vielleicht nicht die angezeigte Lösung; gefordert wäre, entweder den geschlossenen Vertrag aus der Welt zu schaffen oder aber ihn inhaltlich zu bessern. In dieser Richtung bringt das neue Schuldrecht des BGB nichts Neues.

Führen die Verhandlungen nicht zu einem Vertragsschluss, lässt sich in das leeres Geschwätz gebliebene Traktieren der Parteien nicht leicht ein schadensverursachendes Verschulden eines der Partner hineinlesen. Der einzige in diesem Bereich von der Literatur besprochene konkrete Tatbestand ist jener des *Verhandelns ohne Abschlusswillen*. Schadenersatz ist hier die einzig denkbare Kompensation und eine Schadensentstehung ohne weiteres vorstellbar: Nutzlose Umtriebe und Kosten des Verhandeln, verpasste Gelegenheiten anderweitigen Kontrahierens, Kosten antizipierender Massnahmen im Hinblick auf den erhofften Vertragsschluss und dergleichen mehr⁴⁶.

⁴⁶ Der Schreibende hat diesen Tatbestandsbereich bereits 1980 im Zusammenhang der *culpa in contrahendo* dargestellt; Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 1.Aufl. Zürich 1980, §17 III/2 (ebenso 2.Aufl. 1988; vergriffen [derzeit <www.eugenbucher.ch>]), hält ihn

Andere Beispiele von aus erfolglos gebliebenen Vertragsverhandlungen, in denen wegen schuldhaften Verhaltens eines Vertragspartners ein Schaden resultiert, der vom Gesetzeswortlaut erfasst wird und Schadenersatzpflicht rechtfertigt, dürften nicht leicht zu finden sein. Haftungstatbestände, welche sich auf den Wortlaut von § 311 Abs.2 und § 241 Abs.2 abstützen lassen, dürften nicht häufig sein und insgesamt keine grosse Bedeutung haben; der bei weitem wichtigste Teil der haftungsfordernden Tatbestände hat keinen Bezug zu Vertragsverhandlungen und wird durch die dahingehende Haftungsvoraussetzung des Gesetzes bei wörtlichem Verständnis ausgeschlossen.

10. Aufteilung in der Schweiz der Kasuistik in drei Untergruppen

10.1 Die extralegalen *causae obligationum* im allgemeinen

Während die c.i.c.-Doktrin JHERINGS in Deutschland fünfzig, in Oesterreich gar über hundert Jahre⁴⁷ auf gerichtliche Anerkennung warten musste, ist sie in der Schweiz wenige Jahre nach ihrer Entstehung in die Entwürfe zum schweizerischen Obligationenrecht aufgenommen worden. Obwohl auch in der Schweiz nicht anders als in Deutschland das c.i.c.-Argument lange Zeit zur Begründung anderer extralegalen Obligationenentstehungsgründe diente, hat sich doch dort heute eine selbständige Anerkennung der sachlich geforderten *causae obligationum* durchgesetzt, welche eine sinnvolle Aufgliederung zu unterscheidender Tatbestände erlaubt und diese aus dem unpassenden Umfeld von *culpa* und *contrahere* befreit.

Im Ergebnis ist die in der Schweiz bestehende Rechtslage nicht weit entfernt von jener, wie sie in Deutschland unter Berufung auf c.i.c. entstanden ist und nun in die Handhabung der Regel von BGB § 311 Abs.2 herübergenommen werden sollte. In einigen Punkten ist die Entwicklung in der Schweiz zeitlich vorangegangen und heute weiter fortgeschritten. Vor allem ist sie zu grösserer Differenzierung gelangt. Vom Tatbestand der c.i.c. sind zwei weitere abgesondert worden: Die sog. "faktischen Vertragsverhältnisse" (folgende Zif.10.3) und die sog. Vertrauenshaftung (Zif.10.4).

10.2 Herkömmliche *culpa in contrahendo* (c.i.c.)

Die Theorie der *culpa in contrahendo* im Sinne JHERINGS ist von WALTHER MUNZINGER, dem geistigen Vater des schweizerischen Obligationenrechts, bereits acht Jahre nach dem Erscheinen des Jhering'schen Aufsatzes in seinem ersten Entwurf eines schweizerischen Obligationenrechts aufgenommen worden⁴⁸. Ueber JHERING hinausgehend sah er auch eine Ersatzpflicht des vollmachtlosen Stellvertreters vor. So heute noch CH/OR Art.26, 39 und dazu 36/II, auf der gleichen Linie später ZGB 411/II.

aber insgesamt für nicht sehr bedeutsam. Praktisch wichtiger ist wohl der dort ebenfalls genannte Tatbestand, dass formbedürftige Verträge (Liegenschaftenkäufe) mit verbindlicher Willenserklärung geschlossen werden, die zugesicherte Erfüllung der Formrequisite jedoch im nachhinein verweigert wird. Derartiges wird auch nicht vom Wortlaut des BGB erfasst und ist heute der *Vertrauenshaftung* zuzuordnen (unten Zif.10.4).

⁴⁷ Entscheid des OGH vom 8.10.1975, in SZ 48/102 oder JBl 1976, 205 (Angaben nach RUDOLF WELSER, in Liechtensteinische Juristenzeitung LJZ 1984 S.101 ff.)

⁴⁸ Entwurf 1869, Art. 47 und Art. 61/II; heutiges OR Art. 26 und Art. 39. Text des OR von 1883 und Gesetzesmaterialien zum Obligationenrecht neuerdings verfügbar bei URS FASEL (Fn.10), Materialien (die oben zitierte Bestimmungen dort S. 519 und 521).

Angesichts der umfassenden gesetzlichen Erfassung bleibt heute für die Berufung auf die extralegale c.i.c.-Doktrin nur noch wenig Anlass⁴⁹.

10.3 "Faktische Vertragsverhältnisse" (FVV)

Die Theorie der "faktischen Vertragsverhältnisse" wurde 1941 von GÜNTER HAUPT in die Diskussion eingeführt⁵⁰. Der fragwürdige Terminus meint ausnahmsweises Entstehen von Obligationen, die üblicherweise vertraglich begründet werden, durch faktisches Verhalten des zu Verpflichtenden. HAUPT hat das Verdienst, einen wichtigen und doktrinell lange vernachlässigten Problembereich aufgebracht zu haben: Die vertragslose Inanspruchnahme einer nur vertraglich erhältlichen (allenfalls nicht einmal vertraglich angebotenen) Leistung⁵¹. Im übrigen ist die Theorie in doppelter Hinsicht krank: Sie will auch die Benutzung öffentlicher Verkehrsmittel, den Strombezugs aus der Leitung u.dgl. einschliessen, das sind aber Sachverhalte, die zum vornherein hier nichts zu suchen haben⁵². Sodann führt in die Irre HAUPTS Auffassung, dass mit der vertragslosen und ev. unerlaubten Inanspruchnahme der Leistung ein Vertrag zustande komme, der seinerseits dann zur Preiszahlung verpflichtet. Richtig gesehen ist die resultierende Pflicht *ex lege* die direkte Folge der Inanspruchnahme der Leistung; von Vertragsentstehung zu sprechen ist abwegig. Die Bezeichnung "faktische Vertragsverhältnisse" ist eine Peinlichkeit, weshalb sie hier in Anführungszeichen gesetzt wird. Eine Umbenennung will der Schreibende nicht versuchen.

In der Sache nimmt HAUPT (allerdings ohne dies zu wissen) uralte Mechanismen auf: Die *negotiorum gestio* ist noch heute in sämtlichen Privatrechtskodifikationen heimisch, und weitere Quasi-Kontrakte der Römer demonstrieren das Prinzip. Dieses wird in der Rezeptionszeit verallgemeinert und sogar HAUPTS Namensgebung lässt sich mehrere Jahrhunderte zurück verfolgen⁵³.

⁴⁹ Da und dort kommt immer noch zusätzliche Rückankoppelung an das c.i.c.-Argument vor. Dies ist überflüssig und nicht mehr als das Weiterschleppen alter Gewohnheiten. -- Der einzige Fall verbliebener Notwendigkeit der Rückbesinnung auf das c.i.c.-Argument scheint dem Schreibenden zu sein die im Gesetz nicht genannte Haftung für vertragliche Vereinbarung bei Vertragsschluss bereits *unmöglicher Leistung*.

⁵⁰ GÜNTER HAUPT, Ueber faktische Vertragsverhältnisse (Antrittsvorlesung 1941 an der Universität Leipzig), publiziert in Festschrift für Heinrich Siber, Leipzig 1943, S.1-37.

⁵¹ Die Landung auf einem Flugplatz begründet eine Forderung des Flugplatzzeigners auf die Landegebühr ohne vorangehenden Vertragsschluss (so Haupt's Paradebeispiel), der Schwarzfahrer schuldet Fahrpreis usw.

⁵² Angesichts der Kontrahierungspflicht der Strom- und Wasserlieferanten oder des Transporteurs, deren Bindung an feste Preise u.dgl. kann zum vornherein nicht ernsthaft von Verträgen gesprochen werden. Öffentlich-rechtliche Elemente beherrschen das Feld; angesichts der regelmässig notwendigen hoheitlichen Konzessionierung des Anbieters würde man richtigerweise von Anstaltsnutzung sprechen.

⁵³ *Factum, unde hic obligatio nascitur* sagt ARNOLD VINNIUS (1588-1657), Institutionen-Kommentar Buch 3 Tit.28, 1.Abschnitt N.5 *in fine* (hier zit. Ausgabe Lyon 1709; S.648); ähnlich JOHANNES VOET (1647-1713), Commentarius ad Pandectas, zu Dig.44,7 n.5 (zit. Ausgabe Den Haag 1731). Zu allem vergleiche vor allem die grundlegende Arbeit von CARLO AUGUSTO CANNATA, Das faktische Vertragsverhältnis oder die ewige Wiederkehr des Gleichen, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris* LIII, 1986 (Rom, Pontifica Universitas Lateranensis), dem der Schreibende diese Hinweise verdankt.

In der *Schweiz* wurde von der Auseinandersetzung kaum Notiz genommen, bis im Jahre 1984 das Bundesgericht in einem *leading case* sich zu diesem Obligationentstehungsgrund bekannte⁵⁴; seither gehört die Figur der FVV zum festen Bestand der schweizerischen Praxis aller Instanzen.

Die *deutsche Doktrin* war seinerzeit von HAUPTS These teilweise begeistert, teilweise entrüstet, und eine Periode verbreiteter Akzeptanz wurde abgelöst durch eine solche des Frosts. Aber die frühere und heute erneut um sich greifende allgemeine Ablehnung galt und gilt hauptsächlich HAUPTS Argumentationsweise, nicht der Sache selber. Die deutsche Gerichtspraxis hat in grundlegenden Entscheidungen sich zu der These bekannt, lehnt sie aber heute als Argument überwiegend ab und zieht es vor, der Forderung HAUPTS entsprechende Entscheidungen auf das c.i.c.-Argument zu abstützen⁵⁵.

10.4 Vertrauenshaftung (VH)

Seit dem Entscheid des Bundesgerichts BGE 120 (1994) II 331 ("Swissair-Entscheid") ist in der Schweiz die Praxis die sog. Vertrauenshaftung fest verankert: Eine die Nutzung von Luxusresidenzen anbietende Tochtergesellschaft der heute nicht mehr existierenden Fluggesellschaft hatte in der Werbung mit Duldung der Mutter ihre Verbindung zu dieser so demonstrativ herausgestellt, dass das Publikum darauf vertrauen durfte, die Mutter würde gleichermassen korrektes Geschäftsverhalten der Tochter wie auch deren Solvenz gewährleisten; das Gericht schützte die Klage auf Ersatz der gestützt auf dieses Vertrauen erbrachten, im Konkurs der Tochter verlorenen Leistungen. Dieser Entscheid setzt eine ansehnliche Reihe von Entscheidungen fort, die ohne Verwendung des Terms "Vertrauenshaftung" mit anderer Begründung (bes. c.i.c. und Deliktsrecht) bereits den gleichen Grundsatz verwirklicht hatten.

Das Haftungsprinzip der VH ist in einer Reihe von Entscheidungen des höchsten Gerichts wie auch unterer Instanzen bestätigt worden⁵⁶. Andere Entscheidungen weisen

⁵⁴ BGE 110 II 246; Annahme einer *situation contractuel de fait*. Im Falle eines als *contrat leasing* bezeichneten und nach OR Art.226a ff. formnichtigen Abzahlungskaufs forderte der Erwerber eines Autos nach viereinhalbjährigem Lauf des Vertrages mit Berufung auf dessen Nichtigkeit die geleisteten Zahlungen zurück. Das Gericht anerkennt eine verrechenbare Gegenforderung des Autoverkäufers auf Entgelt für die Nutzung des Wagens.

⁵⁵ Dazu BUCHER in ZEuP (Zeitschr.f.Europ.Privatrecht) 1996 S. 713-722, Besprechung von PETER LAMBRECHT, Die Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen, Tübingen 1994. [www.eugenbucher-ch.com Nr.65]). Dieser Autor identifiziert sich zwar mit dem genannten deutschen Negativtrend, gibt aber interessante Hinweise auf historische Vorläufer im 19. und beginnenden 20. Jahrhundert und dokumentiert die neuere Praxis und Literatur zum BGB, die fast durchwegs die These ablehnt, aber in der Sache selbst sie vielfach befolgt.

⁵⁶ BGE 121 III 350, sodann Bestätigung der Vertrauenshaftung in BGE vom 7.1.1999 (*Monte Rosa*); veröffentlicht in französischer Uebersetzung in Sem.Jud. 123 (2001) S. 541-549; die entscheidenden Teile des deutschen Originaltextes in recht 2001, S.68-70, im dortigen Aufsatz von BUCHER, Was man aus einem Fall von "Putativ-Vertrauenshaftung" lernen kann (S.65-81). Weiterhin BUCHER, Vertrauenshaftung: Was? Woher? Wohin?, in Festschrift für H.P.Walter, Bern 2005, S.231-261. [www.eugenbucher.ch, Nrn.76, 89]

die Ansprüche ab, dies aber unter Bestätigung des Haftungsgrundsatzes⁵⁷. In der Literatur ist das Konzept mehr und mehr verankert⁵⁸. In Deutschland würden und werden zahlreiche gleichgelagerte Fälle mit anderer Begründung (bes. Anrufung der c.i.c.) ebenso entschieden⁵⁹.

Der Schreibende schlägt vor die Unterscheidung von *Individualvertrauen* und *Generalvertrauen*: Die Haftung der Swissair ist durch ihr eigenes Verhalten begründet worden, und Gleiches gilt für Haftung gegenüber Dritten aus schriftlichen Erklärungen (Arbeitszeugnis, Gutachten usw.). Umgekehrt beruht die Haftung des Ladeninhabers im Linoleumrollen-Entscheid auf Generalvertrauen, da sich dieser nicht durch besondere Zutrauenswürdigkeit ausgezeichnet hat, sondern die selbe Haftung generell und für jedermann spielt: Wer andere Leute zum Betreten seiner Räume einlädt, hat Abwesenheit von Risiken zu gewährleisten, soweit diese aus seinem eigenen Bereich stammen. Haftung aus Generalvertrauen berührt sich mit der Werkeigentümerhaftung, die ihrerseits wiederum dahin verstanden werden sollte, dass die Haftung nur so weit reicht, als der Betroffene auf Risikofreiheit vertrauen durfte und deshalb sich dem Risiko aussetzte⁶⁰.

11. Zum Schluss

Der Terminus "Schuldverhältnis" wurde an Stelle von "Obligation" zur Vermeidung des Fremdwortes eingeführt und wird im BGB des Jahres 1900 auch teilweise in dieser Bedeutung verwendet. Das gleiche Wort hat jedoch noch einen zweiten Wortsinn bekommen, jenen zur Bezeichnung von obligationsbegründenden Rechtsverhältnissen irgend welcher Art, erfassend vorab Verträge, aber auch Delikte und die übrigen *causae obligationum*. Beide Begriffe stehen neben einander, und "Schuldverhältnis" meint bald das eine, bald das andere. Der über Obligation hinausgehende, ausgeweitete Sinn steht im Gesetzestext wie im gegenwärtigen juristischen Sprachgebrauch in Deutschland im Vordergrund; eine begriffliche Trennung der beiden Bedeutungen fehlt (Hinweise zum Auftreten der einen oder anderen Verwendungen in Zif.6).

Die Schuldrechtsreform des Jahres 2001 hat den zwei genannten Sinngebungen eine dritte hinzugefügt (Zif.8). Diese ist nicht wie die beiden anderen deskriptiver Rechtsbegriff, sondern selber normativ und tritt auf als generell-abstrakte Gebotsnorm enthaltend einen individuell-konkreten Befehl. Dieser ist gerichtet an jedermann, der Vertragsverhandlungen aufnimmt und verpflichtet ihn zu "Rücksicht" auf den Partner

⁵⁷ BGE 121 III 310; 124 III S. 297 ff. und 364 ff.; BGE vom 28.1.2000 (4C.296/1999) E.3).

⁵⁸ Aus der Literatur eine bescheidene Auswahl: Die von CHRISTINE CHAPPUIS und BÉNÉDICTWINIGER herausgegebene Publikation *La responsabilité fondée sur la confiance dans la jurisprudence du TF*, S. 146-161 in *La responsabilité fondée sur la confiance - Vertrauenshaftung*, Journée de la responsabilité civile 2000, Zürich 2001, enthaltend Bibliographie, Zusammenstellung publizierter und nicht publizierter Entscheidungen des Bundesgerichts (S.203ff., 213 ff.) wie auch rechtvergleichende Hinweise auf die Entwicklung im Ausland (S. 235-262), schliesslich vom SCHREIBENDEN die zwei Aufsätze zit. Fn.56.

⁵⁹ Die im BGB-Kommentar Palandt von HEINRICHS (62.Aufl.2003) zu BGB § 311 (bes.Rn.11 ff. zu c.i.c.) angeführten Entscheidungen enthalten kaum die von IHERING anvisierten, sondern andere in Deutschland dort eingeordnete Tatbestände, darunter etliche, die in der Schweiz als Fälle von Vertrauenshaftung (oder als solche von "faktischen Vertragsverhältnissen") qualifiziert werden.

⁶⁰ Dazu BUCHER in FS für Walter (Fn.56)

(BGB § 311 Abs.2 mit Verweisung auf § 241 Abs.2). Die legislatorische Absicht ging angeblich dahin, die bisherige aufgrund der Lehre der *culpa in contrahendo* entstandene Rechtsüberlieferung im Gesetz festzuschreiben. Dies lässt sich dem Gesetzestext nicht entnehmen, welcher wörtlich genommen, weder den Entscheidgehalt des Linoleumrollen-Entscheides (RGZ 78, 239) noch den grössten Teil der bisher unter Berufung auf c.i.c. ergangene Gerichtspraxis abdeckt (textlich explizit ausgeschlossen bleiben die wichtigsten, hier mit "Vertrauenshaftung" und "faktische Vertragsverhältnisse" signalisierten Fälle, weil diesen ihrem Wesen nach keinen Bezug zu Vertragsverhandlungen haben). Anhangsweise war zu zeigen, wie die bisher in Deutschland unter der Etikette der *culpa in contrahendo* zusammengefasste Rechtsüberlieferung zu den in der Gesetzgebung fehlenden Entstehungsgründen von Obligationen sachgerecht gegliedert werden könnte, wie dies heute in Doktrin und Praxis der Schweiz geschieht (Zif.9 und 10).

"Schuldverhältnis" in seiner primären Bedeutung ist dasselbe wie Obligation und mit dieser Bezeichnung austauschbar. Für das *Schuldverhältnis im erweiterten Sinn* (mit dem Paradebeispiel des Kaufvertrages) ist indessen *Obligation* nicht brauchbar und würde eine Vulgarisierung der Fachsprache und eine Verfälschung des Sinns von *obligatio* bedeuten⁶¹. Im derzeitigen Sprachgebrauch der romanischen Idiome sind nach dem Wissensstand des Schreibenden keine Wortbildungen entstanden, welche hier verwendet werden könnten. Für "Schuldverhältnis im erweiterten Sinn" lassen sich weder in den romanischen Sprachen noch auf Englisch übereinstimmende Bezeichnungen finden⁶². Das gilt erst recht für die singuläre Wortverwendung in neu BGB § 241 Abs.2. Die aus all dem zu ziehende Folgerung geht dahin, die Eigentümlichkeit dieser Begriffsbildungen zwar zur Kenntnis zu nehmen, sie aber nicht in eine grenzübergreifende allgemeine Dogmatik des Obligationenrechts integrieren zu wollen. Der Terminus "Schuldverhältnis" im heute vorherrschenden Sinn des BGB darf eine Besonderheit der deutschen Zivilistik bleiben und braucht andernorts nicht übernommen zu werden. Soweit er über den Sinn von Obligation hinausgeht, ist er entbehrlich und kann fallweise durch Vertrag, Deliktsanspruch o.dgl. ersetzt werden; ein Bedürfnis der Verwendung eines sämtliche obligatorischen Rechtsverhältnisse insgesamt erfassenden Oberbegriffs besteht kaum je.

Die Figur des Schuldverhältnisses in den verschiedenen Bedeutungen geht zurück auf den Vorschlag unbekannt gebliebener bayrischer Fachkollegen, im Entwurf des Jahres 1861 zu einem bayrischen BGB an Stelle von "Obligation" die Bezeichnung "Schuldverhältnis" zu setzen. Deren Aufnahme in das BGB ist weiter veranlasst durch die Zufälligkeit, dass der Dresdener Entwurf den Terminus ebenfalls (wenn auch bloss im eingeschränkten Sinn) verwendet. In keiner Phase der Gesetzgebungsgeschichte ist die neue Benennung "Schuldverhältnis" vorgestellt worden, nie war sie einer Diskussion ausgesetzt und nie Gegenstand formeller Beschlussfassung. Wir haben eine *historische Zufälligkeit* vor uns, die als solche zur Kenntnis zu nehmen ist, aber nicht ein Ueberdenken der begrifflichen Grundlagen des Obligationenrechts fordert.

⁶¹ In Uebersetzungen wird die Verwendung von *obligatio* vorkommen, ohne dann befriedigen zu können. *Obligation* findet sich z.B. bei JULES GRUBER, Code Civil de l'Empire d'Allemagne, Texte allemand avec traduction française, Strasbourg 1900, wo der Titel des BT, d.h. des 7.Abschnitts lautet *Des obligations diverses*. Damit wird der *contrat de vente* und alle anderen Verträge zu einer *obligation*.

⁶² Auf Spanisch wären Ausdrücke wie *relación obligatoria* bzw. *jurídica* zwar nicht ganz unrichtig, bereiten aber dem Schreibenden Unbehagen und sollen hier nicht vorgeschlagen werden.

Die hier behandelte terminologische Besonderheit des BGB hatte bei dessen Entstehen in den übrigen Bereichen der kontinentaleuropäischen Rechtsüberlieferung keine Parallele, und das BGB hat auch nur wenig Nachfolge gefunden. Die genannte Entwicklung hat die Distanz der deutschen Zivilistik zu allen anderen Gegenden kontinentaleuropäischer Rechtstradition ausge weitert und deren Verständnis im Ausland erschwert. Die obigen Ausführungen wollen zeigen, dass die hier besprochenen Besonderheiten des BGB im Ergebnis keine tiefgreifenden Neuerungen bringen. Deren Präsentation, die dem ausländischen Betrachter fremd erscheint, hat keine grundlegende Bedeutung. Ueber die genannten Besonderheiten hinwegzusehen ist der sicherste Weg, den Blick für das Verbindenden freizumachen, eine gemeinsame Sprache zu finden und auf dem Weg zu einer gemeinsamen und verbindenden obligationenrechtlichen Dogmatik voranzukommen.
