

§ 4 Begriffliche Grundlagen	24
I. Rechtsbegriffe im allgemeinen	24
1. Die Funktion von Rechtsbegriffen	24
2. Rechtsbegriffe als vorgegebene Grössen oder als freigeschaffene Definitionsprodukte	25
3. Die wissenschaftliche Aporie des Arbeitens mit Begriffen	26
II. Der Abstraktionsbegriff «subjektives Recht»	27
1. Funktion des Begriffs	27
2. Begriffsbestimmungen	27
3. Der normative Mechanismus der subjektiven Rechte. - Recht und Pflicht; Ausübung subjektiver Rechte	28
4. Begriff der Verletzung eines subjektiven Rechts	30
III. Einteilung und Sonderformen subjektiver Rechte	31
1. Absolute und relative Rechte	31
2. Dingliche und persönliche Rechte	33
3. Sogenannte subjektiv-dingliche Verknüpfung von obligatorischen Rechten und Pflichten («Realobligationen»)	34
IV. Gestaltungsrechte	35
1. Begriff	35
2. Funktion des Begriffs	36
3. Die Einreden im materiellrechtlichen Sinn als Sonderfall rechtsaufhebender Gestaltungsrechte	37
V. Mehrdeutigkeit des Terminus «Obligation», insbesondere der Gegensatz zwischen obligatorischer Recht-Pflicht-Beziehung und Schuldverhältnis	38
1. Allgemeines	38
2. Gegensatz von Recht-Pflicht-Beziehung einerseits, Schuldverhältnis andererseits	39
VI. Begriff des Vertrages	40
VII. Der Begriff des Rechtsgeschäfts	40
VIII. Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft	42
1. Der Begriffsgegensatz	42
2. Beispiele; Rechtsvergleichung	43
3. Erfordernis der Verfügungsmacht bei Verfügungsgeschäften	45
4. Frage der Abhängigkeit der Verfügung von gültiger Verpflichtung («Kausalität» bzw. «Abstraktheit» der Verfügung)	47
5. Treuhand («fiducia»; «trust»)	49
IX. Aktiv- und Passivlegitimation(Sachlegitimation)	50

§ 4 Begriffliche Grundlagen

I. Rechtsbegriffe im allgemeinen

1. Die Funktion von Rechtsbegriffen

a) Jede wissenschaftliche Aussage als Urteil im Sinne der Logik wird auf Begriffe abgestützt. Gesetzliche Anordnungen wie auch wissenschaftliche Feststellungen können nicht von vorn beginnend alle verwendeten Begriffe bestimmen, sondern müssen diese weitgehend als bekannt voraussetzen. Die Darstellung des Privatrechts bedient sich eines Begriffsinstrumentariums, das überwiegend aus der gemeinrechtlichen Tradition stammt und seine heutige Ausprägung zur Hauptsache in der jüngeren Pandektistik des 19. Jahrhunderts gefunden hat, welche neben romanistischer Tradition insbesondere auch Begriffsdenken der Aufklärungsphilosophie weiterführt.

b) Privatrechtsdogmatische Grundbegriffe gehen allerdings oft über die Funktion logischer Begriffe hinaus und nehmen ein Gewebe rechtlicher Beziehungen in sich auf. Beispielsweise erschöpft sich der Gehalt der Vorstellung des Rechtsgeschäfts nicht in dessen Definition, sondern umfasst auch mit diesem Begriff verbundene inhaltliche Verknüpfungen (Anwendungsbereich des Begriffs, Voraussetzungen der Wirksamkeit und weitere Gesichtspunkte, wie sie z. B. in der Rechtsgeschäftsregelung des BGB Ausdruck finden). Ein sich zu einem «Begriff» verdichtender Bedeutungs- und Rechtsfolgenkomplex wird auch «Institut» genannt («Institut der Verjährung» o. dgl.). - Mit einem «Begriff» kann sich die Vorstellung von komplexen (d. h. inhaltlich nicht mit einer einfachen Formel zu beschreibenden) Ordnungsprinzipien verbinden, so dass dieser zum Ansatz rechtsinhaltlicher Deduktionen gemacht werden kann. Das wird illustriert durch die Methode der heute abschätzig als «Begriffsjurisprudenz» bezeichneten Richtung, wobei nicht verkannt werden darf, dass zu allen Zeiten von Leitbildern, als die sich Rechtsbegriffe darstellen können, eine suggestive rechtsbildende Kraft bei der Auslegung des bestehenden und Bildung künftigen Rechts ausgeht¹.

¹ Vgl. dazu BUCHER, Was ist Begriffsjurisprudenz?, ZBJV 102 (1966) p. 274-304 (zusätzlich abgedruckt in Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz, hrsg. v. W. Krawietz, Darmstadt 1976).

2. Rechtsbegriffe als vorgegebene Grössen oder als freigeschaffene Definitionsprodukte

a) Rechtsbegriffe werden einerseits vom wissenschaftlichen Betrachter *vorgefunden*. Erkenntnisquelle der Inhaltsbestimmung kann das Gesetz sein («Begriff des Verzugs im Sinne von OR 102», o. dgl.). Es gibt aber auch vorpositive Begriffe, die der Gesetzgeber seinerseits übernimmt bzw. als bekannt voraussetzt, ohne sie zu umschreiben (Begriff des «Privatrechts» gemäss BV 64). Ihr Sinn ist ebenfalls mit den üblichen Auslegungsregeln zu ermitteln, wobei oft auf die vorkodifikatorische Wissenschaftstradition zurückgegriffen werden muss. Selbst in präwissenschaftlichen Rechtsordnungen gibt es bereits begriffliche Vorstellungen (so etwa die «gewere» im germanischen Sachenrecht). Diese können in ein wissenschaftliches bzw. kodifiziertes Recht herübergenommen werden; Vorstellungen wie «Pfand» oder «Bürgschaft» sind älter als die positivrechtliche Regelung solcher Institute. Soweit derartig vorgefundene Begriffe definitorisch erfasst werden sollen, liegt keine Definition im eigentlichen Sinn einer Nominaldefinition vor; man müsste von einer «Realdefinition» sprechen, die ihrerseits den Charakter einer Sachbeschreibung hat, ein logisches Urteil darstellt und als solches richtig oder falsch sein kann.

b) Begriffe können andererseits auch durch die Wissenschaft *geschaffen* werden. Jeder nach der Formalregel «*definitio fit per genus proximum et differentiam specificam*» (Definition erfolgt durch Beibringung eines Abgrenzungsmerkmals zu einem Oberbegriff) gebildete Begriff ist möglich, wenn nur der Grundsatz gewahrt wird, dass nicht die spezifische Differenz mit dem Oberbegriff sachlich unvereinbar ist (Verbot der *contradictio in adiecto*). Da die Bildung jedes beliebigen Begriffs möglich ist, kann man sagen, dass Begriffsbildung frei sei. Sie setzt nicht eine vom Begriff zu erfassende Realität voraus, sondern die Definition schafft ihren Gegenstand. Derartige frei gebildete Definitionen als echte Definitionen (sog. Nominaldefinitionen) können nicht falsch sein, was schon aus deren logischer Struktur folgt, die nicht ein logisches Urteil darstellt². Eine wissenschaftliche Diskussion um eine nominaldefinitorische Begriffsbildung kann nur eine Diskussion um die Zweckmässigkeit der geschaffenen Begriffe sein, jedoch weder einen bestimmten Begriff als unzulässig ablehnen noch für einen solchen ausschliessliche Geltung beanspruchen.

Die *Benennung* des durch selbständige Nominaldefinition gebildeten Gedankeninhalts hat ihrerseits bloss akzessorischen Charakter und kann ganz unterbleiben, da die Einführung einer abkürzenden Formel nicht zur Begriffsbildung gehört. So wie man für einen Begriff ein für sich genommen sinnloses graphisches Symbol oder Kunstwort einführen kann, bleibt die Begriffsbildung und -benennung auch dann möglich und ausserhalb der Kategorien richtig-falsch, wenn die Benennung mit einem Wort des Sprachschatzes bezeichnet wird, dessen Sinn sich mit demjenigen

² Nur logische Urteile (Aussagesätze) können richtig oder falsch sein; die echte Definition ist indessen mit Beifügung der spezifischen Differenz zum Oberbegriff vollzogen, z. B. «von drei Geraden begrenzte ebene endliche Fläche»; diese Formel schafft einen Gedankeninhalt, macht indessen keine Aussage.

des Begriffs nicht deckt: So ist es logisch zulässig (wenn auch unzweckmässig), eine von drei Geraden begrenzte geometrische Figur als Viereck zu bezeichnen³.

c) Es ist nun zu beachten, dass logisch-wissenschaftlich zwischen den echten, nominaldefinitivisch frei gebildeten Begriffen im Sinne von oben lit. b und den vorgefundenen quasi-begrifflichen Vorstellungen, die durch sogenannte Realdefinitionen vermutungsweise bloss in Annäherung zu beschreiben sind, ein kontradiktorischer Gegensatz besteht, der logisch eine verbindende Mittelposition ausschliesst. Insbesondere gibt es keine «Begriffe an sich»: Es ist bereits in der Fragestellung unrichtig, etwa nach dem Begriff des Privatrechts oder öffentlichen Rechts bzw. des Abgrenzungskriteriums «an sich» zu fragen. Möglich ist nur zweierlei: entweder eine selbständige Einführung eines neuen Begriffs, der als frei gebildeter Begriff jedenfalls möglich ist und nur hinsichtlich seiner Zweckmässigkeit zur Erfassung eines noch näher zu bezeichnenden Gegenstandes überhaupt diskutiert werden kann. Oder aber die Aussage über diesen Begriffsgegensatz, die gleichzeitig angibt, wo die fragliche Vorstellung ihren empirischen Sitz hat: etwa der Begriffsgegensatz im Sinne von BV 64 oder ZGB 6, oder die begriffliche Vorstellung, wie sie sich in den römischen Quellen (Inst. 1, 1, 2; Dig. 1, 1, 1, 2) oder aber bei einem bestimmten Autor, z. B. Walther Burckhardt, vorfindet.

3. Die wissenschaftliche Aporie des Arbeitens mit Begriffen

Wissenschaftliche Arbeit im Sinne des Ableitens von logischen Schlüssen setzt voraus, dass von logisch scharf fassbaren Prämissen ausgegangen werden kann, die ihrerseits nur aufgrund klarer Begriffe möglich sind. Wenn der Jurist an den Anfang seiner Überlegungen frei definierte Begriffe setzt, hat er wohl einen logisch scharf fassbaren Ausgangspunkt, der zwingende Ableitungen zulässt. Er verfehlt mit diesem Vorgehen jedoch mehr oder weniger seinen Gegenstand, der die Erfassung eines vorgegebenen Rechtszustandes ist. Will der Jurist diesen erfassen, muss er sich den vorgegebenen rechtlichen Vorstellungen unterordnen, die sich vermutungsweise logisch nicht bloss der Fixierung mittels einer einfachen Formel entziehen, vielmehr infolge ihrer Herkunft, ihres bloss unscharf überlieferten Gehalts oder gar der immanenten Widersprüchlichkeit der Vorstellung nicht logisch-begrifflich zu fassen, sondern nur in einer Annäherung zu beschreiben sind. Diese Ausweglosigkeit schliesst ein Arbeiten mit einer «reinen» Methode im fraglichen Bereich aus: Es bleibt dem Wissenschaftler nichts anderes übrig, als zwischen beiden Betrachtungsweisen

³ Was illustrieren mag, dass der Jurist, wenn er einen eigenständigen Begriff frei definiert, auch dann zwangsläufig im Bereich des Möglichen bleibt, wenn er dem Begriff ein Wort der juristischen Überlieferung beifügt. Oder umgekehrt gesehen: Eine Neudefinition eines überlieferten juristischen Begriffs kann nicht falsch sein, wenn echte Definition (und Benennung der Definition mit einer Vokabel der Juristensprache) vorliegt, nicht aber inhaltliche Beschreibung des Gehalts des überlieferten Instituts beabsichtigt ist. Vgl. dazu nachfolgend lit. c sowie BUCHER, Traditionale und analytische Betrachtungsweise im Privatrecht, Rechtstheorie Bd. 1, Berlin 1970, Heft 1, p. 23-44, hier bes. p. 26 f.

hin und her zu pendeln, seine definitiv zu schaffenden Begriffe nach dem zu erfassenden Stoff ausrichtend und im Gange der Untersuchung immer wieder auf ihre Stimmigkeit überprüfend, andererseits sich vergegenwärtigend, dass vorgefundene begriffliche Vorstellungen überwiegend nicht scharf umrissene Grössen und damit keine Begriffe im Sinne strenger Logik sind, andererseits derartige «Begriffe» auch keinen selbständigen Bestand an sich haben, sondern immer nur in bezug auf ihre Herkunft fassbar sind⁴.

II. Der Abstraktionsbegriff «subjektives Recht»

1. Funktion des Begriffs

Der Allgemeinbegriff des subjektiven Rechts ist als Oberbegriff den einzelnen Erscheinungsformen subjektiver Rechte (Forderungsrechte, Eigentum, Pfandrechte usw.; dazu unten Ziff. III) logisch übergeordnet und zeitlich als letzter herausgebildet worden. Diese höchste Abstraktionsstufe rechtfertigt sich, da sich gemeinsame Aussagen über alle Typen subjektiver Rechte machen lassen. Die Privatrechtsordnung stellt grundsätzlich nicht ihrerseits objektive Verhaltensnormen auf, sondern überlässt die Regelung der Verhältnisse den beteiligten Privaten. Dies gilt auf der Ebene vertraglicher Regelung der Beziehungen wie auch in der Phase der Abwicklung der (vertraglich oder ausservertraglich begründeten) Rechtsverhältnisse, wo es keine Rechtsverwirklichung von Amtes wegen gibt, sondern eine Durchsetzung nur auf Klage des Berechtigten hin erfolgt, wo aber bereits auch im vorprozessualen Stadium bei normativer Betrachtung angenommen werden muss, dass eine aktuelle Pflicht des belasteten Partners erst durch die Geltendmachung (Anspruchserhebung) entsteht (unten Ziff. 3a/b).

2. Begriffsbestimmungen

a) In einer *ersten Phase* wird die Erscheinung des subjektiven Rechts nicht begrifflich gefasst, sondern mehr erfüllt; dies ist der Zustand des Römischen Rechts und weitgehend auch der gemeinrechtlichen Dogmatik bis ins 18. Jahrhundert, wenn von «ius» bzw. «iura» im Sinne des subjektiven, nicht objektiven Rechts gesprochen wird. Weitgehend gleich ist aber auch die Lage im anglo-amerikanischen Bereich, wenn von «right» (oder «claim» usw.) gesprochen wird.

⁴ Vgl. das näher ausgeführt bei BUCHER, a.a.O.

b) In der *Pandektistik* des 19. Jahrhunderts wurde erstmals eine begriffliche Erfassung versucht und in verschiedensten Abwandlungen das subjektive Recht als «*Willensmacht*», «*Willensherrschaft*» oder ähnlich umschrieben⁵.

c) JHERING setzt den auf den Willen abstellenden Umschreibungen die Formel des subjektiven Rechts als «*rechtlich geschütztes Interesse*» gegenüber (Geist des Römischen Rechts, Bd. III, § 60 bei N 445), womit insbesondere der Schwierigkeit der Annahme subjektiver Rechte bei willensunfähigen Personen (Kleinkindern, Geisteskranken, Schlafenden) ausgewichen und der Zweck der Verleihung subjektiver Rechte sichtbar gemacht werden kann.

d) Der Schreiber stellt den gemeinrechtlichen Formeln die Lehre *vom subjektiven Recht als Normsetzungsbefugnis* an die Seite⁶. Diese Betrachtungsweise soll nicht, wie dies die bisherigen Umschreibungen tun, eine Paraphrase der Wirkungen oder des Zwecks der Verleihung subjektiver Rechte geben, sondern deren *normative Wirkungsweise* zeigen, d. h. sichtbar machen, auf welche Weise der dem Rechtsträger gegenüberstehende Partner verpflichtet (durch eine Norm betroffen) wird; sie soll darüber hinaus ermöglichen, den Begriff des subjektiven Rechts, der zwar auf der Ebene normativer Rechtsbetrachtung gebildet ist und der «*actio*» eines Aktionendenkens gegenübergestellt wird, jedoch bisher nicht als normativer Sachverhalt verstanden wurde, in einer als Normordnung verstandenen Rechtsordnung im objektiven Sinn widerspruchslös zu integrieren.

3. Der normative Mechanismus der subjektiven Rechte. - Recht und Pflicht; Ausübung subjektiver Rechte

a) Die Rechtsordnung als eine Ordnung menschlichen Verhaltens muss sich bei normativ-analytischer Betrachtung als eine Summe von Pflichten konstituierenden Verhaltensnormen manifestieren. Die herkömmliche Annahme, dass es der *Bestand* subjektiver Rechte sei, der Pflichten der gegenüberstehenden Bürger bedinge, mag als abkürzende Formel in vielen Fällen den Verhältnissen gerecht werden, hält indessen näherer Betrachtung nicht stand. Landläufige Fälle zeigen, dass der Bestand eines Rechts allein noch nicht pflichtbegründend wirkt: Die Pflicht, ein bestimmtes Grundstück nicht zu betreten, folgt nicht bereits aus der Tatsache, dass jemand als Eigentümer ein subjektives Recht an diesem hat (sonst dürften auch Familienangehörige,

⁵ So vor allem die Formel von WINDSCHEID, Bd. I § 37 p. 156. SAVIGNY sagt: «Betrachten wir den Rechtszustand, so wie er uns im wirklichen Leben von allen Seiten umgibt und durchdringt, so erscheint uns zunächst die der einzelnen Person zustehende Macht: ein Gebiet, worin ihr Wille herrscht, und mit unserer Einstimmung herrscht. Diese Macht nennen wir *ein Recht* dieser Person, gleichbedeutend mit Befugnis: Manche nennen es das Recht im subjectiven Sinn» (System, Bd. I p. 7). Sein Schüler PUCHTA: «Ein Recht ist die Macht über einen Gegenstand, der dem Willen des Berechtigten unterworfen ist» (Vorlesungen über das heutige röm. Recht, Bd. I § 29).

⁶ BUCHER, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis, Tübingen 1965.

Bekannte usw. es nicht betreten), sowenig die durch Mühewaltung des Anwalts begründete Honorarforderung bereits eine Pflicht des Mandanten im eigentlichen Sinne begründet, solange noch keine Honorarnote ausgesandt ist. Im einen wie im anderen Fall bedingt die Existenz *eines subjektiven Rechts* lediglich *eine potentielle Pflicht* des oder der Betroffenen, die erst durch die Ausübung des Rechts, d. h. die *Erhebung des aus dem Rechtfließenden Anspruchs*, zu einer *aktuellen Pflicht* wird.

b) Anspruchserhebung ist Willensäußerung, der erhobene Anspruch Willensinhalt. Dessen Gegenstand ist ein Sollenssatz, der deshalb und insoweit zu einem rechtlich verbindlichen Sollenssatz (einer Rechtsnorm) wird, als er durch das dem Ansprechenden zustehende Recht legitimiert ist, während die materiellrechtlich nicht begründete Anspruchserhebung zwar die logische Struktur einer Norm im weitesten Sinn behält, jedoch mangels eines die Zurechenbarkeit zur Rechtsordnung begründenden Delegationssachverhalts rechtlich bedeutungslos bleibt⁷.

c) Rechtlich bedeutsame Willensinhalte sind aufgrund des Verhaltens des Willensträgers zu ermitteln. Hier wie andernorts gilt, dass ein Wille auch konkludent geäußert werden kann und allenfalls aus den äusseren Umständen gefolgert werden muss, wobei der Willensträger nach dem Vertrauensprinzip sich selber zuzuschreiben hat, dass aus seinem Verhalten die einem vernünftigen Menschen sich aufdrängenden Schlüsse gezogen werden⁸. Oft wird ohne eigentliche Willensäußerung aufgrund der Umstände und einer ohne weiteres zu vermutenden Interessenlage ein bestimmter rechtsausübender Wille des Berechtigten zu folgern sein. Dies ist bedeutsam insbesondere bei absoluten Rechten mit negatorischem Inhalt (vgl. dazu unten Ziff. III/1b, c); der Eigentümer eines Hauses muss nicht explizit seinen Willen kundtun, dass er jedermann verbiete, Fenster einzuschlagen, da dies nach dem Vertrauensprinzip aufgrund der Umstände ohne weiteres zu folgern ist. Dass das Verletzungsverbot indessen nicht aus dem Eigentumsrecht, sondern aus dem aus der Interessenlage zu schliessenden *Willen* des Eigentümers folgt, zeigt sich dann, wenn wir annehmen, dass es sich bei dem fraglichen Haus um ein unbewohntes, dem Zerfall überlassenes Gemäuer handelt, wo die Zerstörung einer Fensterscheibe rechtmässig (weil nicht normwidrig) wird, sobald ein Unterlassungsanspruch des Eigentümers nicht mehr zu vermuten ist.

d) Durch die *Anspruchserhebung* wird die Willensmacht bzw. Normsetzungsbefugnis des Berechtigten nicht konsumiert, er kann im Rahmen des ihm zustehenden Rechts seinen Willen beliebig ändern. - Rechtlich bedeutsam ist der Wille des Berechtigten in seinem jeweiligen Bestand, nicht als Akt der Willenserklärung⁹.

⁷ Die Verleihung eines subjektiven Rechts ist deshalb, im Sinne der Lehre vom Stufenbau der Rechtsordnung, ein Delegationssachverhalt, d. h. die Verleihung einer Kompetenz zur Normsetzung (vgl. dazu BUCHER, Subjektives Recht, p. 14, 47 f.), hier ist von Befugnis und nicht von Kompetenz zu sprechen, weil die Ausübung willkürlich erfolgen darf. - Weitere Hinweise bei BUCHER, AcP 186, p. 14-18.

⁸ Vgl. dazu unten § 10/III.

⁹ Dies folgt auch aus der Auffassung des Willens des Berechtigten als einer Norm, deren Bestand nicht im Akt des Normerlasses, sondern der Geltung in zeitlicher Dauer liegt.

Damit unterscheidet sich die Ausübung subjektiver Rechte grundlegend von allen rechtsgeschäftlichen Vorgängen (Vertragsschlüssen, einseitigen Willenserklärungen), deren Wesen darin besteht, dass der Erklärende bei seiner Erklärung behaftet wird, die durch die Erklärung bewirkten rechtlichen Veränderungen nicht einseitig reversibel sind.

e) Mit der Unterscheidung der punktuell wirkenden rechtsgeschäftlichen Willenserklärung von dem in seinem Zustand wirkenden rechtsausübenden Willen des Berechtigten ist die Grundlage für eine scharfe Fassung des Unterschieds der *Verfügung über ein subjektives Recht* und dessen *Ausübung* gegeben. Wer achselzuckend seinem säumigen Schuldner weitere Zeit zur Zahlung einräumt, beseitigt zwar (durch Rücknahme des Anspruchs) eine aktuelle Zahlungspflicht, hebt aber das Forderungsrecht weder dauernd (in einem Forderungsverzicht) noch vorübergehend (in einer Stundung) auf, es liegt nur ein «prekaristischer Anspruchsverzicht» vor. Rechtsaufhebung würde eine rechtsgeschäftliche Erklärung des Berechtigten voraussetzen¹⁰. Vielmehr kann der Gläubiger jederzeit erneut an den Schuldner herantreten und ihn gültig zur Zahlung auffordern, d. h. durch erneute Anspruchserhebung eine aktuelle Zahlungspflicht auslösen. Wer seinen Nachbarn über sein Grundstück gehen lässt, macht das Betreten zum rechtmässigen, was aber nicht die (unwiderrufliche) Einräumung eines Wegrechts bedeutet; der Eigentümer kann jederzeit seinen Willen ändern¹¹. Umgekehrt macht eine materielle Beeinträchtigung des Eigentumsobjekts keineswegs zwangsläufig eine Rechtsverletzung aus, nämlich dann nicht, wenn der Eigentümer die Beeinträchtigung nicht untersagt bzw. in diese «eingewilligt» hat¹².

4. Begriff der Verletzung eines subjektiven Rechts

a) Die Vorstellung der Verletzung eines Rechts ist allenfalls von Bedeutung im Hinblick auf die Auslösung von Sanktionen (Schadenersatz, Genugtuung bei Verletzung

¹⁰ Diese Erklärung wäre als Offerte zu einem Schuldnerlass-Vertrag (OR 115) oder Stundungsvertrag zu qualifizieren (deren Annahme allerdings präsumiert werden kann), da derartige rechtsaufhebende bzw. rechtsaufschiebende Wirkungen nur durch Vertrag bewirkt werden (vgl. dazu unten § 9/III). - Eine gute Veranschaulichung der Tatbestände, welche zwar aktuelle Leistungspflicht beseitigen, jedoch keine Stundung bedeuten, bei BECKER, OR 74 N 4. - Vgl. im übrigen auch unten § 22/II.

¹¹ Damit wird nicht ausgeschlossen, dass ausnahmsweise ZGB 2 die Berücksichtigung eines widersprüchlichen Verhaltens verhindert oder gar jemand durch Nichtausübung («Verschweigen») eines Rechts dieses auf Dauer einbüsst.

¹² Vgl. auch das Beispiel oben lit. c und zum Begriff der «Einwilligung» unten Ziff. 4b. - Die Unterscheidung von Ausübung eines Rechts und Verfügung über dieses ist weiterhin zur Erfassung unverzichtbarer Rechte erforderlich; Unverzichtbarkeit eines subjektiven Rechts, z. B. eines Persönlichkeitsrechts, schliesst eine Verfügung über das Recht aus, nicht dagegen Verzicht auf die Ausübung des Rechts im Sinne der Anspruchsrücknahme, z. B. als Einwilligung in eine Operation.

der Persönlichkeitsrechte usw.). Rechtsverletzung ist ein Tatbestand einer Normverletzung, ein subjektives Recht ist dann verletzt, wenn ein rechtsausübender Wille, eine rechtsausübende Norm, oder kurz: der Wille des Rechtsträgers, verletzt wurde. Es ist demnach nur im Sinne einer abkürzenden Sprache möglich, von der Verletzung eines Rechts zu sprechen: Genau besehen wird nicht dieses, sondern der rechtsausübende Anspruch verletzt. Die landläufigen Auffassungen vom subjektiven Recht bieten kaum eine Theorie des Begriffs der Rechtsverletzung. In der Sachenrechtsdoktrin ist noch die Vorstellung anzutreffen, ein subjektives Recht (dingliche Rechte, besonders Eigentum) sei dann verletzt, wenn das Rechtsobjekt verletzt werde. Die Unhaltbarkeit dieser Auffassung liegt auf der Hand: Der ohne Bewilligung des Eigentümers das Grundstück betretende Dritte verletzt das Eigentumsrecht, ohne das Grundstück in seinem Bestand zu verändern, zu schädigen oder sonstwie zu «verletzen», wie ein gegen den Willen des Patienten erfolgender Heileingriff die Persönlichkeitsrechte des Patienten sogar dann verletzt, wenn er nicht nur nicht geschadet, sondern sogar Schaden abgewendet hat¹³. Umgekehrt wird durch Verletzung des Eigentumsobjekts das Eigentum nicht verletzt, wenn der Verletzer nicht gegen den Willen des Eigentümers verstösst (die Äpfel, die zu pflücken man dem Nachbarn freigestellt hat, die Beschädigung des oben genannten zerfallenden Gemäuers usw.).

b) Der im Zusammenhang des Schadenersatz- und Genugtuungsrechts eine Rolle spielende Begriff der *Einwilligung des Verletzten* stellt sich normativ dar als ein Verzicht nicht auf das Recht, sondern auf die Anspruchserhebung bzw. als Rücknahme eines in Ausübung des Rechts erhobenen Anspruchs.

III. Einteilung und Sonderformen subjektiver Rechte

Subjektive Rechte können unter den verschiedensten Gesichtspunkten klassiert werden (nach Entstehungsgrund, Übertragbarkeit-Nichtübertragbarkeit bzw. Verzichtbarkeit, Vererblichkeit, Verjährbarkeit usw.). Hier soll lediglich behandelt werden die praktisch wichtigste Unterteilung der Rechte in absolute und relative bzw. dingliche und persönliche Rechte.

1. Absolute und relative Rechte

a) Unter normlogischen Gesichtspunkten können die subjektiven Rechte danach eingeteilt werden, ob die durch sie verliehene Willensmacht (oder Normsetzungsbefugnis)

¹³ Vgl. BUCHER, Die Ausübung der Persönlichkeitsrechte etc., Diss. Zürich 1956, passim, bes. p. 99 ff.; es war die Unmöglichkeit, aufgrund der überlieferten Ansichten den Begriff der Verletzung der (subjektiven) Persönlichkeitsrechte zu fassen, die zur Auffassung des subjektiven Rechts als Normsetzungsbefugnis zwang; a.a.O. p. 70.

gegenüber jedermann oder aber bloss gegenüber einer oder mehreren bestimmten Personen geltend gemacht werden kann. Im ersten Fall spricht man in einer heute vorherrschenden Terminologie von «*absoluten*» subjektiven Rechten, die dadurch charakterisiert sind, dass die in ihnen liegenden Befugnisse schlechthin gegenüber jedermann erhoben werden können, während die ihnen gegenübergestellten «*relativen*» subjektiven Rechte bloss «relativ» (d. h. in Relation zu einem beschränkten Personenkreis) wirken. Diese nach dem normlogischen Kriterium der Begrenztheit bzw. Unbegrenztheit des Kreises der Normadressaten vorgenommene Einteilung bildet einen *kontradiktorischen Gegensatz*, der Zwischenstufen ausschliesst und die Zuordnung sämtlicher Erscheinungsformen subjektiver Rechte zur einen oder anderen Gruppe ermöglicht.

b) Während die relativen Rechte grundsätzlich jeden beliebigen Anspruchsinhalt haben, d. h. den Belasteten zu irgendeinem Tun oder Unterlassen verpflichten können, kann Gegenstand der gegen jedermann gerichteten absoluten Rechte bloss ein *negativer Anspruch* im Sinne von *Unterlassungsansprüchen* sein, was schon durch die Überlegung einsichtig wird, dass der Berechtigte nach der Sachlogik zwar von jedermann negatorisch das Unterlassen von Eingriffen, nicht aber eine positive Leistung verlangen kann, das Verleihen von gegenüber jedermann wirkenden Leistungsansprüchen damit eine Ungleichbehandlung der zufällig vom Rechtsträger in Anspruch genommenen Bürger bedeuten würde¹⁴.

c) Während positive Anspruchsinhalte ihren Zweck meist ohne weiteres erkennen lassen, geben negatorische Ausschlussbefugnisse nicht direkt Aufschluss über den Sinn ihrer Verleihung. Mit der Ausschlussbefugnis soll erreicht werden, dass ein bestimmter Bereich (der bei den sog. dinglichen Rechten eine körperliche Sache ist, aber auch unkörperliche Objekte umfassen kann) dem Rechtsträger zu ausschliesslicher Benutzung und Verfügung zugewiesen wird. Der Effekt der Zuordnung kann normativ nur durch ein Verbot der Störung gegenüber Dritten erreicht werden, da eine normative Beziehung zwischen dem Rechtsträger und einem unpersönlichen Bereich (einer Sache, einem Immaterialgut) nicht denkbar ist. Die positive Befugnis des Berechtigten, über das Rechtsobjekt zu verfügen, findet normlogisch keinen direkten Ausdruck, sondern folgt aus dem negativen Umstand, dass eine die Verfügung untersagende Norm nicht besteht¹⁵. Die in der Sachenrechtsdoktrin gelegentlich geführte Kontroverse, ob das Wesen absoluter (bes. dinglicher) Rechte in ihrer Sachzuordnungsfunktion oder der Befugnis des Ausschlusses Dritter von der Sache bestehen, ist sinnlos, da beides gleichermassen zutrifft und die eine Aussage die

¹⁴ Vgl. zur Schwierigkeit der logischen Erfassung der Vorstellungen Tun und Unterlassen sowie zu allfällig denkbaren Einschränkungen des hier genannten Grundsatzes BUCHER, Subjektives Recht, p. 140 ff.

¹⁵ «Erlaubende Normen» gibt es in einem strengeren Sinne nicht, da das Erlaubtsein in der Abwesenheit von Verbotsnormen besteht. Vgl. dazu die Hinweise bei BUCHER, Subjektives Recht, p. 53/54, 153 f., mit Hinweisen, bes. AUG. THON, Rechtsnorm und subjektives Recht, Weimar 1878, p. 288 ff., bes. 292.

andere nicht ausschliesst: die Sachzuordnung ist Zweck der Rechtsverleihung, die Ausschlussbefugnis der *normlogische Mechanismus*, mit der diese verwirklicht wird¹⁶.

2. Dingliche und persönliche Rechte

a) Die heute geläufige Einteilung der subjektiven Rechte in absolute und relative ist neueren Datums und erst von der jüngeren Pandektistik entwickelt worden¹⁷. Ihr geht voran die funktionell identische Einteilung in *dingliche* und *persönliche Rechte*, die ihrerseits in der Nachfolge der römischen Einteilung der Klagen in *actiones in personam* und *actiones in rem* gebildet wurden¹⁸.

b) Auf der Seite der *persönlichen Rechte* besteht sachliche Übereinstimmung mit den relativen Rechten, so dass die beiden Ausdrücke als Synonyma verwendet werden können neben weiteren gleichbedeutenden Formeln wie «*Forderungsrecht*», «*obligatorisches Recht*» u. dgl.

c) Die *dinglichen Rechte* fallen ausnahmslos in die Kategorie der absoluten Rechte, sind jedoch enger umschrieben, nämlich als *auf körperliche Sachen bezogene absolute Rechte*, während die weiter gefasste Kategorie der absoluten Rechte neben den dinglichen noch weitere, nicht auf Sachen ausgerichtete Rechte umfasst: die Persönlichkeitsrechte als den Schutz der Persönlichkeitssphäre (körperliche Integrität, Ehre, Gefühlssphäre usw.) gegenüber jedermann gewährleistende Rechte, sodann die Patentrechte, Urheber- und weitere Immaterialgüterrechte, welche dem Rechtsträger die ausschliessliche Befugnis der Benutzung eines Verfahrens, der Verwertung eines geschützten Werks, des Gebrauchs einer Firma, Marke usw. einräumen durch Zuerkennung einer gegenüber jedem Dritten wirkenden Ausschlussbefugnis. Die Herausbildung dieser nicht auf körperliche Sachen bezogenen absolut wirkenden Rechte, die sich vor allem in den letzten hundert Jahren vollzog,

¹⁶ Vgl. dazu BUCHER, a.a.O. p. 152.

¹⁷ Zum Beispiel noch keine eigentliche Erwähnung der Kategorie der absoluten Rechte in der 2. Auflage von Windscheids Pandekten (1867), im Gegensatz zu den letzten Auflagen (§ 41).

¹⁸ Die Bedeutung der im kontinentaleuropäischen Zivilrecht von jeher scharf durchgeführten Trennung der subjektiven Rechte der beiden hier auseinandergehaltenen Kategorien kann nicht hoch genug veranschlagt werden; die Scheidung findet sich z. B. weniger konsequent durchgeführt im anglo-amerikanischen Recht. Im Römischen Recht ist der Gegensatz ursprünglich mehr durch äussere Umstände, nämlich Besonderheiten des römischen Prozesses, veranlasst worden; bei gegen die Person gerichteten Klagen bestand ein eigentlicher Einlassungszwang (mit umfassender Nichteinlassungssanktion der «*missio in bona*»), während die Nichteinlassung bei dinglichen Klagen nur den Verlust des Streitgegenstandes auslöste. - Die römische Vorstellung, dass «*actiones in rem*» im Grunde unter Umgehung der Person des beklagten Ansprechers direkt gegen die Sache gerichtet sind, hat seine Auswirkungen bis ins heutige Recht: im Vorrang der dinglichen (wie aller absoluten) Rechte gegenüber den persönlichen (insbesondere im Aussonderungsrecht im Konkurs).

ist es, die das Ersetzen bzw. Ergänzen des Begriffs der dinglichen Rechte durch den umfassenderen der absoluten Rechte notwendig gemacht hat¹⁹.

3. Sogenannte subjektiv-dingliche Verknüpfung von obligatorischen Rechten und Pflichten («Realobligationen»)

a) Relative Rechte begründen eine Rechtsbeziehung lediglich zwischen dem Rechtsträger und einem bestimmten Verpflichteten. Die Bestimmung des Verpflichteten oder des Berechtigten braucht indessen nicht nach in der Person des Betroffenen liegenden Gesichtspunkten zu erfolgen: Als personbestimmendes Kriterium fällt ebenfalls die Trägerschaft eines bestimmten dinglichen Rechts (Eigentum, Besitz, evtl. beschränktes dingliches Recht an einer Sache) in Betracht. Man spricht diesfalls in einer neueren (d. h. nachpandektistischen) Terminologie etwa von «subjektiv-dinglicher Verknüpfung» des Forderungsrechts²⁰.

b) Subjektiv-dingliche Verknüpfung auf der *Seite des Berechtigten* wird im Wertpapierrecht angetroffen und liegt insbesondere bei Inhaberpapieren vor: Die Zuständigkeit zur Geltendmachung der im Wertpapier verkörperten Forderung wird nicht persönlich (nach vertraglichen Gesichtspunkten, einer Indossamentenkette o. dgl.), sondern durch die rechtliche Beziehung (insbesondere Eigentum) an der Sache der Wertpapierurkunde bestimmt, mit welchem technischen Kunstgriff im Wertpapierrecht sachenrechtliche Mechanismen der Übertragung, Verpfändung u. dgl. für Forderungen anwendbar gemacht werden. Ein weiteres Beispiel wäre die aus einer *Grundlast* fliessende Berechtigung, wenn als Berechtigter gemäss der in ZGB 782/II eröffneten Möglichkeit der jeweilige Eigentümer eines andern Grundstückes erscheint.

c) Subjektiv-dingliche Verknüpfung auf *Seite des Verpflichteten* ist bei der Grundlast gegeben, weil der Verpflichtete gegenüber dem relativen Forderungsrecht

¹⁹ Dabei hat die Nichtverfügbarkeit eines angemessenen Begriffsinstrumentariums die Entwicklung des materiellen Rechts behindert und verzögert: Die Nichtgewährleistung von Persönlichkeitsrechten durch die Pandektistik und noch im BGB trotz des Vorbildes in den Digesten (bes. im Titel «de iniuriis et famosis libellis», Dig. 47, 10) geht auf die Hemmung zurück, die Persönlichkeitssphäre als Objekt eines dinglichen Rechts zu verstehen und damit den Dingen gleichzustellen (dazu das Argument SAVIGNYS, System des heutigen römischen Rechts, Bd. I, 1840, § 53 p. 335 f., dass die Anerkennung von Persönlichkeitsrechten ein «Eigentumsrecht auf die sichtbare Erscheinung der Person» darstellen und damit zur Anerkennung eines Rechts auf Selbstmord führen würde. - Ähnliche, rein vom Begrifflichen herkommende Schwierigkeiten dürften sich auch der Herausbildung der kommerziellen Immaterialgüterrechte entgegengestellt haben, welche Beispiele die Kraft vorerst formal-inhaltsleerer Denkformen auf die Ausgestaltung und das Verständnis des materiellen Rechts wie auch die Notwendigkeit, sich mit dem begrifflichen Instrumentarium auseinanderzusetzen, illustrieren mögen. BUCHER, Die Bedeutung der allgemeinen Lehren im Privatrecht, ZSR 85/1966 p. 213-234; weiteres Beispiel a.a.O. p. 227, Anm. 23.

²⁰ «Verknüpft» wird die Zuständigkeit zu einer obligatorischen Rechtsbeziehung mit einer rechtlichen Beziehung zu einer Sache.

auf eine positive Leistung nicht als eine individualisierte Person, sondern als der jeweilige Eigentümer eines Grundstücks bestimmt wird (ZGB 782/I). Ähnliche Verhältnisse werden etwa beim vorgemerkten Mietvertrag (OR 260) angetroffen²¹.

Der Terminus «Realobligation» deckt verschiedene mehr oder weniger abweichende Begriffe, kann aber auch nichts anderes als eine subjektiv-dinglich verknüpfte Verpflichtung, allenfalls Berechtigung, bezeichnen wollen. Hier bestehende Kontroversen müssen der Sachenrechtsdoktrin anheimgegeben werden²².

d) Subjektiv-dingliche Verknüpfung im besprochenen Sinn lässt sich nicht nur bezüglich isolierter Recht-Pflicht-Beziehungen denken, sondern ist auch bei Schuldverhältnissen²³ denkbar. Dies wäre z. B. der Fall, wenn der Erwerber einer Liegenschaft zur Partei der auf diese bezogenen Mietverträge würde (was nach BGB § 571 in Deutschland der Fall ist).

IV. Gestaltungsrechte

1. Begriff

a) Das Gestaltungsrecht kann definiert werden als die jemandem zustehende Befugnis, durch einseitige rechtsgeschäftliche Willenserklärung eine Veränderung im Bestand subjektiver Herrschaftsrechte²⁴ herbeizuführen²⁵.

²¹ Dabei lassen sich auch hier sachliche Ungereimtheiten der Regelung (der Verzicht, den Erwerber des Mietobjekts zum eigentlichen Vertragspartner zu machen) auf begriffliche Hemmungen, das Fehlen der Vorstellungen «Realobligation» bzw. «subjektiv-dingliche Verknüpfung» zur Zeit der Gesetzgebung, zurückführen.

²² Vgl. v. T./P., Nachtrag zu § 2 p. 21 f.; MEIER/HAYOZ, Komm. ZGB 641-654, Syst. Teil, N. 150 ff. mit Hinweisen; LIVER und DESCHENAUX, in ZBGR 43/1962 p. 257 ff., 282 ff.; P. LIVER, Komm. ZGB 730-792, Einleitung N. 148 ff.; DERS., SPR V/1 p. 21 ff.; U. SPRENGER, Die subjektiv-dingliche Verknüpfung als Verbindung zwischen rechtlicher Beziehung und Subjekt etc., Diss. Zürich 1983.

²³ Zum Gegensatz vgl. unten Ziff. V/2.

²⁴ «Herrschaftsrechte» nennt man im Anschluss an v. TUHR, BGB Allg. Teil, Bd. I, § 6, p. 133 f. subjektive Rechte im oben Ziff. II und III besprochenen Sinn besonders dann, wenn es gilt, sie in Gegensatz zu Gestaltungsrechten zu stellen.

²⁵ Eine Reihe von Gestaltungsrechten können nicht durch private Erklärung, sondern nur durch Erhebung einer sog. *Gestaltungsklage* zur Geltung gebracht werden, wie die beabsichtigte Rechtsveränderung nur durch Ergehen eines *Gestaltungsurteils* eintritt. Derartige Gestaltungsrechte, die man zur Unterscheidung von den «gewöhnlichen» oder «rechtsgeschäftlichen» Gestaltungsrechten «judizielle» *Gestaltungsrechte* nennen könnte, liegen vor beim Scheidungsanspruch, allen Möglichkeiten der Anfechtungsklage (Anfechtung der Ehelichkeit, von Generalversammlungsbeschlüssen im Aktienrecht usw.), Testamentsanfechtung usw. (vgl. dazu weiterhin BUCHER, Subjektives Recht, p. 96 f.).

b) Der Begriff der Gestaltungsrechte wurde geprägt von EMIL SECKEL²⁶. Beim Gestaltungsrecht, das besser als *Gestaltungsbefugnis* bezeichnet wird, handelt es sich nicht um einen traditionellen, sondern um einen analytisch gebildeten Kunstbegriff, unter dem alle Rechtspositionen zusammengefasst werden, die einem einzelnen eine Veränderung im Bestand subjektiver Herrschaftsrechte durch einseitige rechtsgeschäftliche Erklärung ermöglichen²⁷.

c) Nach einer besonders von v. TUHR herausgestellten, allerdings nicht ganz zwingenden Einteilung²⁸ kann man unterscheiden *rechtsbegründende* Gestaltungsrechte, deren Ausübung eine Rechtsbeziehung neu schafft (die verschiedenen Formen der Kaufrechte, die Befugnis des Empfängers einer Offerte, durch Annahme einen Vertrag zustande zu bringen, Genehmigung einer Stellvertretungshandlung gemäss OR 38/I usw.), *rechtsändernde* Gestaltungsrechte (Wahlrecht bei der Alternativobligation, die Befugnis des Gläubigers, gemäss OR 102/I durch Mahnung den Verzug des Schuldners zu bewirken bzw. gemäss OR 107/II auf nachträgliche Leistung zu verzichten usw.) und *rechtsaufhebende* Gestaltungsrechte (Kündigungsbefugnis bei Dauerschuldverhältnissen, Rücktrittsrecht gemäss OR 107/II, Befugnis der Ausschlagung einer Erbschaft).

2. Funktion des Begriffs

a) Der Begriff des Gestaltungsrechts kann zu einer Veranschaulichung und Systematisierung bestimmter privatrechtlicher Beziehungen dienen. Seine Bedeutung zur Erfassung des positiven Rechts ist allerdings beschränkt, dies schon deshalb, weil die gemeinrechtliche Wissenschaftstradition und die Gesetzgeber des Schuldrechts diese Vorstellung nicht gekannt haben, folglich bei der Rechtsgestaltung auch nicht von ihr geleitet worden sein können²⁹. Im übrigen ist die Möglichkeit, gemeinsame Aussagen über alle als Gestaltungsrechte bezeichneten Positionen zu machen, gering; unkritische Verallgemeinerungen müssen vermieden werden.

b) Die Gestaltungsrechte, die oft ebenfalls als subjektive Rechte bezeichnet werden, sind von diesen grundverschieden; sie werden durch einmalige rechtsgeschäftliche

²⁶ E. SECKEL, Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts, in Festgabe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin für Rich. Koch, Berlin 1903, p. 205-253.

²⁷ Die Möglichkeit freier privatautonomer Rechtsgestaltung bezieht sich nur auf Verträge, während die einer Einzelperson verliehene Befugnis der Rechtsgestaltung durch einseitige rechtsgeschäftliche Erklärung (z. B. Kündigung, Bestimmung eines Forderungsinhalts durch Wahlerklärung o. dgl.) immer eines besonderen (vertraglichen oder gesetzlichen) Rechtsgrundes bedarf. Dazu unten § 9/III.

²⁸ v. TUHR, BGB Allg. Teil, Bd. I, p. 162 f., v. T./P., § 3/II p. 23 f.

²⁹ Eine neuere Lehre versucht, der Figur des Gestaltungsrechts einen wichtigeren Platz einzuräumen: Vgl. K. ADOMEIT, Gestaltungsrechte, Rechtsgeschäfte, Ansprüche - zur Stellung der Privatautonomie im Rechtssystem, Berlin 1969; R. STEINER, Das Gestaltungsrecht, Diss. Zürich 1984; P. BYDLINSKI, Die Übertragung von Gestaltungsrechten, Wien 1986, insbes. p. 11 ff.

Erklärung ausgeübt, die den Erklärenden bindet und die Gestaltungsbefugnis konsumiert, während die Anspruchserhebung aufgrund eines subjektiven Rechts die Willensmacht des Rechtsträgers wahrt und der Wille des Berechtigten in seinem jeweiligen Bestand Recht macht³⁰. - Dem Partner des Gestaltungsberechtigten steht kein Verpflichteter gegenüber, und dem Gestaltungsrecht entspricht kein Pflichtbereich, vielmehr entstehen Verpflichtungen nur im Rahmen der durch Ausübung der Gestaltungsbefugnis geschaffenen subjektiven Herrschaftsrechte.

c) Selbst willkürlich geschaffene Kunstbegriffe wie der hier vorliegende können eine *Eigendynamik* i. S. von rechtsgestaltendem Einfluss entfalten. Infolge der genannten (sachlich nicht gerechtfertigten) Annäherung an echte subjektive Rechte (Forderungsrechte) besteht die Tendenz, Merkmale der letzteren (z. B. Verjährbarkeit, Abtretbarkeit usw.) unkritisch auf Gestaltungsrechte zu übertragen. Diese sind, z. B. anders als Forderungsrechte, weder zedibel noch unterliegen sie der Verjährung im eigentlichen Sinne.

3. Die Einreden im materiellrechtlichen Sinn als Sonderfall rechtsaufhebender Gestaltungsrechte

Bei materiellrechtlicher Betrachtung³¹ können die gegenüber einem ausserprozessual oder prozessual erhobenen Anspruch zur Verfügung stehenden Verteidigungsmittel eingeteilt werden in:

- *Einwendungen*, die aus einer Tatsachenbehauptung oder Tatsachenbestreitung bestehen³². Damit kann entweder die Anspruchsgrundlage (prozessual: das Klagefundament, d. h. die vom Ansprecher behaupteten und zu beweisenden Tatsachen) bestritten werden (z. B. beim Geltendmachen vertraglicher Ansprüche die Bestreitung des Vertragskonsenses) oder aber der in Anspruch Genommene bringt zu seiner Verteidigung neue (und von ihm zu beweisende) Tatsachen vor, die entweder das Nichtentstehen des Anspruchs (z. B. Behauptung der Urteilsunfähigkeit eines Vertragspartners) oder dessen Untergang (z. B. Behauptung bereits geleisteter Erfüllung) dartun sollen³³.

³⁰ Vgl. zum Gegensatz im übrigen oben Ziff. II/3 und BUCHER, Das subjektive Recht, § 10 p. 89 ff.

³¹ Zur abweichenden Begriffsbildung im Prozessrecht (die ihrerseits nicht immer einheitlich ist) vgl. die Hinweise bei ROSENBERG/SCHWAB, Zivilprozessrecht, 14. A. München 1986, § 105 und anderen Lehrbüchern des Prozessrechts sowie dort zitierte.

³² Dies die neuere, aus dem BGB stammende, auch in die schweizerische Doktrin eingegangene Terminologie. Das OR folgt noch einem älteren, vorab durch die Prozessrechtsdoktrin beeinflussten Sprachgebrauch und nennt meist auch die hier als Einwendungen bezeichneten Behelfe *Einreden*.

³³ Das materielle Recht in Verbindung mit den prozessualen Beweisregeln bestimmt, ob eine Tatsache zum Klagefundament gehört und vom Ansprecher zu beweisen ist, oder aber als rechtshindernde bzw. rechtsaufhebende Tatsache vom in Anspruch Genommenen. Vgl. dazu M. GULDENER, Beweiswürdigung und Beweislast, Zürich 1955, und L. ROSENBERG, Beweislast, 5. A., München 1965. Die Geschäftsfähigkeit der Parteien gehört bei vertraglichen Ansprüchen z. B. nicht zum Klagefundament; vgl. dazu BUCHER, ZGB 16 N. 125 ff. Hier wie bei den übrigen rechtshindernden Einwendungen ist die Qualifizierung als solche und die Ausscheidung aus dem Klagefundament in der Lebenserfahrung begründet, die einen gewissen Tatbestand als nicht beweisbedürftigen Normalfall einordnet. Vgl. dazu auch v. T./P., § 3 Anm. 27.

- *Einreden* beruhen ebenfalls auf Tatsachenbehauptungen, setzen aber zur Wirksamkeit noch eine *rechtsgeschäftliche Willenserklärung* (die im Prozess oder ausserhalb desselben abgegeben werden kann) voraus, was gleichzeitig auch ausschliesst, dass das Gericht aus der Aktenkundigkeit der einredebegründenden Tatsachen von Amtes wegen die Einredewirkungen ableitet. Als Beispiele fallen vor allem die *Verjährung* sowie die *Verrechnung* in Betracht; in beiden Fällen wird tatbeständlich verjährungsauslösender Zeitablauf bzw. der Bestand einer verrechenbaren Gegenforderung vorausgesetzt; Verjährungs- bzw. Verrechnungswirkungen treten indessen erst (wenn auch mit Wirkung *ex tunc*) mit der rechtsgeschäftlichen Erklärung der Verjährungs- oder Verrechnungseinrede ein (vgl. dazu unten § 25/I/2 und § 24/III/1, 2). Da die Veränderung im Bestand subjektiver Herrschaftsrechte durch rechtsgeschäftliche Willenserklärung ausgelöst wird, erfüllen die in Einreden enthaltenen Befugnisse alle Voraussetzungen des Begriffs der Gestaltungsrechte.

V. Mehrdeutigkeit des Terminus «Obligation», insbesondere der Gegensatz zwischen obligatorischer Recht-Pflicht-Beziehung und Schuldverhältnis

1. Allgemeines

Obligatio ist vorerst die eine Partei treffende (besonders vertraglich begründete) *Verpflichtung* oder «Verbindlichkeit» (von ob-ligare, binden), welche Vorstellung dann in der Folge auch zur Bezeichnung des Gegenstücks, der die Verpflichtung bedingenden Berechtigung verwendet wird. In den romanischen Sprachen und im Englischen steht jedoch, wie im lateinischen Ursprung, die Sinnggebung der Verpflichtung bei den von «obligatio» abgeleiteten Wörtern im Vordergrund, während man im Deutschen vorab von obligatorischer *Berechtigung* spricht und damit das relative subjektive Recht, die Forderung bezeichnet³⁴.

³⁴ Die letztere, bereits auch im Römischen Recht angetroffene Sinnggebung lebt in der Vorstellung der *Obligation als eine Forderung verkörperndes Wertpapier* weiter.

2. Gegensatz von Recht-Pflicht-Beziehung einerseits, Schuldverhältnis andererseits

Von grundlegender Bedeutung ist die Unterscheidung einerseits des *Schuldverhältnisses* als Gesamtheit aller Elemente der aus demselben rechtlichen Anlass sich ergebenden Rechtsbeziehungen zweier Parteien und andererseits der isoliert betrachteten Recht-Pflicht-Beziehungen, wie sie aus dem Schuldverhältnis folgen mögen. Die Unterscheidung dieser beiden Begriffe, die beide mit dem Terminus der Obligation belegt und weder in der Doktrin noch in der Gesetzgebung genügend scharf geschieden werden³⁵, ist vor allem bei vertraglichen Schuldverhältnissen von weitreichender Bedeutung: Das durch den Kaufvertrag geschaffene Schuldverhältnis ist umfassender und verschieden von der isoliert betrachteten Beziehung Kaufpreisforderung-Preiszahlungspflicht oder der Recht-Pflicht-Beziehung hinsichtlich der Lieferung der Kaufsache.

Der Unterschied wird leicht sichtbar bei der *Zession*, wo Gegenstand der Abtretung nur das Forderungsrecht, nicht aber die Parteistellung im Schuldverhältnis (die Eigenschaft als Vertragspartei) ist; der seine Kaufpreisforderung einer Bank abtretende Verkäufer verliert aufgrund der Zession nicht seine Verkäuferstellung, was sich beispielsweise darin äussert, dass der Käufer seine Mängelrüge unverändert an den Verkäufer zu richten hat und allein gegen diesen Gewährleistungsansprüche besitzt. Aber auch die (privative oder kumulative) *Schuldübernahme*³⁶ betrifft nur die isoliert betrachtete Pflicht, nicht aber die gesamte Parteistellung, wie der Forderungsverzicht im Sinne von OR 115³⁷ nur Forderungsrecht und korrespondierende Pflicht, nicht aber das Schuldverhältnis zum Erlöschen bringt, was nur durch *contrarius actus* der Vertragsaufhebung bewirkt würde. Schliesslich bezieht sich die *Novation*³⁸ vermutlich nicht auf das gesamte Schuldverhältnis, sondern nur auf die in Frage stehende Schuld³⁹.

Das schweizerische OR ist in seinem Aufbau auf den *Begriff der Obligation* i. S. der Recht-Pflicht-Beziehung ausgerichtet. Damit nimmt es eine Tradition des Naturrechts und des französischen Code Civil auf und steht im Gegensatz zum BGB, das auf den Begriff des Schuldverhältnisses ausgerichtet ist (vgl. oben § 2/I/4).

³⁵ So bezieht sich z. B. die (ohnehin entbehrliche) Norm von OR 32/III auf die Recht-Pflicht-Beziehungen, dies in einem Zusammenhang, der im übrigen vom Gesamt-Schuldverhältnis handelt. Die Diskussion über die Novation (dazu unten § 22/IV) krankt u. a. an der Unklarheit, was deren Gegenstand sei (gesamtes Schuldverhältnis? einzelne Forderung-Pflicht-Beziehung?).

³⁶ Dazu unten § 32/III, IV.

³⁷ Dazu unten § 22/I, 21/II.

³⁸ Dazu unten § 22/IV.

³⁹ Nicht die isolierte Forderung-Schuld-Beziehung, sondern das gesamte Schuldverhältnis wird bei der Vertragsübernahme übertragen; dazu unten § 32/VI.

VI. Begriff des Vertrages

Während das Römische Recht nur einzelne Vertragstypen (z. B. emptio-venditio, mandatum usw.) kennt und den Abstraktionsbegriff des «contractus» nicht primär zum Gegenstand juristischer Erörterung macht, steht ein allgemeiner Vertragsbegriff im Zentrum des modernen Schuldrechts. Dies gelangt im Bestehen eines Allgemeinen Teils des OR (bzw. des Schuldrechts im BGB) zum Ausdruck, der sich auf einen allgemeinen Vertragsbegriff bezieht und von Typen-Besonderheiten (Kaufvertrag etc.) abstrahiert. Dieses Vorgehen ermöglicht erst die Vertragsfreiheit im Sinne eines Nicht-Gebundenseins an gesetzliche Vertragstypen⁴⁰.

Begrifflich ist zu beachten, dass unter Vertrag bald der *Vorgang des Vertragsabschlusses*, bald aber die durch den Vertragsabschluss herbeigeführte *vertragliche Rechtslage* verstanden wird.

Der Vertrag ist konstituiert durch die von zwei Parteien ausgehende, übereinstimmende und auf Herbeiführung eines rechtlichen Erfolgs gerichtete Willenserklärung; der Vertrag ist zweiseitiges Rechtsgeschäft. An einem Vertrag können auch mehr als zwei Parteien beteiligt sein. Am wichtigsten sind derartige Verträge im Gesellschaftsrecht, während andere Verträge mit mehr als zwei selbständigen Parteien selten sind⁴¹.

VII. Der Begriff des Rechtsgeschäfts

Der erst von der Gemeinrechtswissenschaft gebildete Begriff des Rechtsgeschäfts ist gegenüber dem Vertragsbegriff noch eine Stufe weiter abstrahiert; Rechtsgeschäft ist Oberbegriff gegenüber Vertrag, Vertrag (als zweiseitiges Rechtsgeschäft) Unterbegriff. Man kann das Rechtsgeschäft definieren als «eine auf rechtliche Wirkung (Begründung, Änderung oder Aufhebung eines Rechts oder Rechtsverhältnisses) gerichtete Willensäußerung einer oder mehrerer Privatpersonen»⁴².

Der Begriff Rechtsgeschäft ist in der Schweiz wissenschaftlicher (vorpositiver) Abstraktionsbegriff, der in der schweizerischen Gesetzgebung als bekannt vorausgesetzt und beiläufig verwendet wird⁴³; dagegen wird er im BGB (§§ 104-185) zum zentralen Ansatzpunkt gesetzlicher Regelung gemacht, die zum Beispiel die Geschäftsfähigkeit, den Vertragsabschluss und die Stellvertretung normiert. Es ist

⁴⁰ Zu weiteren begrifflichen Fragen einlässlich unten § 9 sowie die folgende Ziff. VII.

⁴¹ Zur Beteiligung von mehr als zwei Personen auf der einen Seite eines zweiseitigen Vertrags vgl. unten § 27.

⁴² v. T./P., § 20/I, p. 143.

⁴³ Z. B. OR 34/I, 35/I, an beiden Orten erst in der Revision von 1911 eingefügt.

hauptsächlich die zentrale Verwendung des Abstraktionsbegriffs «Rechtsgeschäft» in der Kodifikation, der einen gesonderten *Allgemeinen Teil* notwendig macht.

Man unterscheidet *einseitige Rechtsgeschäfte* (Testamentserrichtung, Errichtung einer Stiftung, Ausübung von Gestaltungsrechten u. dgl.), *zweiseitige Rechtsgeschäfte* (Vertrag) und mehrseitige Rechtsgeschäfte (Gründungsakte bei körperschaftlich organisierten juristischen Personen, Beschlüsse bei solchen juristischen Personen, Gesellschaftsverträge und weitere Verträge, an denen mehr als zwei Parteien beteiligt sind). - Die genannte Einteilung beruht auf dem Kriterium der Anzahl der Personen, die am rechtsgeschäftlichen Vorgang beteiligt sind, d. h. eine Willenserklärung abgeben⁴⁴.

Der *Begriff des Vertrages* ist etwas schillernd: Er kann verstanden werden als Synonym des rechtsgeschäftlichen Vorgangs bzw. des Resultats, an dem zwei Personen beteiligt sind (in welchem weiten Sinn insbesondere auch die Verfügungsgeschäfte, unten Ziff. VIII, erfasst werden); oft wird jedoch unter «Vertrag» einschränkend nur das eine schuldrechtliche Beziehung begründende Verpflichtungsgeschäft (z. B. Kaufvertrag usw.) verstanden.

Das OR stellt mit bezug auf Rechtsgeschäfte im allgemeinen keine Regeln auf, normiert vielmehr den Vertrag als wichtigstes Beispiel. Probleme, die bei den übrigen Rechtsgeschäften (d. h. den einseitigen, den mehrseitigen, evtl. den Verpflichtungsgeschäften) auftreten, sind in entsprechender Anwendung der Vertragsregeln zu behandeln⁴⁵.

Der Begriff des Vertrags wie auch jener des Rechtsgeschäfts ist doppeldeutig insofern, als er bald den Vorgang der rechtsverändernden Willenserklärung (Wahlerklärung, Kündigung) meint, bald die durch die Willenserklärung geschaffene Rechtslage⁴⁶.

⁴⁴ Der schuldrechtliche Vertrag kann seinerseits zweiseitig (beidseitig) verpflichtend sein oder auch - seltener - bloss die eine Partei verpflichten (z. B. Schenkung; vgl. auch unten § 9/V/2).

NOTA: Auch dieser letztere, oft «einseitig» genannte Vertrag ist ein zweiseitiges Rechtsgeschäft!

⁴⁵ Vgl. auch ZGB 7 und oben § 1/II. - Ganz einheitlich sind allerdings die Regeln nicht: Das grundlegende vertragsrechtliche «*Vertrauensprinzip*» (dazu unten § 10/III) ist zwar bei einem Teil der einseitigen Rechtsgeschäfte (z. B. Kündigungen o. dgl.) anwendbar, hat aber etwa bei der Auslegung von Testamenten keinen Raum.

⁴⁶ Diese (auch in der deutschen Literatur kaum beachtete) Doppeldeutigkeit mag erklären, weshalb Offerte und Akzept bald als einseitige Rechtsgeschäfte bezeichnet werden, bald nur der dadurch bewirkte Vertrag als (zweiseitiges) Rechtsgeschäft gelten soll (So z. B. FLUME, § 6/1 p. 78 und § 35/I/1 p. 635). Im ersten Fall geht es um die Willenserklärung, bei letzterem Standpunkt um die rechtsgeschäftlich bewirkte Rechtslage. Ähnlich auch bei anderen Instituten: so bedeutet «Verrechnung» oder «Stellvertretung» bald den rechtsgeschäftlichen Vorgang, bald deren Resultat.

VIII. Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft

1. Der Begriffsgegensatz

Von den schuldrechtlichen Verträgen im landläufigen Sinn, welche die Parteien zu irgendwelchem Verhalten oder Leistungen verpflichten (Verpflichtungsgeschäfte), werden die *Verfügungsgeschäfte* als eine besondere Kategorie unterschieden^{46a}. Deren Wesen besteht darin, dass sie ihrerseits keine Pflichten begründen, sondern eine Veränderung im Bestand subjektiver Rechte veranlassen: Im Zeitpunkt der Verfügung bereits bestehende (absolute oder relative) subjektive Rechte (allenfalls auch Schuldverhältnisse) werden übertragen oder beendet⁴⁷. Verträge im Sinne von Verpflichtungsgeschäften begründen oft (d. h. bei zu Sachleistungen oder Forderungsübertragungen verpflichtenden Verträgen, nicht jedoch bei solchen, die persönliche Leistungen vorschreiben) die Pflicht zur Vornahme einer Verfügung und werden diesfalls mit Bezug auf die Verfügung auch als deren *Grundgeschäft* bezeichnet.

Verpflichtungsgeschäfte haben als Hauptbeispiel die im Obligationenrecht geregelten und hier zu behandelnden Verträge. Demgegenüber beziehen sich Verfügungsgeschäfte am häufigsten auf dingliche Rechte, und es ist Aufgabe des Sachenrechts, Verfügungen wie Eigentumsübertragung, Pfandbestellung usw. zu regeln. Hier können nur allgemeine Gesichtspunkte herausgestellt werden, während eine einlässliche Behandlung auf die Verfügungen über Forderungsrechte (Abtretung, Schuldverlass, Stundung usw.) beschränkt bleibt.

Die Einteilung in Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte betrachtet die Verhältnisse unter dem Blickwinkel des im Akt des Rechtsgeschäfts sich belastenden Vertragspartners (d. h. es wird ausser acht gelassen, dass aus dem Verpflichtungsgeschäft für den Partner Rechte resultieren). Verfügungsgeschäfte werden demjenigen zugerechnet, der durch die Verfügung belastet wird (Zession ist eine Verfügung des

^{46a} Hier werden behandelt Verfügungsgeschäfte i. S. zweiseitiger Rechtsgeschäfte (d. h. mit Vertragsnatur). Wenigstens als Fussnote soll angemerkt werden, dass auch *einseitige Rechtsgeschäfte* als *Verfügungen* qualifiziert werden können: Wertpapierrechtliches *Indossament*, Anweisung, soweit sie Leistungspflicht auslöst, in Deutschland die Vollmacht, soweit sie i. S. von BGB § 183 unwiderruflich ist, Kündigung oder Ausübung von Gestaltungsrechten in allg., Dereliktion, (dazu OR/BT § 15/II) usw. Mit den vertraglichen Verfügungsgeschäften hat die «einseitige Verfügung» gemein, dass sie *Verfügunngsmacht* über die fragliche Rechtsbeziehung voraussetzt (unten Ziff. 3) und *unwiderruflich* ist. Die Frage nach dem *Rechtsgrund* ist hier (wie auch bei einigen zweiseitigen Verfügungsgeschäften, z. B. Forderungserlass, Novation, Vergleich; unten § 22/I/5 und Anm. 23, IV, V) fehl am Platz, hingegen muss die rechtliche Grundlage nachgewiesen werden, welche dem Verfügenden die Befugnis einseitiger Rechtsgestaltung verleiht.

⁴⁷ *Rechtsübertragung* heisst hier auch die Abspaltung von Teilbefugnissen (z. B. des Pfandrechts aus der umfassenderen Eigentümerstellung); *Rechtsverzicht* kann im Falle von Forderungsrechten auch temporärer Verzicht im Sinne der Stundung sein.

Zedenten, nicht des Zessionars, Eigentumsübertragung u. dgl. eine Verfügung des Veräusserers, nicht des Erwerbers)⁴⁸.

Die einseitige Betrachtung der Geschäfte unter dem Blickwinkel bloss der belasteten Partei darf nicht vergessen lassen, dass rechtsgeschäftlich gesehen *zweiseitige* Rechtsgeschäfte, d. h. *Verträge* vorliegen, die nur im Falle der (meist zu vermutenden) Zustimmung des Partners wirksam sind: Die Abtretung setzt nicht bloss eine Abtretungserklärung des Zedenten, sondern Zustimmung des Zessionars voraus, Eigentumserwerb einen Erwerbswillen des Erwerbers usw. Richtig ist andererseits, dass bei Verfügungsgeschäften der Vertragscharakter als abgeschwächt erscheinen kann (vgl. dazu unten § 9/IV/3).

Die Unterscheidung der Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte hat die *praktische Bedeutung*, die Verschiedenheit der Gültigkeitsvoraussetzungen herauszustellen: Verfügungsgeschäfte (nicht aber Verpflichtungen) verlangen eine *Verfügunngsmacht* des Verfügenden hinsichtlich der betroffenen Rechte (dazu unten Ziff. 3), während Verpflichtungsgeschäfte generellen Gültigkeitsschranken von OR 19/20 und ZGB 27 unterstellt sind (dazu unten § 15). Sodann wird die (in der Schweiz allerdings nur ausnahmsweise verwirklichte) Möglichkeit eröffnet, das Schicksal von Verpflichtung und daran anknüpfender Verfügung unabhängig zu gestalten (dazu unten Ziff. 4).

2. Beispiele; Rechtsvergleichung

(Geschäftstypus)	Verpflichtungsgeschäft	Verfügungsgeschäft
<i>Kauf (Fahrnis)</i>	<i>Kaufvertrag im Sinne von OR 184 f.</i>	<i>Eigentumsübertragung ZGB 714; Zahlung Kaufpreis</i>
<i>Kauf (Grundstück)</i>	<i>Kaufvertrag mit öffentlicher Beurkundung (ZGB 657, OR 216)</i>	<i>Eigentumsübertragung durch Bewirkung der Eintragung im Grundbuch (ZGB 656/I; «Auflassung» gemäss BGB §§ 873 und 925</i>
<i>Schenkung</i>	<i>Schenkungsvertrag/Schenkungs versprechen (OR 239/I, 243/I)</i>	<i>Eigentumsübertragung, evtl. Geldzahlung, Begründung einer Forderung, Schulderlass o. dgl.</i>
<i>Fahrnispfand</i>	<i>Pfandbestellungsvertrag</i>	<i>Einräumung des Pfandrechts durch Besitzübertragung usw. (ZGB 884)</i>
<i>Zession</i>	<i>Zessionsverpflichtung (formfrei, OR 165/II)</i>	<i>Zession (Schriftform, OR 165/I)</i>

Der Unterschied wird besonders deutlich in der Verschiedenartigkeit der Formerfordernisse: Fahrniskauf, Pfandbestellungsvertrag an Fahrnis, Zessionsverpflichtung

⁴⁸ Nur unter diesem Gesichtspunkt ist die Formel gerechtfertigt, nach welcher *Verpflichtungsgeschäfte die Passiven vermehren, Verfügungsgeschäfte dagegen die Aktiven vermindern*. Dies ist nur so lange richtig, als die Vorgänge einseitig unter dem Blickwinkel des Belasteten und der Belastung betrachtet werden; im Verpflichtungsgeschäft erhält der seine Passiven Vermehrende vermutungsweise Forderungsrechte eingeräumt (Vermehrung der Aktiven), während die Verfügung nicht bloss Aktiven vermindert, sondern insbesondere auch Passiven (im Rahmen der erfüllten Leistungspflichten) beseitigt.

sind als Verpflichtungsgeschäfte formfrei gültig, während die Verfügung, wie Eigentumsübertragung bzw. Pfandbestellung der Sachtradition bedarf und die Zessionsverfügung schriftliche Erklärung voraussetzt.

Bei sogenannten *Handgeschäften*, deren Merkmal im Zusammenfallen von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft erblickt werden kann (z. B. Handkauf, Handschenkung usw.), ist die Unterscheidung der beiden Geschäftstypen verwischt, ebenso bei Verfügungen über Forderungsrechte (Forderungsverzicht, Stundung, Abänderung oder Aufhebung vertraglicher Ansprüche, wie regelmässig in einer Vertragsänderung bzw. Vertragsaufhebung enthalten). In beiden Fällen kann aber auch hier die Unterscheidung Verpflichtung-Verfügung gedanklich vollzogen werden.

Gewisse vertragliche oder vertragsähnliche Vereinbarungen entziehen sich der begrifflichen Unterscheidung bzw. der eindeutigen Zuordnung als Verpflichtungs- oder Verfügungsgeschäft; so etwa Schuldlass/Forderungsverzicht (dazu unten § 22/I/5), Geschäfte aus dem Bereich Schuldübernahme/ Vertragsübernahme/ Geschäftsübernahme (dazu unten § 32) wie auch etwa «Verfügungen» im Bereich des Familienrechts (Anerkennung eines Kindes, Adoption, Zuwendungen unter Ehegatten o. dgl.).

Komparatistische Hinweise:

Die in OR und ZGB (wie im ABGB und im BGB) durchgehaltene, auf romanistischer Überlieferung beruhende Unterscheidung zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäften ist als grosse Errungenschaft der kontinentalen Zivilrechtsdogmatik zu betrachten. Sie ist Ausfluss der konsequenten Abtrennung des Schuldrechts vom Sachenrecht, insbesondere der Beschränkung der obligatorischen (vertraglichen) Rechtsbeziehungen auf ein persönliches Verpflichtetsein des Schuldners (ohne Möglichkeit des direkten Sachzugriffs im Falle des Geschuldetseins einer Sache)⁴⁹. Ausserhalb des deutschen Sprachbereiches ist die Unterscheidung nur in abgeschwächter Form verwirklicht:

Im Rechtskreis des *französischen* CC wird der Gegensatz nicht konsequent durchgehalten, insbesondere im zentralen Punkt der schuldrechtlichen Sachübereignungs-Verträge, die mit dinglicher Wirkung ausgestaltet sind, ist er nicht verwirklicht. - Im *anglo-amerikanischen* Bereich ist die Unterscheidung nur im Kern vorhanden; sie ermöglicht z. B. die Gegenüberstellung des dinglich wirkenden (d. h. Eigentum übertragenden) *Contract of Sale* und des bloss obligatorischen *Agreement to sell*⁵⁰.

Die Nachteile der Tradition des CC bestehen vorab darin, dass bei besonders wichtigen Typen kaufmännischen Kaufs, dem Gattungskauf und dem Verkauf einer zur Zeit des Vertragsschlusses vom Verkäufer selber noch nicht erworbenen Sache,

⁴⁹ Darin spiegelt sich bis heute das antike römische Verfahrensrecht mit seiner konsequenten Unterscheidung der *actiones in rem* und der *actiones in personam*.

⁵⁰ Vgl. dazu oben § 1/III/3, Anm. 7 sowie OR/BT § 3/I/5.

die dingliche Translativwirkung ausgeschlossen ist, soll die Gültigkeit des Geschäfts erhalten bleiben, werden verschiedenste Hilfskonstruktionen notwendig, welche den Grundsatz teilweise ausschalten⁵¹. Dort aber, wo der Verkäufer nicht Absicht oder Möglichkeit hat, die von ihm verkaufte fremde Sache zu erwerben, wird der Vertrag als nichtig erachtet, was dem leer ausgehenden Käufer keinen vertragsrechtlichen Schutz wegen Nichterfüllung belässt⁵². Demgegenüber ist es der unschätzbare Vorteil der modernen Konzeption von OR und ZGB (wie auch von ABGB und BGB), dass die Frage der Wirksamkeit des Veräußerungsvertrages unabhängig von der Verfügungsmacht des Veräußerers im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses geregelt werden kann.

3. Erfordernis der Verfügungsmacht bei Verfügungsgeschäften

Verfügungen sind nur dann wirksam, wenn der Verfügende *Verfügungsmacht* besitzt, d. h. die persönliche Befugnis hat, die in Frage stehende Rechtsveränderung auszulösen. Fehlen der Verfügungsmacht hindert die Gültigkeit der entsprechenden Verfügung, nicht aber die Gültigkeit des sie möglicherweise veranlassenden Verpflichtungsgeschäftes: Der Kaufvertrag oder der Pfandbestellungsvertrag ist gültig, auch wenn der Verkäufer oder Verpfänder (derzeit) nicht Eigentümer des Verkaufs- oder Pfandobjekts (oder unter einem sonstigen Rechtstitel zur Verfügung berechtigt) ist. Vorteil der Unterscheidung Verpflichtung-Verfügung ist es gerade, das Schicksal beider Geschäfte unabhängig zu machen.

⁵¹ Der Vertrag ist in diesen Fällen nach herrschender Auffassung lediglich mit obligatorischer Wirkung geschlossen, und die Eigentumsübertragung erfolgt, zeitlich gegenüber dem Konsens verspätet, erst bei hinreichender Individualisierung des Vertragsgegenstandes; d. h. mit Kenntnis des Käufers müssen die Gattungssachen beim Ortskauf zur Verfügung gestellt, beim Distanzkauf dem Beförderer übergeben worden sein; ohne seine Kenntnis bedarf es zur Eigentumsübertragung von Gattungs-Sachen, gleich wie beim Kauf von künftigen, noch zu erstellenden und zu erwerbenden Sachen, der Lieferung und Abnahme. Vgl. insbesondere FERID, *Das französische Zivilrecht*, Frankfurt 1971, Bd. 1, *Recht der Schuldverhältnisse*, § 36, 2F 70 ff., m. w. H.; MAZEAUD/JUGLART, *Leçons de Droit Civil*, 5. Aufl., Paris 1979, Bd. III/2 N. 903, 906, 908 ff.; PLANIOL/RIPERT/BOULANGER, *Traité de Droit Civil*, Paris 1956-1959, Bd. III N. 1290. Weitere Hinweise, bes. betreffend den ausserfranzösischen romanischen Sprachkreis, oben § I/III Ziff. 3 und Anm. 7.

⁵² Anspruch auf Schadenersatz (aus culpa in contrahendo) hat der Käufer, der den Nichtigkeitsgrund nicht kannte, nur gegen den bösgläubigen Verkäufer einer fremden Sache, bzw. bei Verschulden gegen den Verkäufer einer nicht bestehenden Sache (die Rechtsgrundlage des Anspruches ist umstritten: z. B. CC art. 1599, 1382, Quasi-Kontrakt etc.). Vgl. FERID, a.a.O., 2F 171/191, IE 106 ff., 2A 98, m. w. H.; DE PAGE, *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*, 2. A., Brüssel 1951-1957, Bd. IV N. 74/76; PLANIOL/RIPERT/BOULANGER, a.a.O., Bd. III N. 1303/1592.

Auszugehen ist vom Grundsatz, dass der Träger eines Rechts die Verfügungsmacht hinsichtlich aller Verfügungen hat, denen dieses überhaupt zugänglich ist⁵³. Unter besonderen Voraussetzungen kann die Verfügungsmacht dem Berechtigten für einen bestimmten Vermögensbereich überhaupt entzogen sein, derartiges sog. Fehlen der *Dispositionsbefugnis* charakterisiert vorab die Rechtsstellung des Gemeinschuldners bezüglich seines vom Konkursbeschluss erfassten Vermögens (SchKG 204).

Die Verfügungsmacht kann *nicht vertraglich beschränkt* werden, weder generell für einen bestimmten Vermögenskomplex noch speziell für ein bestimmtes Recht (so explizit BGB § 137). Eine entsprechende Vereinbarung mag zwar als Verpflichtungsgeschäft gültig sein und im Verletzungsfall Schadenersatzpflicht auslösen, sie beschränkt indessen nur das (vertragliche) Dürfen, nicht aber das Können des Verpflichteten⁵⁴. Die vertragliche Verpflichtung gegenüber A, eine bestimmte Sache nicht an Dritte zu übereignen, hindert die Gültigkeit eines in Widerspruch hierzu vorgenommenen Veräußerungsgeschäfts in keiner Weise⁵⁵.

Verfügungsgeschäfte beeinträchtigen den Bestand des betroffenen subjektiven Rechts oder die diesbezügliche Verfügungsmacht des Verfügenden. Das bedeutet, dass bezüglich des gleichen Rechts künftig Verfügungsgeschäfte überhaupt ausgeschlossen sind bzw. ins Leere fallen würden⁵⁶; durch die Verfügung wird die Verfügungsbefugnis konsumiert. Die Folge davon ist die Zeitpriorität der Wirksamkeit konkurrierender Verfügungen. Hier ist zu beachten, dass Verfügungen als zweiseitige Rechtsgeschäfte zu ihrer Wirksamkeit Kenntnis seitens des Verfügungsbegünstigten voraussetzen⁵⁷.

Verfügt jemand über Rechte Dritter, tritt mangels Verfügungsmacht im Regelfall keine Wirkung ein. Allerdings besteht eine wichtige Ausnahme im Sachenrecht

⁵³ Persönlichkeitsrechte gem. ZGB 28 sind unverzichtbar, der sich aus Verlöbnißbruch ableitende Genugtuungsanspruch ist nicht abtretbar (ZGB 93; Anspruch ist jedoch verzichtbar). Die Beispiele der den gängigen Verfügungsformen (Übertragung, Verzicht, Stundung u. dgl.) entzogenen subjektiven Rechte sind nicht zahlreich.

⁵⁴ Gesetzlich vorgesehene Ausnahme ist das vom Schuldner vertraglich ausbedungene Zessionsverbot (OR 164/I, unten § 31/II/2). Ebenso im Ergebnis möglicherweise das pactum de non petendo (unten § 22/I/2/d).

⁵⁵ Sowenig als dies ein bereits erfolgter Verkauf an A tun würde: Der Abschluss eines Verpflichtungsgeschäftes hindert nicht die Gültigkeit eines anderen mit ihm unvereinbaren weiteren Vertrags (sei es, dass dessen Abschluss explizit vertraglich untersagt wurde, sei es, dass die gleichzeitige Erfüllung des ersten und des zweiten Vertrages sachlogisch ausgeschlossen ist, mit Beispiel des Verkaufs derselben Sache an Mehrere). Daher wird durch den Abschluss eines Verpflichtungsgeschäfts die Möglichkeit zum Abschluss weiterer in keiner Weise beeinträchtigt, dies im Gegensatz zu den Verfügungsgeschäften (dazu das Folgende).

⁵⁶ Dies bei Untergang des Rechts (z. B. Verzicht) oder bei Übertragung an einen Dritten. Im Falle der *Stundung* als einer beschränkt wirkenden Verfügung steht z. B. die weiterhin mögliche Abtretung unter dem Vorbehalt der Stundungseinrede, die auch gegenüber dem Zessionar wirkt. Analog bei der Einräumung beschränkter dinglicher Rechte.

⁵⁷ Vgl. dazu weiterhin v. TUHR, § 22/V sowie, für den Fall der Zession, unten § 31/II/3c, III/1.

infolge der Regeln über den Erwerb von Rechten an Fahrnis durch den Gutgläubigen (d. h. denjenigen, der das Fehlen der Vertretungsmacht nicht kennt) im Falle von anvertrauten Sachen (ZGB 933). Sodann sind, nach den Regeln über die *Stellvertretung* (unten § 33), Verfügungen selbstverständlich gültig, die mit Vollmacht (oder unter nachträglicher Genehmigung) des Berechtigten erfolgen.

Eine Verfügung, die zur Zeit ihrer Vornahme wirkungslos ist, weil das den Gegenstand der Verfügung bildende Recht nicht dem Verfügenden zusteht, kann geheilt werden, wenn der Verfügende nachträglich dieses Recht erwirbt. Gleiches gilt, wenn das verfügungsbetroffene Recht erst nachträglich überhaupt zur Entstehung gelangt, was insbesondere bei Abtretung künftiger Forderungen praktisch bedeutsam ist (unten § 31/II/2)⁵⁸.

4. Frage der Abhängigkeit der Verfügung von gültiger Verpflichtung («Kausalität» bzw. «Abstraktheit» der Verfügung)

Die Unterscheidung von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft macht es nicht nur möglich, das rechtliche Schicksal der Verpflichtung unabhängig von der Zulässigkeit der Verfügung zu behandeln, sondern bedingt umgekehrt die Frage, ob die Gültigkeit der Verfügung von der Gültigkeit der Verpflichtung abhängig sein soll^{59, 59a}. Als «kausal» wird die Lösung bezeichnet, bei der die Verfügung nur dann gültig ist, wenn das die Verfügung vorschreibende Verpflichtungsgeschäft (das sogenannte Grundgeschäft der Verfügung) seinerseits gültig ist, während die umgekehrte

⁵⁸ Dagegen scheint mir der Mangel der *fehlenden Dispositionsfähigkeit* durch deren Behebung (z. B. Widerruf des Konkurses) nicht geheilt, wie auch die Erlangung der Handlungsfähigkeit die im Zustand der *Handlungsunfähigkeit* vorgenommenen Akte nicht saniert; in beiden Fällen ist Neu-Vornahme des Geschäfts zu fordern, der auch die (evtl. stillschweigende) Genehmigung gleichzustellen ist.

⁵⁹ Als *Verfügungen* kommen hier vor allem die *Übertragung* bzw. Einräumung dinglicher Rechte an Grundstücken oder Fahrnis (Eigentumsübertragung, Begründung eines Pfandrechts) oder die *Abtretung von Forderungen* in Betracht, allenfalls auch die *Preisgabe eines Rechts* (Verzicht auf Pfandrecht, Forderungsverzicht). - Mit der *Ungültigkeit des Grundgeschäfts*, die (im Falle der «kausalen» Konzeption) die Unwirksamkeit der Verfügung auslöst, darf nicht verwechselt werden die *Nichtverwirklichung* des vertraglich vorausgesetzten *Verfügungszweckes*: Wenn der Anlass der Pfandbestellung oder der Sicherungszession entfällt, weil z. B. die zu sichernde Forderung nicht entsteht oder untergeht, bedeutet dies nicht Ungültigkeit des Pfandbestellungsvertrages usw. Das scheint v. THUR (§ 93/II bei A. 42, 43) und mit ihm BGE 67 II 127 zu verkennen; vertragliche «Kausalisierung» dient nicht den Interessen der Parteien.

Wird ein Vertrag aufgrund gesetzlicher Sondervorschriften durch den einen Vertragspartner umgewandelt und in eine Rückabwicklung gebracht (Rücktritt i. S. von OR 107, Wandelung beim Kauf gern. OR 205), bedeutet dies nicht Aufhebung des Vertrages an sich, weshalb vorgenommene Verfügungen nicht dahinfallen; vgl. Hinweise bei BUCHER, OR/BT § 4/VI/2.

^{59a} Die Frage nach dem Rechtsgrund ist bei einigen zweiseitigen Verfügungsgeschäften (Schulderlass, Novation, Vergleich; unten § 22/I/5, IV, V) fehl am Platz, ebenso bei zahlreichen «einseitigen Verfügungen» (oben Ziff. 1 und Anm. 47).

Regelung der Unabhängigkeit der Verfügung vom Vorliegen gültiger Verpflichtung als «abstrakt» bezeichnet wird⁶⁰.

Das *deutsche BGB* (nicht jedoch das *ABGB*) verwirklicht das System der Abstraktheit, d. h. die Übertragung dinglicher oder obligatorischer Rechte ist auch dann gültig, wenn der zugrunde liegende Kauf (oder Schenkung usw.) ungültig ist. - In der Schweiz wird durch ZGB 974/I, II die Übertragung dinglicher Rechte an Grundstücken dem Kausalitätsprinzip unterworfen. BGE 55 II 306 E. 2 und die daran anschliessende konstante Praxis dehnen diesen Grundsatz auch auf die Übertragung dinglicher Rechte an Fahrnis aus. Nachdem die Rechtsgrundabhängigkeit der Verfügung über dingliche Rechte in der Schweiz ausser Diskussion gesetzt ist, besteht eine Kontroverse darüber, ob die *Abtretung von Forderungen* kausal oder im Sinne der bisherigen Doktrin und Praxis abstrakt aufzufassen sei. Dem Gesetzgeber schwebte eine «abstrakte» Auffassung vor; in § 31/III/4 soll darüber hinaus gezeigt werden, dass ein Abgehen von der abstrakten Konzeption zu unhaltbaren sachlichen Auswirkungen führen würde.

Die praktische Bedeutung der beiden unterschiedlichen Systeme im Rahmen der Verfügung über dingliche Rechte darf nicht überschätzt werden. Ist das Grundgeschäft ungültig, muss im einen wie im anderen Fall eine übertragene Sache restituiert, ein begründetes Recht preisgegeben, ein aufgegebenes Recht wiederhergestellt werden. Im Rahmen der «abstrakten» Lösung ist die Verfügung vorerst wirksam, muss aber nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen ausgeglichen (z. B. eine übereignete Sache rückübereignet) werden, während bei «kausaler» Auffassung dieses Resultat automatisch eintritt, da die Verfügung wie eine nicht erfolgte behandelt wird. Der Unterschied tritt vor allem beim Konkurs des durch die ungültige Verfügung Begünstigten zutage; im Rahmen der abstrakten Konzeption geht der grundlos Verfügende leer aus⁶¹.

Ein kritisches Abwägen der Vor- und Nachteile beider Auffassungen soll hier nicht versucht, sondern zuhanden der schweizerischen Juristen nur festgehalten werden, dass von einem eindeutigen Vorteil der «kausalen» Konzeption keine Rede sein kann. Ob im Konkursfall der grundlos Verfügende oder aber die Gläubiger des Verfügungsbegünstigten (die vielleicht auf einen Rechtsschein vertrauen durften) eher Schutz verdienen, lässt sich allgemeingültig nicht entscheiden. Die automatische Unwirksamkeit einer Verfügung gegenüber einem bereicherungsrechtlichen

⁶⁰ Unglücklich sind die Termini «kausal» und «abstrakt»; besser würde man die Sache als «Rechtsgrund(un)abhängigkeit» o. dgl. bezeichnen.

⁶¹ Auf der Ebene des *Beweisrechts* muss m. E. das Kausalitätsprinzip ohne Folgen bleiben in dem Sinn, dass derjenige, der die Gültigkeit einer Verfügung zu beweisen hat, nicht auch die Gültigkeit des Grundgeschäfts dartun muss, sondern vielmehr der Nachweis einer für sich betrachtet gültigen Verfügung die Vermutung begründet, dass diese aufgrund gültigen Verpflichtungsgeschäfts geschehen sei. Demnach ist derjenige, der die Unwirksamkeit der Verfügung wegen fehlenden Rechtsgrundes behauptet, für das Fehlen des Rechtsgrundes (z. B. Ungültigkeit eines geschlossenen Vertrages) beweispflichtig. In dieser Auffassung liegt eine Abschwächung des Kausalitätsprinzips, die m. E. sachlich unumgänglich ist, soll nicht der Rechtsverkehr unzumutbar belastet werden.

Ausgleich mag einfacher erscheinen, ist aber etwa im Fall sittenwidriger Zuwendungen nicht aufrechtzuerhalten: Kann der Gegner des Verfügenden seine Geldleistung nach OR 66 nicht kondizieren, scheint es nicht angängig, dass derjenige, der im gleichen Geschäft eine Sachleistung erbracht hat, seine Leistung soll vindizieren können; eine Übertragung bereicherungsrechtlicher Grundsätze (hier OR 66) auf die Sachvindikation ist diesfalls m. E. nicht zu vermeiden⁶². Das Kausalitätsprinzip führt sodann zu einem *weltfremden Auseinanderklaffen zwischen nomineller Rechtslage und faktischen Verhältnissen*. Dies vor allem dann, wenn die Parteien trotz Fehlens eines gültigen Verpflichtungsgeschäftes an der durch die Verfügung herbeigeführten faktischen Lage nichts ändern wollen oder können. Letzteres ist besonders dann der Fall, wenn beim Grundstückkauf aufgrund formungültigen Kaufvertrags der Erwerber als Eigentümer im Grundbuch eingetragen wurde, der Veräusserer jedoch infolge des Rechtsmissbrauchsverbotes ein Rückgängigmachen der Eintragung nicht anstreben kann. Die «Kausalisierung» der Verfügungen bewirkt eine Abschwächung der Unterscheidung zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäften wie auch eine Relativierung der dadurch erzielten Vorteile.

5. Treuhand («fiducia»; «trust»)

Die Unterscheidung von Verfügung und Verpflichtung ist auch Grundlage des Verständnisses treuhänderischer («fiduziarischer») Rechtsverhältnisse. Deren Wesen lässt sich dahin charakterisieren, dass Verfügungen (meist Übertragung von Sacheigentum oder von Forderungen) vorgenommen werden, deren Tragweite über das von den Parteien im Endergebnis Gewollte hinausgehen (Eigentumsübertragung bloss mit der Absicht der pfandmässigen Sicherheitsleistung; Abtretung zu Sicherungszwecken; evtl. zur Ermöglichung des Inkassos durch den Zessionar). Der durch die Verfügung geschaffenen Rechtsposition überlagert sich die obligatorische Pflicht des Treuhänders, die übertragene Sache zu gegebener Zeit wieder zurückzuübertragen oder sie doch wenigstens im Interesse des Treugebers zu verwenden⁶³.

⁶² Das «Kausalitätsprinzip» macht ganz allgemein eine Übertragung bereicherungsrechtlicher Grundsätze auf die Vindikation notwendig: So soll derjenige, der eine Sache übereignet, nur zurückfordern können, wenn er nach den Grundsätzen von OR 62/II bzw. 63/I seinen Irrtum bei der Leistung bzw. das Dahinfallen des vorausgesetzten Leistungsgrundes beweist (vgl. unten § 34, bes. Ziff. II/2); OR 62/II und 63/I müssen als Ergänzung der aus dem Besitz fliessenden Eigentumsvermutung (ZGB 930/I) verstanden werden. Vgl. im übrigen § 34/II/2a.

⁶³ Die Treuhand in genanntem Sinne findet sich bereits in der römischen *fiducia*, die zu zahlreichen Sonderproblemen Lösungen vorgibt. Der «trust» des englischen Sprachkreises geht in seinen Wirkungen über *fiducia* bzw. Treuhand hinaus; er ist mit kontinentalen Vorstellungen nicht angemessen zu beschreiben, da er ganz auf der Stufe des «equity-Rechts» angesiedelt ist und das weitgehend unabhängige Nebeneinander-Bestehen von «equity» und «common law» zur Voraussetzung hat. Vgl. dazu auch CLAUDE REYMOND und FRIEDRICH T. GUBLER, Referate Schw. Jur. Ver., in ZSR 1954, p. 119a-214a, 215a-476a, sowie die englische Literatur zu «trust» und «equity».

In der schweizerischen Praxis werden die fiduziarischen Verfügungen grundsätzlich als voll wirksam betrachtet, dies immerhin unter der Voraussetzung, dass die vorgenommene Rechtsübertragung von den Parteien als solche gewollt ist, keine Simulation *vorliegt*⁶⁴. Dies führt dazu, dass im Konkurs des Treuhänders das auf ihn übertragene Treugut in die Konkursmasse fällt und dem Treugeber verloren geht⁶⁵. Bei *unbefugter Weiterübertragung* des Treugutes durch den Treuhänder an Dritte wird der Treugeber nicht geschützt⁶⁶. Im Falle des *Todes des Treuhänders* fällt das Treugut grundsätzlich an die Erben, indessen ist i. d. Regel Beendigung des Treuhänderverhältnisses und Rückübertragungspflicht der Erben an den Treugeber anzunehmen⁶⁷. Diese Wirkungen werden z. T. kritisiert; sie sind insbesondere bei der Sicherungszession fragwürdig⁶⁸.

IX. Aktiv- und Passivlegitimation (Sachlegitimation)

Die aus aktionenrechtlichem Denken stammenden Begriffe der Aktiv- und Passivlegitimation beziehen sich nicht auf das Bestehen oder Nichtbestehen eines obligatorischen Anspruchs, sondern auf die Frage nach der persönlichen Zuständigkeit zur Kläger- bzw. Beklagtenrolle, die Frage, ob ein bestimmtes Forderungsrecht einer bestimmten Person zustehe bzw. sich gegen eine bestimmte Person richte, wobei das Problem des materiellen Bestandes oder Nichtbestandes des Forderungsrechtes ausgeklammert und offen gelassen wird. Bestreiten der Aktivlegitimation bezüglich eines bestimmten Anspruchs kommt der Behauptung gleich, dass dieser, wenn er bestünde, jedenfalls nicht dem Ansprecher zukäme, Bestreitung der Passivlegitimation, dass der Anspruch, wenn er bestünde, sich gegen einen anderen als den in Anspruch genommenen richten würde⁶⁹. Oft kann es der gedanklichen Ökonomie dienen, von der Frage des Bestandes eines Anspruchs an sich jene nach der Person des Berechtigten bzw. Verpflichteten zu trennen (z. B. von der Frage des Zustandekommens

⁶⁴ BGE 31 II 100; 71 II 100; 72 II 281. - Zum Grundsätzlichen W. WIEGAND, Fiduziarische Sicherungsgeschäfte, in ZBJV 1980, p. 537-567.

⁶⁵ BGE 39 II 809. Für die *Abtretung* vgl. unten § 31/III/6.

⁶⁶ Zur fiduziarischen Zession vgl. unten § 31/III/6.

⁶⁷ BGE 78 II 448 stellt die Regel auf, dass bei Bestellung mehrerer Treuhänder die Rechtszuständigkeit beim überlebenden Treuhänder allein (allenfalls bei einem Ersatztreuhänder) liege; massgeblich im übrigen der die Treuhand begründende Vertrag.

⁶⁸ Vgl. zum Grundsätzlichen vor allem W. WIEGAND in FS für Helmut Coing, München 1982, Bd. II, p. 565-591.

⁶⁹ Bestreitung der Sachlegitimation im eigentlichen Sinn enthält nicht die Bestreitung des Anspruchs selber, darf umgekehrt aber auch nicht als Anerkennung des Anspruchs (Verzicht auf dessen Bestreitung) verstanden werden. Vielmehr wird die Frage ausdrücklich offen gelassen.

oder der Wirkungen eines Vertrages die Frage, wer dessen Parteien sind). Fehlen der Sachlegitimation (d. h. Aktiv- oder Passivlegitimation) ist ein selbständiger Grund der Klageabweisung.

Die Frage der Legitimation zur Sache findet ihre Beantwortung im materiellen Recht. Leider wird gelegentlich in einem untechnischen und zu vermeidenden Sprachgebrauch insbesondere der Ausdruck der Aktivlegitimation statt für die Bezeichnung der Zuständigkeitsfrage auch für jene der materiellen Berechtigung verwendet («nicht aktivlegitimiert» verstanden als «nicht berechtigt, da das fragliche Recht nicht besteht», statt wie richtig: «nicht berechtigt, mag das behauptete Recht als solches bei einer anderen Person bestehen oder nicht»).