
«Schuldverhältnis» des BGB: ein Terminus – drei Begriffe

140 Jahre Wanderung eines Wortes durch die Institutionen, und wie weiter?

EUGEN BUCHER

Inhaltsübersicht

I.	Zu Beginn	95
II.	Zu Rechtsbegriffen im Allgemeinen	96
	1. Gattungsbegriff und Individualbegriff.	96
	2. Ursprünge	96
	3. Stufenleiter: Abstraktion als Entfernung des Begriffs von der begriffenen Sache.	97
	4. Nutzen und Notwendigkeit begrenzt durch die Höhe der Abstraktionsstufe	98
	5. «Obligation» steht für Forderung und Schuld	99
	6. «Obligation» und das Mass vorausgesetzter inhaltlicher Bestimmtheit	100
	7. «Obligation» nützlich, aber entbehrlich	101
	8. EXKURS: Doppeldeutigkeit von «Vertrag»	102
III.	«Obligation» in Überlieferung und moderner Gesetz- gebung	104
	1. Antike Quellen.	104
	2. Frühe deutschsprachige Gesetzgebung	105
	3. Französischer Code Civil und danach	106
IV.	«Schuldverhältnis» an Stelle von «Obligation» (Begriff 1)	108
	1. «Schuldverhältnis» der romanistischen Doktrin nicht bekannt	108
	2. «Schuldverhältnis» erstmals im Entwurf eines BGB für Bayern (1861)	109
	3. Rolle des «Dresdener Entwurfes»	110
	4. Aufnahme in das BGB.	112

V.	Ausweitung von «Schuldverhältnis» zu Begriff 2	113
	1. Preisgabe der Identifikation von «Schuldverhältnis» und «Obligation»	113
	2. Gegensatz von Schuldverhältnis im engen und im erweiterten Sinne	114
	3. Wie geht die Literatur mit dem Doppelsinn um?	115
VI.	«Schuldverhältnis» im engeren und weiteren Sinn im Gesetzestext	117
	1. Vorrang des ausgeweiteten Begriffs Schuldverhältnis. .	117
	2. Vorkommen als Begriff 1 (Ursprüngliche Bedeutung von Obligation)	118
	3. Begriff 2 (Schuldverhältnis im erweiterten Sinn).	119
VII.	«Schuldverhältnis» im erweiterten Sinn verfehlt seine eigentliche Aufgabe.	120
	1. Veranschaulichung.	121
	2. Verfehlt Funktion.	122
	3. Über-verengter Vertragsbegriff des BGB als zusätzliche Rechtfertigung?	123
VIII.	Begriff 3 : «Schuldverhältnis» neu eingefügt in der Schuldrechtsreform von 2002.	125
	1. Texte (§ 311 Abs. 2 und 3 mit Hinweis auf § 241 Abs. 2; § 280 Abs. 1)	125
	2. «Schuldverhältnis» hier aktuell befehlende Norm.	126
	3. Fragwürdige Normpräsentation	128
	4. Wortlaut und angestrebter Inhalt des Gesetzes nicht zu vereinbaren	128
IX.	Herausforderung der Lehre	129
	1. Rechtsdurchsetzung in Gefahr	129
	2. Doktrinale Bearbeitung gefordert	130
	3. Der gegenwärtige Stand in der Schweiz	132
	4. Zum Schluss noch einmal «Rücksicht» i.S. von § 241 Abs. 2 BGB	136
X.	Blick zurück	137

I. Zu Beginn

In den Gegenden kodifizierten Rechts spricht der Jurist weltweit und auch in der Schweiz von *Obligationen* oder verwendet funktional entsprechende Ausdrücke (Pflicht, Schuld bzw. Forderung o.dgl.). Anders der deutsche Kollege: Seit dem Jahre 1900 und dem Bestehen des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) sagt und schreibt er nur noch *Schuldverhältnis*. Dieser neue Terminus sollte in der Sicht der Gesetzesredaktoren ursprünglich bloss den althergebrachten Ausdruck «Obligation» ersetzen. Wenn es dabei geblieben wäre, bedürfte es keiner weiteren Überlegung. Aber der Neologismus «Schuldverhältnis» entwickelte eine Eigendynamik und nahm weitere Bedeutung an, nun insbesondere auch Vertragsverhältnisse erfassend, die ihrerseits regelmässig aus einer Vielheit von Obligationen bestehen und daher etwas anderes als diese sind. Und die kürzliche Schuldrechtsrevision des BGB fügte dem Ausdruck «Schuldverhältnis» eine weitere Sinnvarianze hinzu. Hinter derartiger neuer Ausdrucksweise steht inhaltliche Abweichung und Neugestaltung des obligationen- bzw. schuldrechtlichen Begriffsinstrumentariums. Das verdient inhaltliche Klärung. Über Derartiges zu handeln mag passend sein in vorliegender Festschrift, einem Wissenschaftler gewidmet, der von rechts des Rheins kommend seine ihm angestammten juristischen Anschauungen in die Schweiz brachte und dort bis zu der jetzt eintretenden Emeritierung eine erfolg- und segensreiche Unterrichtskarriere durchlief.

Von Wort- und Sprachgebrauch ausgehende Fragestellungen haben den Schreibenden seit seinen Anfängen beschäftigt¹. Fragen der Begriffsbildung und der normativen Struktur rechtlicher Topoi bestimmen auch die folgenden Überlegungen. Dabei kann der Blick nicht auf die Gegenwart und den deutschen Sprachbereich beschränkt bleiben: Die hier aufgegriffenen Fragen juristischer Terminologie rühren an Grundsätzliches der bis ins Altertum zurückreichenden obligationenrechtlichen Dogmatik der gesamten kontinentaleuropäischen Rechtsüberlieferung.

¹ Vorab BUCHER, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis, Tübingen 1965 (Habilitation); DERS. Traditionale und analytische Betrachtungsweise im Privatrecht, in *Rechtstheorie*, Zeitschr. für Logik, Methodenlehre etc. des Rechts, Bd. 1, Heft 1 (1970) S. 23–44 [www.eugenbucher.ch] Nr. 3 und 10].

II. Zu Rechtsbegriffen im Allgemeinen

1. Gattungsbegriff und Individualbegriff

«Apfel» kann eine Sachbezeichnung sein und ist dann ein künstlich geschaffener Gattungsbegriff. Realität ist nur die vor uns auf dem Tische liegende Frucht, ein individuell-konkretes Beispiel der definitionsbestimmten Früchtesorte. Der Gegensatz zwischen Gattungsbegriffen der Gedankenwelt und konkreten Anwendungsfällen in der Realität bestimmt uns Juristen: Unsere Konzepte, aber auch Rechtsüberlieferung, Doktrin und Gesetzgebung sind ausgerichtet auf Allgemeinheiten und abgestützt auf Gattungsbegriffe. Die hier interessierenden Begriffe Obligation, Schuldverhältnis, aber genau gleich alle anderen Allgemeinbegriffe moderner Privatrechtsdogmatik wie Vertrag, Delikt, Forderung, Schuld, subjektives Recht usw. sind Gattungsbegriffe, die je zusammenfassend eine Vielzahl aufkommender Realitäten bezeichnen.

Allgemeinbegriffe machen nicht die von ihnen bezeichnete Sache aus, und aus Rechtsbegriffen lassen sich nicht Rechtsfolgen ableiten. Die Bildung eines Begriffs bedeutet Abstraktion von der durch ihn bezeichneten Sache, und er erlangt rechtliche Bedeutung erst wiederum durch Wiederanbindung an diese. Bis hin zu derartiger Rückankoppelung kann der Begriff nicht mehr sein als ein Wegweiser zum Finden dieser Sache. Rechtsbegriffe allein für sich sind ohne rechtliche Bedeutung, d.h. *nicht normativ*, sondern bloss *deklaratorisch* und *informativ*.

2. Ursprünge

Wie Äpfel zuerst auf den Bäumen wuchsen und erst später einen Namen fanden, sind in unserem Fach die allgemeinen dogmatischen Rechtsbegriffe später entstandene Sammelbezeichnungen früher aufgekommener rechtlicher Sachverhalte. Wenn wir bis zu den Anfängen zurückgehen wollen, enden wir im Dunkel der Vorzeit und bei den Ursprüngen dessen, was wir Recht oder Rechtsordnung nennen können, in der *Prähistorie*, über die uns keine Urkunden berichten. Von Recht kann man von dem Moment an sprechen, in dem partei-unabhängige Streiterledigungsinstanzen bestehen, die nicht bloss Entscheidungen

fallweise treffen, sondern dieses nach Regeln tun. Diese Regeln konnten in den Anfängen nur dahin gehen, dass bei sich wiederholenden Fällen diese gleich entschieden wurden. Wenn es einmal so weit war, entstanden auch typenbezogene Namen für die vorgekommenen Tatbestände.

Die ersten Figuren, die wir heute als privatrechtlich-dogmatische Begriffe qualifizieren, betrafen auf Sachübertragung bezogene Verfügungen oder waren Akte der Sicherung noch ausstehender Leistungen (heute Bürgschaft, Pfandbestellung) oder begründeten Pflichten zu Derartigem. Schuldverträge folgten erst später, auch sie vorerst sachbezogen (Sachübertragungen nach dem Muster von Tausch, Kauf und Schenkung, oder Sachüberlassung auf Zeit). Die Erkenntnis, dass derartige unterschiedliche Geschäfte alle nur im Falle des Einverständnisses der Betroffenen wirksam werden und damit einen gemeinsamen Namen verdienen (heute unser Vertrag), hat gewiss lange auf sich warten lassen, und wohl noch länger Begriffe höherer Abstraktionsstufe wie Haftung, Schuld, Forderung und schliesslich auch die hier betrachtete «Obligation». Die Bezeichnung «Schuldverhältnis» steht ganz am Ende dieser Entwicklung. Und sie erfährt gewissermassen vor unseren Augen ihre bis heute letzte Weiterbildung (unten Ziff. VIII).

3. Stufenleiter: Abstraktion als Entfernung des Begriffs von der begriffenen Sache

Begriffsbildung im Sinne der hier betrachteten Entstehung von Gattungsbegriffen setzt ein bei der Abstraktion von vorgekommenen Einzelfällen, die, miteinander in Verbindung gesetzt, in ihrer Gemeinsamkeit erkannt und als einheitliches Phänomen «begriffen» werden. 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, in den übrigen mehr oder weniger verschieden.

Man sieht: Begriffe sind Bestandteil eines Systems und kommen allein nicht vor. Dieses System hat, bildhaft gesprochen, das Wesen einer *Stufenleiter*. Jeder Schritt zur höheren Stufe bedeutet das Zusammenfassen mehrerer Einheiten unter einem bestimmten, ihnen allen gemeinsamen Merkmal, dies unter gleichzeitigem Beiseitelassen aller

nicht gemeinsamen, die zusammengefassten Einheiten unterscheidenden Merkmale. Dieses Ausserachtlassen nennt man *Abstraktion*, von lat. *abstrahere*, weg- oder abziehen. Jeder Schritt nach oben auf der Stufenleiter erhöht den Grad der Abstraktheit, d.h. auf der höheren Stufe sind mehr Einheiten erfasst, und um dies zu erreichen, wird auf individualisierende Merkmale der im selben Oberbegriff zusammenzufassenden Einheiten verzichtet: Mit zunehmender Höhe nimmt der Umfang der begrifflich erfassten Dinge zu und jener der im Begriff selber verbleibenden sach-individualisierenden Merkmale ab. Im Übrigen gilt: *Begriffe sind nur sachbezogene Merkmale, nicht aber die Sache selbst*. Die Abtrennung des Begriffs von der begriffenen Sache erfolgt bereits im ersten Schritt der Begriffsbildung; es werden Dinge nach einem bestimmten Merkmal erfasst, dies aber nur gedanklich, ohne das Erfasste selber zu sein.

4. Nutzen und Notwendigkeit begrenzt durch die Höhe der Abstraktionsstufe

Je höher die Abstraktionsstufe eines Begriffs, umso weiter der Weg nach unten hin zur Sache selbst, d.h. zu dem zur rechtlichen Beurteilung anstehenden Lebenssachverhalt. Nicht die ganze Stufenleiter muss jeweils durchstiegen werden: Wenn ein Mietstreit ansteht, braucht man nicht sich des Vertragsbegriffs und der mit ihm verknüpften Rechtsfragen (etwa jene der Geschäftsfähigkeit) zu entsinnen, sondern beginnt seine Überlegungen bei den Sonderproblemen der Miete. In vielleicht der Mehrzahl der Vertragsstreitigkeiten besteht kein Anlass zum Rückgriff auf den Vertragsbegriff, der deshalb nicht seine Berechtigung verliert, bleiben doch immer noch genug Probleme, die allen Verträge gemein sind und gemeinschaftliche Betrachtung verdienen.

Abstraktion und das Erklimmen höherer Abstraktionsstufen sollen den Umfang der erfassten Erscheinungen erweitern, um deren gemeinschaftliche Behandlung zu ermöglichen. Zweckmässigkeit bestimmt das Entstehen von Begriffen höherer Abstraktionsstufe, dies im allgemeinen Sprachgebrauch wie auch in Doktrin, Praxis und vielleicht Gesetzgebung. Aber: Je höher ein Gattungsbegriff auf der Stufenleiter der Abstraktion, umso weiter ist er weg von der Realität, d.i. den ihn tragenden und von ihm zu erfassenden realen Erscheinungen, und ebenso

gilt: Je höher die Abstraktheit eines Begriffs, umso leichter ist er in unserem Fach zu entbehren (dazu noch unten Ziff. 7).

5. «Obligation» steht für Forderung und Schuld

Die den Rechtsunterworfenen aufzuerlegenden *Pflichten* stehen im Zentrum aller rechtlichen Erörterung. Dies besonders deutlich im Privatrecht und am meisten im Obligationenrecht, das von Pflicht, *obligatio*, seinen Namen nimmt und letztlich immer in die Frage ausmündet, welches die Voraussetzungen sind, dass der eine Bürger gegenüber einem anderen in Pflicht gerät, sei es durch Vertrag, Missetat oder sonst wie.

Pflichten werden nicht um ihrer selbst willen auferlegt, sondern weil deren Erfüllung der Gesellschaft insgesamt nützt oder, im Privatrecht, einem oder einigen wenigen Bürgern dient. *Telos*, d.i. Aufgabe, Zweck und Ziel der Pflichten ist der Nutzen derer, denen die Pflichterfüllung dienen soll. Diese heissen *Rechtsträger* und werden als *berechtigt* bezeichnet: Der Vorstellung der *Pflicht* steht jene des *Rechts* gegenüber, und diese Rechte sind Ziel jeglicher Recht-Pflicht-Beziehung, die Pflichten bloss der Schattenwurf der Rechte. Die Ausrichtung privatrechtlicher Beziehungen auf die Rechtsträgerschaft, die Berechtigung, ist so ausgeprägt, dass die Privatrechtsordnung sich nicht um die Erfüllung der Pflichten kümmert und deren Erfüllung selber fordert, sondern dies zu tun dem Rechtsträger überlässt: Wenn dieser sein ihm zustehendes Recht nicht geltend macht, fällt auch die korrespondierende Pflicht in nichts zusammen².

Ungeachtet derartiger Teleologie stehen in der Schuldrechtsdoktrin seit mehr als zwei Jahrtausenden die *Pflichten* im Vordergrund. Sie sind es, auf die man sich abstützt, wenn Theorien aufgebaut und die Rechtsbeziehungen, deren Entstehung und Ausübung behandelt werden³. So ist denn auch der hier und jetzt ins Auge gefasste Terminus *Obligation*

² In seiner Habilitationsschrift (oben Fn. 1) legte der Schreibende dar, dass aktuelle privatrechtliche Pflichten erst durch die Geltendmachung der ihnen gegenüberstehenden Rechte, d.i. durch *Anspruchserhebung*, wirksam werden, was zur These führte, dass die erhobenen Ansprüche als solche, da pflichtbegründend, normativen Charakter hätten, subjektive Rechte daher wesensmässig Befugnisse zur Normsetzung seien.

³ Anders streckenweise die naturrechtlichen Kodifikationen; dazu unten III. 2.

primär auf die Pflichtseite der Privatrechtsbeziehungen fokussiert, und erst recht das neu als sein Ersatz auftretende *Schuldverhältnis*. Auf diesen Aspekt der privatrechtlichen Beziehungen werden wir uns beschränken, dabei aber die Selbstverständlichkeit immer mitbedenken, dass jeder Pflicht ein inhaltlich übereinstimmendes Recht gegenübersteht, dessen Geltendmachung wir präsumieren⁴. Recht und Pflicht bezeichnen so gesehen dieselbe Sache, sind die beiden Seiten der gleichen Münze⁵.

6. «Obligation» und das Mass vorausgesetzter inhaltlicher Bestimmtheit

Die sich mit Obligationen beschäftigende Theorie versteht diese als Gattungsbezeichnung und versucht, allgemeine Aussagen über diese Gattung zu machen. Es stellt sich die definitorische Frage: Was sind deren Voraussetzungen, und wann soll eine Obligation als entstanden gelten? Ist die Rechtsgewährleistung des Verkäufers eine Obligation und, wenn ja, entsteht sie mit dem Abschluss des Kaufvertrages, mit der Übergabe der Sache oder erst im Falle des Auftauchens eines Drittansprechers? Wir bewegen uns im Raum des freien Definierens. Man darf unterscheiden zwischen *Obligation im engen Sinne*, die erst eintritt, wenn alle Voraussetzungen der Entstehung eines fälligen und klagbaren Anspruchs gegeben sind, und ihnen dann entgegenstellen die *Obligation im weiteren Sinne*, die auch potentielle (vielleicht von den Parteien nicht vorausgesehene und noch weniger erhoffte) Ansprüche wie jene der Gewährleistung des Verkäufers erfassen. Zwischenstufen zwischen den beiden Begriffsbildungen wären ebenfalls zulässig.

Im herrschenden Sprachgebrauch und auch hier steht der enge Obligationsbegriff im Vordergrund. In der römischen Antike war *obligatio* ausgerichtet auf klagbare Ansprüche (*actiones*), nicht aber bloss potentielle Verpflichtungslagen. Derartige Sicht ist bis in unsere Tage richtungsbestimmend. «Obligation» setzt voraus *inhaltliche Bestimmtheit*.

⁴ Im Übrigen bleibt anzumerken, dass die Ausrichtung auf den Pflichtaspekt in der allgemeinen Diktion nicht konsequent durchgehalten wird, spricht man doch auch von obligatorischen Ansprüchen, ja gar von jemandem zustehenden Obligationen, wenn man dessen Forderungsrechte meint.

⁵ Aber einseitiger Namensbezug bei zweiseitigen Verhältnissen behält einen Rest von Unbehagen. Nicht umsonst lassen es sich die Römer nicht verdriessen, von *emptio venditio* zu sprechen und nicht bloss wie wir von «Kauf».

heit und Eindeutigkeit der bezeichneten Rechtslage⁶. Einschränkung des Prinzips ist nur in Sonderfällen denkbar⁷. Der Begriff bezieht sich, wie auch «Forderung» oder «Schuld» in korrektem technischem Sprachgebrauch allein 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.

7. «Obligation» nützlich, aber entbehrlich

Das «Privatrechtliche Gesetzbuch für den Kanton Zürich» des Jahres 1855 (hier PGB) gibt seinem vierten Buch, inhaltlich dem «Recht der Schuldverhältnisse» des zweiten Buches des BGB entsprechend, den Titel «Forderungen und Schulden». Das ist einfach, eindeutig, präzise und zudem deutsch. «Obligation» steht für das Gleiche und könnte daher immer durch diese Doppelbezeichnung ersetzt werden. Der Begriff Obligation in seiner Doppelbedeutung für Recht und Pflicht ist nützlich als vereinfachende Zusammenfassung⁸, unentbehrlich ist er aber keineswegs und kann immer durch das eine oder andere ersetzt werden. Dies wird denn auch notwendig, sobald man vom Allgemeinen weggeht und konkrete Inhalte betrachtet. Das *schweizerische Obligationenrecht* führt zwar den Terminus «Obligation» in seinem Namen und verwendet ihn in den ersten vier Titeln des Allgemeinen Teils (Entstehung, Wirkung und Erlöschen von Obligationen und «Besondere Verhältnisse» bei solchen). Aber in den Vorschriften der ein-

⁶ Beim Kauf liegt auf Verkäuferseite vor die Obligation der Sachübergabe. Ergänzende Nebenpflichten zu Verpackung, Ort der Übergabe u.dgl. sind nicht Obligationen, da sie nicht selbständig geltend gemacht werden können und nur die Sachleistungspflicht näher bestimmen. – «Gewährleistung» sollte man ebenfalls nicht als Obligation qualifizieren. Sie ist nicht Pflicht, vielmehr bloss die Gefahr der Entstehung solcher. Dazu BUCHER in FS für Rudolf Welser, Wien 2004, S. 93–108, Ein wenig zu Begriff und Geschichte der Gewährleistung in Österreich und anderswo [www.eugenbucher.ch] Nr. 87].

⁷ Pflichten des Tuns (*facere*) sind von beschränkter inhaltlicher Bestimmtheit (*nemo praecise cogi potest ad factum*), was die Bedeutung als Obligation relativiert (etwa hinsichtlich Vollstreckung).

⁸ Dieser Zweck wird in den Motiven zum Entwurf des BGB (unten Fn. 32) gleich einleitend festgehalten: Mit «Schuldverhältnis» kann, wie bisher mit «Obligation», das «gesamte obligatorische Verhältnis, Forderungsrecht und entsprechende Verbindlichkeit» in einem einzigen Ausdruck erfasst werden.

zelen Artikel tritt er nicht mehr auf und ist im Besonderen Teil nicht einmal in Überschriften zu finden. Die normativen Aussagen beziehen sich auf Forderungen bzw. Schulden oder die in Frage kommenden Entstehungsgründe von solchen (Vertrag, Delikt, Kondiktion usw.); gesucht ist direkter Bezug zur Sache. «Obligation», auf oberster Abstraktionsstufe des OR stehend, dient allein der Sicht in die Weite und ist gerade gut genug für allgemeinste Hinweise, während sämtliche normativen Aussagen auf tieferer Abstraktionsstufe angesiedelt sind⁹.

Gleich die Verhältnisse schon im Römischen Recht: *Obligatio* dient allein der allgemeinen Übersicht und erscheint, wenn es gilt, im Sinne allgemeiner Hinweise die *causae obligationum* oder verschiedene Obligationstypen zu unterscheiden¹⁰. Normativität geht dem Begriff ab, es werden aus ihm keinerlei Rechtsfolgen abgeleitet, sondern allein das Ergebnis des Entstehens eines Forderungsverhältnisses bezeichnet. Normative Auseinandersetzungen sind ausgerichtet auf die funktional unserem Forderungsbegriff 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 *Deliktstatbestände*, auch sie eine Sammlung vieler Untergruppen (*furtum, damnum iniuria datum, iniuria, rapina* usw.). Daneben stehen als weitere Obligationentstehungsgründe die Quasi-kontrakte und Quasidelikte, beides Sammelbezeichnungen ohne Ausschliesslichkeitscharakter.

8. EXKURS: Doppeldeutigkeit von «Vertrag»

Der *Vertrag als generell-abstrakte Sammelbezeichnung* ist Gegenstand positivrechtlicher Regelungen, andererseits in jedem Einzelfall die Folge des Vertragswillens der ihn schaffenden Parteien. Dieser Wille löst im gleichen Vorgang das Zustandekommen des Vertrages aus, wie er des-

⁹ Die Entbehrlichkeit von Obligation und, soweit inhaltsgleich, von Schuldverhältnis gilt erst recht für das in der Abstraktion eine Stufe höher angesiedelte «Schuldverhältnis im erweiterten Sinn», wie in folgender Ziff. V.2 vorgestellt.

¹⁰ So etwa die Unterscheidung der *obligationes civiles* und *obligationes honorariae*, die je mit anderen Klagetypen geltend gemacht werden mussten; ihnen waren wiederum die klageweise nicht durchsetzbaren *obligationes naturales* gegenübergestellt. Der Begriff *obligatio* dient allein der Typisierung und bleibt ohne Bezug auf konkrete Forderungen. Eine Kontroverse wäre nicht denkbar gewesen darüber, ob ein konkret vorliegendes Rechtsverhältnis als eine *obligatio* Bestand habe oder nicht.

sen Inhalt festlegt. Das die Beteiligten Bindende ist inhaltlich bestimmt einerseits durch deren Willen, andererseits durch das objektive Recht, das vertraglichen Vereinbarungen Privater nicht nur rechtliche Geltung und Durchsetzbarkeit verleiht, sondern deren Inhalt durch objektivrechtliche Regeln erweitert, dies meist im Sinne der Ergänzung fehlender Absprachen der Parteien, ausnahmsweise aber auch als zwingendes Recht gegen deren Willen und Verabredung.

Die genannte doppelte Grundlage der Verträge führt zu einer *Aufspaltung des Begriffs des Vertrags*: Darunter kann verstanden werden entweder allein das von den Parteien Vereinbarte und Gewollte oder aber die Summe der die Vertragsbeziehung der Parteien ausmachenden Regeln, diese abgeleitet nicht bloss aus dem von den Parteien Verabredeten, sondern ergänzt durch die gesetzlichen Rahmenbedingungen und die bei der Durchsetzung von Vertragsansprüchen voraussichtlich wirksam werdenden Regeln der Gerichtspraxis¹¹. *Vertrag im engeren Sinn* ist das von den Parteien Gewollte und Vereinbarte, *Vertrag im weiteren Sinn* dagegen die Summe der aus den subjektiven und objektiven Elementen insgesamt resultierenden Rechtsbeziehungen.

Die vom objektiven Recht nachgelieferten Regeln hätten auch die Parteien bei Vertragsschluss selber statuieren können. Werden sie deshalb Bestandteil ihres Vertrages, oder aber bleiben sie, da die Kontrahenten es nicht getan haben, ausserhalb des Vertrages? Die Gegenüberstellung der beiden Normquellen zeigt uns ein grundlegendes *Problem der rechtlichen Handhabung der Verträge* auf: Soll bei der Ergänzung des von den Parteien nicht hinreichend bestimmten Vertragsinhalts oder der Statuierung der im Verletzungsfalle eintretenden Sanktionen eher auf objektive Gesichtspunkte des Angemessenen und der Wertvorstellungen der Rechtsordnung insgesamt abgestellt werden, oder soll man danach fragen, welche Lösung den Interessen der Par-

¹¹ Beim Vertragstypus *Kauf* geht das von den Parteien bei Vertragsschluss Vereinbarte und beidseitig Gewollte meist nicht wesentlich über die Bestimmung der Pflichten der Sachübergabe und der Preiszahlung hinaus. Gewährleistung ist kaum bedacht und vom Verkäufer gewiss nicht im eigentlichen Sinne gewollt, wird aber vom objektiven Recht zum Vertrag hinzugefügt. Derartiges Zusammenspiel von Vertragswille und ergänzendem Gesetzesrecht bestimmt das ganze Vertragsrecht und wird besonders deutlich bei der *Schenkung*: Der Vertragswille ist regelmässig beidseits auf die Vermögensübertragung beschränkt, während beim Akt der Schenkung die nur äusserst selten und dann *ex lege* eintretenden Rechtsfolgen der Rückforderung wegen Verarmung des Schenkers oder Widerrufs wegen Verfehlung des Beschenkten ausserhalb des Erwartungshorizontes und des Willens der Parteien liegen.

teien aus deren Sicht bei Vertragsschluss am ehesten entsprochen hätte und daher, bei damals vorausgesehener Frage, von ihnen vereinbart worden wäre? Notwendig werdende Vertragsergänzung nach objektiven Gesichtspunkten oder, ausgerichtet auf subjektive Elemente, Interessenlage und Temperament (und auch allen Schwächen) der betroffenen Parteien?

III. «Obligation» in Überlieferung und moderner Gesetzgebung

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 vorgefunden¹². In IUSTINIANS Institutionen (Inst. III, 13 pr.) heisst es dann: *Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura*. Sie wird verstanden als Sammelposten aller Pflichten Privater gegenüber Privaten und dient deren Übersicht und Einteilung. Dabei ist der Gesichtspunkt der *Entstehung* der Pflichten wegleitend. GAIUS (2. Jh.) gibt in seinen Institutionen die Formel, welche für alle Folgezeiten den Weg weist und bis auf den heutigen Tag das Systemdenken des Obligationenrechtlers bestimmt: *Omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*¹³. Die Institutionen IUSTINIANS des Jahres 533 lassen neben die Vertrags- und die Deliktobligationen noch Obligationen *quasi ex contractu* und *quasi ex maleficio* hinzutreten (Inst. III,13,2), d.h. es werden die zusätzlichen, weder vertraglichen noch deliktischen Obligationen in zwei Gruppen aufgeteilt. Die für uns grundlegende Zweiteilung der Entstehungsgründe von Obligationen in solche aus Vertrag und aus Delikt hat hier ihren Ursprung, und die beiden Neben-

¹² Zur Geschichte der *obligatio* in der römischen Antike KASER/KNÜTEL, Römisches Privatrecht (Kurzlehrbuch, zit. 17. Aufl. 2003), § 32.

¹³ «Jegliche Obligation hat nämlich ihren Ursprung in Vertrag oder auch Delikt»; GAIUS Inst. III, 88. NOTA: das *vel ... vel* des lateinischen Textes bedeutet nicht «entweder – oder» (das wäre *aut – aut*); GAIUS versteht hier die beiden Begriffe *nicht* *kontradiktorisch*, sondern als *konträr*, d.h. weitere Möglichkeiten offen lassend. Dies belegt ein anderes von GAIUS überliefertes Zitat, das die Formel entscheidend ausweitet: *Obligaciones aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quondam iure ex variis causarum figuris* (in *liber secundus aureorum*, Dig. 44, 7, 1 pr.).

positionen, ihrerseits seit IUSTINIAN wiederum Vertrag oder Delikt angenähert, leben in allen modernen Kodifikationen weiter.

2. Frühe deutschsprachige Gesetzgebung

Der *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* (Chur-Bayrisches Land-Recht) von 1756 behandelt in seinem (keinen Titel tragenden) vierten Teil in 17 Capituln das Obligationenrecht (Vertragstypen geordnet nach dem römischen Kontraktsystem, Innominatkontrakte, Wechselrecht, Deliktsrecht) und in einem weiteren schliesslich Lehensrecht. Das erste Capitul ist betitelt: «Von der *Convention* und denen hieraus entspringenden Pflichten (*Obligationibus personalibus*) überhaupt.» *Obligatio* taucht im gesamten Text auf, ist aber nicht vorherrschend und wird auf weiten Strecken durch «Verbindlichkeit» und andere Ausdrücke vertreten. Insgesamt ist die Darstellung problembezogen und neigt wenig zu Abstraktion¹⁴.

Das *Allgemeine Landrecht für die Preussischen Staaten* von 1794 (hier ALR) lässt in seinem das Obligationenrecht behandelnden Teil I ein übergeordnetes Ordnungsprinzip nicht erkennen; die Darstellung geht aus von Personen und deren Fähigkeiten und ist vor allem auf deren Rechte ausgerichtet; Eigentum, Besitz, Nutzung u.dgl. an Sachen stehen im Vordergrund. Titel 5 stellt allgemeine Regeln für Verträge auf, verwendet aber den Terminus *Obligation* nicht, sondern spricht von *Verbindlichkeit*, aber auch dies allein in einer zweitrangigen Frage (ALRI, 16. Titel: «Von der Art, wie Rechte und Verbindlichkeiten aufhören»).

Das *österreichische Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch* von 1811 (hier ABGB) verwendet den Terminus «Obligationen» nur im übertragenen Sinne als Synonym für «öffentliche Schuldscheine» (§ 985). «Verbindlichkeit» erscheint in drei wichtigen Bereichen, aber in jedem Fall als Anhängsel der im Vordergrund stehenden Rechte: Von «Rechten und Verbindlichkeiten» ist die Rede in den ersten drei Hauptstücken des dritten Teils, nämlich im Zusammenhang deren «Befestigung» (§§ 1342–1374), deren Umänderung (§§ 1375–1410) und deren

¹⁴ Gleiches Bild zeigt auch der Grundriss des *Codex Bavaricus* verfasst von seinem Redaktor WIGULÄUS X.A. v. KREITMAYR (1705–1790), München 1768 (Reprint München 1990, hrsg. mit Einleitung von RICHARD BAUER und HANS SCHLOSSER).

Aufhebung (§§ 1411–1449). Das Gesetzbuch als Ganzes ist ausgerichtet auf die Rechte, nicht auf die Pflichten, und daher die drei Teile des ABGB: 1. Von den Personenrechten, 2. Von den Sachenrechten, und 3. Von den gemeinschaftlichen Bestimmungen der Personen- und Sachenrechte.

3. Französischer Code Civil und danach

Die Welt des kontinentaleuropäischen Systemdenkens wird verändert durch den französischen Code Civil des Jahres 1804 (hier F/CC). Dessen drei Bücher sind zwar, in der Tradition des GAIUS, auf Personen und Sachen ausgerichtet, aber innerhalb des umfangmässig gute zwei Drittel des gesamten Gesetzes ausmachenden, dominierenden dritten Buches werden die Verträge als Obligationsentstehungsgründe vorgeführt (der dritte Titel *Des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, Art. 1101–1369; der ihm folgende vierte Titel handelt *Des engagements qui se forment sans conventions*; in den Titeln fünf bis achtzehn, Art. 1387–2203, folgen die traditionellen gesetzlichen Vertragstypen). Damit wird das gesamte Vermögensrecht unter den Gesichtspunkt der Obligationsentstehung gestellt und die Entstehung von Obligationen und deren Gründe zum massgeblichen Ordnungskriterium erhoben.

Abgesehen vom ABGB und dem *Code Civil* von Louisiana (1808) folgten dem F/CC bekanntlich im Jahre 1855 neben einander als Erste das von JOHANN CASPAR BLUNTSCHLI redigierte *Züricher PGB* und gleichzeitig der von ANDRÉS BELLO bestimmte *Código Civil Chiles*, danach die weiteren lateinamerikanischen Kodifikationen. Das Schuldrecht all dieser Kodifikationen präsentiert sich als «Obligationenrecht» und ist in Systematik und Ausrichtung auf *obligaciones*, deren Entstehung, Erfüllung, Veränderung oder Untergang fokussiert.

Das vierte Buch des *PGB Zürichs* handelt im ersten Abschnitt «Von den Verträgen im Allgemeinen», die dreizehn folgenden Abschnitte von den einzelnen Vertragstypen, der fünfzehnte «Von den Forderungen aus unerlaubten Handlungen» und schliesslich der sechzehnte «Von den Entschädigungsforderungen ohne persönliche Verschuldung». Der *Código Civil Chiles* normiert in der anderen Hemisphäre das Obligationenrecht ebenfalls in seinem vierten Buch (*De las obligaciones en general y de los contratos*). Dieser Text wurde in der einen oder anderen Form wegweisend für alle im spanischen und portugiesischen Sprach-

bereich entstandenen Gesetzeswerke¹⁵. Der von DALMACIO VÉLEZ SARSFIELD verfasste *CC von Argentinien* (1871) widmet das zweite von seinen drei Büchern den *derechos personales* (d.h. den persönlichen, relativen, obligatorischen Rechten), das in Aufbau und Darstellung ganz auf den Begriff *obligación* fokussiert ist¹⁶. Ähnlich auch alle weiteren, so der *CC von Spanien* (libro IV; *de las obligaciones y contratos*) und der *CC von Brasilien* (1916)¹⁷ oder jener *Mexikos* (1932).

Das *schweizerische Obligationenrecht* ist in seinem allgemeinen Teil noch demonstrativer als die anderen auf die verschiedenen möglichen *causae obligationum* ausgerichtet: Die drei Abschnitte des ersten Titels betreffen die Obligationentstehungsgründe *Vertrag* (Art. 1–40), *unerlaubte Handlungen* (Art. 41–61) und *ungerechtfertigte Bereicherung* (Art. 62–67); der verbleibende traditionelle Obligationstypus, die *negotiorum gestio*, ist in den besonderen Teil verwiesen und dem Auftragsrecht zugeordnet (Art. 419–424). So in allen wesentlichen Punkten bereits auch das alte Obligationenrecht des Jahres 1883¹⁸.

Im *Nahen* wie im *Fernen Osten* haben die von Kontinentaleuropa beeinflussten Kodifikationen sich im Anschluss an den F/CC auf den Obligationenbegriff ausgerichtet. In Ostasien sind sie aber im Übrigen dem deutschen Sprachbereich gefolgt, dabei die Diktion des schweizerischen Obligationenrechts und nicht jene des deutschen BGB übernehmend: Das Privatrechtsgesetzbuch *Japans* (1896/98) widmet sein drittes Buch «Forderungen» und behandelt dort Verträge, Geschäfts-

¹⁵ Dazu auch BUCHER in ZEuP 3/2003 S. 515–547, Zu Europa gehört auch Lateinamerika! [www.eugenbucher.ch> Nr. 91]

¹⁶ *CC Argentinien*, Libro segundo: Sección primera: De las obligaciones en general/ Extinción de las obligaciones; Sección segunda: De los hechos y actos jurídicos que producen la adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos y obligaciones; Sección tercera: De las obligaciones que nacen de los contratos.

¹⁷ Seit 2002 besitzt Brasilien einen grundlegend überarbeiteten CC. Der Begriff der *obrigação* hat unverändert die bisherige Bedeutung der Obligation. Ansätze einer Entsprechung zum Schuldverhältnis im erweiterten Sinne des BGB (unten Ziff. V) sind auch im neuen Text nicht erkennbar.

¹⁸ Urheber dieser Sicht ist WALTHER MUNZINGER (1840–1873), dem wir das in Form und Gehalt anderswo kaum je erreichte oder gar übertroffene Obligationenrecht zur Hauptsache verdanken. Siehe dessen Text und Vorarbeiten dazu bei URS FASEL, Handels- und obligationenrechtliche Materialien, (Haupt) 2000: zur Person Munzingers DERS., Bahnbrecher Munzinger, 2003 (Haupt, Bern etc.); DERS., Walther Munzinger – Vorreiter der Schweizer Rechtseinheit, in Zeitschr. f. Europ. PrivR (ZEuP) 2003 S. 345–352; ebendort (S. 353–374) auch BUCHER, Die Entwicklung des deutschen Schuldrechts im 19. Jahrhundert und die Schweiz [www.eugenbucher.ch> Nr. 84].

führung ohne Auftrag, Ungerechtfertigte Bereicherung und Unerlaubte Handlungen, ohne dabei je einen dem «Schuldverhältnis im erweiterten Sinn» des BGB entsprechenden Terminus zu verwenden¹⁹, und nicht anders der Civil Code des Jahres 1929 von *China*, der im zweiten Buch *Obligations* (Contracts, Management of affairs without mandate, undue enrichment and wrongful acts) regelt²⁰. Ähnlich der Civil Code von *Thailand*²¹: Im zweiten Buch werden die Obligationen im Allgemeinen (Gegenstand, Wirkung, Mehrheit von Schuldner oder Gläubiger, Übertragung, Erlöschen) geregelt, dann Verträge im Allgemeinen, Geschäftsführung ohne Auftrag, Ungerechtfertigte Bereicherung, Deliktsrecht, schliesslich im dritten Buch die *Specific Contracts*; auch hier nirgends eine Entsprechung zu «Schuldverhältnis» im erweiterten Sinne (unten Ziff. 5; Begriff 2). Gleiches gilt für *Korea*, dessen Part III *Obligations* gewidmet ist und ähnliche Gestalt hat wie die vorstehend genannten²².

IV. «Schuldverhältnis» an Stelle von «Obligation» (Begriff 1)

1. «Schuldverhältnis» der romanistischen Doktrin nicht bekannt

Den Terminus «Schuldverhältnis» findet man nicht in der Literatur des 19. Jahrhunderts und noch weniger in der vorrevolutionären Doktrin. Auch sinngleiche andere Bezeichnungen oder funktionale Vorläufer lassen sich nicht ausmachen. WINDSCHEID, der das entstehende BGB in Terminologie und der Sache selbst mehr als alle anderen beeinflusst hat, verwendet in seinem Pandektenlehrbuch den Begriff Schuldverhältnis nicht, und selbst in der letzten, nach seinem Tode und sechs Jahre nach Inkrafttreten des BGB erschienenen 9. Auflage figuriert der

¹⁹ Beurteilung aufgrund der Übersetzung von AKIRA ISHIKAWA/INGO LEETSCH, Japanisches BGB deutsch (Bd. 15 der Reihe Japanisches Recht vom Verlag Carl Heymanns, Köln 1985).

²⁰ Verwendet The Civil Code of the Republic of China, translated into English, Shanghai/Hon 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.

²¹ Verwendet The Civil and Commercial Code, Books I–VI, compiled and translated by K. SANDHIKSHETRIN, 6. Aufl. 1996.

²² Verwendet Fotokopie des amtlichen englischen Textes (Loseblattausgabe), Gesetz des Jahres 1960 im Stand von 1986.

Terminus allein im Anmerkungsapparat. Auch dieser integriert ihn nicht in das wissenschaftliche Begriffsinstrumentarium und erwähnt ihn allein wegen dessen Verwendung im BGB²³. Aber auch die übrigen Autoren der späten, den Übergang zum BGB markierenden Pandektistik kennen den Begriff nicht, weder DERNBURG noch BARON oder REGELSBERGER²⁴.

2. «Schuldverhältnis» erstmals im Entwurf eines BGB für Bayern (1861)

Die Bezeichnung «Schuldverhältnis» war im 19. Jahrhundert nicht geläufig und blieb bis zur Jahrhundertwende der Wissenschaft unseres Faches als Allgemeinbegriff fremd. Wenn «Obligation» eingedeutscht werden sollte, sprach man von Verbindlichkeit²⁵.

«Schuldverhältnis» ist nun aber auch nicht eine Erfindung der Redaktoren des BGB. Er geht zurück auf den *Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Bayern des Jahres 1861*²⁶. Hier tritt

²³ WINDSCHEID/KIPP, Pandekten, 9. Aufl., Bd. II § 251 (S. 8 oben, 1. Abs. von KIPPS Text), wo die Mehrdeutigkeit der gesetzlichen Figur vermerkt wird. Der Schreiber glaubt bei KIPP doktrinelles Unbehagen gegenüber dem neuen Terminus zu erkennen. KIPP trifft im Übrigen die uns interessierende Feststellung, dass nicht «in jedem Falle, in welchem jemand von einem anderen eine Leistung zu fordern hat, ein Schuldverhältnis vorliegt. M.a.W. ist nicht gesagt, dass überall da ein Schuldverhältnis besteht, wo ein Anspruch besteht» (folgt aber die Frage, ob nicht auch auf derartige, nicht kraft eines Schuldverhältnisses bestehende Ansprüche «die allgemeinen Vorschriften über Schuldverhältnisse» anwendbar seien).

²⁴ 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.

²⁵ «Verbindlichkeit», ein im 18. Jahrhunderts aufgekommenes, etwa im Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis (oben bei Fn. 14) anzutreffendes Kunstwort, das noch das lateinische Vorbild erkennen lässt.

²⁶ Der zweite Teil des bayrischen Entwurfs trägt den Titel «Recht der Schuldverhältnisse» und lautet in seinem Art. 1: «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): «Über 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.» NOTA: Der Entwurf eines Bayrischen BGB des Jahres 1861 ist Bruchstück geblieben; ausser dem hier besprochenen obligationenrechtlichen «zweiten Theil» enthält er nur noch ein Fragment des vorgesehenen «Ersten Theils», d.h. Art.1–142 betreffend «Rechtsgeschäfte».

erstmal in einem gesetzgeberischen Text die Wortschöpfung «Schuldverhältnis» auf. Der Neologismus nimmt bereits in seinem ersten Auftritt einen zentralen Platz in der Gesetzessystematik (d.h. der Formulierung der Titel-Texte) ein, und die ihm dort eingeräumte Rolle ist bereits ganz jene des BGB. Auch der Name des zweiten Buches des BGB ist bereits im «zweiten Theil» des bayrischen Textes vorweggenommen. Dieser zerfällt in zwei Bücher, deren Titel auf «Schuldverhältnisse» ausgerichtet sind («Von den Schuldverhältnissen im allgemeinen» – «Von den Schuldverhältnissen im Besonderen»). Auf der Unterstufe nimmt das den Allgemeinheiten gewidmete erste Buch (Art. 1–263) den Terminus wiederum auf, ebenso vier von dessen fünf Hauptstücken. Von diesen muss allein das dritte abweichen, das von «Übertragung der Forderungen und Verbindlichkeiten» handelt. Das zweite Buch (Art. 264–976) zerfällt in 27 Hauptstücke; dreiundzwanzig von ihnen behandeln die Vertragstypen, wobei jeder der genannten Vertragstypen seinerseits als Schuldverhältnis vorgestellt wird (daran schliessen an Kondiktion und Deliktsrecht: «Verbindlichkeiten aus unberechtigter Bereicherung» und «Besondere Arten von unerlaubten Handlungen»; Nummern 24 und 25²⁷). Wie dann später im BGB wird «Schuldverhältnis» gleichermaßen verwendet für einzelne Forderungsverhältnisse wie dann aber auch für die diese begründenden Vertragsverhältnisse und die beiden extrakontraktuellen Obligationsentstehungsgründe.

Woher den Vätern des bayrischem Entwurfs die Inspiration zur Erfindung oder Einführung der Wortschöpfung «Schuldverhältnis» zugefallen ist, vermochte der Schreibende nicht herauszufinden.

3. Rolle des «Dresdener Entwurfes»

Der 1863–1866 von der in Dresden tagenden Kommission erarbeitete sog. *Dresdener Entwurf* ist hauptsächlichste und wichtigste Grundlage des Schuldrechts des BGB²⁸, ging doch die Bildung dieser Kommission auf den Antrag von «zehn deutschen Bundesregierungen» zurück, be-

²⁷ Die Nummern 26 und 27 führen in das Verfahrensrecht (Verkürzung der Gläubiger, Forderung der Vorlage [vgl. die Texte der das Buch eröffnenden Bestimmung, zit. in Fn. 26] von Sachen).

²⁸ Entwurf eines allgemeine deutschen Gesetzes über die Schuldverhältnisse (hrsg. von B. FRANCKE, erstem Sekretär der Kommission; Dresden 1866) Art. 1, S. 1 zu «Wesen» (sc. der Schuldverhältnisse): «Ein Schuldverhältnis ist ein Rechtsverhält-

zweckend «die Herbeiführung einer gemeinschaftlichen Civil- und Criminalgesetzgebung für die Deutschen Bundesstaaten»²⁹. Es liegt eine eigentliche Vorarbeit zum 2. Buch des BGB vor. Demgegenüber muss der bayrische Entwurf als ein solcher zu Partikularrecht zurücktreten; das 1863 verabschiedete BGB für das Königreich Sachsen ist aus diesem Grunde sehr wenig berücksichtigt worden. Ungeachtet dessen ist das BGB hinsichtlich des Terminus «Schuldverhältnis» ganz dem bayrischen Entwurf gefolgt, nicht aber dem Dresdener Entwurf. Letzterer spricht zwar ebenfalls von «Schuldverhältnissen», dies aber bloss in dessen engerem Sinn (Begriff 1) und nicht in der das BGB bestimmenden Erweiterung des Begriffs (Begriff 2; dazu folgende Ziff. V).

Die Übernahme des Wortes «Schuldverhältnis» in den Dresdener Entwurf *erscheint heute als reine Zufälligkeit*. Was bedeutsam ist für das Verständnis des BGB, ist doch ganz ungewiss, ob ohne Vorbild im Dresdener Entwurf der Begriff «Schuldverhältnis» seinen Weg ins BGB gefunden hätte. Die einlässlichen Verhandlungsprotokolle (hier der dritten Sitzung, am 29. Januar 1863) nennen keine zugunsten dieser Neuerung vorgebrachten Sachargumente. In der Diskussion wurden Einwendungen erhoben, die ohne Entgegnung blieben. Die dritte der von der Kommission erarbeiteten Direktiven lautete zwar: «Fremdwörter sind möglichst zu vermeiden.» Dem Vorschlag der Ersetzung von «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, und bemerkte im Anschluß hieran einer der Herren Abgeordneten, daß an vielen Orten der Ausdruck <Schuldverhältnis>, wie der Ausdruck <Schuldverschreibung> lediglich auf das Darlehen angewendet werde [...]»³⁰. Gemäss Protokoll wurde diesen Argumenten

nis zwischen wenigstens zwei Personen, vermöge dessen die eine als Gläubiger eine Leistung zu fordern berechtigt, die andere als Schuldner zu dieser Leistung verpflichtet ist».

²⁹ Dresdener Entwurf (Fn. 28), Vorwort S. III.

³⁰ Protocolle der Commission zur Ausarbeitung eines allgemeinen deutschen Obligationenrechtes, 6 Bände, Dresden 1863–1866 (hier zit. Nachdruck hrsg. von WERNER SCHUBERT, Keip 1984); Band I S. 8.

nichts entgegengehalten. Weshalb der Antrag des Wechsels von Latein zu Deutsch sich trotzdem durchsetzte, ist den Protokollen nicht zu entnehmen³¹.

4. 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 sollte³². 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»³³.

Mit derartiger Übernahme der neuen Terminologie wich der deutsche Gesetzgeber willentlich vom Sprachgebrauch der gesamten, in romanistischer Überlieferung stehenden kontinentaleuropäischen Tradition ab, verstand diese Abweichung aber als eine bloss terminologische und wollte in der Sache selber die Übereinstimmung mit dem Rest kontinentaleuropäischer Rechtstradition nicht etwa in Frage stellen.

³¹ Die ausbleibende Begründung ist umso erstaunlicher, als der Auftrag der Kommission auf Ausarbeitung eines «Obligationenrechts» ging und damit der terminologische Entscheid, ein «allgemeines deutsches Gesetz über Schuldverhältnisse» auszuarbeiten, die Aufgabenstellung umformulierte: Die hier zitierten Protokolle werden aber ungeachtet des zu Beginn der Sitzungen gefassten Beschlusses in allen sechs Bänden (1863–1866) auf dem Titelblatt weiterhin genannt «Protocolle der Commission zur Ausarbeitung eines Allgemeinen Deutschen Obligationenrechtes».

³² 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.» – Es fehlt nicht nur die Angabe von Gründen derartiger Entscheidung, sondern auch jeglicher Hinweis auf den äusseren Ablauf der Entscheidfindung.

³³ Anders als bei «Schuldverhältnis» besteht zwischen den letzteren beiden Termini kein Gegensatz, sondern wir haben vor uns zwei gleich bedeutende Ausdrücke für dieselbe Sache. So ist es zwar unüblich, aber nicht unrichtig, vom Schuldrecht der Schweiz bzw. des OR zu sprechen. Anders die Bezeichnung «Obligation», welche, wie zu zeigen sein wird, mit «Schuldverhältnis» nicht mehr gleichgestellt werden darf.

V. Ausweitung von «Schuldverhältnis» zu Begriff 2

1. Preisgabe der Identifikation von «Schuldverhältnis» und «Obligation»

Im Ausgangspunkt war mit der Einführung des Terminus «Schuldverhältnis» im bayrischen Entwurf wie im Dresdener Entwurf nichts anderes beabsichtigt als die Einführung eines neuen Wortes für eine seit Jahrtausenden bestehende Sache, dies allein veranlasst durch den Wunsch, das herkömmliche Fremdwort «Obligation» durch einen sinn- gleichen deutschen Ausdruck zu ersetzen. Entsprechend lauten auch die programmatisch-einleitenden gesetzlichen Umschreibungen von «Schuldverhältnis» und die dazu vorgebrachten Motive³⁴.

Dem Vorsatz der Gleichstellung von «Schuldverhältnis» mit Obligation ist zwar der Dresdener Entwurf treu geblieben, nicht aber bereits vor ihm der bayrische Entwurf und dann das BGB selber. Das neue Wort für eine alte Sache entfaltet eine *Eigendynamik* und schafft eine neue Sache, die zur alten hinzutritt. Der zu Beginn vielleicht ehrlich gemeinte, aber nicht hinreichend bedachte Vorsatz kann nicht durchgehalten werden und wird im Gesetzestext bei konkreten Rechtsregeln rasch preisgegeben: *Schuldverhältnis* ist nicht mehr die innerhalb eines vertraglichen oder sonstigen Rechtsverhältnisses entstehende Rechtspflicht-Beziehung im herkömmlichen Sinn der Obligation, sondern entwickelt sich zu dem, was man bis dahin gelegentlich «Rechtsverhältnis» bzw. «Vertragsverhältnis» nennen mochte, d.h. *die Gesamtheit der aus gegebenem Anlass zwischen den Parteien resultierenden Rechtsbeziehungen mit all deren 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), gleichzeitig daneben und darüber hinaus aber auch etwas grundlegend Verschiedenes (Begriff 2).

Die inhaltliche Ausweitung der Bezeichnung «Schuldrecht» präsentiert sich heute als von den Akteuren nicht beabsichtigter Sinneswandel: Der Gebrauch von «Schuldverhältnis» in einem anderen und von Obligation abweichenden Sinn ist niemals diskutiert oder gar explizit beschlossen worden, und in den verfügbaren Materialien lassen sich keine Anhaltspunkte dafür finden, dass die eingetretene und von ihnen

³⁴ Zitate oben Fn. 26 und 28.

veranlasste grundlegende Neuerung des dogmatischen Sprachgebrauchs seinerzeit den Akteuren in ihrer Bedeutung bewusst war. Die Abwesenheit von bestimmenden Gründen und die Nichterkennbarkeit der Motive der Verantwortlichen verweist den hier besprochenen Vorgang der Sprachveränderung ins Reich der Zufälle.

Auf der Stufenleiter zunehmender Abstraktion und Verallgemeinerung der Begriffe steht das in seinem neuen und erweiterten Sinn verstandene «Schuldverhältnis» zuoberst. Die vertragsbezogene Stufenleiter ruht auf der Summe der Einzelfälle vorgekommener Vertragsabschlüsse, steigt auf zu dem im Einzelfall sichtbar werdenden Vertragstypus (zu Kauf oder einem anderen Typus) und führt schliesslich hin zum Oberbegriff des Vertrages im Allgemeinen³⁵. Gegenüber dem «Schuldverhältnis im erweiterten Sinn» der Stufe Vertrag gibt es wiederum einen Oberbegriff. Dieser ist weiter verallgemeinert und erfasst neben Vertrag und Delikte die übrigen denkbaren *causae obligationum*³⁶.

2. Gegensatz von Schuldverhältnis im engen Sinne und im erweiterten Sinne

Ein Vertrag kann nicht als Obligation bezeichnet und als Beispiel einer Obligation nicht ein Vertrag genannt werden, möge man unter «Vertrag» eine bestimmte von zwei Leuten getroffene Vereinbarung meinen oder aber Vertrag als Gattungsbegriff verstehen. Man erinnert sich: *omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*³⁷: Aus Verträgen (wie auch aus Delikten) *entstehen* Obligationen, sind aber selber keine solchen. Die beiden stehen zueinander im Verhältnis von *Ursache und Wirkung* und können gerade deshalb nicht ein und dasselbe sein. Wenn «Schuldverhältnis» im BGB streckenweise dasselbe heisst wie Obligation, aber andernorts und insgesamt überwiegend

³⁵ In dieser Leiter bestehen weitere (hier nicht interessierende) Zwischenstufen: Der Typus Kaufvertrag kann seinerseits in Untergruppen gegliedert, er selber einer Untergruppe der Verträge (z.B. den synallagmatischen) zugeordnet werden.

³⁶ Als solche erscheinen *Kondiktion*, *Geschäftsführung ohne Auftrag* und die extralegalen: *culpa in contrahendo* in deutscher Diktion, in der Schweiz darüber hinaus die aus der c.i.c. ausgesonderten «*faktischen Vertragsverhältnisse*» und die *Vertrauenshaftung* (dazu unten VIII. 7)

³⁷ GAIUS, Institutionen 3,88. Ihm folgen die Institutionen wie die Digesten IUSTINIANS (Inst. 3, 13,2 und Dig. 44, 7,1 pr.).

Verträge bezeichnet (dazu die Dokumentation unten Ziff. VI), folgt zwingend, dass die beiden Sinngebungen *zwei Begriffe* darstellen und gesondert zu betrachten sind. Der Satz: «aus Schuldverhältnissen folgen Schuldverhältnisse» ist unsinnig und wird erst sinnvoll durch die Einsicht, dass ein und der selbe Terminus zwei verschiedene Begriffe belegt: Schuldverhältnisse in erweitertem Sinne stehen als Rechtsgrund (*causa*) der Entstehung von Schuldverhältnissen im engen Sinne vor uns.

Das sei am *Beispiel des Kaufs* illustriert: Der Verkäufer trägt die Obligation zur Übergabe und Übereignung der Kaufsache, der Käufer jene der Preiszahlung. Neben diese Obligationen mögen ausnahmsweise weitere Pflichten treten, und im Hintergrund stehen die Gewährleistungspflichten des Verkäufers für Rechts- und Sachmängel, die zu Obligationen werden, wenn entsprechende Mängel zum Vorschein kommen. Diese Pflichten, wenn aktualisiert, stellen jede für sich eine Obligation der einen oder der anderen Partei dar, und sie alle zusammen genommen machen das Schuldverhältnis in genannten ausgeweiteten Sinne aus. Dieses Schuldverhältnis ist für beide Parteien ein und dasselbe, wenn auch die in ihm enthaltenen Obligationen je den Parteien mit entgegengesetzten Vorzeichen zustehen. Das Schuldverhältnis in diesem Verständnis erfasst sämtliche diese Haupt- und Nebenpflichten, nimmt aber darüber hinaus alle Vertragselemente in sich auf, die, etwa als Gewährleistung, in der späteren Entwicklung relevant werden, z.B. Obligationen begründen oder als Einwendungen solche hindern können³⁸.

3. Wie geht die Literatur mit dem Doppelsinn um?

Die ursprüngliche Absicht, mit «*Schuldverhältnis*» nichts anderes als die bisherige *Obligation* zu bezeichnen, kommt in § 241 BGB zum Ausdruck und spiegelt sich in der auf diesen Text fokussierten Literatur wie

³⁸ Nur deshalb kann LARENZ (Fn. 41) dem Schuldverhältnis eine «besondere Zeitstruktur», einen «finalen Sinn» zuerkennen und blumig von einem «in der Zeit verlaufenden Prozeß» sprechen (S. 28), alles Dinge, die allein bezogen auf den erweiterten Begriff gesagt werden dürfen: Schuldverhältnisse im engen Sinn von Obligationen sind stabil und wandeln sich nicht. Sie werden nur durch Eintreten klarer rechtsverändernder Ereignisse (Erfüllung, Untergehen kraft Verjährungs- oder Verrechnungseinrede usw.) in ihrem Bestand verändert.

in der Lehre überhaupt, soweit sie sich im Allgemein-Begrifflichen bewegt. Und dies bis in unsere Tage:

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 (Schwiegersohn WINDSCHEIDS) sagt zu § 241 BGB nur gerade: «Das Schuldverhältnis hat zum Inhalt das Einforderndürfen einer Leistung». Etwas einlässlicher das Lehrbuch von FRIEDRICH 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»³⁹. Die genannten Formeln beziehen sich im Inhalt allein auf Obligationen in herkömmlichem Sinn, nicht aber auf Schuldverhältnis im ausgeweiteten Verständnis. Dies bleibt auch noch später so; PHILIPP HECK kennt nur Schuldverhältnisse im engen Sinne und nennt diese auch oft Obligationen⁴⁰.

Das ist indessen nicht die ganze Wahrheit, vielmehr hat sich die Ausweitung zu unserem Begriff 2 bereits in den Motiven zum ersten BGB-Entwurf (1888) angekündigt. Die am Anfang der Einleitung (Seite 1) stehende Grundsatzerklärung, dass der Gegenstand des 2. Buches, «Schuldverhältnis» nicht anderes sei als die herkömmliche Obligation (vgl. Zitat oben Fn. 32), hindert nicht, dass einige Zeilen weiter im zweiten Absatz «Schuldverhältnis» bereits etwas anderes heisst und im ausgeweiteten Sinn verwendet wird. Auf derselben 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 BGB orientierenden, der traditionellen Obligation entsprechenden Umschreibung von «Schuldverhältnis», um dann in der Folge, immer ohne erklären-

³⁹ PAUL OERTMANN, Das Recht der Schuldverhältnisse (Kommentar) 1. Aufl. 1899; zu § 241 S. 4.; FRIEDRICH ENDEMANN, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 8/9. Aufl. 1903 § 96 S. 574. Die Fussnote dazu enthält den Hinweis, dass § 241 nur auf 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*.

⁴⁰ PHILIPP HECK, Grundriss des Schuldrechts, Tübingen 1929, § 1.

den Hinweis, von der genannten Sinngebung hinüberzuwechseln zu der umfassenderen Bedeutung und beide Betrachtungsweisen nahtlos mit einander zu verbinden. Dies gelegentlich bereits im AT des Schuldrechts⁴¹, vor allem aber konsequent im ganzen BT, wenn die Autoren von den einzelnen Vertragstypen handeln und dabei jeden wie auch immer gearteten Vertrag für sich genommen als Schuldverhältnis qualifizieren. Dieser in der Literatur des besonderen Schuldrechts allenthalben sichtbar werdende Sachverhalt ist offenkundig und bedarf keiner Dokumentation.

VI. «Schuldverhältnis» im engeren und weiteren Sinn im Gesetzestext

1. Vorrang des ausgeweiteten Begriffs Schuldverhältnis

Der Begriff 2, d.h. Schuldverhältnis verstanden als Oberbegriff, der alle aus einem einzelnen Vorgang (Vertragsschluss *et al.*) sich ergebenden Rechtsfolgen umfasst, tritt nicht bloss zu dem ursprünglichen Verständnis als «Obligation» hinzu, sondern hat dieses Verständnis auf weiten Strecken verdrängt und ist selber in den ersten Rang vorgerückt.

Die Prävalenz der neuen Sinngebung wird bereits zu Beginn des 2. Buches signalisiert: Der eröffnende § 241 Abs. 1 BGB umschreibt zwar präzise und eindeutig den traditionellen Gehalt von Obligation, aber der in der Schuldrechtsrevision von 2002 eingeführte und seither Gesetzesbestandteil bildende Paragraphentitel ist entlarvend: *Pflich-*

⁴¹ KARL LARENZ, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I Allgemeiner Teil (14. Aufl. 1987) § 2 S. 6. Die Darstellung hebt so an: «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, weshalb denn als Grundlage dieser Sekundärpflicht das «Schuldverhältnis» erscheint (S. 9 Mitte). Und weiter hinten (S. 26, § 2 Ziff. 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).

ten aus dem Schuldverhältnis enthält beide Begriffsinhalte gleichzeitig und stellt sie in ihrer Funktion als Ursache und Wirkung vor. «Pflicht» steht für Obligation und ist sinngleich mit «Schuldverhältnis im engeren Sinne», während das «Schuldverhältnis» des Titels die neue, erweiterte Bedeutung hat: Auch hier zwei Figuren in der Beziehung von Ursache und Wirkung (oben Ziff. V.2). Der Vorrang des neuen Verständnisses wird dann grossflächig festgeschrieben im BT, d.h. im Abschnitt 8 (bzw. Abschnitt 7 der Originalfassung von 1900) des zweiten Buches, wo das gesamte besondere Vertragsrecht wie auch Delikt und Bereicherung normiert sind, alle diese ausgerichtet auf den Begriff des Schuldverhältnisses im weiten Sinne.

Dies sieht so auch ANDREAS VON TUHR (1864–1925). Er erkennt zwei zu unterscheidende, wenn auch gleich benannte Begriffe und sieht ein Bedürfnis für die Verwendung des Topos «Schuldverhältnis» (sc. im erweiterten Sinn), stellt aber fest, dass das BGB demgegenüber auch einzelne Forderungsverhältnisse so bezeichnet⁴². Damit werden bei ihm die Schuldverhältnisse im engen Sinne (entsprechend «Obligation») auf den zweiten Rang verwiesen. In ähnlichem Sinn die deutsche Doktrin überhaupt. In Deutschland versteht heute der Jurist «Schuldverhältnis» primär im erweiterten Sinn; er wird erst beim Aufkommen von Anhaltspunkten zum Gegenteil an Obligation i.S. der ursprünglichen Absicht des Gesetzgebers denken.

2. Vorkommen als Begriff 1 (ursprüngliche Bedeutung von Obligation)

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 (1 bis 6 in der BGB-Fassung von 1900), der BT den Abschnitt 8 (Abschnitt 7 im aBGB)⁴³.

⁴² ANDREAS VON TUHR, *Der Allgemeine Teil des BGB*, Bd. I (Leipzig 1910) S. 127: Leider spricht das BGB «oft von Schuldverhältnis, wo die einzelnen Forderungen gemeint sind; so ist z.B. der 3. Abschnitt des II. Buches überschrieben «Erlöschen der Schuldverhältnisse», während alle darin geregelten Erlöschungsgründe: Erfüllung, Hinterlegung, Aufrechnung, Erlaß, sich auf die einzelnen Forderungen beziehen [...]». Und dazu in Fn. 17: «[...] so muß man Schuldverhältnisse im weiteren und im engeren Sinne unterscheiden [...], was keine Erleichterung der Terminologie ist.»

⁴³ Die Gegenüberstellung von AT und BT des Schuldrechts tritt erstmals auf im bayrischen Entwurf und findet sich auch im schweizerische OR. Das BGB folgt diesen

Im Folgenden ist das Vorkommen der beiden gleich benannten, aber zu unterscheidenden Begriffe zu zeigen.

Dem ursprünglich beabsichtigten Verständnis des Schuldverhältnisses im engeren Sinn (Obligation) begegnen wir im AT vorab im Text des eröffnenden § 241 Abs. 1 BGB und dann in Teilbereichen des *Abschnitts 4* (§§ 362–397), dessen Titel *Erlöschen der Schuldverhältnisse* sich nur auf einzelne individualisierte Recht-Pflicht-Verhältnisse beziehen kann. Schuldverhältnisse im weiteren Sinne, vor allem Verträge, erlöschen nicht: Erfüllung lässt sie gegenstandslos werden, hebt aber nicht deren Existenz auf. Das in § 362 Abs. 1 BGB statuierte Erlöschen des Schuldverhältnisses durch Erbringen der geschuldeten Leistung bedeutet Untergang einer konkreten Forderung-Pflicht-Beziehung, denn die Erfüllung einer Vertragspflicht lässt nicht das gesamte Vertragsverhältnis untergehen: Wenn der Verkäufer liefert, bleibt der Käufer immer noch zur Preiszahlung verpflichtet.

In den *Titeln 2 bis 4* (§§ 372–397) werden *Hinterlegung*, *Aufrechnung* und *Erläss* als Erlöschungsgründe behandelt. In den ersten beiden ist von Schuldverhältnis schon gar nicht mehr die Rede, vielmehr beziehen sich alle Regeln auf Forderungen und Schulden. Allein beim Erläss spricht § 397 BGB wiederum von Schuldverhältnis, was ebenfalls nur Erläss einer einzelnen Obligation meinen kann.

3. Begriff 2 (Schuldverhältnis im erweiterten Sinn)

In folgenden Zusammenhängen kann die Bezeichnung «Schuldverhältnis» nicht Obligation (konkrete Recht-Pflicht-Beziehung) sein, muss folglich etwas anderes, neues, d.h. Schuldverhältnis im erweiterten Sinn bedeuten.

Der *AT der Abschnitte 1–7* handelt überwiegend von Schuldverhältnissen im engeren Sinne (Obligationen), dies allerdings nicht in *Abschnitt 2* (Gestaltung rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse durch Allgemeine Geschäftsbedingungen, §§ 305–310) und *Abschnitt 3* (Schuldverhältnisse aus Verträgen, §§ 311–359). Beide Abschnitte enthalten Regeln über

beiden Vorbildern nicht. Diese können aber Sachlogik für sich in Anspruch nehmen und stehen im Einklang mit der vorherrschenden, neben den Gesetzen auch die deutsche Doktrin prägenden Systematik.

Entstehung, Bestand und Bestimmung des Inhalts von Verträgen, und «Schuldverhältnis» ist bereits hier im weiteren Sinn zu verstehen.

Der *BT des Abschnitt 8* ist ganz die Domäne von Schuldverhältnis im erweiterten Sinn: Umfangreicher als alle vorangehenden zusammen regelt er das gesamte besondere Vertragsrecht wie auch Delikt und Bereicherung. Er ist betitelt «Einzelne Schuldverhältnisse» und präsentiert dem Leser über zwei Dutzend derartiger Typen (25 Titel von Abschnitt 7 des aBGB bzw. 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. Jeder dieser Titel bezeichnet einen bestimmten Tatbestand: Vorab die verschiedenen Vertragstypen beginnend mit dem Kauf bis hin zu den Inhaber-Schuldverschreibungen, diese dann gefolgt von den Tatbeständen der Sachvorlegungsbegehren, der ungerechtfertigten Bereicherung und den unerlaubten Handlungen. Die resultierenden Schuldverhältnisse sind beiden Parteien gemeinsam und für beide ein und dasselbe; sie erfassen die für beide Partner sich ergebenden Rechte und Pflichten mit allem Wenn und Aber, d.h. unter Einschluss von bloss potentiell für die eine oder andere Partei eintretenden Rechte, Einwendungen und Einreden.

VII. «Schuldverhältnis» im erweiterten Sinn verfehlt seine Aufgabe

Die Rechtfertigung oder gar Notwendigkeit des vom Gesetzgeber neu eingeführten Begriffs Schuldverhältnis im erweiterten Sinn ist nicht ohne weiteres erkennbar. Unmittelbare praktische Bedeutung haben allein aktuelle Recht-Pflicht-Beziehungen i.S. der herkömmlichen Obligationen, welche, wenn auch allgemein und als Sammelbezeichnung, sich auf inhaltlich bestimmte Forderungsverhältnisse beziehen⁴⁴. Auf diese sind denn auch ausserhalb Deutschlands sämtliche Schuldrechtskodifikationen ausgerichtet. Hier wäre zu fragen nach Bedeutung und Rechtfertigung der Einführung von «Schuldverhältnis im erweiterten Sinn» (Begriff 2).

⁴⁴ Vgl. dazu oben Ziff. I.6.

1. Veranschaulichung

Die dem erweiterten Schuldverhältnis innewohnende Ausweitung des Blickfeldes auf sämtliche einer Rechtsbeziehung immanenten rechtlichen Dimensionen ist streckenweise hilfreich. Wenn das BGB den *Kauf* nicht bloss Vertrag nennt, sondern ihn darüber hinaus als Schuldverhältnis qualifiziert, führt dies zur Einsicht, dass die Wirkungen des Kaufs über die Obligationen der Sach- und der Preishingabe hinausgehen und im Hintergrund Gewährleistungspflichten lauern, die nicht im Regelfall, wohl aber bei Vorliegen von Rechts- oder Sachmängeln sich aktualisieren werden. Bei einer vollzogenen *Schenkung* wird man, nach einer Obligation Ausschau haltend, nur deren Abwesenheit feststellen können, während die Betrachtung als Schuldverhältnis daran erinnert, dass im Falle der Verarmung des Schenkers ein Kondiktionsanspruch desselben (§ 528 BGB) droht und auch weitere Fälle des Widerrufs bestehen (Art. 249 OR; § 530 BGB).

Ein Schuldverhältnis im erweiterten Sinn dauert weiter, auch wenn infolge Erfüllung die in ihm enthaltenen Obligationen allseits erloschen sind. Diese Feststellung ist nicht bloss historische Reminiszenz, sondern hat Bedeutung als Rechnungsposten mit dem Potential erneuter Aktualisierung aufgrund neuer Ereignisse. Bei allen rechtsgrundabhängigen Verfügungsgeschäften (so meist in der Schweiz) hängen Verfügungswirkungen vom Bestand eines gültigen Grundgeschäfts ab, was sich mit dieser Figur anschaulicher begründen lässt als mit dem Hinweis auf die durch Erfüllung bereits getilgten Obligationen. In Deutschland behält die Berufung auf Verträge vergangener Zeiten bei abstrakten Verfügungen im Rahmen der Abwehr von Kondiktionsansprüchen Bedeutung.

Veranschaulichung ist die Wirkung der neuen Figur Schuldverhältnis: Einerseits werden mit einem Wort sämtliche *Rechtsfolgen* eines bestimmten Sachverhaltes erfasst, zum anderen aber auch dieser Sachverhalt in direkten Bezug zu den die Rechtsbeziehungen der Parteien auslösenden Fakten gestellt. Die im Abschnitt 8 des zweiten Buches des BGB umschriebenen einzelnen Schuldverhältnisse sind bezogen auf je die sie auslösenden Lebensvorgänge. Wie bei allen Oberbegriffen liegt die Hauptaufgabe von «Schuldverhältnis» darin, zusammenfassenden Überblick zu schaffen, unterscheidende Einteilungen zu ermöglichen (vorab nach dem Ursprung: vertraglich, deliktisch oder

sonstiger) oder Sondergruppen herauszustellen (etwa jene der «Dauer-schuldverhältnisse»).

2. Verfehlte Funktion

Im hier betrachteten System ist das Schuldverhältnis im erweiterten Sinn Oberbegriff zum herkömmlichen Begriff der Obligation. Als neu zum bisherigen Begriff 1 hinzutretender Begriff 2 hätte das Schuldverhältnis im erweiterten Sinn die Aufgabe, neu eine Gegenposition zu der seit je bekannten Obligation zu schaffen und damit die Verschiedenartigkeit der beiden Erscheinungen herauszustellen. Diese Aufgabe wird vereitelt durch die Namengebung: Wie soll Andersartigkeit zweier dogmatischer Figuren demonstriert werden, wenn sie beide den gleichen Namen tragen? Soweit die Doktrin zum BGB sich am Gesetzeswortlaut orientiert, kann es ihr nicht gelingen, die beiden Dinge auseinander zu halten. Die geschuldete Gesetzestreue wird anscheinend dahin verstanden, dass es nicht bloss gelte, sich den normativen Anordnungen des Gesetzgebers unterzuordnen, sondern auch dessen Diktion und Denkweise zur eigenen zu machen. Soweit man auf Begriffsbestimmungen nicht überhaupt verzichten will, zwingt die Unterordnung unter den Sprachgebrauch des Gesetzes auch die Doktrin zu nebelhafter Sprache, welche präziser Begriffsbildungen aus dem Wege geht (dazu Beispiele oben Zif V/3). Dies ist das heute vor uns stehende Bild. Natürlich erkennen kritische Autoren ebenfalls die hier herausgestellte Gegensätzlichkeit, so neben VON TUHR (oben Fn. 42) vor allem ERNST KRAMER (Münchener Kommentar, 4. Auflage, Bd 2a; Einleitung vor § 241; Zif.III N. 13; in der folgenden Note kommt auch Reserve gegenüber «organizistischen Ansätzen» wie in gleich folgender Zif. 3 beschrieben). Neben ihm auch einige andere. Aber diese Schwalben machen noch keinen Sommer und können am vorherrschenden Habitus der BGB-Doktrin nichts ändern.

Resultat: Der Begriff Schuldverhältnis im erweiterten Sinn ist hilfreich und nützlich, um den Gegensatz zu Obligation herauszustellen, verfehlt aber infolge seines Namens diese Aufgabe. Die Welt wäre in Ordnung, wenn Obligation auch im BGB weiterhin Obligation hiesse und «Schuldverhältnis» nur den erweiterten Sinn (jener von Begriff 2) übernommen hätte. Diesen Zustand hätte leicht die Schuldrechtsreform herstellen können; angesichts der Prädominanz derartigen Ver-

ständnisses von «Schuldverhältnis» (dazu oben Zif.VI.1) wäre von den Juristen wenig Umdenken gefordert worden.

3. Über-verengter Vertragsbegriff des BGB als zusätzliche Rechtfertigung?

In der Vertragsdoktrin wird die Doppelbedeutung des Wortes «Schuldverhältnis» oft als ein Vorgang der «Ausweitung» des Verständnisses ursprünglichen Sinngehalts als Obligation verstanden⁴⁵ und die Ausweitung des Begriffs Schuldverhältnis als eine Einladung gedeutet, insbesondere den Vertragsbegriff freier zu handhaben, als dies der Gesetzeswortlaut an sich gestatten würde.

In diesem Zusammenhang wird etwa die von HERMANN STAUB eingeführte Figur der «positiven Vertragsverletzung» genannt, der 1902 die Forderung erhob, Vertragsverletzungssanktionen nicht bloss aus dem Unterlassen gehöriger Erfüllungsleistung abzuleiten, sondern auch aus Schlechterfüllung und insbesondere der Verletzung von Unterlassungspflichten⁴⁶. Vor der Schuldrechtsreform lautete § 286 Abs. 1 BGB: «Der Schuldner hat dem Gläubiger den durch den Verzug entstandenen Schaden zu ersetzen.» Die Forderung STAUBS ging dahin, von der Beschränkung von Sanktionen auf das Ausbleiben von positiven Vertragsleistungen abzugehen und auch die Verletzung von Unterlassungspflichten und Nebenpflichten angemessen zu sanktionieren. Dies ist gewiss sinnvoll und, was STAUB zu erwähnen unterlässt, ausserhalb Deutschlands seit je geltendes Recht⁴⁷. Der dieser These zuteil

⁴⁵ Dies in Widerspruch zu der Tatsache, dass im Text des BGB seit dem ersten Tag die beiden Sinngebungen nebeneinander stehen mit sofort erkennbarem, unterschiedlichem Gehalt. Das der Obligation entprechende Schuldverhältnis im engeren Sinn ist sodann seit zwei Jahrtausenden klar definiert und fixiert auf inhaltlich bestimmte Forderungen und Schuldpflichten; eine Wandlung von Obligation hin zu neuer Sinngebung kann nicht im Ernst erwogen werden.

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

⁴⁷ Der französische CC, Art. 1142: «Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en damages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur»: Verletzung von Pflichten des Tuns wie Unterlassens löst Schadenersatzpflicht aus. Im österreichischen ABGB wird Schadenersatzpflicht i.S. der §§ 918 ff. ausgelöst durch Ausbleiben von «Handlungen, worunter auch Unterlassungen gehören» (§ 917). Im

gewordene Beifall und das von ihr ausgelöste grosse Echo kann dort nur müdes Lächeln auslösen. STAUB fordert eine Rechtslage, die weit herum selbstverständlich ist. Allein die bei wörtlichem Textverständnis des BGB sich ergebende entgegengesetzte Lösung macht STAUBS These notwendig und gibt ihr Bedeutung.

Der im BGB-Kommentar von PLANCK diesen partiell ablösende HEINRICH SIBER schlägt vor, «das Wort Schuldverhältnis [...] nur im *Sinne eines Organismus zu gebrauchen*; man müsste sonst das Schuldverhältnis im weiteren und engeren Sinne unterscheiden und unter dem letzteren den Einzelspruch verstehen [...]». Das ist die auch hier postulierte Unterscheidung zweier Begriffe und darüber hinaus der Vorschlag, das Schuldverhältnis im erweiterten Sinne ganz ins Zentrum zu rücken und es als *Organismus* zu titulieren. Solche Sprachschöpfung und Bildung von Pseudobegriffen hat aber mit Dogmatik wenig zu tun, ist Schönrederei und Stimmungsmache. Derartig phantasievolle Sprache war in den dreissiger Jahren beliebt⁴⁸, und verwandte Formeln halten sich bis in neueste Zeit⁴⁹. Statt begrifflich saubere Diktion Wortspielereien.

CH/OR knüpft Art. 97 Schadenersatzfolgen an jegliche Art der Nichterfüllung vertraglicher Pflichten. Dazu und zur «positiven Vertragsverletzung» HAUPTS schreibt 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.» Der *spanische Código Civil* 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. Ähnlich die meisten Gesetze. Und so rund herum.

⁴⁸ Etwa HEINRICH LANGE, Vom alten zum neuen Schuldrecht, 1934, Ziff. 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 Einzelsprüchen [...]». Oder es heisst, dass sich «das Schuldverhältnis aus einem äusseren Leistungsmechanismus zu einer inneren Vertrauensgemeinschaft vertieft [...]» LARENZ sprach von «konkreten Begriffen» usw. Vgl. «Über Gegenstand und Methode völkischen Rechtsdenkens», Berlin 1938.

⁴⁹ KARL LARENZ (Fn. 41) 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).

Ausser Zweifel steht die Notwendigkeit der von STAUB geforderten und weiterer gesetzeskorrigierender Schritte, wie sie von der Doktrin angeregt und in der Praxis realisiert wurden. Anlass und Rechtfertigung derartiger Entwicklungen sind die dem BGB seit seiner Geburt anhaftenden Mängel. Dass der Neologismus «Schuldverhältnis» derartige Besserungen gefördert hat, lässt sich nicht belegen. Die von STAUB postulierte «positive Vertragsverletzung» nimmt keinen Bezug zu diesem Topos. Die zur Grundlage aller denkbaren extralegalen Obligationentstehungsgründe herangewachsene Theorie der *culpa in contrahendo*⁵⁰ hat keinerlei Zusammenhang mit der Figur oder dem Terminus «Schuldverhältnis»; JHERING bezieht sich in seinem Aufsatz von 1861 nicht auf den damals eben erst auftauchenden Terminus. Das Reichsgericht spricht in seinem Linoleumrollen-Entscheid des Jahres 1911 (RGZ 78, 239–241) zwar von einem «den Kauf vorbereitende[n] Rechtsverhältnis zwischen den Parteien, das einen vertragsähnlichen Charakter trägt», ohne aber diese weit über positives Gesetzesrecht hinausgreifende Begründung in irgendeiner Form in Verbindung mit dem Topos «Schuldverhältnis» zu bringen.

VIII. Begriff 3: «Schuldverhältnis» neu eingefügt in der Schuldrechtsreform von 2002

1. Texte (§ 311 Abs. 2 und 3 mit Hinweis auf § 241 Abs. 2; § 280 Abs. 1 BGB)

Wenn wir die Evolution der Bedeutung des Wortes Schuldverhältnis in der Gesetzgebung bis zu deren Ende verfolgen, gelangen wir in unser noch junges Jahrhundert: Die sog. *Schuldrechtsreform* hat dem Terminus «Schuldverhältnis» einen weiteren, dritten Sinngehalt beigefügt, der sich, normlogisch gesprochen, weit von den beiden anderen bisher betrachteten Bedeutungen des Wortes entfernt.

Abschnitt 3 des BT («Schuldverhältnisse aus Verträgen») wird eröffnet mit § 311 BGB (früher § 305 BGB). Dem unverändert gebliebenen Absatz 1, welcher der Begründung von Schuldverhältnissen

⁵⁰ Vgl. dazu unten IX. 4.

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.»

Der weiterhin zugefügte Abs. 3, der die Erstreckung der Schuldverhältnis-Wirkungen auf Dritte behandelt, ist hier nicht von Interesse.

Der zitierte Text von Abs. 2 ist inhaltlich schwer zu fassen und für den Leser, der nicht profundes Vorverständnis mitbringt, unverständlich. Nach allgemeiner Ansicht hat er die Aufgabe, das bisher unter dem Titel der *culpa in contrahendo* extralegal entstandene Richterrecht im Gesetz festzuschreiben⁵¹. Dies kann dem Text nicht entnommen werden. Dieser ist seltsam und Erstaunen erregend. Zur Normierung stünde an der weite Sachbereich aller erwünschten, aber bisher von den Kodifikationen beiseite gelassenen Obligationentstehungsgründe. Der Gesetz gewordene Text erfasst, wenn wörtlich genommen, nur einen marginalen Problembereich (selbst c.i.c. im Sinne JHERINGS bleibt ausserhalb): Der offen vor uns liegende Widerspruch zwischen Willen des Gesetzgebers und Wortlaut des Gesetzes fordert Glossierung heraus (folgende Ziffern 3 und 4, unten Zif. IX).

2. «Schuldverhältnis» hier aktuell befehlende Norm

Den Begriffen 1 und 2 in den oben festgestellten Bedeutungen ist gemeinsam, dass sie beschreibende Allgemeinbegriffe ohne normativen Gehalt sind und selber keine aktuellen Pflichten bezeichnen, sondern nur auf solche verweisen. Anders die hier zitierte Regel von § 311 Abs. 2 BGB. Der zu betrachtende Normgehalt ist aufgesplittert auf zwei verschiedene Fundorte: § 311 Abs. 2 BGB nennt die erfassten Tat-

⁵¹ Palandt/HEINRICHS, 64. Aufl. (2005), § 311 Rn. 11 «Verschulden bei Vertragsverhandlungen (*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 angewandten Rechtsgrundsatz keine Änderungen».

bestände (Aufnahme von Vertragverhandlungen usw.), und § 241 Abs. 2 BGB⁵² statuiert die diesfalls eintretenden Pflichten (solche «zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils»). Die im Falle der Verletzung genannter Rechtspflicht eintretenden Sanktionen finden sich an dritter Stelle (§ 280 Abs. 1 BGB⁵³).

Die an den Terminus «Schuldverhältnis» angeknüpfte, aktuell geltende Verhaltenspflicht ist etwas gänzlich Neues, bisher im BGB nicht Vorhandenes. Zur Veranschaulichung einmal mehr der Kauf: Die Aussage, dass die Parteien einen Vertrag geschlossen haben und damit in einem Schuldverhältnis zueinander 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» gemäss § 241 Abs. 2: Es folgt *ex lege* und offenbart die in ihm enthaltenen Pflichten in voller Tragweite selber. Das den Verhandlungspartnern durch diese Bestimmung als Folge der «Aufnahme von Vertragsverhandlungen» auferlegte Schuldverhältnis (§ 241 Abs. 2) tritt als direkt anwendbare Befehlsnorm auf. Der hier angetroffene Befund ist einmalig. Nirgends sonst bedeutet Obligation eine konkrete, vom Gesetzgeber angeordnete generelle Verhaltenspflicht, und noch weniger erwartet man dies vom Begriff Schuldverhältnis, der in seiner ausgeweiteten Variante gegenüber «Obligation» auf höherer Abstraktionsstufe steht.

Die genannte Regel tritt als Befehlsnorm auf, ist aber eine Generalklausel ohne klaren Konturen. Das «Gebot der Rücksicht» ist ein Moralgebot (eine im Anspruch herabgestufte Variante des Gebots: «du sollst deinen Nächsten lieben wie dich selbst»⁵⁴), das sektoriell für Vertragsverhandlungen *kommerzielles Wohlverhalten* gebietet und für den Verletzungsfall eine Sanktion androht. Funktional liegt nichts anderes vor als eine an die Gerichtsbarkeit gerichtete Ermächtigungsnorm, die vorliegende Blanco-Regel fallweise mit dem gut scheinenden Gehalt zu füllen. Derartige allgemeine Gebote wurden bisher nirgends als Ob-

⁵² § 241 Abs. 2 BGB: «Das Schuldverhältnis kann nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten.»

⁵³ § 280 Abs. 1 BGB: «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.»

⁵⁴ Moses 3,19,18.

ligationen (Schuldpflichten) oder gar als Schuldverhältnisse im erweiterten Sinn gedeutet.

3. Fragwürdige Normpräsentation

Die Normpräsentation der Neuregelung überrascht den ausländischen Betrachter: Deren Verschachtelung (Verteilung auf drei verschiedene Fundstellen: § 311, § 241 und zur Sanktion § 280 BGB), aber auch die Umschreibung der Ersatzpflicht-Voraussetzungen nicht (wie im Vorbild, der Umschreibung der *culpa in contrahendo*-Haftung) durch Umschreibung des sanktionsauslösenden Fehlverhaltens, sondern durch Statuierung einer Verhaltensnorm, diese enthalten in einer vagen Generalklausel⁵⁵.

Der Zweck der Neuerung, dahin umschrieben, die bis anhin unter der Etikette *culpa in contrahendo* (*c.i.c.*) segelnde extralegale Rechtsüberlieferung im Gesetz zu verankern, mag verwirklicht werden. Aber diese gesetzgeberische Absicht kann dem Wortlaut des Gesetzes nicht entnommen werden, und das angestrebte legislatorische Ziel wird nur deshalb erreicht, weil die deutsche Juristenschaft dieses zum Vornher ein kennt und bisher bestehende, nun abundante Literatur 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 mit § 311 Abs. 2 BGB zur *Rechtsquelle* erhoben.

4. Wortlaut und angestrebter Inhalt des Gesetzes nicht zu vereinbaren

Vor uns steht die Behauptung, dass der Reformgesetzgeber mit den hier betrachteten Normen keine Neuerung beabsichtigte, sondern das Ziel hatte, die bisherige Rechtsüberlieferung festzuschreiben und im Gesetze zu verankern, die im Lauf fast eines Jahrhunderts entstand

⁵⁵ Die Aufteilung der Normaussage (Pflicht der Rücksichtnahme bei Vertragsverhandlungen) führt zu einem Text, der genau genommen bloss eine *Kann-Regel* ist (§ 241 Abs. 2 BGB: «[...] kann [...] zur Rücksicht [...] verpflichten») und offen lässt, wann die potentielle Pflicht zur aktuellen wird. Auch mit dieser «Kann-Regel» sagt das Gesetz wahrscheinlich nicht das, was seine Väter sagen wollten.

und in Deutschland zuletzt meist der Figur der c.i.c. zugeordnet wurde. Aber die im Gesetz niedergelegten Formeln stehen in Widerspruch zu genanntem Gesetzgebungswillen.

Sämtliche Schuldrechtskodifikationen beschränken die Obligationentstehungsgründe auf Vertrag und Delikt und deren Nebenpositionen der *condictio* und der *negotiorum gestio*. Die dem Schuldrecht aller Privatrechtskodifikationen gestellte Aufgabe geht dahin, die bei dieser gesetzgeberischen Simplifizierung verloren gegangenen Positionen wieder zu erwecken. Diese Pflichtentstehungsgründe fanden keine Aufnahme im Gesetz, weil sie keinem der von den Kodifikationen rezipierten Obligationentstehungsgründen zugeordnet werden konnten.

Fehlende Möglichkeit der Zuordnung zu Vertrag oder Delikt ist der Grund des Fehlens der hier betrachteten Obligationen. Das Merkmal fehlenden Vertragsbezugs begleitet sie auch bei deren pararegaler Anerkennung oder nun in Deutschland bei der Verankerung im BGB. Der vom Reformgesetzgeber gewählte Weg, die Entstehung der anzuerkennenden Obligationen an das Führen von Vertragsverhandlungen anzuknüpfen, geht zum Vornherein in die falsche Richtung: Wesensmässig vertragsfremde Tatbestände lassen sich nicht mit Bezugnahme auf Verträge oder deren Abschluss anstrebende Verhandlungen erfassen.

IX. Herausforderung der Lehre

Der Widerspruch zwischen bestehender gesetzlicher Formulierung und gesetzgeberischer Absicht weckt Befürchtung in verschiedener Hinsicht. Dazu die an- und abschliessenden Bemerkungen.

1. Rechtsdurchsetzung in Gefahr

Die Annahme, die bisher unter dem Argument c.i.c. entstandene Praxis werde trotz des Derartigen nicht gestattenden Wortlautes auch in Zukunft weiter bestehen und gar sich in gebotener Weise weiter entfalten, ist schön, aber vielleicht eine Illusion. Der Schreibende, durch Erfahrung der Praxis geprägt, kann nicht guten Gewissens derartig treuherzigen Optimismus übernehmen. Vor uns steht eine in vagen

Umrisen auftretende Generalklausel, deren Anwendung und Durchsetzung in jedem Einzelfall erkämpft werden muss. Der in Haftung Genommene, nach § 280 BGB auf Schadenersatz Verklagte wird die ihm meist offen stehende Möglichkeit, sich auf die Absenz von Vertrag und Vertragverhandlungen zu berufen, mit Gewissheit benutzen, was Abweisung des Anspruchs fordert, sobald man sich an den Gesetzeswortlaut hält. Keinerlei Gewissheit besteht, dass derartige, auf unstrittige Fakten gestützte Argumentation immer erfolglos sei. Verunsicherung des Richters begleitet daher zwangsläufig die Anwendung der Gesetzesnovelle. In Widerspruch zu klarem Gesetzeswortlaut zu entscheiden erfordert vielleicht Mut, gewiss aber Worte der Begründung, und umgekehrt ist Verwerfung des Anspruchs einfach.

Der Verwirklichung derartiger Gefahr entgegensteuern kann allein die Doktrin. Lehre seitens deutscher Autoren ist gefordert; Bemerkungen ausländischer Beobachter nutzen nicht.

2. Doktrinelles Bearbeiten gefordert

Eine auf die verschiedenartigen denkbaren Anwendungsfälle ausgerichtete Wissenschaft ist bereits zur Sicherung der Durchsetzung des hier betrachteten Instituts in der Praxis notwendig. Dessen weiterer Anwendungsbereich kann nur durch Aufzeigen einer umfassenden Kasuistik gewährleistet werden, deren Darstellung nicht ohne Aufteilung in Untergruppen möglich ist. Aber zum Anliegen der Sicherung bisherigen Rechtszustandes kommt hinzu die Notwendigkeit weiterer Entwicklung des Rechtsbereichs der in den Kodifikationen fehlenden Pflichtgründe. Zu den Gegenwartsaufgaben der Zivilistik gehört das Erforschen und Erkennen der (systembedingten und angesichts der Kodifikationsforderung nirgends ganz verhinderten) Schwächen der bestehenden Gesetzbücher. Im Schuldrecht stehen in vorderster Reihe jene Obligationsentstehungsgründe, die wegen nicht möglicher Zuordnung zu Vertrag oder Delikt in den Gesetzbüchern keine Aufnahme fanden und heute wiederum zum Leben zu erwecken sind.

Der genannten Aufgabe hat sich die Wissenschaft des Schuldrechts bisher meist entzogen. In Deutschland sind zwar zwei bedeutsame und weiterführende Theorien aufgekommen. Aber in den letzten zwei Jahrzehnten wurde die Anerkennung paralegaler Entstehungsgründe ganz überwiegend als Anwendung der c.i.c.-Doktrin gedeutet, zu wel-

cher aber in Wahrheit bloss ausnahmsweise ein Bezug besteht. Derartiges Vorgehen bedeutet *Verweigerung wissenschaftlicher Betrachtung*. Solche würde gesonderte Analyse des Einzelfalls und Herausstellen der für ihn typischen Deziionsregel fordern. Die bisherige zu c.i.c. ergangene Literatur gibt keinen Überblick über das gesamte zu bearbeitende Feld der fehlenden Obligationsgründe, und es fehlt eine Ordnung, welche die zu unterscheidenden Fallgruppen in den je für sie charakteristischen Merkmalen aufzeigt.

Natürlich bestehen bereits Ansätze zu differenzierender Betrachtung. Grundlage künftiger Doktrin kann sein die von CLAUS-WILHELM CANARIS entwickelte Lehre der *Vertrauenshaftung*. Dieser Autor hat bereits dem Schweizer Bundesgericht das Stichwort zu dessen zukunftsweisender Vertrauenshaftungs-Rechtsprechung geliefert (dazu gleich folgend Zif. 3). Der von ihm geleistete Nachweis, in wie grossem Umfang Vertrauenshaftung im positiven Gesetzesrecht wie auch in der Gerichtspraxis sich verwirklicht findet, beschränkt sich zwar auf die Deutung gegebener Gesetzgebung und deren judizielle Handhabung^{55a}. Das legt aber die Basis zum nächsten Schritt, der dahin gehen muss, die bisher *ex post* in der Gerichtspraxis als wirksam erkannten Regeln als künftig gebietende Normen zu verstehen. Diese sind, wie festzuhalten ist, weder als vertragsrechtliche noch als deliktsrechtliche zu qualifizieren, geht doch die heute gestellte Aufgabe dahin, die in legislatorischer Simplifizierungsnot verloren gegangenen *obligationes variarum causarum figuris* neu zu entdecken (oben Fn. 56 und 59).

Ursache bisheriger Beschränkung auf das c.i.c.-Argument ist das *Verfehlen der historischen Perspektive*. Der Blick in die Vergangenheit zeigt, dass das unter dem Titel *culpa in contrahendo* und unter dem schlechten Name «faktische Vertragsverhältnisse» Geforderte, aber auch das in der Schweiz nun zutreffend «Vertrauenshaftung» Genannte zwei Jahrtausende zurückreicht und bereits im alten Rom Vorbilder

^{55a} Ausgangspunkt ist das *magnum opus* des Jahres 1971: CLAUS-WILHELM CANARIS, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht. DERS. Die Vertrauenshaftung im Lichte der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in 50 Jahre Bundesgerichtshof, hrsg. von Canaris et al., München 2000, S. 129–197, bes. S.171 ff. («Die vertrauensrechtliche Schadenersatzhaftung») mit abundantem Nachweis von Judikatur und Literatur. Hier wird der Weg gewiesen in die vertragsfernen Bereiche, die m.E. hinsichtlich praktischer Bedeutung im Vordergrund stehen.

besitzt⁵⁶. Von juristischen Neuerungen (gegenüber welchen im Obligationenrecht als der Disziplin mit längster Tradition immer Bedenken angezeigt sind) kann keine Rede sein: Das Geschäft, von dem wir hier sprechen, ist jenes, Simplifizierungsschäden heutiger Kodifikationen zu kurieren und gute alte Traditionen, die in der Ära der Privatrechtskodifizierung verloren gingen, wieder zu erwecken. Das heute neu zu Verwirklichende ist alt und war in früheren Zeiten selbstverständlich. So kann denn zu einer Sache, die in Deutschland noch als missliebige Neuerung verstanden wird, CANNATA titeln: «Das faktische Vertragsverhältnis, oder die ewige Wiederkehr des Gleichen» (Fn. 56 und 59).

An dieser Stelle allein einige Hinweise auf die Entwicklung in der Schweiz. Dort wurden zwar die 1861 von JHERING vorgetragenen Postulate ohne Verzug in die in Vorbereitung stehende Gesetzgebung übernommen, im Übrigen diente die c.i.c. aber auch in der Schweiz lange Zeit als Grundlage der zu postulierenden extralegalen Obligationen. Wenn die Differenzierung heute gegenüber jener Deutschlands weiter fortgeschritten ist, so allein, weil die I. Zivilabteilung des Bundesgerichts 1984 die «faktischen Vertragsverhältnisse» und zehn Jahre später die Vertrauenshaftung als eigenständige Figuren festschrieb und damit der weiteren Entwicklung die gute Richtung wies.

3. Der gegenwärtige Stand in der Schweiz

Zum *Ablauf der Ereignisse*: Im deutschen Sprachbereich hat 1861 JHERING mit seiner c.i.c.-Doktrin als Erster einen Versuch der Einführung eines neuen Obligationenentstehungsgrundes unternommen⁵⁷. Ihm folgte 1941 HAUPT mit seinen (unglücklich benannten und präsen-

⁵⁶ Zu *culpa in contrahendo* die von JHERING selber angeführten Beispiele (Fn. 57). CARLO AUGUSTO CANNATA hat gezeigt, dass das heute *faktischen Vertragsverhältnisse* Genannte in den römischen Quasi-Kontrakten Vorläufer hat und selbst der Name (richtig gestellt) in romanistischer Tradition Jahrhunderte alt ist (Fn. 59). Zu der neuen *Vertrauenshaftung* war es für den (im römischen Recht nur dilettierenden) Schreibenden ein Leichtes, herauszufinden, dass die *actio de deiectis et effusis*, vor allem aber die (von den Kodifikationen nicht übernommenen) *recepta* bereits die Vertrauenshaftungsregel vorwegnehmen (die *recepta nautarum, stabulariorum* etc.; heute noch aktuell das von der Doktrin der Schiedsgerichtsbarkeit zu wenig beachtete *receptum arbitri*, dazu BUCHER in Festschrift für Peter Schlosser, München 2005 [www.eugenbucher.ch] Nr. 93, und weiterhin auch Nr. 81)).

⁵⁷ R. JHERING, in *Jahrbücher für Dogmatik* Bd. 4 (1861), S. 1–112. Er weist auf Vorläufer im römischen Recht hin: Dig. 18,1,62,1 oder Inst. 3,23,5; Verkauf von unverkäuf-

tierten⁵⁸) «faktischen Vertragsverhältnissen»⁵⁹, die in BGE 110 (1994) II 246 rezipiert wurde. Vorläufigen Endpunkt setzt mit seiner Berufung auf Vertrauenshaftung der Entscheid BGE 120 (1994) II 246 des schweizerische Bundesgericht. Die in zeitlichem Abstand hervorgetretenen drei Tatbestandsgruppen haben keinerlei nationalen Bezug, und was in der Schweiz vorkommt, hat sich in ähnlicher Form in Deutschland und andernorts bereits zugetragen oder wird wenigstens in Zukunft aufkommen. Und wie in der Schweiz wird auch andernorts das sachliche Ergebnis, repräsentiert durch die sich herausbildende Gerichtspraxis und die im Entstehen begriffene Tradition, gelegentlichen Widerspruch, aber im Übrigen meist Zustimmung finden.

Im Folgenden ergänzende Hinweise zum gegenwärtigen Erscheinungsbild der drei Sachbereiche, deren Erfassung auch in der Schweiz noch in den Anfängen steht. Vorab aber ist zu zeigen, dass in allen drei Tatbestandsgruppen ein Bezug zu Vertragsverhandlungen der Beteiligten regelmässig fehlt.

a) Die *culpa in contrahendo*-Doktrin JHERINGS ist auf Vertragsschluss, nicht aber auf Verhandlung ausgerichtet (*contrahere* heisst nicht feilschen, sondern das Jawort geben). Der nach diesem Postulat

lichen heiligen Stätten oder eines Freien als Sklaven. Die Konsistenz der Theorie und dieser Vorbilder ist allerdings fraglich; dazu D. MEDICUS, in FS für Max Keller (Zürich 1989) S. 205 ff., und in FS für Max Kaser (Wien 1986) S. 169 ff.

⁵⁸ Verträge können nicht «faktisch» sein. Die von HAUPT einbezogene Benützung öffentlicher Verkehrsmittel und Bezug von Wasser oder Elektrizität aus der Leitung gehören nicht zum Thema, schliessen doch die regelmässig hoheitlich konzessionierten und Kontrahierungspflicht, Fahrplanpflicht und dgl. unterworfenen Unternehmen keine privatrechtlichen Verträge. Sodann ist abwegig die Grundkonzeption, in seinen Beispielen würde aus den Fakten Verträge entstehen und erst diese ihrerseits Leistungspflichten begründen. Fakten lösen als solche die angemessenen Pflichten aus; so die Sicht seit der Antike (Hinweise in Fn. 59) und auch von Beginn an jene der schweizerischen Bundesgerichtspraxis.

⁵⁹ GÜNTER HAUPT, Über faktische Vertragsverhältnisse (Antrittsvorlesung 1941 an der Universität Leipzig), publiziert in Festschrift für Heinrich Siber, Leipzig 1943, S. 1–37. HAUPT wusste nicht, dass seine Theorie in den römischen Quasi-Kontrakten vorweggenommen ist; selbst seine Wortwahl hat Vorläufer: *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 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 wir diese Hinweise verdanken.

zu ersetzende Schaden ist nicht die Folge mangelnder Rücksicht beim Verhandeln, sondern der Tatsache des Abschlusses eines Vertrages, der aus beim einen der Partner liegenden Gründen nicht abgewickelt werden kann und dem Gegner dadurch Schaden verursacht. Zur Berufung auf c.i.c. besteht in der Schweiz seit der Ausgliederung der nicht hierhin gehörenden Tatbestände kaum mehr Anlass⁶⁰.

b) In den als *faktische Vertragsverhältnisse* benannten Fällen hat der zu verpflichtende Schwarzfahrer oder Hausbesetzer nicht verhandelt, sondern Vertragsverhandlungen mit List oder Gewalt zu verhindern versucht. Der zur Bezahlung einer Gegenleistung für jahrelanges Benutzen eines Autos Verpflichtete (so der *leading case* von BGE 110 II 246⁶¹) trägt kein Verschulden beim Verhandeln (das die Ungültigkeit auslösende Vertragsformular stammte vom Veräusserer, und der Erwerber wusste bei Vertragsschluss vermutlich nicht um die Formnichtigkeit)⁶². Gleiches gilt bei den weiteren hier einzuordnenden Beispielen.

c) Die *Vertrauenshaftung* trifft denjenigen, der bei einem Dritten das Vertrauen auf Sicherheit (d.i. Abwesenheit von Risiken bestimmter Art) geweckt hat und dieses Vertrauen sich als unberechtigt erweist. Erstes Judikat ist der Linoleumrollen-Entscheid des Reichsgerichts (RGZ 78, 239), der mit JHERINGS Postulaten nichts zu tun hat, wohl aber bereits die jetzt Vertrauenshaftung genannte Haftungsregel praktiziert (richtigerweise wird weder Verschulden noch ein Bezug zu Kon-

⁶⁰ MUNZINGER hat die Anliegen JHERINGS sofort in seine Entwürfe aufgenommen und diese vor allem um die vollmachtlose Stellvertretung erweitert. Heute Art. 26, 39 und dazu 36 Abs. 2 CH/OR, auf der gleichen Linie später Art. 411 Abs. 2 ZGB. Ebenso in der Folge § 122 BGB für die Willensmängelanfechtung; zur fehlenden Vertretungsmacht § 179 BGB.

⁶¹ BGE 110 II 246; Annahme einer *situation contractuel de fait*. Im Falle eines als *contrat leasing* bezeichneten und nach Art. 226 a ff. OR 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.

⁶² Dazu noch 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 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 argumentativ fast durchwegs die These ablehnt, aber in der Sache selbst sie vielfach verwirklicht.

trahieren gefordert: Wer aus was für Gründen auch immer zum Besuch von in seiner Verantwortung stehenden Räumen einlädt, haftet gegenüber den Besuchern zwar nicht für alle Schadensfaktoren, wohl aber für solche, die ihm selber zuzurechnen sind; so die stürzenden Rollen im RGZ-Entscheid). In dem die «Vertrauenshaftung» explizit so benennenden und damit als extralegalen Haftungstatbestand einführenden *Swissair-Entscheid* (BGE 120 II 331) haftete die Fluggesellschaft für die Solvenz ihrer Tochtergesellschaft, weil in der Werbung die Beziehung der beiden betont worden war, bei Investoren die berechnete Erwartung weckend, die damals reputierte Mutter werde für korrektes Geschäften der Tochter wie auch deren Solvenz Gewähr leisten. Zahlreiche den Grundsatz bestätigende Urteile folgten⁶³.

In den genannten und weiteren Fällen bestand weder Vertrag noch irgendwelche Verhandlung zwischen dem Geschädigten und dem Haftenden. Auch wenn ein täuschendes Gutachten einen Dritten oder ein irreführendes Arbeitszeugnis einen anderen Arbeitgeber zu selbstschädigendem Verhalten veranlasst, besteht zwischen Verfasser und Geschädigtem keinerlei Beziehung vertraglicher oder sonstiger Art⁶⁴.

⁶³ BGE 121 III 350; BGE vom 7.1.1999 (*Monte Rosa*); veröffentlicht in französischer Übersetzung in Sem. Jud. 123 (2001) S. 541–549; die entscheidenden Teile des deutschen Originaltextes in recht 2001, S. 68–70 (Aufsatz BUCHER, Fn. 64). Eine Reihe von Entscheidungen weisen die Ansprüche ab, dies aber unter Bestätigung des Haftungsgrundsatzes: BGE 121 III 310; 124 III S. 297 ff., BGE vom 28.1.2000 (4C.296/1999) E. 3 und BGE 130 III 345.

⁶⁴ Dazu BUCHER, Was man aus einem Fall von «Putativ-Vertrauenshaftung» lernen kann, in recht 2001 S. 65–81; DERS. Vertrauenshaftung: Was? Woher? Wohin? in Festschrift für H.P. Walter, Bern 2005, S. 231–261 [www.eugenbucher.ch] Nr. 76 und 89]. – CHRISTINE CHAPPUIS und BÉNÉDICT WINIGER (Hgg.), La responsabilité fondée sur la confiance dans la jurisprudence du TF, S. 146–161; 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. 203 ff., 213 ff.) wie auch rechtvergleichende Hinweise auf die Entwicklung im Ausland (S. 235–262). – Aus der deutschen Literatur vor allem CANARIS (Fn. 64); sodann verdient Interesse WOLFGANG KRÜGER in Festschrift für Horst Hagen (Köln 1999) S. 409–424, der einleitend etwas den Hintergrund von neu BGB § 311 und § 241 Abs. 2 zeigt und im Übrigen die c.i.c.-Haftung des (bevollmächtigten!) Stellvertreters darstellt, die diesen gleich treffen soll wie jenen, für den er handelte. Genau besehen auch hier Vertrauenshaftung ohne Verhandeln in eigener Sache (wobei die geforderte Haftung weitgehend in jener aus geschlossenem Vertrag aufgeht, vorab beim Kauf in der Verkäuferegewährleistung).

4. Zum Schluss noch einmal «Rücksicht» i.S. von § 241 Abs. 2 BGB

Anschliessend an die Feststellung, dass die bisher unterschiedenen Tatbestandsgruppen wesensmässig nichts mit Verträgen und noch weniger mit Vertragsverhandlungen zu tun haben, soll nun umgekehrt vom Gesetz ausgehend gefragt werden, ob sich Beispiele finden lassen von Verhaltensweisen, welche die Auferlegung von Schadenersatzpflichten wegen mangelnder «Rücksicht» im Sinne von § 241 Abs. 2 BGB rechtfertigen.

Vertragsverhandlungen können nicht betrachtet werden ohne ihren Ausgang; Entweder bleiben sie erfolglos oder führen zu einem Vertrag. Da der Gesetzgeber seine Rücksichtsregel nicht auf eine der beiden Möglichkeiten beschränkt, müssen beide bedacht, d.h. in beiden nach Fällen möglicher sanktionsauslösender Rücksichtslosigkeit gesucht werden. Die Suche verspricht wenig Erfolg:

Kommt es zu einem Vertragsschluss, müsste sich das «Fehlen von Rücksicht» im Ergebnis, dem Vertrag, niederschlagen. Ist dies der Fall, wäre die angemessene Sanktion entweder Beseitigung oder mindestens inhaltliche Besserung des fehlerbehafteten Vertrags, denn ein neben solchem einhergehender Schadenersatz i.S. von § 280 Abs. 1 BGB macht selten Sinn. Zu Beseitigung oder Besserung des Vertrags bringt die hier betrachtete Regelung keine Neuerung.

Sind umgekehrt die Verhandlungen ohne Vertragsschluss und damit leeres Geschwätz geblieben, ist nicht leicht vorstellbar eine daraus resultierende, Ersatz fordernde Schädigung der einen Partei, die, um Ersatzpflicht i.S. von § 280 Abs. 1 BGB auszulösen, zudem schuldhaft zugefügt sein müsste. Im Themenbereich der Schadenszufügung durch Vertragsverhandlungen ist nur ein einziger Fall tatbeständlich klar umrissen und in der Literatur behandelt: Schädigung nicht durch die Art, sondern die *Tatsache* des Verhandels, d.h. das *Verhandeln ohne Abschlusswillen* und allein aus bösen Nebenabsichten (den Verhandlungspartner mit Verhandlungen hinzuhalten, ihn zu irgendwelchen Dispositionen zu veranlassen, dessen Verhältnisse auszukundschaften u.dgl. mehr). Derartige Tun hat der Schreiber bereits vor einem Vierteljahrhundert (und damals wohl als einer der Ersten) als möglichen Tatbestand von c.i.c. angeführt⁶⁵, glaubte aber bereits damals nicht, damit eine Sache von weit tragender Bedeutung aufgegriffen zu haben.

X. Blick zurück

1. Der Terminus «Schuldverhältnis» wurde zur Vermeidung des Fremdwortes «Obligation» an dessen Stelle in das BGB eingeführt und hat auch teilweise diese Bedeutung. Im ausgearbeiteten Text wird das gleiche Wort jedoch gleichzeitig verwendet, um obligationsbegründende Rechtsverhältnisse irgendwelcher Art zu erfassen, also vorab jeglichen Vertrag mit allen seinen Rechtswirkungen, und nicht bloss einzelne der aus ihm resultierenden Obligationen.
2. Im BGB stehen beide Begriffe neben einander, und «Schuldverhältnis» bedeutet bald den einen, bald den anderen Begriff, die hier durch den Zusatz «im engen Sinne» und «im erweiterten Sinne» als Begriffe 1 und 2 unterschieden wurden. Die BGB-Doktrin pflegt die beiden Sinngehalte nicht explizit auseinander zu halten. Die ausgeweitete Sinngebung (Begriff 2) hat aber im Gesetzestext Übergewicht und beherrscht insbesondere den ganzen auf die Normierung aller pflichtbegründenden Rechtsverhältnisse ausgerichteten Besonderen Teil des Schuldrechts. Seit Inkrafttreten des BGB steht diese Bedeutung im juristischen Sprachgebrauch in Deutschland im Vordergrund (die Verteilung der beiden Begriffsinhalte im BGB-Text in Ziff. VI).
3. Der Begriff des Schuldverhältnisses im erweiterten Sinn ist eine zwar nicht notwendige, aber nützliche Erweiterung des Begriffsinstrumentariums und bezeichnet die Gesamtheit von Rechtsbeziehungen, welche Obligationen schaffen können. Die Herausstellung des Gegensatzes und damit der Nutzen des neuen Begriffs wird indessen durch die gleichlautende Benennung beider Begriffe verhindert, und statt Klarstellung folgt Begriffsvernebelung, die durch erneute Benennung der Obligation als Obligation leicht zu beheben wäre.

⁶⁵ BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, § 17/III/2 (1. Aufl. 1979, 2. Aufl. 1988 [derzeit <www.eugenbucher.ch>]). Dem Verhandeln ohne Abschlusswille wurde zur Seite gestellt das informelle Abschliessen eines formbedürftigen Vertrages unter der in der Folge nicht eingehaltenen Zusicherung, den formellen Vertragsschluss nachzuholen.

4. Der Neologismus «Schuldverhältnis» findet sich erstmals im Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Bayern von 1861, der die Terminologie des BGB in vollem Umfang vorwegnimmt. In der Kodifikationsgeschichte des BGB spielt das bayrische Vorbild insgesamt eine wichtige Rolle, die weitere Untersuchung verdienen würde und auch zu klären hätte, woher die Väter des bayrischen Entwurfs die Inspiration zur Einführung von «Schuldverhältnis» und weiterer von BGB übernommener Besonderheiten bezogen haben.
5. In der Schuldrechtsreform von 2002 ist dem Wort Schuldverhältnis neu durch § 311 Abs. 2 BGB und dessen Verweisung auf § 241 Abs. 2 BGB ein weiterer, dritter Sinn beigelegt worden (Begriff 3). Diese Normen auferlegen den Partnern von Vertragsverhandlungen eine Schuldpflicht der «Rücksicht», damit das «Schuldverhältnis» zu einer direkt anwendbaren, individuell-konkreten Verhaltenspflichten aufstellenden Rechtsnorm machend (dazu Ziff. VIII). Nach unstrittiger Auffassung ist die legislatorische Absicht dieser Neuerung, auf diesem Wege die bisherige aufgrund der Lehre der *culpa in contrahendo* entstandene Rechtsüberlieferung im Gesetz festzuschreiben.
6. Der dieser Novelle zuge dachte Normgehalt kann dem Gesetzestext nicht entnommen werden. Aufgabe der der Figur der c.i.c. zugeordneten Praxis war es, die im Gesetz fehlenden Obligationsentstehungsgründe insgesamt zu erfassen. Diese haben aber nur ausnahmsweise einen Bezug zu Vertrag oder Vertragsverhandlung; die Ausrichtung des Rücksichtsgebots auf Letztere droht, die Weiterführung und Weiterentwicklung der bisherigen c.i.c.-bezogenen Überlieferung zu vereiteln.
7. Zur Sicherung und Weiterentwicklung ist notwendig eine allgemeine Lehre der traditionell fehlenden *causae obligationum*; das in der Schweiz in dieser Richtung Geschehene darf als erster Schritt in dieser Richtung gelten (dazu Ziff. IX). Es hat seine Grundlagen in den Konzepten der *culpa in contrahendo* (JHERING) und der «Faktischen Vertragsverhältnisse» (HAUPT), und die generalisierend ausgeweitete Vertrauenshaftung ist vermutlich mitbestimmt durch Anregungen aus den Arbeiten von CANARIS (Fn. 64). Liegen die Ursprünge in Deutschland, haben wir doch, der I. Zivilabteilung des Bundesge-

richts sei es gedankt, heute in der Schweiz eine über den gegenwärtigen Stand in Deutschland hinausführende Weiterentwicklung. Dieser könnte, wer weiss es, sich künftig sogar als ein Beitrag der juristischen Schweiz zur Kultur des Obligationenrechts von übernationaler Bedeutung herausstellen (er wäre seit langem der erste).

8. Denken ist auf das Ziel des Sprechens ausgerichtet und wird durch dieses bestimmt: Ohne Sprachbezug zwar Fühlen, aber kein Denken. Sprache weist dem Denken den Weg, und Sprachinhalte werden Denkinhalte. Neue Worte können eine Eigendynamik entwickeln und neue Inhalte schaffen, und Sprachschöpfung bestimmt die Wege. So auch in dem hier dargestellten Ablauf ausgehend vom Jahr 1861 bis hin zur Schuldrechtsreform von 2002: Der Vorschlag nicht identifizierbarer bayrischer Fachkollegen, in den Entwurf von 1861 an die Stelle von «Obligation» das Wort «Schuldverhältnis» zu setzen und die Zufälligkeit, dass der Dresdener Entwurf den Terminus ebenfalls aufnimmt, haben das schuldrechtliche Begriffsinstrumentarium in Deutschland verändert, und diese Zufälligkeiten bestimmen dieses bis heute.
9. Die hier beschriebene terminologische Entwicklung des BGB hat die Distanz der deutschen Zivilistik zu den anderen Gegenden kontinentaleuropäischer Rechtstradition vergrössert und deren Verständnis im Ausland erschwert: Für «Schuldverhältnis im erweiterten Sinn» wie auch im Sinne von § 311 Abs. 2 BGB lässt sich weder in den romanischen Sprachen noch im Englischen eine Entsprechung finden. Hier wurde zu zeigen versucht, dass die betrachteten Unterschiedlichkeiten von begrenzter Tragweite sind und, wenn als solche verstanden, künftig der allenthalben erhofften grenzüberschreitenden gemeinschaftlichen Rechtsbetrachtung nicht im Wege stehen.