

Rezeption deutschen Rechtsdenkens im schweizerischen Obligationenrecht

INGEBORG SCHWENZER

I. Einleitung

Rezeption ausländischen Rechts findet zumeist auf verschlungenen Pfaden statt. Oftmals entscheidet nicht die Überzeugungskraft und Sachgerechtigkeit darüber, ob eine ausländische Regelung rezipiert wird. Vielmehr sind politische Machtkonstellationen, Zufälligkeiten und einzelne Persönlichkeiten maßgeblich. Bekannt ist der Hintergrund der Rezeption des schweizerischen Zivilgesetzbuchs in der Türkei: Der damalige türkische Justizminister hatte in Neuchâtel Rechtswissenschaft studiert. Weniger bekannt ist, daß auf diesem Wege auch die Zivilprozeßordnung des Kantons Neuenburg in die türkische Rechtsordnung Einzug hielt. Viel beschrieben wurde in den letzten Jahren auch der Einfluß deutscher Emigranten auf die US-amerikanische Rechtsentwicklung¹ und umgekehrt die zunehmende Amerikanisierung der europäischen Rechtsordnungen – vor allem des deutschen Rechtskreises – im Gefolge der immer häufigeren Ausbildung hiesiger Juristinnen und Juristen an amerikanischen Law Schools².

¹ Vgl. *Lutter/Stiefel/Hoeflich*, Der Einfluß deutscher Emigranten auf die Rechtsentwicklung in den USA und in Deutschland: Vorträge und Referate des Bonner Symposiums im September 1991, Tübingen 1993; vgl. auch *Klapisch*, Der Einfluß der deutschen und österreichischen Emigranten auf contracts of adhesion und bargaining in good faith im US-amerikanischen Recht, Baden-Baden 1991.

² Vgl. *Wiegand*, Die Rezeption amerikanischen Rechts, in: *Jenny/Kälin* (Hrsg.), Die schweizerische Rechtsordnung in ihren internationalen Bezügen, Bern 1988, S. 229 ff., in englischer Sprache publiziert in 19 *Am. J. Comp. L.*, 229 ff. (1991); *ders.*, Americanization of Law: Reception or Convergence?, in: *Friedman/Scheiber* (Hrsg.), *Legal Culture and the Legal Profession*, Boulder/Oxford 1996, S. 137 ff.; *Stürner*, Die

Ich möchte mich heute einem eher unspektakulären Teil von Rezeptionsgeschichte zuwenden, nämlich den Einflüssen deutschen Rechts bzw. deutschen Rechtsdenkens auf die Auslegung des schweizerischen Obligationenrechts in diesem, zu Ende gehenden Jahrhundert.

In kaum einem anderen Land nimmt die höchstrichterliche Rechtsprechung so oft auf ausländische Literatur und Judikatur Bezug wie in der Schweiz. Aufgrund der rechtshistorischen Entwicklung und vor allem aber auch aufgrund der Sprache kommt dabei dem deutschen Recht eine ganz herausragende Stellung zu³. Oftmals wird allerdings fremdes Gedankengut aus dem Zusammenhang gerissen und mehr oder weniger unreflektiert übernommen, so daß schließlich Lösungen erzielt werden, die zu manchem Verwundern Anlaß geben.

Paradigmatisch möchte ich zwei Gebiete herausgreifen, die auch der Jubilar immer wieder rechtsvergleichend behandelt und auf diesem Wege dem deutschen Recht entscheidende Impulse vermittelt hat: das Delikts- und das Bereicherungsrecht.

II. Deliktsrecht

Das (noch) geltende Deliktsrecht des Obligationenrechts geht bekanntlich von einer Generalklausel aus. Art. 41 Abs. 1 OR lautet:

»Wer einem andern widerrechtlich Schaden zufügt, sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit, wird ihm zum Ersatze verpflichtet.«

Art. 41 Abs. 1 OR entspricht praktisch wörtlich seinem Vorläufer, nämlich Art. 50 aOR von 1881⁴. Interessant ist nun der Hintergrund

Rezeption U.S.-amerikanischen Rechts in der Bundesrepublik Deutschland, FS Rebmann, München 1989, S. 839 ff.

³ Vgl. Gerber, Der Einfluß des ausländischen Rechts in der Rechtsprechung des Bundesgerichts, in: *Perméabilité des ordres juridiques = Osmose zwischen Rechtsordnungen = The Responsiveness of Legal Systems to Foreign Influences*, Zürich 1992, S. 141 ff.; der Erhebung von Gerber zufolge wird in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung am häufigsten auf das deutsche Recht Bezug genommen (in über 90% der untersuchten Entscheidungen, welche ausländisches Recht zitieren, allein oder zusammen mit anderen Rechtsordnungen); es folgen das französische (ca. 25%), österreichische (ca. 9%), italienische (ca. 6%), grossbritannienische (ca. 3%), amerikanische und belgische (je ca. 2%) Recht; vgl. für weiterführende Angaben Gerber, aaO.

⁴ Zur Anpassung des französischen Textes vgl. Gabriel, Die Widerrechtlichkeit in Art. 41 Abs. 1 OR, Diss. Freiburg i.Ü. 1987, N 588 f., 595 ff.; Nicod, Le concept de

dieser Bestimmung. In der Botschaft des Bundesrats vom 27. 11. 1879⁵ ist zu lesen:

»In der Lehre von den unerlaubten Handlungen ist ein der deutschen Rechtsanschauung bisher völlig fremdes Prinzip des französischen Rechtes (Art. 1382 und 1383 des Code civil) aufgenommen worden. Die von jedem bestehenden Kontraktverhältnisse unabhängige Schadensersatzpflicht wegen bloßer culpa ... ist überall, wo die gemeinrechtliche Theorie die Grundlage der Gesetzgebung und Praxis bildet ..., beschränkt auf Beschädigung körperlicher Sachen oder des Körpers oder der Gesundheit von Menschen. Diese Beschränkung hat der ... Entwurf nach dem Vorgange des französischen Rechtes prinzipiell fallen gelassen. Es soll ... auch in solchen Fällen die Verpflichtung zum Ersatze des durch widerrechtliches Handeln verursachten Schadens bestehen, wo weder von einer Beschädigung einer körperlichen Sache oder des Körpers oder der Gesundheit eines Menschen, noch von einer wissentlich rechtswidrigen Herbeiführung eines schädlichen Erfolges (dolus), noch endlich von Verletzung einer vertragsmäßig übernommenen Verbindlichkeit die Rede sein kann.«

Anders als die Väter des BGB hat sich damit der Schweizer Gesetzgeber nicht nur oberflächlich von den gemeinrechtlichen Deliktstypen distanziert, sondern entsprechend dem Vorbild des Code Civil den entscheidenden Schritt zur großen Generalklausel vollzogen. Wie im französischen Recht war auch im aOR neben der allgemeinen Generalklausel eine gesonderte Bestimmung für die Haftung wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung dementsprechend nicht vorgesehen.

Eine derartige Generalklausel mit Leben zu erfüllen, ist nun allerdings gerade in einem so kleinen Land wie der Schweiz äußerst schwierig. Was allerdings hätte näher gelegen, als eine Anleihe bei der französischen Rechtsprechung zu machen, die doch zu diesem Zeitpunkt bereits auf jahrzehntelange Erfahrung im Umgang mit eben jener Generalklausel zurückblicken konnte? Allein das Naheliegende lag in diesem Fall fern.

Statt dessen verharrte die Schweizer Literatur zu Art. 50 aOR zunächst in einer exegetischen Phase, die der Praxis in ihrer Allgemeinheit mehr Steine statt Brot gab⁶. Zum Angelpunkt wurde dabei das

l'illicéité civile à la lumière des doctrines françaises et suisses, Diss. Lausanne 1987, S. 125 f.

⁵ Botschaft des Bundesrates an die hohe Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf, enthaltend Schweizerisches Obligationen- und Handelsrecht, BBl. 1880 I, S. 149, 185.

⁶ Vgl. nebst den im folgenden genannten Autoren auch Ernst, Die Bedeutung des

Merkmal der Widerrechtlichkeit. Die damalige, heute als subjektive Widerrechtlichkeitstheorie⁷ bezeichnete Auffassung, verstand widerrechtlich als »quod non iure fit«⁸, d.h. alles, was nicht mit Recht geschehe⁹. Daraus folge, daß »der Thäter ein Recht zu einer bestimmten Handlung haben muß, soll dieselbe nicht widerrechtlich sein«¹⁰. Ausgangspunkt war dabei die Sichtweise des Schädigers, nicht diejenige des Verletzten. Auch das Bundesgericht folgte in mehreren Entscheiden der achtziger Jahre des letzten Jahrhunderts diesem Ansatz¹¹. So wurde schädliche Konkurrenz allein dann nicht als haftungsbegründend erachtet, wenn sie mit erlaubten Mitteln erfolgte, anders hingegen, wenn es um die Verbreitung falscher Tatsachen ging¹². In einem andern Entscheid¹³ setzte sich das Bundesgericht mit unbegründeter Betreibung auseinander. Widerrechtlichkeit und damit eine unerlaubte Handlung wurde bejaht, »wenn in böswilliger oder frivoler Weise haltlose, wohl gar erdichtete, Ansprüche im Rechtswege geltend gemacht werden«¹⁴. Noch im Jahre 1895¹⁵ bejahte das Bundesgericht unter ausdrücklicher Abgrenzung vom gemeinen Recht die außervertragliche Haftung für schuldhaft falschen Rat und Auskunft. Jenseits aller dogmatischen

Merkmals »widerrechtlich« in Art. 50 des schweizerischen Obligationenrechts, Leipzig 1910.

⁷ Vgl. *Gabriel*, Fn. 4, N 280, 549 ff.; *Oftinger/Stark*, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, 5. Aufl., Zürich 1995, § 4 N 9 ff.; *Honsell*, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 2. Aufl., Zürich 1996, § 4 N 2; *Deschenaux/Tercier*, La Responsabilité Civile, 2. Aufl., Bern 1982, § 6 N 8; *Raschein*, Die Widerrechtlichkeit im System des schweizerischen Haftpflichtrechts, Diss. Bern 1985; *Nicod*, Fn. 4, S. 127 ff.; vgl. die letztmalige ablehnende Stellungnahme des Bundesgerichts zur subjektiven Widerrechtlichkeitstheorie in BGE 115 II 15, 18 f.

⁸ Vgl. *Martin*, De la Responsabilité résultant des délits d'après le Code fédéral des Obligations, in: ZSR 8 (1889), S. 1, 2.

⁹ Vgl. *Rensing*, Die Widerrechtlichkeit als Schadenersatz-Grund nach schweizerischem Obligationenrechte und dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, Freiburg i.Ü. 1892/3, S. 12 f.

¹⁰ Vgl. *Rensing*, Fn. 9, S. 12.

¹¹ Vgl. zur Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 50 aOR nebst den im folgenden erörterten Entscheiden *Gabriel*, Fn. 4, N 562 ff.; *Bosshard*, Neuere Tendenzen in der Lehre zum Begriff der Widerrechtlichkeit nach Art. 41 OR, Diss. Zürich 1988, S. 68 f.

¹² Vgl. BGE X, 358, 367.

¹³ Vgl. BGE X, 570 ff.

¹⁴ Vgl. BGE X, 570, 576.

¹⁵ Vgl. BGer 7. 12. 1895, Revue der Gerichtspraxis im Gebiete des Bundescivilrechts, Bd. XIV, Nr. 45, S. 59 ff.

Stringenz lassen diese Entscheidungen ein gesundes Judiz erkennen; die Sachverhalte würden nach moderner Auffassung heute in den meisten Rechtsordnungen nicht anders entschieden.

Der Verlust der Unschuld im Umgang mit der deliktischen Generalklausel und damit der Chance einer eigenständigen Entwicklung begann freilich mit einer Buchbesprechung von Tuhr im Jahre 1893¹⁶. Von Tuhr warf der sogenannten subjektiven Widerrechtlichkeitstheorie vor, sie gehe von einem generellen Verbot aus und scheitere an der dadurch bedingten Notwendigkeit, die »erlaubten Handlungen« näher zu bestimmen. Anknüpfend an gemeinrechtliche Tradition stellte er die Rechtslage des Verletzten in den Vordergrund und legte damit den Grundstein für die später sogenannte objektive Widerrechtlichkeitstheorie¹⁷. Ein Delikt erfordere die Verletzung eines subjektiven Rechts oder eines durch Verbotsnormen geschützten Rechtsguts. Unverkennbar ist die zeitliche Parallele zur Schaffung des BGB. Der erste Entwurf sah ja bekanntlich noch eine deliktische Generalklausel vor¹⁸, die dann erst im Laufe der Beratungen aufgegeben und durch die späteren §§ 823 ff. BGB ersetzt wurde¹⁹.

Noch unter der Geltung des aOR übernahm auch das Bundesgericht den inzwischen in der Lehre herrschend gewordenen objektiven Widerrechtlichkeitsbegriff²⁰. Vor diesem Hintergrund erfolgte dann die Revision des aOR von 1911, die im Zuge der Anpassung an das inzwischen erarbeitete ZGB erforderlich war. Wie bereits erwähnt,

¹⁶ Vgl. *von Tuhr*, Rezension von *Rensing*, Die Widerrechtlichkeit als Schadenersatz-Grund nach schweizerischem Obligationenrechte und dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, Freiburg i.Ü. 1892/3, in: ZSR 12 N. F. (1893), S. 326 ff.

¹⁷ Vgl. *von Tuhr*, Fn. 16, S. 326 ff.; vgl. zur objektiven Widerrechtlichkeitstheorie BGE 119 II 127, 128 ff. m. w. Nachw. aus der älteren Rechtsprechung; *Merz*, Die Widerrechtlichkeit gemäß Art. 41 OR als Rechtsquellenproblem, in: Festgabe für den Schweizerischen Juristenverein, Bern 1955, S. 301 ff.; *Schwenger*, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bern 1998, N 50. 04; *Rey*, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, Zürich 1995, N 670 ff.; *Keller/Gabi*, Das Schweizerische Schuldrecht, Bd. II, Haftpflichtrecht, 2. Aufl., Basel/Frankfurt a.M. 1988, S. 37.

¹⁸ Vgl. Motive, S. 725 f. = *Mugdan*, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich, Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1899, S. 405.

¹⁹ Vgl. Protokolle, S. 2709 ff. = *Mugdan* II, Fn. 18, S. 1072 ff.

²⁰ Vgl. soweit ersichtlich erstmals BGE 22, 175, 183, jedoch ohne auf die Rechtsprechungsänderung Bezug zu nehmen; vgl. auch BGE 25 II 848, 852; BGE 30 II 282 ff.; vgl. zur heute herrschenden Lehre und Rechtsprechung die Nachw. supra in Fn. 17.

wurde Art. 50 aOR praktisch wörtlich in Art. 41 Abs. 1 OR übernommen²¹. Nach längeren Diskussionen im National- und im Ständerat wurde der Generalklausel freilich noch der jetzige Absatz 2 angefügt, der bestimmt:

»Ebenso ist zum Ersatze verpflichtet, wer einem andern in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise absichtlich Schaden zufügt.«

Die Botschaft zu dieser Bestimmung verweist ausdrücklich auf § 826 BGB²², und auch Eugen Huber betonte im Laufe der parlamentarischen Beratungen die Parallele in der neuesten Gesetzgebung im deutschen Reich²³. Die Übernahme des deutschen Systems war damit gewissermaßen perfektioniert und von der am französischen Recht ausgerichteten Generalklausel in der Sache nur wenig übriggeblieben.

Interessant erscheint nun der Vergleich der weiteren Rechtsentwicklung in Deutschland und in der Schweiz, war doch damit zu Beginn dieses Jahrhunderts die Ausgangslage nicht unähnlich. Die Nagelprobe bildet – wie überall – der Ersatz sogenannter reiner Vermögensschäden.

Die Ansatzpunkte, die die deutsche Rechtsprechung wählte, um sich aus dem vom Gesetzgeber vorgegebenen Prokrustes-Bett zu befreien, sind bekannt und sollen deshalb nur stichwortartig in Erinnerung gerufen werden: Die Erfindung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, die Herabsenkung der Anforderungen an § 826 BGB, die Ausdehnung des Begriffs der Eigentumsverletzung und nicht zuletzt die Hypertrophie vertragsrechtlicher Konstruktionen.

Wie aber gingen schweizerische Rechtsprechung und Lehre mit den mehr oder weniger selbstauferlegten Fesseln um? Um das Ergebnis vorwegzunehmen: Bis vor kurzem hat eine durchaus eigenständige Entwicklung stattgefunden²⁴. Das Recht am eingerichteten und ausge-

²¹ Vgl. supra Fn. 4.

²² Vgl. Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf betreffend die Ergänzung des Entwurfes eines schweizerischen Zivilgesetzbuches durch Anfügung des Obligationenrechtes und der Einführungsbestimmungen vom 3. 3. 1905, BBl. 1905 II S. 1, 14.

²³ Vgl. Huber, StenBull. NR 1910, S. 328.

²⁴ Vgl. aus der neueren Lehre Schwenger/Schönenberger, Civil Liability for Purely Economic Loss in Switzerland, in: Rapports suisses présentés au XVème Congrès international de droit comparé, Zürich 1998, S. 353 ff.; Hofstetter, Gutachterhaftung gegenüber Dritten im schweizerischen Recht, AJP 1998, S. 261 ff.; Fischer, Dritthaftung für falsche freiwillige Auskunft, ZVglRWiss 83 (1984), S. 1 ff.; Bosshard, Fn. 11; Gabriel, Fn. 4; Gauch/Sweet, Deliktshaftung für reinen Vermögensschaden, FS Keller,

übten Gewerbebetrieb konnte bis heute nicht seinen Weg in die schweizerische Rechtsterminologie finden. Art. 41 Abs. 2 OR, die Haftung wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung, führt ein Schattendasein. Seine Anwendung beschränkt sich im wesentlichen auf qualifizierte Verleitung zum Vertragsbruch²⁵ und grundlose Verweigerung des Vertragsschlusses über eine lebenswichtige Leistung²⁶. Das Problem einer Eigentumsverletzung ohne Substanzbeeinträchtigung wird in der schweizerischen Literatur noch kaum diskutiert²⁷. Das Bundesgericht hat die Frage lediglich einmal bejaht, nämlich im sogenannten Tschernobyl-Fall²⁸, wo es um die subsidiäre Haftung der Eidgenossenschaft für aufgrund der radioaktiven Einwirkung unverkäufliches Gemüse nach den Regeln des KHG²⁹ ging. Weiterfressende Mängel existieren in der Schweiz deliktsrechtlich ebenfalls nicht. Schließlich wird auch die Konstruktion des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte (noch) überwiegend skeptisch betrachtet³⁰, das Bundesgericht³¹ hat seine Rezeption jüngst allerdings ausdrücklich offen gelassen. Es ging dabei um ein mehrstufiges Bankgeschäft, bei dem der Auftraggeber durch ein Fehlverhalten der mit ihm in keiner direkten Vertragsbeziehung stehenden ausführenden Bank geschädigt wurde, ein typischer Fall mithin für die Anwendung des Vertrages mit Schutzwirkung für

Zürich 1989, S. 117 ff.; Giger, Berührungspunkte zwischen Widerrechtlichkeit und Verschulden, in: Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht, Freiburg i.Ü. 1982, S. 369 ff.; Giovannoni, Sur la responsabilité civile au cas de «dommage purement économique», SVZ 48 (1980), S. 277 ff.; Keller, Ist eine Treu und Glauben verletzende Schädigung widerrechtlich? recht 1987, S. 136 f.; Kramer, »Reine Vermögensschäden« als Folge von Stromkabelbeschädigungen, Urteilsanmerkung zu BGE 106 II 75, recht 1984, S. 128 ff.; Lorandi, Haftung für reinen Vermögensschaden, recht 1990, S. 19 ff.; Merz, Fn. 17; Nicod, Fn. 4; Raschein, Fn. 7; Rey, Rechtliche Sonderverbindung und Rechtsfortbildung, FS Keller, Zürich 1989, S. 231 ff.

²⁵ Vgl. BGE 52 II 370, 376 f.; 114 II 91, 98 ff.

²⁶ Vgl. BGE 80 II 27, 37 f.; BGE 108 II 305, 312 nennt als weitere mögliche Anwendungsfälle von Art. 41 Abs. 2 OR die Unterlassung der Warnung vor einer Gefahr oder die unaufgeforderte Erteilung eines falschen Rats.

²⁷ Vgl. soweit ersichtlich lediglich Schwenger, Fn. 17, N 50. 16; Honsell, Fn. 7, § 6 N 16.

²⁸ Vgl. BGE 116 II 480, 492.

²⁹ Kernenergiehaftpflichtgesetz vom 18. März 1983 (SR 732. 44).

³⁰ Vgl. für einen Überblick über den Meinungsstand Gauch/Schluemp, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Zürich 1995, N 4048; vgl. auch Stegrist, Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1997.

³¹ Vgl. BGE 121 III 310; vgl. auch BGE 120 II 112, 116.

Dritte in Deutschland. Das Bundesgericht bejahte die Haftung nach Art. 399 Abs. 3 OR, der dem Auftraggeber unter Durchbrechung des Prinzips der Relativität des Vertrages – wie im französischen Recht³² – einen Direktanspruch gegenüber dem Substitut verleiht. Die Rezeption des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte konnte damit noch einmal abgewendet werden.

Wie geht nun aber das Bundesgericht mit den übrigen Fällen reinen Vermögensschadens um?

Die Lösung liegt zunächst im großzügigen Auffinden von Schutznormen. So wurden in verschiedenen Kabelbruch-Fällen³³ und in einem Fall eines unrichtigen Arbeitszeugnisses³⁴ Bestimmungen des StGB, die bei unbefangener Betrachtung eindeutig nur den Schutz der Allgemeinheit bezwecken, als Schutznormen bezüglich individueller Vermögensinteressen interpretiert³⁵. Vormundschaftliche Vorschriften sollen die Vertragspartner eines Bevormundeten schützen und die Haftung des Vormunds begründen können³⁶.

Bemerkenswert ist die Rechtsprechung in den Auskunfts- und Testatfällen. Anknüpfend an seine frühe Rechtsprechung hat das Bundesgericht hier in ständiger Praxis die außervertragliche Haftung bejaht, ohne sich groß mit den Voraussetzungen für die Widerrechtlichkeit auseinanderzusetzen. Wenn überhaupt, so wird in diesen Fällen allenfalls auf eine Norm des ungeschriebenen Rechts Bezug genommen, wonach jemand, der über Verhältnisse befragt wird, in die er kraft seiner Stellung besonderen Einblick besitzt, wahrheitsgemäße Angaben zu machen hat. Im Jahre 1985 konnte das Bundesgericht³⁷ diese Praxis folgendermaßen zusammenfassen: »... schadenersatzpflichtig wird, wer aufgrund seines Fachwissens in Anspruch genommen wird, wunschgemäß Auskünfte erteilt oder Gefälligkeitsleistungen erbringt und dabei wider besseres Wissen oder leichtfertig unrichtige Angaben macht oder wesentliche Tatsachen verschweigt, die ihm bekannt sind und von denen er sich sagen muß, daß ihre Kenntnis den in Frage stehenden Entschluß beeinflussen könnten.« In ähnlicher Weise verfuhr das Bun-

³² Vgl. Art. 1994 Abs. 2 Cc.

³³ Vgl. BGE 101 Ib 252, 256; 102 II 85, 88; vgl. dazu *Kramer*, Fn. 24.

³⁴ Vgl. BGE 101 II 69 ff.

³⁵ In den zitierten Kabelbruchfällen wurde als Schutznorm Art. 239 StGB (Störung von Betrieben, die der Allgemeinheit dienen), in der Entscheidung zum Arbeitszeugnis Art. 252 aStGB (Fälschung von Ausweisen) herangezogen.

³⁶ Vgl. BGE 115 II 15 ff.

³⁷ Vgl. BGE 116 II 695, 699; vgl. auch BGE 111 II 471, 474; 57 II 81, 86.

desgericht in Fällen unberechtigter Verfahrenseinleitung³⁸. Auf einer vorsichtigen case by case-Basis wurde so in relativer dogmatischer Unbefangtheit entwickelt, was von verschiedenen deutschen Autoren³⁹ in den letzten Jahrzehnten immer wieder propagiert wird: spezifische deliktische Verkehrspflichten zum Schutze fremden Vermögens.

Die Lehre freilich begleitete diese Rechtsprechung kaum wohlwollend und unterstützend. Unter Berufung auf den objektiven Widerrechtlichkeitsbegriff, wonach nur die Verletzung absoluter Rechtsgüter oder eines den Schutz des Vermögens bezweckenden Gesetzes widerrechtlich sein soll, wurde und wird dem Bundesgericht freie Rechtsfindung vorgeworfen, es lasse die schweizerischen Haftpflichtgesetze in »unbegrenzt prätorianisches Recht entarten«⁴⁰. Nur vereinzelt wurde versucht, im Rahmen der herrschenden Widerrechtlichkeitstheorie der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine einheitliche dogmatische Grundlage zu geben, indem man dem allgemeinen Gebot von Treu und Glauben nach Art. 2 Abs. 1 ZGB Schutzgesetzcharakter zuerkennen wollte⁴¹, ein Ansatz, der sich jedoch weder in Literatur noch Rechtsprechung durchzusetzen vermochte⁴².

³⁸ Vgl. BGE 88 II 276, 281; 93 II 170, 183; 117 II 394, 398 f.; vgl. auch BGE 115 III 18 f. zur ungerechtfertigten Betreibung; vgl. zur Haftung der Bank gegenüber vertragsfremden Dritten auch BGE 89 II 239, 247 ff.; 93 II 329, 339 ff.; 117 II 315 ff.

³⁹ Vgl. *K. Huber*, Verkehrspflichten zum Schutze fremden Vermögens, FS von Caemmerer, Tübingen 1978, S. 359 ff.; *von Bar*, Empfiehlt es sich, die Voraussetzungen der Haftung für unerlaubte Handlungen mit Rücksicht auf die gewandelte Rechtswirklichkeit und die Entwicklungen in Rechtsprechung und Lehre neu zu ordnen? Wäre es insbesondere zweckmäßig, die Grundtatbestände der §§ 823 Absätze 1 und 2, § 826 BGB zu erweitern oder zu ergänzen?, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. 3, Köln 1981, S. 1681 ff.

⁴⁰ Vgl. nur *BernerKomm/Brehm*, Art. 41 OR N 49; vgl. auch *Gauch/Sweet*, Fn. 24, S. 117, 124, welche dem Bundesgericht vorwerfen, es habe bei seiner eben in Fn. 37 zitierten Rechtsprechung »erneut (...) eine einschlägige (diesmal ungeschriebene) Schutznorm entwickelt und so das Hindernis (wenigstens für bestimmte Fälle) »kreativ umgangen«.

⁴¹ Vgl. namentlich *Keller/Gabi*, Fn. 17, S. 40 ff.; *Keller*, Fn. 24; *Widmer*, Die Vereinheitlichung des schweizerischen Haftpflichtrechts – Brennpunkte eines Projekts, ZBJV 130 (1994), S. 399 f.; vgl. auch Art. 13 Abs. 2 des Vorentwurfs zu einem Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts, abgedruckt in SVZ 65 (1997), S. 47 ff.; *Rey*, Fn. 24.

⁴² Vgl. nur *Schwenzler*, Fn. 17, N 50, 22; *Honsell*, Fn. 7, § 2 N 7; *Oftinger/Stark*, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. II/1, 4. Aufl., Zürich 1997, § 16 N 108 ff.; vgl. aus der Rechtsprechung zuletzt eingehend BGE 121 III 350, 353 ff. m. w. Nachw.

III. Vertrauenshaftung

Dieser Hintergrund und die beständige Kritik der Lehre mag es gewesen sein, die das Bundesgericht in den Jahren 1994/95 veranlaßten, die außervertragliche Haftung für reine Vermögensschäden auf eine neue dogmatische Grundlage zu stellen. Ausgangspunkt war der sogenannte *Swissair-Entscheid*⁴³. Eine Enkelin der *Swissair* hatte anlässlich von Vertragsabschlüssen ihre Einbindung in den *Swissair-Konzern* werbemäßig herausgestrichen. Nach dem Konkurs der *Swissair-Enkelin* hielten sich deren Vertragspartner an die Muttergesellschaft, die *Swissair-Beteiligungen AG*. Im zweiten Entscheid, dem sogenannten *Ringer-Fall*⁴⁴, ging es darum, daß ein bereits für die Weltmeisterschaften selektionierter, nachträglich aber wieder ausgeschlossener Sportler vom beklagten Verband Ersatz für seine im Vertrauen auf die Weltmeisterschaftsteilnahme getätigten Aufwendungen verlangte. In beiden Fällen wurde eine Haftung gestützt auf Art. 41 Abs. 1 OR mangels Widerrechtlichkeit verneint. Bejaht wurde jedoch eine Schadenersatzpflicht aufgrund Vertrauenshaftung. Eingeführt in die schweizerische Rechts-terminologie wurde dieser Begriff von Ernst Kramer⁴⁵, der der deutschen Lehre vom sogenannten gesetzlichen Schutzverhältnis wohlmeinend gegenübersteht⁴⁶. Ohne sich mit der dahinterstehenden deutschen Doktrin – geschweige denn Rechtsprechung – auseinanderzusetzen, übernahm das Bundesgericht den Begriff der Vertrauenshaftung gewissermaßen als Allheilmittel und als dritte Schiene der Haftung neben Vertrag und Delikt. Ganz im Sinne von *Canaris*⁴⁷ sollen sich nun wie mit einem *deus ex machina* die altehrwürdige culpa in contrahendo, die außervertragliche Auskunftshaftung, die Haftung für erwirktes Konzernvertrauen und anderes mehr scheinbar zwanglos erklären lassen. Ob damit freilich der Rechtssicherheit ein großer Dienst erwiesen wurde, muß wie für das deutsche Recht auch für das Schweizer Recht mit Fug bezweifelt werden. Denn sowohl die Haftungsvoraussetzungen als auch die Haftungsfolgen bleiben nebulös. Als gemeinsame Kriterien für die Anwendung der Vertrauenshaftung verlangt

⁴³ Vgl. BGE 120 II 331 ff.

⁴⁴ Vgl. BGE 121 III 350 ff.

⁴⁵ Vgl. *BernerKomm/Kramer*, Allg. Einl., N 150 f.

⁴⁶ Vgl. *BernerKomm/Kramer*, Allg. Einl., N 142 ff.

⁴⁷ Vgl. nur *Canaris*, Schutzgesetze – Verkehrspflichten – Schutzpflichten, FS Larenz II, München 1983, S. 27, 85 ff.; *ders.*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, München 1971.

auch das Bundesgericht neben dem berechtigten Vertrauen nur das Bestehen einer Sonderverbindung, ohne beides näher zu präzisieren. Bei der Heterogenität der Tatbestände dürfte es schwer fallen, hierfür allgemein gültige Kriterien zu entwickeln. Offen bleiben vor allen Dingen auch die Rechtsfolgen, nämlich die Frage der entsprechenden Anwendung vertrags- oder deliktsrechtlicher Prinzipien auf diese hybride Haftungsform. Bei der culpa in contrahendo hatte das Bundesgericht schon lange eine gemischte Sichtweise vertreten: in Bezug auf die Gehilfenhaftung bevorzugte es die vertragsrechtliche⁴⁸, in Bezug auf die Verjährung die deliktische Lösung⁴⁹. Soll diese Differenzierung nunmehr insgesamt für die Vertrauenshaftung gelten?

Die Kreation, oder besser Rezeption, der Vertrauenshaftung hat in der schweizerischen Literatur gemischte Gefühle ausgelöst. Von den einen begrüßt⁵⁰, bemängeln andere vor allem deren Vagheit⁵¹, alles Argumente, die aus der deutschen Diskussion hinreichend bekannt sind, bzw., wenn man einen rechtsvergleichenden Ansatz verfolgen würde, bekannt sein müßten.

Wie es nun allerdings weitergehen wird, erscheint fraglich. Im jüngsten Entscheid zur Widerrechtlichkeit scheint das Bundesgericht⁵² wieder zu seiner alten Linie zurückgekehrt zu sein, indem es den gesetzlichen Bestimmungen zur Firmenbildung und Firmengebrauchs-pflicht den Charakter eines Schutzgesetzes zugunsten der Gläubiger zusprach. Vielleicht darf man aufgrund dieses Entscheids hoffen, daß

⁴⁸ Vgl. nur BGE 108 II 419, 422.

⁴⁹ Vgl. nur BGE 104 II 94, 95.

⁵⁰ Vgl. *Walter*, Vertrauenshaftung im Umfeld des Vertrages, ZBJV 132 (1996), S. 273 ff.; *Werro*, Urteilsbesprechung BGE 121 III 350 ff., BR 1996, S. 56; *Meier*, Urteilsbesprechung BGE 121 III 350 ff., AJP 1995, S. 1622, 1623 ff.; vgl. auch *Münch*, Haftung aus Konzernvertrauen, ZBJV 130 (1994), S. 767 ff.; *Hess*, Bargeldlose Überweisung mit Hilfe von Interbankzahlungssystemen – Vertrauenshaftung im Zahlungsverkehrsrecht?, recht 1996, S. 144 ff.; *Wiegand*, Urteilsbesprechung BGE 120 II 331, ZBJV 132 (1996), S. 321 ff.

⁵¹ Vgl. *Schwenzler*, Fn. 17, N 52. 03; *Wick*, Die Vertrauenshaftung im schweizerischen Recht, AJP 1995, S. 1270 ff.; differenzierend *Amstutz/Watter*, Urteilsbesprechung BGE 120 II 331 ff., AJP 1995, S. 502, 504 ff.; *Gonzenbach*, Senkrechtsstart oder Bruchlandung? – Unvertraute Vertrauenshaftung aus »Konzernvertrauen«, recht 1995, S. 117 ff.; *Chappuis*, La Responsabilité fondée sur la confiance, SemJud 1997, S. 165 ff.; *Druey*, Urteilsbesprechung BGE 120 II 331 ff., SZW 1995, S. 93 ff.; *Fellmann*, Haftung für Werbung – ein erster Schritt zu einer allgemeinen Vertrauenshaftung?, media lex 1995, S. 94 ff.

⁵² Vgl. BGE 123 III 220 ff.

die unreflektierte Rezeption des Instituts der Vertrauenshaftung nicht mehr als ein kurzes Intermezzo im schweizerischen Rechtsdenken darstellt.

IV. Bereicherungsrecht

Ich möchte nunmehr zum zweiten Schwerpunkt meines Vortrags, dem Bereicherungsrecht, kommen.

Wie bei den unerlaubten Handlungen, so steht auch im schweizerischen Bereicherungsrecht eine Generalklausel an der Spitze. Art. 62 Abs. 1 OR lautet:

»Wer in ungerechtfertigter Weise aus dem Vermögen eines andern bereichert worden ist, hat die Bereicherung zurückzuerstatten.«

Wiederum geht diese Bestimmung fast wörtlich auf das aOR von 1881 (Art. 70 aOR) zurück⁵³, das seinerseits Pate für die endgültige Fassung des § 812 Abs. 1 BGB gestanden hat⁵⁴. Die der Generalklausel nachfolgenden Bestimmungen beziehen sich nun freilich sämtlich auf Leistungskonditionen, wobei wiederum die Rückforderung irrtümlich erbrachter Leistungen, die *condictio indebiti*, wie im gemeinen Recht und auch im BGB⁵⁵ ganz im Vordergrund steht. Ein explizit geregelter Fall der Eingriffskondiktion – wie z.B. in § 816 BGB – findet sich im schweizerischen OR nicht.

Entgegen den Erwartungen, die man mit einer Generalklausel verbindet, und der prominenten systematischen Stellung des Bereicherungsrechts im allgemeinen Teil des OR ist nun freilich dessen praktische Bedeutung im schweizerischen Recht bis heute als äußerst gering einzustufen. Dies läßt sich auf verschiedene Ursachen zurückführen.

⁵³ Art. 70 aOR lautete: »Wer ohne rechtmäßigen Grund aus dem Vermögen eines Andern bereichert wurde, ist zur Rückerstattung verpflichtet.« Vgl. für eine Zusammenstellung der im Übergang des aOR zum OR erfolgten Änderungen der bereicherungsrechtlichen Normen *Pahud de Mortanges*, Systematik und Grundregel des schweizerischen Bereicherungsrechts. Eine rechtshistorische Skizze, FS Soliva, Zürich 1994, S. 161, 164, Fn. 15; vgl. zur Entstehungsgeschichte von Art. 62 OR *Schaufelberger*, Bereicherung durch unerlaubte Handlung, Diss. Zürich 1981, S. 95 ff.; *Weber*, Gewinnherausgabe – Rechtsfigur zwischen Schadenersatz-, Geschäftsführungs- und Bereicherungsrecht, ZSR 111 I (1992), S. 333, 347.

⁵⁴ Vgl. Protokolle, S. 2940 = *Mugdan* II, Fn. 18, S. 1170; zu den Einflüssen der Pandektistik auf das Bereicherungsrecht des aOR vgl. *Pahud de Mortanges*, Fn. 53, S. 161, 169 ff.

⁵⁵ Vgl. *König*, Ungerechtfertigte Bereicherung, Heidelberg 1985, S. 20.

Hauptgrund dürfte zunächst sein, daß das Bereicherungsrecht bis in die jüngste Zeit weitgehend als Billigkeitsrecht, als höchst subsidiärer Rechtsbehelf betrachtet wurde, das sich regelgesteuerter Rechtsanwendung entzieht⁵⁶. So meinte etwa auch das Bundesgericht in einem Fall der Leistungskondiktion in einem Dreipersonenverhältnis, es sei »ohne Bindung an eine abstrakte Regel, jeweils nach der Lage des einzelnen Falles zu ermitteln, wer bei der Erfüllung einer vermeintlichen Schuld durch einen Dritten als Entreicherter anzusehen ist«⁵⁷.

Im Bereich der Leistungskondiktion spielt weiter vor allem auch eine Rolle, daß das Schweizer Recht das in Deutschland vertretene Abstraktionsprinzip ablehnt und von der Kausalität der Eigentumsübertragung ausgeht. Im Gesetz ist dies zwar ausdrücklich nur in Bezug auf Grundeigentum vorgesehen (Art. 974 Abs. 2 ZGB), Rechtsprechung und Lehre wenden dieses Prinzip jedoch auch auf Fahrniseigentum an⁵⁸. In den meisten Fällen fehlerhafter Sachleistung wird damit die Kondiktion durch die Vindikation verdrängt⁵⁹. Dies war lange Zeit für die Marginalisierung des Bereicherungsrechtes in der Schweizer Literatur verantwortlich. Bis heute praktisch nicht geklärt sind die Fragen, die sich bei Rückabwicklung unwirksamer synallagmatischer Verträge stellen, und zwar insbesondere wenn – wie bei einem unwirksamen Kaufvertrag – die eine Partei kondiziert, die andere aber vindiziert⁶⁰.

⁵⁶ Vgl. nur BGE 73 II 108: »Eine ein für allemal gültige Formel zur Ermittlung der Bereicherung läßt sich nicht aufstellen, sondern es müssen unter dem Gesichtspunkt der Billigkeit, der das Gebiet der Bereicherungsansprüche in ausgeprägtem Masse beherrscht, die Umstände des konkreten Falles berücksichtigt werden.« Vgl. aus neuerer Zeit etwa *Kaufmann-Bütschli*, Grundlagenstudien zur ungerechtfertigten Bereicherung in ihrer Ausgestaltung durch das schweizerische Recht, Bern 1983, S. 59 ff., 72 ff. mit zahlreichen Nachw. aus dem älteren Schrifttum; kritisch hierzu *Schaufelberger*, Fn. 53, S. 7 f., 208.

⁵⁷ BGE 70 II 117, 122.

⁵⁸ So die ständige Praxis des Bundesgerichts seit BGE 55 II 302, 306 ff.; vgl. aus der Lehre nur *Tuor/Schnyder/Schmid*, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 11. Aufl., Zürich 1995, S. 747; *Rey*, Die Grundlagen des Eigentums und das Eigentum, Bern 1991, N 353, 354, 1735 m. w. Nachw.; streitig ist diese Frage noch für die Zession von Forderungen, vgl. hierzu *Schwenzer*, Fn. 17, N 90. 07 f. m. w. Nachw. aus Lehre und Rechtsprechung.

⁵⁹ Vgl. *Gauch/Schluemp*, Fn. 30, N 1500; BGE 110 II 228, 234; vgl. zu den Ausnahmen *Guhl/Merz/Koller*, Das Schweizerische Obligationenrecht, 8. Aufl., Zürich 1991, S. 210.

⁶⁰ Vgl. dazu *Schwenzer*, Fn. 17, N 58. 21; *Bucher*, Hundert Jahre schweizerisches

Daß die Eingriffskondiktion im Schweizer Recht bis heute nahezu bedeutungslos ist⁶¹, beruht auf zwei Weichenstellungen:

Bei Eingriff in fremdes Eigentum durch Ge- oder Verbrauch geht die Rechtsprechung⁶² und ihr folgend der nach wie vor wohl überwiegende Teil der Literatur⁶³ von einem generellen Vorrang der sachenrechtlichen Regelung aus. Unter Voranstellung der Interessen des Verkehrsschutzes gegenüber denjenigen des Eigentümers bestimmt Art. 938 ZGB, daß der gutgläubige Besitzer zur Herausgabe von Nutzungen oder zu sonstigem Ersatz nicht verpflichtet ist⁶⁴. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes⁶⁵ stellt selbst die Weiterveräußerung einer fremden Sache durch den gutgläubigen Erwerber eine (erlaubte) Nutzung dar. Lediglich für die Fälle des Eigentumserwerbs aufgrund Einbaus (Art. 672 ZGB), Verarbeitung (Art. 726 Abs. 3 ZGB), Verbindung oder Vermischung (Art. 727 Abs. 3 ZGB) ordnet das Gesetz eine Ausgleichspflicht an. Da – wie bereits erwähnt – im schweizerischen OR eine ausdrückliche Bestimmung wie § 816 Abs. 1 BGB fehlt, ist damit für den wichtigsten Fall der Eingriffskondiktion, nämlich den Eingriff in fremdes Eigentum durch einen Gutgläubigen, grundsätzlich kein Raum.

Obligationenrecht, ZSR 102 II (1983), S. 251, 289 f.; *Honsell*, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 4. Aufl., Bern 1997, S. 35 f.

⁶¹ Die wenigen Entscheide lassen sich praktisch an einer Hand abzählen. Vgl. zum Einzug einer fremden Forderung BGE 110 II 199 ff.; vgl. zur Verbindung von Material mit einem Grundstück durch eine Person, die weder Material- noch Grundeigentümer ist, BGE 99 II 131, 138 f.; vgl. zur Aneignung fremden Eigentums OGer ZH, ZR 40 (1941), Nr. 27, S. 73, 75; vgl. zur unerlaubten öffentlichen Aufführung eines urheberrechtlich geschützten Musikwerkes AppGer BE, ZBJV 69 (1933), S. 287 ff.; vgl. zum Weitergebrauch einer Mietsache nach Vertragsende BGE 119 II 437 ff.

⁶² Vgl. BGE 84 II 369, 377 f.; zurückhaltend nunmehr BGE 110 II 244, 247.

⁶³ Vgl. nur *Keller/Schäufelberger*, Das Schweizerische Schuldrecht, Bd. III, Ungerechtfertigte Bereicherung, 3. Aufl., Basel/Frankfurt a.M. 1990, S. 60; *ZürcherKomm/Homberger*, Art. 938 ZGB N 12; *Guhl/Merz/Koller*, Fn. 59, S. 210; *Schmid*, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, Freiburg i. Ü. 1992, N 1473.

⁶⁴ Zur Diskussion dieser Frage bei Schaffung des BGB vgl. *König*, Fn. 55, S. 157 ff.

⁶⁵ Vgl. BGE 71 II 90, 96 ff.; die h. L. hingegen qualifiziert den Veräusserungserlös nicht als Nutzung i. S. des Art. 938 ZGB, vgl. *Holenstein*, Wertersatz oder Gewinnherausgabe?, Diss. Zürich 1983, S. 137 ff.; *ZürcherKomm/Homberger*, Art. 938 ZGB N 12; *Hinderling*, Schweizerisches Privatrecht, Bd. V/1, S. 512.; *von Tühr/Peter*, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, 3. Aufl., Zürich 1979, S. 495 mit Fn. 130a; *Schmid*, Fn. 63, N 1479; dem Bundesgericht folgend hingegen *BernerKomm/Stark*, Art. 938 ZGB N 18.

Die in der Praxis wohl zweitwichtigste Fallgruppe stellt der Eingriff in Immaterialgüterrechte dar. Hier ist es die Regelung und Auslegung der Geschäftsführung ohne Auftrag, die die Eingriffskondiktion bislang zur Bedeutungslosigkeit herabgewürdigt hat. Nach Art. 423 Abs. 1 OR besitzt der Geschäftsherr einen Anspruch auf Gewinnherausgabe, wenn die Geschäftsführung nicht mit Rücksicht auf seine Interessen vorgenommen wurde. Seit jeher wird diese Bestimmung auf die sogenannte Eigengeschäftsführung, die Geschäftsanmaßung, angewandt⁶⁶. Art. 423 Abs. 1 OR enthält nun freilich keine Beschränkung der Gewinnherausgabepflicht auf den Fall der Bösgläubigkeit. Die Frage war im gemeinen Recht streitig gewesen; die Auffassung, die in § 687 Abs. 2 BGB Gesetz wurde, hatte sich erst in der jüngeren gemeinrechtlichen Literatur durchzusetzen vermocht⁶⁷. Dementsprechend ging das Bundesgericht bis vor kurzem davon aus, daß auch die gutgläubige Eigengeschäftsführung zur Gewinnherausgabe verpflichtet⁶⁸. Die immaterialgüterrechtlichen Sondergesetze⁶⁹, aber auch das Wettbewerbsrecht⁷⁰ und im Bereich der Persönlichkeitsverletzung Art. 28a Abs. 3 ZGB verweisen ebenfalls für die Gewinnherausgabe unterschiedslos auf das Recht der Geschäftsführung ohne Auftrag; das Bereicherungsrecht wird in diesen Bestimmungen gar nicht erwähnt. Unbilligen Ergebnissen sucht ein Teil der Literatur dadurch gegenzusteuern, daß sie dem gutgläubigen Eigengeschäftsführer gestattet, sich auf den Wegfall der Bereicherung analog Art. 64 OR zu berufen⁷¹.

Zu zusätzlichen Anwendungsproblemen im Bereicherungsrecht führte das Dogma des Erfordernisses einer unmittelbaren Vermögensverschiebung, das auf von Savigny⁷² zurückgehend in der Formulierung »aus dem Vermögen eines andern« in Art. 62 Abs. 1 OR seinen

⁶⁶ Zur Entstehungsgeschichte vgl. *Weber*, Fn. 53, S. 342 f.; vgl. zum Anwendungsbereich von Art. 423 OR auch *ZürcherKomm/Schmid*, Art. 423 OR N 4 ff.

⁶⁷ Vgl. *Motive*, S. 869 ff. = *Mugdan* II, Fn. 18, S. 485 ff.; *Jakobs*, Eingriffserwerb und Vermögensverschiebung in der Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, Bonn 1964, S. 92 f.; vgl. auch *Hofstetter*, Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/2, S. 214, auf die von der gemeinrechtlichen Lehre abweichende Auffassung der späteren Pandektisten hinweisend.

⁶⁸ Vgl. BGE 97 II 169, 177 f.

⁶⁹ Vgl. Art. 62 Abs. 2 URG; Art. 55 Abs. 2 MSchG.

⁷⁰ Vgl. Art. 9 Abs. 3 UWG.

⁷¹ Vgl. *Lischer*, Die Geschäftsführung ohne Auftrag im schweizerischen Recht, Basel 1990, S. 183; *BaslerKomm/Weber*, Art. 423 OR N 11 m. w. Nachw.

⁷² Vgl. *von Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. V, Berlin 1841, S. 523, 525.

Ausdruck findet. Noch im Jahre 1994 entschied das Bundesgericht⁷³, daß zwischen Be- und Entreicherung ein Kausalzusammenhang bestehen muß.

Die große Wende im Bereicherungsrecht hat in der Schweiz erst in den achtziger Jahren begonnen und vermag sich bis heute nur zögernd durchzusetzen. Ausgangspunkt waren verschiedene Dissertationen⁷⁴, die sich einerseits sorgfältig mit der rechtshistorischen Dimension des schweizerischen Bereicherungsrechts auseinandersetzten, andererseits aber auch erstmals die deutsche Rechtsentwicklung und hier vor allem die Arbeiten von Caemmerers⁷⁵ in die schweizerische Diskussion einführten, bzw. diese initiierten.

Damit war zunächst einmal ein Problembewußtsein für die Eingriffskondiktion geschaffen⁷⁶. Widerrechtlichkeitstheorie und die Lehre vom Zuweisungsgehalt hatten ihren Einzug in die schweizerische Rechtswissenschaft gefunden. Im Zuge der Diskussion gerieten sodann andere gemeinrechtliche Dogmen ins Wanken. Zumindest in der Lehre⁷⁷ verzichteten heute viele auf das Erfordernis der Unmittelbar-

⁷³ Vgl. SemJud 1994, 269, 271 f.; vgl. hierzu *Bucher*, Grundprobleme des Kontokorrentrechts, recht 1994, S. 168, 171 ff.

⁷⁴ Vgl. *Schäufelberger*, Fn. 53; *Holenstein*, Fn. 65; *Nietlisbach*, Zur Gewinnherausgabe im schweizerischen Privatrecht, Diss. Zürich 1994; *Kaufmann-Bütschli*, Fn. 56; vgl. auch schon *von Orelli*, Die Eingriffskondiktion im schweizerischen Recht, Diss. Basel 1973; *Wenner*, Die Voraussetzungen des Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung unter besonderer Berücksichtigung des Problems der Subsidiarität, Diss. Zürich 1977; vgl. auch *Weber*, Fn. 53, mit einer Zusammenfassung der deutschen Doktrin auf S. 349 ff. und der neueren, eben zitierten schweizerischen Lehre auf S. 350 ff.

⁷⁵ Vgl. insbes. *von Caemmerer*, Bereicherung und unerlaubte Handlung, in: FS Rabel, Bd. I, Tübingen 1954, S. 333 ff. = *Leser* (Hrsg.), Ernst von Caemmerer – Gesammelte Schriften, Band I, Tübingen 1968, S. 209 ff.

⁷⁶ Vgl. für die Schweiz grundlegend *Schluép*, Über Eingriffskondiktionen, in: *Mélanges Piotet*, Bern 1990, S. 173 ff.; vgl. auch schon *von Orelli*, Fn. 74.

⁷⁷ Vgl. – bisweilen unter Bezugnahme auf den französischen Gesetzestext («aux dépens d'autrui») – *Schluép*, Fn. 76, S. 180 f., 187; *Kaufmann-Bütschli*, Fn. 56, S. 200 f., 230 ff.; *Keller/Schäufelberger*, Fn. 63, S. 27 ff.; *ZürcherKomm/Schmid*, Art. 423 OR N 181; *Holenstein*, Fn. 74, S. 74 f.; *Lischer*, Fn. 71, S. 166 f.; *Kramer*, Neues aus Gesetzgebung, Praxis und Lehre zum Vertragsschluss, BJM 1995, S. 1, 19; vgl. auch schon *von Büren*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964, S. 309; a.M. aber *Engel*, Traité des obligations en droit suisse, 2. Aufl., Bern 1997, S. 586 f.; *Petitpierre*, Absence de cause et enrichissement illégitime: pour un retour aux sources, in: *Mélanges Grossen*, Basel /Frankfurt a.M. 1992, S. 315, 317 ff.; *Bucher*, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich 1988, S. 652, 658 f.;

keit der Vermögensverschiebung. Bei der Geschäftsführung ohne Auftrag will die inzwischen überwiegende Auffassung die Verpflichtung zur Gewinnherausgabe auf den bösgläubigen Eigengeschäftsführer beschränken; der Gutgläubige soll lediglich Wertersatz aus Eingriffskondiktion schulden⁷⁸. Viele Autoren verneinen auch bereits den Vorrang des Schutzes des gutgläubigen Eingreifers in fremdes Eigentum nach sachenrechtlichen Prinzipien⁷⁹, wenngleich sich in diesem Bereich neues Gedankengut besonders schwer durchzusetzen vermag, weil traditionellerweise das Sachenrecht als Teil des ZGB vom OR auch in Wissenschaft und Lehre strikt getrennt ist und die Berührungspunkte dieser beiden Rechtsgebiete in der bisherigen Forschung tendenziell vernachlässigt wurden.

Das Bundesgericht öffnet sich freilich nur zögernd dieser neuen Sichtweise. Lediglich in einem obiter dictum⁸⁰ wurde bislang erwähnt, daß derjenige, der eine von einem Architekten erstellte Projektstudie zu seinem eigenen Nutzen verwendet, nach Bereicherungsrecht oder aus Geschäftsanmaßung hafte, je nachdem ob er gut- oder bösgläubig sei.

Im Bereich der Leistungskondiktion bahnt sich ebenfalls ein vorsichtiger Wandel an, seitdem sich das Bundesgericht in den neunziger Jahren in drei Fällen mit dem Bereicherungsausgleich beim bargeldlosen Zahlungsverkehr auseinandersetzen mußte⁸¹. Tastend nähert sich hier das Bundesgericht einer modernen Wertungsjurisprudenz, die auf der Abwägung der involvierten Risiken und Schutzbedürfnisse be-

Guhl/Merz/Koller, Fn. 59, S. 205; *von Tuhr/Peter*, Fn. 65, S. 473 Fn. 4; *von Tuhr/Peter/Escher*, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Supplement, Zürich 1984, S. 68 N 3; vgl. aus dem älteren Schrifttum *ZürcherKomm/Oser/Schönenberger*, Art. 62 OR N 8; *BernerKomm/Becker*, Art. 62 OR N 7; *Wittmann*, Grundbedingungen der ungerechtfertigten Bereicherung im schweizerischen und französischen Recht, Diss. Zürich 1943, S. 58 ff.; *Bussy*, Étude sur les conditions générales de l'enrichissement illégitime en droit suisse, Diss. Lausanne 1922, S. 96 ff.; *Carry*, Les conditions générales de l'action en enrichissement illégitime en droit suisse, Diss. Genf 1927, S. 27 ff.

⁷⁸ Vgl. *BaslerKomm/Weber*, Art. 423 OR N 8; *Hofstetter*, Gewinnherausgabe und Aufwendungsersatz des unechten Geschäftsführers ohne Auftrag, ZBJV 100 (1964), S. 221, 239; *Lischer*, Fn. 71, S. 46 f., 50 f.; *Holenstein*, Fn. 78, S. 173 f.; vgl. für w. Nachw. *ZürcherKomm/Schmid*, Art. 423 OR N 28 ff.; a. A. die ältere Lehre, vgl. die Nachw. bei *Schmid*, Fn. 63, N 771 mit Fn. 72.

⁷⁹ Vgl. supra Fn. 65.

⁸⁰ Vgl. BGE 119 II 40, 43.

⁸¹ Vgl. BGE 116 II 689 ff.; 117 II 404 ff.; 121 III 310 ff.

ruht⁸². Freilich hat das obligationenrechtliche Schrifttum die Rechtsprechung bislang in diesem Bereich weitgehend im Stich gelassen und statt dessen oft – mit Blick auf Deutschland – die Gefahr einer übersteigerten Komplexität und Verfeinerung der Bereicherungsdogmatik beschworen. Ansätze, der Rechtsprechung im schwierigen Gebiet der Drei- und Mehrpersonenverhältnisse beizustehen, kamen bislang erst von einem Autor, der die Schweiz nach einem kurzen Gastspiel allerdings inzwischen wieder verlassen hat, nämlich von Johannes Köndgen⁸³.

Wie sich im Bereicherungsrecht die Rezeption deutschen Rechtsdenkens in Zukunft weiter entwickeln wird, ist kaum vorauszusagen. Viel wird auch hier vom Einfluß derjenigen abhängen, die mit der deutschen Diskussion vertraut sind.

V. Faktischer Vertrag

Nicht zuletzt die Schwierigkeiten in der Anwendung des Bereicherungsrechtes haben zur Rezeption eines Rechtsinstitutes geführt, das – als es schließlich bis zum Bundesgericht⁸⁴ durchdrang – in Deutschland selbst von seinem letzten einsamen Verfechter inzwischen aufgegeben worden war⁸⁵: nämlich das faktische Vertragsverhältnis.

Wiederum war es eine Buchrezension, die diesen Begriff in die schweizerische Rechtslandschaft einführte, nämlich die Besprechung der Dissertation von Spiros Simitis über die faktischen Vertragsverhältnisse⁸⁶ durch Hans Merz⁸⁷. Merz selbst stand dieser Lehre freilich skeptisch gegenüber⁸⁸ und betonte – zu Recht – daß für sie im Schweizer

⁸² Vgl. Köndgen, Bereicherungsansprüche im bargeldlosen Zahlungsverkehr, SZW 1996, S. 30, 37.

⁸³ Vgl. Köndgen, Fn. 82; vgl. neuerdings Schwenzler, Fn. 17, N 56. 15 ff.; ansatzweise auch schon Kaufmann-Bütschli, Fn. 56, S. 248 ff.

⁸⁴ Vgl. infra Fn. 94.

⁸⁵ Vgl. Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, 7. Aufl., München 1989, § 28 II.

⁸⁶ Simitis, Die faktischen Vertragsverhältnisse als Ausdruck der gewandelten sozialen Funktion des Vertragsrechts, Frankfurt a.M. 1957.

⁸⁷ Merz, ZBJV 94 (1958), S. 161 ff.; vgl. auch Meier-Hayoz, SJZ 54 (1958), S. 173 f.

⁸⁸ Vgl. auch Merz, Vertrag und Vertragsschluss, 2. Aufl., Freiburg i.Ü. 1992, N 13.

⁸⁹ Vgl. Gauch/Schluep, Fn. 30, N 1184 ff.; Guhl/Merz/Koller, Fn. 59, S. 105; ZürcherKomm/Schönenberger/Jäggi, Art. 1 OR N 552 ff.; Keller/Schöbi, Das Schweizerische Schuldrecht, Bd. I, Basel/Frankfurt a.M. 1988, S. 57 ff.; Koller, Schwei-

Recht kein Bedarf sei. Dies hinderte jedoch nicht, daß die Lehre vom faktischen Vertrag in der übrigen Schweizer Literatur mit offenen Armen aufgenommen wurde und einen wahren Siegeszug durch die Lehrbücher antreten konnte. Sie muß heute wohl als herrschend bezeichnet werden⁸⁹. Auffallend ist auch hier, daß eine Reflektion der deutschen Diskussion⁹⁰ niemals stattgefunden hat, daß man vielmehr einen Begriff übernahm, ohne sich mit den dahinter stehenden Sachfragen auseinanderzusetzen. So verwundert es kaum, daß der Anwendungsbereich der Lehre vom faktischen Vertrag heute in der Schweiz viel weiter gefaßt wird, als es sich ihr Schöpfer je hätte träumen lassen. Das wohl derzeit führende Lehrbuch der Schweiz⁹¹ nennt als Beispiele für den faktischen Vertrag neben der vertragslosen Inanspruchnahme einer entgeltlichen Leistung und den unwirksamen Dauerschuldverhältnissen vor allem die Geschäftsführung ohne Auftrag sowie das reine Gefälligkeitsverhältnis. Auch die Begrenzung bzw. der Ausschluß der Rückabwicklung beidseits erfüllter formunwirksamer Verträge wird teilweise mit dem faktischen Vertrag begründet⁹². Kritik an dieser Leh-

zerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, Bern 1996, N 351 f.; jüngst vor allem wieder Bucher, Rezension von Lambrecht, Die Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis, Entstehung, Rezeption und Niedergang, Tübingen 1994, in: ZEuP 1996, S. 715 ff.; ders., Fn. 77, S. 270 ff.; BaslerKomm/Bucher, Art. 1 OR N 70 ff.; differenzierend Schmid, Fn. 78, 1861 ff.; Jeanprêtre, Le contrat de fait, RJN 1982, S. 9 ff.; kritisch aber Syz, Faktisches Vertragsverhältnis, Diss. Zürich 1991; Würsch/Dallafior, Können Fakten Verträge begründen? – Zum sog. faktischen Vertragsverhältnis, SJZ 85 (1989), S. 273 ff.; Engel, Fn. 77, S. 193; Merz, Fn. 88, N 13; vgl. auch die in Fn. 93 genannten Nachweise.

⁹⁰ Vgl. Haupt, Über faktische Vertragsverhältnisse, Leipzig 1941; die Lehre von Haupt wurde namentlich im Schrifttum der fünfziger und sechziger Jahre diskutiert, vgl. etwa Betti, Über sogenannte faktische Vertragsverhältnisse, FS Lehmann, Bd. I, Berlin/Tübingen/Frankfurt a.M. 1956, S. 253 ff.; Esser, Gedanken zur Dogmatik der »faktischen Schuldverhältnisse«, AcP 157 (1958/1959), S. 86 ff.; Kaduk, Vertrag und sozialtypisches Verhalten, JR 1968, S. 1 ff.; Larenz, Die Begründung von Schuldverhältnissen durch sozialtypisches Verhalten, NJW 1956, S. 1897 ff.; Lehmann, Faktische Vertragsverhältnisse, NJW 1958, S. 1 ff.; Nikisch, Über »Faktische Vertragsverhältnisse«, FS Dölle, Bd. I, Tübingen 1963, S. 79 ff.; Nipperdey, Faktische Vertragsverhältnisse?, MDR 1957, S. 129 ff.; Siebert, Faktische Vertragsverhältnisse, Karlsruhe 1958; Wieacker, Willenserklärung und sozialtypisches Verhalten, in: Göttinger Festschrift für das Oberlandesgericht Celle, Göttingen 1962, S. 263 ff., und in: Wieacker, Kleine juristische Schriften, Göttingen 1988, S. 119 ff.

⁹¹ Vgl. Gauch/Schluep, Fn. 30, N 1184 ff.

⁹² Vgl. beispielsweise Giger, Rechtsfolgen norm- und sittenwidriger Verträge, Zürich 1989, S. 104 ff.

re wird vor allem von Autoren – wie z.B. Ernst Kramer⁹³ – geäußert, die mit dem deutschen Recht und der hiesigen, nunmehr vierzig Jahre zurückliegenden Diskussion eng vertraut sind.

Im Jahre 1984 hat schließlich auch das Bundesgericht⁹⁴ dem faktischen Vertrag seinen höchstrichterlichen Segen erteilt. Es ging um Rückerstattung von Gebrauchsvorteilen aufgrund eines formunwirksamen Autoleasing-Vertrages. Da das Bundesgericht von seinem Dogma, wonach der gutgläubige Besitzer im Rahmen der Vindikation zur Herausgabe der Nutzungen nicht verpflichtet ist⁹⁵, offenbar nicht abrücken, das damit verbundene Ergebnis, nämlich daß der Leasingnehmer jahrelang umsonst hätte autofahren können, jedoch nicht akzeptieren wollte, suchte es Zuflucht im Allheilmittel des faktischen Vertrages. Dabei hätte sich gerade in diesem Fall, einem über mehrere Jahre vollzogenen Dauerschuldverhältnis, eine andere Lösung geradezu aufgedrängt. Denn anders als im deutschen Recht, in dem eine teleologische Reduktion der Unwirksamkeitsnormen erst mühsam erarbeitet werden mußte, kennt das schweizerische Recht eine diesbezügliche positivrechtliche Bestimmung, und zwar im Arbeitsrecht. Art. 320 Abs. 3 OR bestimmt ausdrücklich, daß bei einem in Vollzug gesetzten Arbeitsvertrag der Unwirksamkeitsgrund nur ex nunc geltend gemacht werden kann, daß bis zu diesem Zeitpunkt der Vertrag so zu behandeln ist, als wäre er gültig zustande gekommen. Es hätte also lediglich eines schlichten Analogieschlusses bedurft, um auch den in Vollzug gesetzten Leasingvertrag in den Griff zu bekommen.

Auch im Bereich der Lehre vom faktischen Vertrag gibt allerdings die jüngere Rechtsprechung des Bundesgerichtes⁹⁶ Anlaß zur Hoffnung, daß die wohl vorschnelle Übernahme deutschen Gedankenguts eine nur kurze Episode bleiben könnte. In einem Fall, in dem eine Mieterin eines Cafés dieses zweieinhalb Jahre nach Auflösung des Mietverhältnisses weiter benutzte, weil sich der Vermieter auf die Un-

⁹³ Vgl. Kramer, Fn. 77, S. 16 ff.; BernerKomm/Kramer, Art. 1 OR N 21 ff., 238 ff.; Schwenzler, Fn. 17, N 28. 61 f.

⁹⁴ Vgl. BGE 110 II 244 ff.; kritisch hierzu Hediger, Leasingvertrag und Abzahlungsgeschäft, recht 1986, S. 26 ff.; Polydor-Werner, L'indemnité pour l'usage d'une chose due par un locataire ou un acheteur de bonne foi en cas de nullité du contrat de bail ou de vente, SJZ 82 (1986), S. 194 ff.; noch offen gelassen in BGE 108 II 112, 113 = JdT 1982 I 534 f. m. Anm. Jeanprêtre.

⁹⁵ Vgl. dazu supra Fn. 62; vgl. aus der kantonalen Rechtsprechung AppGer BS, SJZ 81 (1985), S. 290 f.; OGer SO, SJZ 84 (1988), S. 251 f. und hierzu Wütsch/Dallaftor, Fn. 89; OGer Aarau, ARGVP 1990, S. 78; KtGer GR, PKG 1993, S. 12 ff.

⁹⁶ Vgl. BGE 119 II 437 ff. = AJP 1994, 1046 m. Anm. Schmid.

wirksamkeit der Kündigung berief, wies das Bundesgericht im Jahre 1993 den Gedanken des faktischen Vertrages zurück⁹⁷. Stattdessen erkannte es auf die Verpflichtung zur Zahlung des üblichen – nicht des im ursprünglichen Vertrag vereinbarten – Mietzinses aufgrund ungerechtfertigter Bereicherung⁹⁸. Dabei erwähnt das Bundesgericht allerdings mit keinem Wort, um welche Art der Kondiktion es sich hier handelt, was die nach wie vor vorherrschende Unsicherheit im Umgang mit dem Bereicherungsrecht deutlich macht. Das Dogma vom Schutz des gutgläubigen Besitzers im Rahmen der Vindikation, das eigentlich dem Bereicherungsanspruch entgegenstehen müßte, wird mit einem Kunstgriff, der zwar im Ergebnis, nicht aber in der Begründung zu überzeugen vermag⁹⁹, beiseite geschoben: Die Mieterin, die selbst von der Aufhebung des Vertrages ausging, sei bösgläubig gewesen¹⁰⁰.

V. Schlußbetrachtung

Lassen Sie mich zum Schluß kommen. Was ich hier an Einzelpunkten der Rezeption deutschen Rechtsdenkens im schweizerischen Obligationenrecht zusammengetragen habe, mag singular und zuweilen gar kurios erscheinen. Und doch scheint es mir in gewisser Weise symptomatisch für das Phänomen alltäglicher Rezeption zu sein. Unschwer hätten sich entsprechende Beispiele auch in gänzlich anderen Rechtsgebieten, wie z.B. dem Familienrecht, aufbieten lassen.

Symptomatisch scheinen mir die dargestellten Einzelfälle im Hinblick auf die Voraussetzungen, unter denen Rezeption stattfindet. Auffallend ist zunächst, daß es sich fast durchwegs um hard cases handelt, um Fragestellungen, die in vielen Rechtsordnungen zu Diskussionen Anlaß geben. Die Schweiz ist nun aber zu klein, als daß eine ausreichende Zahl an Fällen vor das Bundesgericht gelangen würde, so daß dieses eine klare Entscheidungspraxis entwickeln könnte. Oft dauert es Jahrzehnte, bis eine bestimmte Rechtsfrage wieder vor das höchste Gericht kommt. So gründet etwa das schweizerische Produkthaftpflichtrecht –

⁹⁷ Vgl. BGE 119 II 437, 441 f.; auch im deutschen Recht käme hier § 557 BGB nicht zur Anwendung, vgl. nur RGZ 103, 289 ff.; BGH NJW 1983, 112; Palandt/Putzo, § 557 BGB N 8; vgl. auch die Ausführungen in BGE 119 II 437, 441 zum deutschen Recht.

⁹⁸ BGE 119 II 437, 442.

⁹⁹ Vgl. auch Schmid, AJP 1994, S. 1046, 1048 f.

¹⁰⁰ Vgl. die Ausführungen in BGE 119 II 437, 442 zu Art. 940 Abs. 1 ZGB.

außerhalb des Produkthaftpflichtgesetzes – auf nicht mehr als zwei Urteilen aus den Jahren 1984/85¹⁰¹. Die obergerichtliche kantonale Rechtsprechung vermag oft qualitativ kaum zu überzeugen und wird zudem außerhalb des eigenen Kantons kaum beachtet. Dementsprechend fehlt es auch der Lehre weitgehend an Anschauungsmaterial, anhand dessen die Rechtsprechung systematisiert und eigenständige Lösungen entwickelt werden könnten. Der Griff auf eine ausländische Rechtsordnung erscheint deshalb nur allzu verständlich. Da nach wie vor in der schweizerischen Literaturlandschaft die deutschsprachigen Autoren tendenziell dominieren und an den deutschsprachigen Fakultäten der Schweiz ca. ein Viertel der Lehrenden ihre Ausbildung in Deutschland genossen hat, ist der Rückgriff auf deutsches Recht kaum verwunderlich.

Symptomatisch erscheint mir aber auch die Art und Weise der Rezeption. Meist sind es Einzelpersonen, die dem deutschen Recht besonders nahe stehen, von denen der Impuls zur Rezeption ausgeht. Paradigmatisch hierfür ist Andreas von Tuhr. Als junger Privatdozent kam er im Jahre 1893 von Heidelberg nach Basel, wo es ihn freilich nur fünf Jahre hielt. Weitere zwanzig Jahre lebte und wirkte er in Straßburg, an der deutschen Universität Straßburg, wie er in der Widmung der ersten Auflage seines Schweizerischen Obligationenrechts¹⁰² selbst hervorhob. Nach dem Ende des Ersten Weltkrieges führte ihn sein Weg über Halle und Köln zurück nach Zürich, wo er die letzten fünf Jahre seines Lebens verbrachte. Tief verwurzelt in der deutschen Dogmatik verfaßte er in dieser Zeit das erste große und lange Zeit einzige Lehrbuch zum Schweizerischen Obligationenrecht in deutscher Sprache, das über viele Jahrzehnte dieses Rechtsgebiet geprägt hat. Als einer der letzten großen Pandektisten hat er dem schweizerischen Obligationenrecht oft eine gemein- und deutschrechtliche Färbung vermittelt, die von den Gesetzesverfassern alles andere als beabsichtigt war.

Vermittelt über von Tuhr hat sich in der Schweiz gemeinrechtliches und begriffsjuristisches Denken bis heute in weit stärkerem Maße erhalten als dies in Deutschland der Fall ist. Denn in der Zeit, als in Deutschland vor allem mit von Caemmerer im Delikts- und Bereicherungsrecht viele Fesseln abgestreift wurden, hat sich die Schweiz gegenüber deutschem Rechtsdenken tendenziell abgeschottet. Erst die

¹⁰¹ Vgl. BGE 110 II 456 ff. (Schachtrahmen); BGer, 14. 5. 1985, JdT 1986, S. 571 ff. (Klappstuhl).

¹⁰² Vgl. von Tuhr, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 1. Halbbd. Tübingen 1924.

siebziger und achtziger Jahre brachten hier wieder eine stärkere Annäherung. Auch in jüngerer Zeit ist die Rezeption einzelner deutscher Rechtsgedanken jedoch oft von Zufälligkeiten geprägt. Oftmals wird – wie bei der Vertrauenshaftung und beim faktischen Vertrag – eine nur von wenigen Autoren vertretene Auffassung übernommen, ohne daß man sich darum kümmert, ob diese in der Rechtsordnung, in der sie entstanden ist, überhaupt Fuß fassen konnte. Es fehlt eine Auseinandersetzung mit der Frage, warum und vor welchem dogmatischen und historischen Hintergrund ein bestimmtes Rechtsinstitut entwickelt wurde, und ob diese Voraussetzungen im aufnehmenden Recht genauso gegeben sind, mithin überhaupt ein Bedürfnis nach Rezeption besteht, kurz: ein rechtsvergleichender Ansatz, wie ihn insbesondere auch der Jubilar in seinem ganzen Werk immer wieder in bemerkenswerter Klarheit vorexerziert hat. Rezeption ohne Rechtsvergleichung aber trägt den Charakter des Willkürlichen, sie ist eher geeignet, Wertungen zu verdecken denn offen zu legen.

Diskussionsbeiträge

Peter Schlechtriem: Eigentlich sind ja jetzt die Schweizer Kollegen gefordert. Ich bin nicht kompetent, dazu etwas zu sagen. Deshalb vielleicht wirklich nur eine Fußnote. Weyers hat einmal ein bestimmtes Begriffspaar als unheimliche Gesellen charakterisiert, nämlich das Begriffspaar »unmittelbar und mittelbar«. Er hat dargelegt, wie zu bestimmten Zeiten bestimmte Begriffe ganz außerordentlich attraktiv erscheinen und für alle möglichen Probleme – oder besser zur Beschreibung der Lösung aller möglichen Probleme – eingesetzt werden. Jeder, der das Wort verwendet, meint genau zu wissen, was er damit sagt, und alle müssten das genauso verstehen. Tatsächlich aber verliert sich der Bedeutungsgehalt sofort, wenn man versucht, diese Begriffe wirklich scharf und schneidend einzusetzen. Ich glaube, zu diesem unheimlichen Gesellen gehört eine Reihe von den Begriffen, die Sie heute genannt haben. Die Lösung der jeweiligen Fälle war jeweils sachgerecht, nur der Begriff, der verwendet worden ist, ist einfach zu großvolumig gewesen. Es paßt zuviel darunter, und so werden ein bißchen Pavlovsche Reaktionen ausgelöst bei allen, die ihn gehört haben. Faktische Verträge ist ein anderes Beispiel, und auf die Gefahr hin, daß ich mich für die Schweizer Kollegen ein wenig zu weit vorwage: ich glaube auch, daß auch Vertrauenshaftung so ein Begriff ist, der zunächst außerordentlich überzeugend erscheint, um die Lücken, die zwischen Vertrag und Delikt

bestehen, in den Griff zu bekommen. Aber die Sachfrage, wer nun eigentlich der geschützte Personenkreis ist, stellt sich genauso. Ich finde, Ihr Vortrag könnte jedenfalls in einer Fußnote mit einem Untertitel versehen werden: »Die Rezeption der unheimlichen Gesellen«.

Ernst Kramer: Ich bin doppelt herausgefordert jetzt von Ingeborg Schwenzer und jetzt auch von Herrn Schlechtriem. Zuerst möchte ich aber doch vorausschicken, was viele von Ihnen wissen, daß mich nämlich außerordentlich viel verbindet mit Ingeborg Schwenzer und auch mit ihrem heutigen Referat. Wir sind beide sozusagen Legionäre in der schweizerischen Universitätsbundesliga, noch dazu in der selben Fakultät und im selben Fach, und wir sind auch in Fachfragen vielfach gleicher Meinung. In einem Punkt, das ist ja jetzt offen zutage getreten, sind wir aber unterschiedlicher Auffassung und das ist eben die Vertrauenshaftung. Ich habe die Rezeption dieser Kategorie vielleicht ein bißchen befördert, – das Bundesgericht hat meinen »Berner Kommentar«, in dem ich auf die Canaris'sche Lehre zurückgegriffen habe, jedenfalls in diesem Sinn zitiert und ich muß zugeben, daß ich diese Entwicklung nicht ohne Befriedigung beobachtet habe –. Nun bin ich mir natürlich dessen bewußt, daß die Kategorie der Vertrauenshaftung eine Generalklausel und somit außerordentlich konkretisierungsbedürftig ist. Ich bin auch der Meinung, daß das heute herrschend vertretene Verständnis der Widerrechtlichkeit gemäss Art. 41 OR, das eine grundsätzliche Ersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden hindert, nicht zwingend ist, daß die deliktsrechtliche Generalklausel also auch anders verstanden werden könnte, als sie unter dem Einfluß deutscher Doktrin heute in der Schweiz verstanden wird. Ich bin daher – ganz wie Ingeborg Schwenzer – der Meinung, daß wir das Problem der reinen Vermögensschäden deliktsrechtlich bewältigen könnten. Nun ist aber die Ersatzfähigkeit reiner Vermögensinteressen nicht das einzige Problem, das sich in unserem Zusammenhang stellt. Es geht natürlich genauso um weitere Unterschiede zwischen der Vertragshaftung und der außervertraglichen Haftung und in manchen dieser Punkte erscheint das schweizerische Deliktsrecht genauso wenig befriedigend wie das deutsche. Das ist einmal das Problem der kurzen deliktsrechtlichen Verjährungsfrist. Das ist vor allem auch das Problem der Gehilfenhaftung und schließlich die Frage nach einer adäquaten Beweislastverteilung. In Bezug auf diese Defizite des schweizerischen Deliktsrechts würde ich für Situationen, in denen eine verstärkte, »quasivertragliche« Sonderverbindung zwischen den Beteiligten besteht, immer noch genügend Anlaß sehen, mich an das Modell der Vertragshaftung anzuleh-

nen und nicht an das eben zum Teil nicht befriedigende Modell der Deliktshaftung. Ich meine doch, daß in den anvisierten Fallgruppen ein erhöhter Vertrauenstatbestand gegeben ist, ein Vertrauenstatbestand, der sich unterscheidet von der typisch deliktsrechtlichen Situation des zufälligen Zusammenpralls Dritter. Daher ist die Vertrauenshaftung für mich eben doch ein auch für das schweizerische Recht grundsätzlich wünschenswertes Vehikel, um die vertragsanaloge Haftung für den angesprochenen Problembereich zu begründen. Ich betone aber nochmals: Selbstverständlich bedarf diese Kategorie, gerade in der Schweiz, wo sie ihre Karriere sozusagen erst beginnt, noch außerordentlich starker Konkretisierung. Diese ist bis jetzt zweifellos nicht erfolgt. Wir haben bis jetzt die beiden sehr disparat liegenden Entscheide des Bundesgerichts; eventuell kommt – dies würde ich stark vermuten – in Bälde auch noch der Vertrag mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter hinzu.

Was ich gesagt habe, beruht selbstverständlich auf der jetzigen Rechtslage. Nun wissen Sie wahrscheinlich, daß in der Schweiz eine Gesamtrevision des Haftpflichtrechts geplant ist, über die ich jetzt nicht mehr sagen möchte, da ihr Protagonist, Pierre Widmer, unter uns sitzt. Diese Gesamtrevision strebt eine starke Angleichung von Vertragshaftung und außervertraglicher Haftung an. Das ist, wenn ich dies recht sehe, doch eine der Hauptstoßrichtungen dieser Revision. Wenn damit auch die Defizite, die das schweizerische Deliktsrecht heute enthält, ausgemerzt werden könnten, fiel das Bedürfnis nach einer eigenen Kategorie der Vertrauenshaftung wohl weitgehend weg. Solange das aber noch nicht über die Bühne ist, bin ich weiterhin Befürworter der Vertrauenshaftung.

Ingeborg Schwenzer: Darf ich darauf gerade antworten. Zweierlei ist für mich aus den Voten von Herrn Schlechtriem und von Ernst Kramer deutlich geworden. Wir verharren in der Schweiz sehr häufig in einer Begrifflichkeit, die die eigentlichen Sachfragen, die es zu lösen gilt, eher verdeckt denn deutlich macht. Ich habe überhaupt nichts gegen die Bildung von Fallgruppen und damit die Herausarbeitung der beteiligten Interessen. Aber ich frage mich, warum brauchen wir so eine hybride Haftungsform, die es auf der Welt sonst nicht gibt. Wenn der gesamte angloamerikanische Rechtskreis die Fälle praktisch ausschließlich über negligence regelt und im Rahmen der Frage »wemgegenüber besteht eine duty of care« dann den geschützten Personenkreis herausarbeitet, warum erfinden wir dann sozusagen das Rad neu, obgleich wir mit der deliktischen Generalklausel eben ohne weiteres in der Lage wären zu sagen, es gibt Verkehrspflichten zum Schutze frem-

den Vermögens. Was Du gesagt hast, Ernst, zu den Problemen des Unterschieds zwischen Vertrags- und Deliktshaftung, so denke ich, man muß die Probleme dort lösen, wo sie entstehen. Und die Probleme entstehen nach wie vor in der Schweiz genauso wie in Deutschland, mit dem Befreiungsbeweis bzw. dem Entlastungsbeweis bei der Gehilfenhaftung, das heißt durch Art. 55 OR bzw. § 831 BGB. Mit dem Schachtrahmenfall, das war ein Entscheid des Bundesgerichts aus dem Produkthaftpflichtrecht von 1984, ist dieser Befreiungsbeweis aber schon in der Praxis eigentlich gestorben. Und ich denke, da muß man ansetzen, daß endlich die Rechtsordnungen des deutschen Rechtskreises zu dem Prinzip gelangen, das der Rest der Welt längst anerkennt, nämlich *respondeat superior*; nicht eine Vertrauenshaftung kreieren, innerhalb derer ich sagen kann, ich wende die vertragliche Gehilfenhaftung entsprechend an. Der andere Punkt, den Du angesprochen hast, ist die Verjährung. Da weiß ich nicht, ob Du Dich nicht in falscher Hoffnung wiegst. Denn das Bundesgericht hat ja bezüglich der Verjährung auf die culpa in contrahendo immer die deliktische kurze Verjährungsfrist angewandt. Wenn es nun die culpa in contrahendo der Vertrauenshaftung zurechnet, dann glaube ich, hätten wir auch die deliktische Verjährungsfrist. Also ich glaube, auch da sollte man über Verjährungsfristen diskutieren und nicht über eine dritte Form der Haftung. Schließlich zur Gesamtrevision des Haftpflichtrechtes. Ich habe diese Fragen bewußt nicht aufgenommen in meinem Vortrag. Aber gerade der Punkt, den Du angesprochen hast, die Gleichschaltung deliktischer und vertraglicher Haftung, beunruhigt mich an diesem Entwurf ungeheuerlich. Das weiß Pierre Widmer. Darüber haben wir schon oft diskutiert. Und zwar insofern, als die sogenannte positive Vertragsverletzung, die Schlechtleistung, nicht aber die Nichtleistung nun der deliktischen Haftung unterstellt wird bzw. der außervertraglichen Haftung gleichgestellt wird. Was uns wieder einmal zu ungeahnten Abgrenzungsproblemen zwischen Schlechtleistung, Nichtleistung, Spätleistung führen wird. Und dann enthält der Entwurf nach wie vor das, was Du bemängelt hast, nämlich die Möglichkeit des Befreiungsbeweises bei der Gehilfenhaftung. Dies nun auch auf die vertragliche Schlechtleistung anzuwenden, da hätte ich die allergrößten Probleme.

Pierre Widmer: Ja, also das ist »ein weites Feld«; und übrigens habe ich vor vier Jahren hier in Freiburg bereits einmal über unseren Entwurf gesprochen¹, ich möchte mich also nicht wiederholen. Ich glaube, daß ich

¹ P. Widmer, Die Vereinheitlichung des schweizerischen Haftpflichtrechtes –

eher zum Grundsätzlichen noch etwas sagen möchte. Es sieht jetzt so aus, als ob wir punkto Vertrauenshaftung nicht globalisiert sondern germanisiert worden wären. Aber ich bin mir da nicht so sicher; eher trifft zu, was Ingeborg Schwenzer gesagt hat, nämlich, daß man in der Schweiz einzelne Begriffe aus der deutschen Diskussion zwar aufgenommen, sie dann aber vielleicht nicht so ganz im Sinne des Erfinders verwendet hat. Bei der Vertrauenshaftung bin ich sogar der Meinung, daß die Rezeption – wenn überhaupt – eine unbewußte gewesen ist. Deutsche Literatur wird zwar zitiert, aber bekanntlich werden ja die Motive nach dem Entscheid geschrieben und nicht vorher. Und der betreffende Bundesrichter, dessen Auffassung ich gut kenne, ist allerdings getränkt von deutscher Literatur, was unserer Rechtsprechung ja nur gut tun kann. Doch die Vertrauenshaftung, von der die Rede gewesen ist, das könnte durchaus etwas sein, was sich selbständig entwickelt hat, nämlich aus dem seit langem schwelenden Streit darüber, ob der Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB) eine Widerrechtlichkeitsnorm sei oder nicht. Wenn sie das ist – und so lautet übrigens auch ein Vorschlag im Revisionsentwurf –, dann handelt es sich um eine reine Deliktshaftung und hat nichts mit einer hybriden dritten Kategorie zwischen Vertrag und Delikt zu tun, wie es Hans Peter Walter² einführt, wohl aus Angst, im einen oder andern der beiden bisher bekannten Gärten irgendwelchen Schaden anzurichten.

Ich glaube im übrigen, daß das Problem des reinen Vermögensschadens, das ja damit angesprochen ist, dogmatisch kaum lösbar ist. Je älter ich werde, desto unlösbarer scheint es mir. Ich habe gesehen, daß es auch in Frankreich auftaucht, wo die Widerrechtlichkeit *soi-disant* nicht existiert; dort stellt es sich dann einfach unter dem Gesichtspunkt der Kausalität. Es kommt auch im common law zum Vorschein. Ebenso in Italien, wo das Deliktsrecht eine ganz ähnliche Struktur hat wie in der Schweiz; da ist vom *danno ingiusto* die Rede, also vom ungerechtfertigten Schaden. Das entspräche an sich der objektiven Theorie und der Theorie vom Erfolgsunrecht. Aber ich glaube, zu den unheimlichsten Begriffsgesellen gehören »objektiv – subjektiv«; wenn je in der Juristerei Verwirrung angerichtet worden ist, dann mit diesem Begriffspaar. Deshalb will ich heute zu diesem Thema und zur Angleichung von vertraglicher und deliktischer Haftung im Schweizer Ent-

Brennpunkte eines Projekts, in: ZBJV = Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins 130 [1994], 385 ff.

² H. P. Walter, Vertrauenshaftung im Umfeld des Vertrages, ZBJV 132 [1996], 273 ff.

wurf nicht mehr sagen als: wir versuchen es einfach nochmals von vorne, und dann werden wir ja sehen, was rauskommt. Etwas bestärkt mich in der Meinung, daß wir auf dem richtigen Weg sind: das ist die Erfahrung, die ich in einer Gruppe von europäischen Haftpflichtrechtlern gemacht habe, wo wir mit all diesen verschiedenen Ansätzen zusammenkommen und, so hoffe ich, gelegentlich – wie die Lando-Gruppe im Vertragsrecht – zu gemeinsamen Lösungen gelangen werden. Wenn man nämlich unter die dogmatischen Verkrustungen vordringt, stellt man bald einmal fest, daß darunter sehr viel Gemeinsames verborgen liegt. Das zu fördern, glaube ich, das ist jetzt die Aufgabe.

Lajos Vékás: Als Nichtdeutscher und Nichtschweizer möchte ich die Zufälligkeiten in der Rezeptionsgeschichte nicht vermehren. Aber der Beitrag von Frau Schwenzer und die Diskussion war so reizend, daß ich doch zwei Fälle aus der Rechtsgeschichte Ungarns hier erwähnen möchte. Der eine ist Folgendes. 1929 wurde ein längerer Aufsatz auf ungarisch über Estoppel im Common Law und dessen Anwendungsmöglichkeiten im ungarischen Privatrecht veröffentlicht. Und aufgrund dieses Aufsatzes hat die ungarische Vorkriegsgerichtspraxis eine Art von Vertrauenshaftung entwickelt, die dann in dem ersten Zivilgesetzbuch des Landes im Jahre 1959 in einem ausführlichen Artikel als gesetzliche Regel aufgenommen war, und heute in der Praxis wirkt. Der andere zufällige Rezeptionsfall berührt das Bereicherungsrecht. Der vorletzte Entwurf zum ungarischen Zivilgesetzbuch vom Jahre 1928 hat die Leistungskondiktion für ungültige Verträge übernommen, anscheinend vom deutschen Recht, obwohl das ungarische Recht weder damals noch heute das Abstraktionsprinzip bei Eigentumsübertragung nicht kannte, bzw. nicht kennt. Als ich genau vor zwanzig Jahren die Gelegenheit gehabt habe, an einem Seminar über Bereicherungsrecht von Herrn Schlechtriem teilnehmen zu dürfen, habe ich mich mit dieser Problematik etwas ausführlicher auseinandergesetzt. Ich bin Ihnen, Herr Schlechtriem, auch heute noch sehr dankbar, daß ich diese Gelegenheit bekommen habe. Ich habe nach meinem hiesigen Aufenthalt zu Hause einen Aufsatz über die Frage geschrieben: Warum eigentlich Leistungskondiktion für Rückabwicklung ungültiger Verträge; und inzwischen, wenn ich mich nicht irre, hat die Praxis diese Überlegungen ernst genommen, und es werden ungültige Verträge nicht, wie früher, mit Hilfe von Leistungskondiktion, sondern auf eigenem Wege rückabgewickelt.

Hein Kötz: Ja ich habe eine kurze Bemerkung, die eigentlich zur Frage der Vertrauenshaftung nichts sagt, aber vielleicht zu einer Art Ehrenrettung des schweizerischen Rechts beiträgt, wenn es dessen überhaupt bedürfte. Es gibt ein Problem aus einem ganz anderen Bereich, in dem das schweizerische Recht mit einer gewissen knorrigen Widerborstigkeit sich den Einflüssen des deutschen Rechts verschlossen hat, und das ist folgender Fall. Nehmen Sie an, ein Käufer kauft eine Speziessache, die sich als fehlerhaft herausstellt: Kann er den Vertrag anfechten mit der Begründung, er habe die Sache bei Vertragsabschluß irrtümlich für fehlerfrei gehalten? Jeder deutsche Jurist würde natürlich sagen, daß er nicht anfechten kann, sondern daß er nur die Gewährleistungsansprüche hat und keine Gewährleistungsansprüche mehr hat, wenn die Verjährung eingetreten ist. Anders das schweizerische Recht in bewußtem Unterschied zum deutschen Recht. Man sieht also, es gibt auch Gegenbeispiele, Frau Schwenzer, wo die schweizerischen Juristen sagen, wir machen es anders als der Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung und auch anders als die ganz herrschende Meinung in Deutschland.

Ingeborg Schwenzer: Es war sicher nicht meine Absicht, die Ehre des schweizerischen Rechtes zu besudeln, so daß Sie aufgerufen werden, sie zu retten. Mein Plädoyer ging eher in Richtung einer eigenständigen Entwicklung. Was Sie nun allerdings angesprochen haben, Herr Kötz, das ist in der Tat eine eigenständige Entwicklung. Aber da würde ich sagen, die ist nicht unbedingt zu begrüßen. Das ist nun gerade ein Bereich, wo es dem schweizerischen Recht gut getan hätte, ein bißchen mehr auf die deutsche Rechtsprechung und herrschende Auffassung zu blicken. Und übrigens, die überwiegende schweizerische Literatur ist insoweit anderer Ansicht und lehnt die konkurrierende Anfechtung ab. Und ich denke gerade im Zusammenhang mit dem UN-Kaufrecht können wir, wenn wir das CISG nicht in einem Zentralbereich wieder zunichte machen wollen, den Vereinheitlichungseffekt gar nicht anders erhalten, als daß Irrtumsanfechtung nach nationalem Recht nicht möglich sein darf. Und insoweit urteilt auch einhellig die schweizerische Literatur, daß jedenfalls neben dem CISG Anwendung der nationalen Irrtumsregeln nicht möglich sein darf. Ja ich denke, was auch aus den Voten sehr deutlich geworden ist, es ist das Problem des Mangels an praktischer Erfahrung, das es uns verunmöglicht, oder oftmals verunmöglicht, die Sachfragen richtig zu stellen, weil unsere Phantasie gar nicht ausreicht, um uns die ganzen Sachverhalte auszudenken. Aber da denke ich, wäre es eben wichtiger, auf ausländisches Entscheidungsma-

terial zu blicken, um sich die Sachverhalte vor Augen zu führen, statt einfach ausländische Begriffe zu übernehmen und damit die eigentlichen Sachfragen zu verdunkeln.

Die Internationalisierung der Anwaltschaft – eine Betrachtung aus deutschem Blickwinkel

HANNS-CHRISTIAN SALGER

I. Einleitung

Das Schlagwort von der »Internationalisierung der Anwaltschaft«, gelegentlich sogar von einer Globalisierung der Anwaltschaft findet sich heute in jeder Diskussion zwischen und über Rechtsanwälte. Sowohl bei der Ausgestaltung von Standesrecht als auch bei der Formulierung der Ziele von Rechtsanwaltssozietäten und auch in der Diskussion von Ausbildungsinhalten stellt die »Internationalisierung« einen wesentlichen Angelpunkt dar. Bei näherem Hinsehen stellt man fest, daß die Internationalisierung einerseits als Gefahr, andererseits als Chance, häufig als unvermeidliche Anforderung, vielfach aber auch als unscharfes, konzeptionsloses Schlagwort gebraucht wird, das im Rahmen der Bestimmung etwa von Sozietätszielen aber auch Regulierungsinhalten von allen Diskussionsteilnehmern für nahezu sämtliche, auch entgegengesetzte Standpunkte in Anspruch genommen wird. Dabei wird unter »Internationalisierung« sowohl die internationale Tätigkeit von Rechtsanwälten als auch die internationale Struktur von Rechtsanwaltssozietäten verstanden und beides häufig nicht getrennt oder auch nur unterschieden. Als internationale Anwaltstätigkeit wird bereits die Tätigkeit des Rechtsanwalts innerhalb der eigenen Rechtsordnung und unter Anwendung des eigenen erlernten Rechts für ausländische Mandanten, dann vor allem die transnationale oder multinationale Tätigkeit, d.h. die Beurteilung von Sachverhalten nach mehreren Rechtsordnungen oder die Verfolgung von Mandanteninteressen in verschiedenen Rechtsordnungen verstanden, und schließlich auch die Formierung von in verschiedenen Rechtsordnungen oder gar weltweit vor Ort präsenten Rechtsanwaltssozietäten¹. Im folgenden verstehe ich

¹ Vgl. Hellwig, Formen der Gestaltung der Zusammenarbeit mit dem ausländi-