



Livre

2011

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Der Vertrag im europäischen Zivilrecht = Le contrat en droit civil européen

Schmidlin, Bruno

How to cite

SCHMIDLIN, Bruno. Der Vertrag im europäischen Zivilrecht = Le contrat en droit civil européen. Genève : Schulthess, 2011. (Collection genevoise. Droit et histoire)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:104663>

Bruno Schmidlin

Der Vertrag im europäischen Zivilrecht

Le contrat en droit civil européen



UNIVERSITÉ
DE GENÈVE
FACULTÉ DE DROIT

Bruno Schmidlin

Der Vertrag im europäischen Zivilrecht

Le contrat en droit civil européen



Bruno Schmidlin

Der Vertrag im europäischen Zivilrecht

Le contrat en droit civil européen



UNIVERSITÉ
DE GENÈVE

FACULTÉ DE DROIT

Schulthess
ÉDITIONS ROMANDES

§ 2011

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2011

ISBN 978-3-7255-6285-5

ISSN Collection genevoise: 1661-8963

www.schulthess.com

ANNAE
CONSORTI OMNIS VITAE
SOCIAEQUE LABORIS

Dogmengeschichtliche und rechtsvergleichende Studien

Études historico-dogmatiques et comparatistes

Vorwort – Préface

Der Band vereinigt eine Reihe von Studien zur Dogmengeschichte des Vertrages, die ich in den zehn Jahren nach meiner Emeritierung verfasst und Umstände halber vorerst einzeln veröffentlicht habe. Ich füge sie nun in überarbeiteter Form zu einem Band zusammen.

Die Studien gehören zum Themenkreis: Vertragsmodelle, Vertragskonsens, Vertragsabschluss, Vertragsauflösung, und am Rande auch zur «quasi-vertraglichen» Bereicherung. Der Dogmengeschichte des europäischen Vertragsrechts galt immer meine Vorliebe, weil sie nicht in der Historie verbleibt, sondern zum geltenden Recht führt. Die freie und dennoch zusammengehörige Darstellung bringt einige Ueberschneidungen mit sich, die aber nicht weiter stören.

Je tenais à publier mes études en allemand et en français ; dans ma langue maternelle et dans ma langue de travail à Genève. J'ai gardé des liens étroits et précieux avec ma Faculté, l'ancienne et l'actuelle, et je me sens honoré qu'elle accepte d'insérer mon ouvrage dans la Collection Genevoise, que j'ai dirigée pendant une bonne décennie.

Genève, en novembre 2010

Bruno Schmidlin

Table des matières

Vorwort – Préface	VII
I. Gibt es ein gemeineuropäisches Zivilrecht ?	1
II. Code et système du droit civil à l'exemple du Code civil français	15
III. Der allgemeine Schuldvertrag und die Vertragstypen. Das römische Nominatprinzip und seine Erweiterung durch die <i>actio praescriptis verbis</i>	29
IV. Die Vertragsmodelle des europäischen Privatrechts: das naturrechtliche Modell der Versprechensübertragung, das pandektistische Modell der Willenseinigung und das Vertrauensprinzip	61
V. La révocabilité de l'offre et de l'acceptation – une remarque historique et dogmatique	87
VI. Le consentement de la partie qui s'oblige et la cause licite dans l'obligation: l'article 1108 du Code civil français selon la doctrine de Pothier	93
VII. Die Standfestigkeit der schweizerischen Irrtumsregelung nach Art. 23/24 OR. Zur Komplementarität des Vertrauens- und Willensprinzips	110
VIII. Die Vertrauenshaftung im vertraglichen Kontakt. Neue Wege in der Schweizerischen Rechtssprechung ?	129
IX. Quelques remarques sur la responsabilité fondée sur la confiance en tant que responsabilité de contact quasi contractuel	144
X. Vom Substanzirrtums zum Grundlagenirrtums. « Saurer Wein, Trompetengold und falsches Silber » (Ulpianus D 18,1,9,2)	150
XI. <i>Fides servanda</i> . Die Nichtigkeit <i>ex tunc</i> und das vertragliche Liquidationsverhältnis	164
XII. Le sort du contrat résolu ou annulé: l'effet <i>ex tunc</i> ou la restitution post-contractuelle	179
XIII. Der Einheitstatbestand der Bereicherungsregel nach Art. 62 OR im europäischen Umfeld	193
XIV. An der Stelle eines Nachwortes En guise de postface	216

I. Gibt es ein gemeineuropäisches Zivilrecht?

1. Einleitung
2. Die historischen Eigentümlichkeiten des europäischen Privatrechts
3. Die Grundwerte des europäischen Privatrechts: Person, Eigentum und Freiheit
4. Der Wandel des europäischen Privatrechts in der modernen Massengesellschaft

1. Einleitung

Gibt es ein gemeineuropäisches Zivilrecht? Auf diese Frage hat die europäische Geschichte längst eine Antwort gegeben, sie lautet schlicht und einfach: ja! – Doch verbirgt diese Tatsache ein eigenartiges Paradox. Das europäische Rechtssystem ist nur in nationalstaatlichen Kodifikationen greifbar. Fast reflexartig stellen sich vor unseren Augen die vertrauten europäischen Gesetzbücher ein, und wir sind geneigt – das böse Wort BUGNETS abwandelnd¹ – zu antworten: Gemeineuropäisches Recht kennen wir nicht, wir kennen nur die in Europa geltenden nationalen Kodifikationen. Die Verschlingung des gemeinen Rechts mit den nationalen Privatrechtskodifikationen führt zu einem unscharfen quid pro quo und dennoch meinen Privatrechtssystem und Privatrechtskodifikation Verschiedenes und müssen daher unterschieden werden.

Die Kodifikationen des Privatrechts, zumal die Zivilgesetzbücher der Neuzeit, sind vorerst ein politisches Werk. In ihnen hat sich ein Stück nationalstaatlicher Geschichte verwirklicht und es versteht sich, dass dieser Vorgang vorerst der äusseren politischen und sozialen Geschichte angehört. Die Kodifikationsgeschichte ist in dieser Sicht Ereignisgeschichte.² Die Geschichte des Privatrechtssystems hingegen folgt einem anderen Zeittakt. Sie ist Teil der « *histoire silencieuse* », die sich in den Epochen der inneren Rechtsgeschichte entfaltet hat. Der Grossraum des ius commune hat das europäische Recht vor der Auflösung in den nationalen Kodifikationen bewahrt, so dass es, entgegen der

¹ Zur École de l'exégèse, s. EUG. GAUDEMET, L'interprétation du Code civil en France depuis 1804 (1935), S. 9, Zur Bemerkung Bugnets auch KRAMER, Vielfalt und Einheit der Wertungen im Europäischen Privatrecht, in Recht, Staat und Politik am Ende des zweiten Jahrtausends, Festschrift für Arnold Koller, 1993, S. 372.

² Zum Schweizerischen Recht siehe die Beiträge von CARONI, Rechtseinheit. Drei historische Studien zu Art. 64 BV, 1986; ferner ID. L'unification du droit et l'historisme juridique, in L'unification du droit privé suisse au XIXe siècle, 1986, S. 129 ff. ID. « Privatrecht »: Eine sozialhistorische Einführung, 1988. CARONI vernachlässigt die Unterscheidung zwischen innerem System und der politischen Geschichte der Kodifikation, die er im Wesentlichen auf das bürgerliche 19. Jahrhundert beschränkt. Die Auseinandersetzung um die innere Struktur und die Grundwerte des Privatrechts darf nicht mit der politischen Sozialgeschichte des 19. Jahrhunderts gleichgesetzt werden.

Voraussage Rudolf von Jherings, nie völlig in den Niederungen des Landesrechts und der Landesjurisprudenz versank³.

Die innere und die äussere Geschichte des Privatrechtssystems und der Privatrechtskodifikation stehen daher zueinander in einem Spannungsverhältnis. Die äussere Kodifikationsgeschichte folgt den revolutionären Bewegungen, in denen die ständische Gesellschaft zerbrach, die Nationalstaaten entstanden und sich das neue egalitäre Bürgertum etablierte. Die innere Geschichte des europäischen Rechtssystems hingegen entwickelte sich in Lehrdoktrinen und Lehrtraditionen, die aus dem *ius commune*, dem gemeinen Recht, aus dem Humanismus und vor allem aus dem Naturrecht der Aufklärung stammen. Diese Geschichte kennt keine Brüche und Revolutionen. « *On raisonne trop souvent comme si le genre humain finissait et commençait à chaque instant, sans aucune communication entre les générations et celle qui la remplace* », erklärt PORTALIS den zu *citoyens* gewandelten Jakobinern und gibt ihnen, wenig revolutionär, die konservative Version einer Sentenz des Juristen ULPIAN (D 1,4,2) zu bedenken: « *Il est utile de conserver tout ce qu'il n'est pas nécessaire de détruire.* »⁴ Der Satz des zungenfertigen Voltaire: « *Voulez-vous avoir de bonnes lois? Brûlez les vôtres et faites-en des nouvelles* », ist der leichtfertigste Rat, der Gesetzgebern je gegeben wurde⁵.

Fest steht, dass weder das gemeine Recht, noch das Common Law ursprünglich gesetzesförmige Rechte waren, beide haben ihre Selbständigkeit nicht auf dem Gesetzgebungsweg, sondern in der Lehr- und Praxistradition einer zunftgebundenen, fachlichen Jurisprudenz erlangt. Im Grunde haben die europäischen Kodifikationen wenig neues Recht geschaffen, ihre bleibende Bedeutung liegt auf einer anderen Ebene: sie haben das Recht in einen neuen Aggregatzustand versetzt. Was vordem als gemeines Recht galt, gilt seither als nationalstaatliches Gesetz. Da die Entscheidung für eine Privatrechtskodifikation eine politische und keine rechtliche war, brauchte die innere Gestalt des Privatrechtssystems, soweit es der politischen Zielsetzung nicht im Wege stand, gar nicht verändert zu werden. Das schon seiner Natur nach wenig politische Privatrecht wurde aus den Lehrbüchern und Lehrtraktaten schubweise in die Kodifikationen übertragen. Das politische Ziel einer nationalen vereinheitlichenden Gesetzgebung und das vom Naturrecht und dem Pandektenrecht vorbereitete europäische Privatrechtssystem verschmolzen ohne Widerstand zu einer neuen Einheit: die Kodifikationen galten als nationalstaatliches Gesetz und blieben zugleich dem gemeineuropäischen Rechtssystem treu.

³ R.V.JHERING, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, I. Teil, 1852, S. 15.

⁴ Ulpianus D 1,4,2: In rebus novis constituendis evidens esse utilitas debet, ut recedatur ab eo iure, quod diu aequum visum est. FENET, Recueil complet de travaux préparatoires du Code civil, 1836, Bd. I, S. 481 f.

⁵ VOLTAIRE, Dictionnaire philosophique, article « lois ».

Code civil und ABGB, die Höhepunkte der ersten Kodifikationswelle, sind die Erben des aufgeklärten Naturrechts. Als Teil der *philosophia moralis* enthielt dieses unter den stets wiederkehrenden Titeln Jus Naturae seu Gentium ein einheitliches, gefestigtes und vollständiges System des pflichtgemässen Handelns. Die beliebten Traktate und Lehrbücher nahmen in den kurzen Paragraphen und der angeschlossenen Kommentierung bereits die Paragraphen und Artikel der kommenden Kodifikationen vorweg⁶. Allerdings entledigte man sich sowohl für den Code civil wie für das ABGB aller naturrechtlich moralisierenden Einschübe. Die allgemeinen Präliminarien wurden kurzerhand beseitigt, denn das Recht werde darin erklärt, «*wie die Moralisten dieses Wort für das sittlich Gute nehmen und zwar Moralisten, welche die Sittenlehre aus dem Prinzip der Glückseligkeit ableiten*»⁷.

Das BGB ist hingegen im Wesentlichen ein Werk des Pandektenrechts und folgt dem erneuerten «*System des heutigen römischen Rechts*». Bei Erlass BGB wurden die lehrhaften und doktrinären Elemente ausgeschieden; man wollte dem Richter Entscheidungsregeln und keine gelehrten Definitionen an die Hand zu geben.

Der lehrhafte Zusammenhang, der als Rahmen das Gesetzesverständnis bestimmte, blieb jedoch in allen Kodifikationen weiterhin bestehen. Vergeblich insistierte noch EUGEN HUBER darauf, dass das Rechtssystem keinem pädagogischen lehrhaften Aufbau zu folgen habe, denn das Gesetzbuch sei kein Lesebuch, sondern ein Nachschlagewerk⁸. Dies änderte nichts daran, dass sich das Gesetzssystem auch als Lehraufsatz in Generationen von Lehrbüchern weiterhin durchgesetzt hat.

⁶ Dies gilt nicht nur für die Lehrbücher des vorkritischen Naturrechts wie CH. WOLFF, *Institutiones Juris Naturae et Gentium*, in quibus ex ipsa hominis natura continuo nexu omnes obligationes et jura omnia deducuntur, 1750, (reprint Hildesheim 1969) oder K. A. V. MARTINI, *Lehrbegriff des Naturrechts*, Neue vom Verfasser selbst veranstaltete Übersetzung seines Werkes «*De lege naturali positiones*», 1799 (Neudruck Aalen 1970), sondern es gilt auch für die KANT folgenden, kritischen Werke, etwa SCHMALZ, *Das reine Naturrecht*, Königsberg, 1798; HEYDENREICH, *System des Naturrechts*, Leipzig, 1794 etc.; verbreitete Darstellungen auch HUFELAND, *Lehrsätze des Naturrechts*, Jena, 1790; P. J. A. FEUERBACH, *Kritik des natürlichen Rechtes*, Altona, 1796.

⁷ FRANZ VON ZEILLER, Äusserung in der Kommission, bei OFNER, *Der Urentwurf und die Beratungsprotokolle des österreichischen ABGB*, I (1889), S. 13, ferner ID. *Excursus über ein österreichisches allgemeines bürgerliches Recht*, herausgegeben von PFAFF und HOFMANN (1877) S. 42, ID. *Natürliches Privatrecht* (1802) §§ 6,12,13. Deutlich auch PORTALIS, *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil* (Hrsg. F. PORTALIS, 1844), S. 100: «*Les lois sont des volontés. Tout ce qui est définition, enseignement, doctrine, est du ressort de la science. Tout ce qui est commandement, disposition proprement dite, est du ressort des lois*».

⁸ EUGEN HUBER, *Erläuterungen zum Vorentwurf eines schweizerischen Zivilgesetzbuches* (von 1901), 2. Aufl., 1914, S. 21.

2. Die historischen Eigentümlichkeiten des europäischen Privatrechts

Betrachten wir das europäische Privatrecht im Zusammenhang mit seiner inneren Geschichte, so lassen sich drei Eigentümlichkeiten erkennen:

1. Das europäische Privatrechtssystem kontinentaler romanistischer Herkunft hat sich hauptsächlich in den doktrinären Lehrtraditionen des *ius commune* und des Naturrechtes ausgebildet. Es stellt sich in den Gegensatz zum angelsächsischen, aber auch zum klassischen römischen Recht, die beide, auf ihre eigentümliche, unterschiedliche Weise der forensischen Praxis und dem jurisprudenziellen Aktionenrecht verbunden blieben.
2. Die kontinentale Rechtslehre hat ein universales Rechtssystem entwickelt, das, in zwei Hauptvarianten verzweigt, den beiden wichtigsten Kodifikationen, dem französischen Code civil und dem deutschen BGB zugrunde liegt. Das Modell entstammt den justinianischen Institutionen. Seine wissenschaftlich-philosophische Gestalt hat es vorerst im erneuerten Institutionensystem der Vernunftrechtslehre und darnach im Pandektensystem der historischen Rechtsschule erhalten. Die europäischen Rechtssysteme haben somit keinen nationalen Zuschnitt, sondern sind dem gemeineuropäischen *ius commune* verbunden.
3. Im Zentrum dieses Systems steht die freie, gleiche, individuelle Person und ihr Vermögen, das ihr als Eigenbereich, d. h. als Eigentum, oder als Freiheitsbereich, d. h. als frei verfügbare Rechte, zugehört.

2.1. Die lehrhaft-doktrinaire Natur des europäischen Privatrechts

Die europäischen Privatrechtssysteme sind vorerst Lehrsysteme. Dies gilt schon für die bescheidenen gaianischen Institutionen. Wir wissen, dass sich GAIUS nirgends durch besondere Originalität auszeichnet. Die Einteilung des Privatrechts in *persona* und *res* entlieh er vermutlich der stoischen Grammatik. Schon diese unterschied lehrhaft zwischen den *nomina propria* und *nomina appellativa*, die Personen- und Sachbenennungen, in der gleichen Art wie auch Gaius in der Unterscheidung zwischen *res corporales* und *incorporales* vorgeht: *quae tangi aut nec tangi possunt* (Gaius, Inst. 2,12-14). Im entfernten Sinne ist das gaianische Institutionensystem ein Derivat der stoischen Lehre des sich stufenweise entfaltenden Logos, der als *ratio naturalis* (GAIUS, Inst. 1,1) unter den Menschen auch das allgemeine Recht, das *ius gentium*, begründet⁹.

⁹ Zur Abhängigkeit des Gaiussystems von der stoischen Grammatik insb. WIEACKER, Sav. Ztsch., rom. Abt. 70, 1953, S. 103 ff. ferner FUHRMANN, Das systematische Lehrbuch, ein Beitrag zur Geschichte der Wissenschaften in der Antike, 1960.

Zum Aufbau des Institutionen benützt des GAIUS, ohne philosophische Anstrengung, die Dichotomie von *persona*, *res* einerseits und den *actiones* andererseits. *Res* und *persona* erhalten in seinem Lehraufsatz einen von den *actiones* abgelösten eigenen Teil. Vermutlich hat Gaius die Tragweite seiner Neuerung gar nicht erkannt, sondern nur formuliert, was unter den Juristen damals schon feste Überzeugung war: die *actio* verkörpert direkt die subjektive Berechtigung. Auch wenn man weiterhin von *actiones* und *actionem dare* sprach, war damit nicht mehr die vom Prätor hoheitlich verheissene Klage gemeint, die dieser unter Umständen auch verweigern konnte, sondern die bestimmte *actio*, die der materiellen Rechtsposition entsprach: *actio* und *obligatio* wurden synonym gebraucht und bedeuteten, wie der Jurist Celsus meint, nichts anderes als das Recht, einen Anspruch gerichtlich durchzusetzen. (Celsus D 44,7,51: *Nihil aliud est actio, quam ius quod tibi debeatur, iudicio persequendi*). Was lag daher näher als die materiellrechtlichen Grundlagen unmittelbar zum Gegenstand der Darstellung zu machen und die *actiones* als prozessuales Problem einem gesonderten Teil zuzuweisen.

Die Ablösung des subjektiven Rechts von der *actio* hat zugleich das Tor zum System geöffnet. Der erste grosse Jurist, der diesen Methodenwechsel klar und bewusst benützt hat, ist Hugo Donellus. Sein bedeutendstes Werk, die *Commentarii* zum *ius civile*, gehört nicht zufällig zu der auch von Savigny im «System des heutigen römischen Rechtes» benutzten und zitierten Literatur¹⁰. In der Tat, wie Savigny das subjektive Recht nach seinem unstreitigen oder streitigen Zustand unterscheidet, so trennt schon DONELLUS das Recht in *ius extra litem* und *ius in lite*¹¹, das letztere behandelt er wie GAIUS gesondert. Diese Trennung zwang ihn, für die von den *actiones* losgelöste subjektive Berechtigung einen neuen Rückhalt zu suchen. Er schuf hierfür ein System der subjektiven Rechte, aufgebaut nach einer materiellen Ordnung, die sich vom Lehrbuchaufsatz des GAIUS durch eine strenge deduktive Gliederung unterscheidet. Ausgangspunkt ist das materielle subjektive Recht: *ius quod suum cuiusque est*: die subjektive Berechtigung, die jedem zu eigen ist¹².

Weder das römische, noch das englische Recht haben diese Wendung zum System vollzogen. Das römische Recht hat sich vom engen Fallrecht zum Fallregelrecht entwickelt. Doch haben sich die römischen Juristen geweigert, diese Regeln zum Ausgangspunkt eines systematischen Rechtes zu machen. Regeln sind keine Prinzipien und Evidenzen, aus denen sich das Recht deduktiv und

¹⁰ DONELLUS, *Commentarii de iure Civili* (editio sexta, herausgegeben von J.C. KONIG und C. BUCHER, Nürnberg 1822-1834). SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, 1840, Bd. 5, Kap. 4, § 204, S. 1 ff.

¹¹ DONELLUS, *Commenlarii de iure Civili* (editio sexta, herausgegeben von J.C. KONIG und C. BUCHER, Nürnberg 1822-1834). SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, 1840, Bd. 5, Kap. 4, § 204, S. 1 ff.

¹² DONELLUS, *op. cit.*, cap. 8, lib. 2 § 1, (ed. cit. t. 1, S. 229), siehe dazu unten Anm. 21.

reduktiv bestimmen liesse. *Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est, regula fiat* (D 50,17,1), der mahnende Satz des Juristen PAULUS deutet an, dass die Verallgemeinerung Grenzen kennt und stets auf die Entscheidungsgrundlagen zurück zu binden ist. Die Regel entsteht im praktischen Zusammenhang, in dem die römischen Juristen alles zufällige, individuelle Beiwerk ausstreichen, in ihrem *responsum* lediglich den *emptor*, *venditor*, *socius* etc. belassen, um so den gereinigten Fall zur Fallregel umzubilden. Römisches Recht ist daher kein Entscheidungsrecht, sondern ein Fallregelrecht, das sich auf mittlerer Abstraktionshöhe hält und in dieser Zwischenlage befähigt ist, zwischen dem allgemeinen Prinzip und der konkreten Entscheidung zu vermitteln¹³.

Anders wiederum das englische Recht. Zwar beruht es auf einer der römischen frappierend ähnlichen Methode, doch hat die besondere Stellung der High Courts und der Richter ein Fallentscheidungsrecht eigener Art ausgebildet. Da die Rechtsfindung nicht bei einem aussen stehenden unabhängigen *iurisperitus* liegt, der sein *responsum* aufgrund der vorgegebenen Fakten erteilt – *secundum quae proposita sunt* –, sondern in der Hand des entscheidenden Richters selbst, kann sich das englische Recht nicht von der richterlichen Autorität lösen. Die Fallentscheidung vermag lediglich als *leading case* auf künftige Fälle weiterzuwirken. Die Methode des *overruling* und des kunstvollen *distinguishing* haben das englische Recht in Bewegung gehalten und die kraftvolle richterliche Autorität vermied die *subtilitates iuris*. Die Rechtsentscheidungsregeln werden in den Fall eingebettet, ohne das Niveau einer römischen Fallrechtregel zu erlangen. Englisch Recht ist judizielles Recht, nicht zufällig greifen die englischen Textbooks stets einzelne Rechtsinstitute auf, ohne sich um ein abstraktes, umfassendes System zu kümmern.

2.2. Die Universalität des europäischen Privatrechtssystems

Die Entwicklung zu einem universalen Privatrecht macht den zweiten Wesenszug des kontinental-europäischen Rechts verständlich. Schon für GAIUS bildete nicht das enge Zivilrecht, das *ius civile*, die Grundlage des Systems, sondern das *ius gentium*, das universale, allgemeine Recht, das aufgrund der *ratio naturalis* unter allen Völkern gilt: *quod vero ratio naturalis inter omnes populos constituit id apud omnes populos peraeque custoditur* (GAIUS, Inst.1.1.).

Der Begriff der *ratio naturalis* wurde im frühen Vernunftrecht des 17. Jahrhunderts zu einem Schlüsselbegriff. Er bezeugt die intellektuelle Distanz zu den Digesten Justinians und die methodische Freiheit, sich vom Justinianischen Gesetz abzulösen, um ein sachbezogenes, allgemeinen Vernunftgründen fol-

¹³ Zur Methode der kasuistischen Abstraktion, siehe SCHMIDLIN, Die römischen Rechtsregeln, 1970, inbes. S. 158 ff. zum englischen Recht, DAVID/GRASSMANN, Einführung in die grossen Rechtssysteme, 1988, 2. Aufl, S. 475 ff.

gendes Rechtssystem zu errichten. Kein Machtwort und keine Herrscherwillkür können den sicheren Weg – *certa methodus* – versperren, den die Natur der Dinge und ihre *cohaerentia* vorschreibe, meint Donellus wörtlich¹⁴. Entschieden ging man daran, die Digesten in ein rationales Institutionensystem umzuformen und diesem eine auf Vernunftprinzipien begründete Darstellung zu geben. Diese Bewegung, die zur Zeit des Humanismus einsetzt, führte zu einer Flut von Schriften über das stets wiederkehrende Thema der Gestaltung des Unterrichtes und der Lehre¹⁵. Sie findet ihren Endpunkt in den Traktaten zum *Jus Naturae seu Gentium*, in denen sich der vernunftrechtliche Glaube an die universale Geltung eines vernünftigen evidenten Rechts eine bleibende Werkgattung schuf.

Dem Vernunftrecht eignet sogar ein antiromanistischer Affekt, doch betrifft dieser nicht die römischen Rechtsinstitute als solche, sondern die undisziplinierte Form, in der sie sich in den Digesten Justinians präsentieren¹⁶. Es galt als primäre Aufgabe, das römische Institutionenmaterial in rationale systematische Kategorien umzusetzen. Die *ratio naturalis*, von der Gaius gesprochen hatte, sollte dem römischen Recht eine neue allgemeine, naturrechtliche Geltung verleihen.

Hinter dem Bemühen, das Recht in ein universales System zu fassen, steht mehr als der aufklärerische Drang nach Begriff und System; er entspricht dem überall spürbaren Anliegen dieser zerrissenen Zeit, das Recht auf eine universelle, humane d. h. alle Menschen verbindende Grundlage zu stellen. Das Naturrecht bindet Christen und Heiden, denn es gilt, wie PUFENDORF sich ausdrückt, für die Menschen, nicht weil sie Christen, sondern Menschen sind, *non qua christiani, sed qua homines* ...¹⁷ Das Vernunftrecht blieb daher nicht im Formalen eines blossen *nova methodus* oder einer *mathesis universalis* stehen, sondern hob das Recht auf die universale Wertgrundlage der Vernünftigkeit, die alle Menschen eigen ist.

Die Historische Rechtsschule und das von ihm abhängige Pandektenrecht des 19. Jahrhunderts brachten, entgegen allen Beteuerungen, keine grundsätz-

¹⁴ Donellus, op. cit., tom. 1, lib. I, cap. I, § 1: Sed silva rerum cognoscendarum ex his libris petita, etiam docendi artem esse puto, quam nos inquirimus, in qua scilicet, delectu ordinis et collocationis habito, res quaeque suo loco, sine ulla confusione, tradantur, quo et intelligantur recte, atque hac via, sine ullo errore, facile ad ipsum finem perveniatur ... Princeps, mutare non potuit, quae usu populi constant, non cuiusquam arbitrio aut voluntate: sic nec efficere, ut non sit certa methodus ea, quam natura ipsa rerum et cohaerentia praescribit. A principibus est auctoritas iuris, a peritis et intelligentibus via et recta ratio docendi ...

¹⁵ Dazu TROJE, Die Literatur des gemeinen Rechts unter dem Einfluss des Humanismus, 4. Teil, in COING, Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, 1977, Band 2, 1. Teilband, S. 718 ff., insb. die lange Literaturliste S. 724 ff.

¹⁶ Z.B. ZEILLER, Kommentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, 1811, Vorrede, S. IX, ferner § 7, S. 8, ferner POTHIER, Traité des obligations, 1824, partie 1, ch. I, § 1; ID. Pandectae Justinianae in novum ordinem digestae cum legibus codicis et novellis, 1748-1752.

¹⁷ PUFENDORF, Specimen controversiarum circa ius naturale, 1678, cap. IV § 12.

liche Änderung. Zwar ersetzten die Pandektisten die abstrakte Vernünftigkeit durch den lebendigen Volksgeist, der aber vor allem Gegenstand eines idealen Bekenntnisses blieb, denn ob Volksgeist oder gelehrter Geist, konkret wurde dieses Postulat erst in dem neu errichteten Rechtssystem: im Pandektensystem. Der von SAVIGNY gewählte Titel *System des heutigen römischen Rechts* bringt dies trefflich zum Ausdruck. Für die Historische Rechtsschule bedeutet geschichtliches Recht nicht volksverbundenes Recht, sondern das positiv-geschichtlich verkörperte Recht. Die materiellen Quellen des positiven Rechtes liegen in der Geschichte, in der sich die empirische Gestalt des Rechtes entfaltet, sichtbar und greifbar wird. Die wissenschaftliche Behandlung des geschichtlichen Rechtsstoffes ist Sache der rechtlichen Vernunft, die, der kantischen Dualität von empirischer Materie und apriorischer Form gemäss, dem Recht eine rationale Gestalt verleihen soll.¹⁸ Die Überzeugung, dass das Privatrecht auf einer allgemeinverbindlichen, vernünftigen Grundlage beruht und einer systematischen Darstellung bedarf, blieb unerschüttert.

3. Die Grundwerte des europäischen Privatrechts: Person, Eigentum und Freiheit

Der dritte Wesenszug des europäischen Privatrechts betrifft die inhaltliche Grundlage des Systems. Auf einen allgemeinen Nenner gebracht, bedeutet europäisches Privatrecht Eigentumsordnung und Freiheitsordnung.

Eine derartige hohe Formel kann dem einfachen Schulsystem des GAIUS nicht entnommen werden. Für GAIUS bedeutet der Satz: «*omne ius quo utimur vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones*» – alles Recht, das in Übung ist, betrifft die Personen, die Sachen oder die Klagen (Gaius, Inst.1.8) im Wesentlichen nichts mehr als eine Stoffgliederung. Öffnen wir hingegen einen der zahlreichen Lehrtraktate des Vernunftrechtes, die das Institutionensystem des GAIUS übernehmen, so liest sich diese Einteilung ganz anders. «Wie es im Universo Wesen von zweifacher Art gibt, Personen (vernünftige Wesen) oder Sachen (unvernünftige Wesen), so lassen sich auch nur zwei Hauptarten der erwerblichen Rechte annehmen: das Recht auf Personen oder das Personenrecht, und das Recht auf Sachen, das Sachenrecht», schreibt FRANZ v. ZEILLER, der Schöpfer des österreichischen Allgemeinen Gesetzbuches und einer der letzten Vertreter des Vernunftrechtes¹⁹. Die Inhaltsangabe des GAIUS wird zum Ver-

¹⁸ Siehe die Methodenlehre SAVIGNYS, Juristische Methodenlehre: nach Ausarbeitung des JAKOB GRIMM, Hrsg. WESENBERG, 1951, S. 14 ff. auch ID. System des heutigen römischen Rechts, Bd. 3, S. 333. Dazu vor allem WILHELM, Savignys überpositive Systematik, in Philosophie und Rechtswissenschaft, Hrsg. J. BLÜHDORN und J. RITTER, 1969, S. 123 ff. im gleichen Band KIEFNER, Der Einfluss Kants auf Theorie und Praxis des Zivilrechts im 19. Jahrhundert, S. 3 ff.

¹⁹ ZEILLER, Grundsätze der Gesetzgebung (1808/09), Nachdruck Frankfurt 1948. S. 5 ff.

nunftprinzip, die Unterscheidung lautet streng und fest: Personen oder Sachen, ein Drittes gibt es nicht.

Die Sache weitet sich zu einer umfassenden Kategorie alles Gegenständlichen, «denn Sache ist alles, was von der Person verschieden ist und ihr zum Gebrauch dient», lehrt ANTON V. MARTINI, der Lehrer ZEILLERS, in seinen Grundsätzen des Naturrechtes²⁰. Sind Person und Sache die irreduktiblen Ur-elemente des Privatrechtes, so ist ihre gegenseitige Beziehung zu bestimmen. Das Vernunftrecht bestimmt dieses Verhältnis als Eigentum im ursprünglichen Sinn des Zu-eigen-Habens.

DONELLUS hat zu diesem Systemverständnis einen anderen Weg eröffnet²¹, kommt aber an das gleiche Ziel: «Was uns im einzelnen zugehört, ist ein Zweifaches», schreibt er, «zum einen das, was uns im wirklichen und eigentlichen Sinn gehört und ferner das, was uns geschuldet wird. Im eigentlichen Sinn unsrig nenne ich das, was uns so zu eigen ist, dass kein Teil einem anderen zukommt und dass es, um voll uns zu gehören, keines weiteren Umstandes, noch einer Übereignung bedarf ... Geschuldet wird uns, was ein anderer uns zu leisten schuldet. Denn bevor uns das Geschuldete geleistet wird, ist es noch nicht wirklich unser, weil es uns übertragen werden muss.»

Den vollen und weiteren Sinn dieser Zuordnung verstehen wir allerdings erst, wenn wir über das System hinaus auf den Anfang allen Rechtes blicken. Für Donellus hat das Eigentum letztlich eine religiöse Evidenz. In den Augen des strenggläubigen Calvinisten umfasst das *ius suum cuiusque* vorerst das, was Gott in die Hand des Menschen gelegt hat. Nur auf Grund des göttlichen Willens ist der Mensch Eigentümer seiner eigenen Person und der ihm gehörenden Sachen, er hat sie nicht selbst geschaffen, sondern von oben entgegen genommen, sie stehen ihm zur Verfügung, absolut und total, so wie Gott, Eigentümer der Schöpfung und des Menschen, über diese verfügt²².

In diesem Systembild tritt hervor, was im Vernunftrecht zum Hauptthema werden sollte: das *ius suum cuiusque*, das Eigentum. Allerdings hat die Aufklärung den theozentrisch-biblische Hintergrund des Calvinisten Donellus abgebaut und eine *religion civile* an seine Stelle gesetzt²³. Die Person ist sich in der

²⁰ MARTINI, Lehrbegriff des Naturrechts, § 149.

²¹ DONELLUS, op. cit. § 1: Id quod nostrum cuiusque est, duplex est. Est enim, quod vere et proprie nostrum sit; est etiam, quod nobis debeatur. Proprie nostrum voco, quod ita nostrum factum est, ut nulla ex parte sit alterius, et ut nostrum amplius fiat, alterius factum aut traditionem ullam non desiderat ... Debetur nobis id, ad quod praestandum nobis alius obligatus est. Id priusquam nobis a debitore praestetur, id quidem dare oportet, nondum revera nostrum est; ...

²² DONELLUS op. cit. lib. 2, cap. 4, § 5 Si de iure dominii et proprietatis quaeritur omnia sunt Dei ... Sic tamen Dei omnia, ut omnia haec aspectabilia hominis causa condidentur, cuique terram hanc fruendam dedit ...»

²³ GROTIUS, De Jure belli ac pacis libri tres, ed. Lausanne 1751, lib. 2, cap. 2 §§ 1-24; ibid. § 10: simul discimus, quodmodo res in proprietatem iverint: non animo actu solo, neque enim scire alii poterant,

Vernünftigkeit selbst gegeben, sie ist Selbstzweck. Alles, was nicht vernünftig, d. h. Sache ist, ist dagegen Mittel und steht dem Zugriff des Menschen offen. Der Paradiesesmythos wurde zum Mythos des ursprünglichen Teilungsvertrags umgewandelt, vermittels dessen die Menschen, denen von Natur aus alles gehört, sich die Modalitäten der exklusiven Aneignung selbst geschaffen haben²⁴.

Dies bedeutet nicht die Inthronisation des Besitzbürgers. Das Massverhältnis des *suum cuiusque* bestimmt die Natur, die den Menschen in ihre Pflicht nimmt. Das Eigentum soll dem Menschen nur als Mittel dienen, ein naturgemässes Leben zu verwirklichen. Dem Eigentumserwerb und dem Eigentumsgebrauch sind Schranken gesetzt. Das Vernunftrecht ist vorerst ein Pflichtenrecht²⁵. § 66: «*Da uns nun deswegen ein Recht gegeben wird, damit wir der Verbindlichkeit ein Genügen leisten können, so ist das der rechte Gebrauch des Rechts, welchen die Pflichten erfordern*», lesen wir in CHRISTIAN WOLFFS Grundsätzen des Natur- und Völkerrechts. Daraus zieht WOLFF die (modern anmutende) Folgerung: § 832: «*Da die Nachkommen Menschen sind, die an unsere Stelle nach unserm Tode kommen, die Menschen aber mit verbundenen Kräften sich und ihren Zustand vollkommen zu machen verbunden sind; so sind wir verbunden, alles zu thun, was wir zum Vorteil der Nachkommen thun können, z.E. ... dass ihnen keine fruchtbringenden Bäume, noch auch wilde zur Holtzung fehlen*»²⁶. Das barocke Bild nimmt unsere heutige Sorge vorweg, dass die Güter nicht unerschöpflich und ihrem Gebrauch von Natur aus Grenzen gesetzt sind.

Eigentum als Zuordnungsverhältnis der Güter an die Person ist der Schlüsselbegriff des neuen Systems. Er geht auch als Schlüsselbegriff in die neuen naturrechtlichen Kodifikationen ein.

Ein Blick auf den Code civil vermag dies zu illustrieren: Der Code civil verbindet das Institutionensystem mit dem Eigentumsbegriff. Die drei Bücher tragen die Überschrift: *Des personnes* (I), *Des biens et des différentes modifications de la propriété* (II), *Des différentes manières dont on acquiert la propriété* (III). Auch das ABGB stellt der Grundeinteilung von Person und Sachen entsprechend das Personenrecht dem Sachenrecht gegenüber, das in das dingliche Sachen-

quid alii suum esse vellent, ut ab eo abstinerent: et idem velle plures poterant, sed pacto quodam aut expresso, ut per divisionem, aut tacito, ut per occupationem ... PUFENDORF, *De iure naturae et gentium* libri octo, Bd. 1 ed. W. SIMONS 1934, repr. ed. 1688, lib. 4, cap. 4, § 9. SCHMIDLIN, *Eigentum und Teilungsvertrag*, in: *Eigentum und seine Gründe*, 1983, S. 47 ff.

²⁴ PUFENDORF, *De iure naturae et gentium* libri octo, Bd. I, lib. 4, cap. 4, § 9.

²⁵ WINIGER, *Das rationale Pflichtenrecht Christian Wolffs*, 1992, S. 267 ff.

²⁶ CH. WOLFF, *Grundsätze des Natur und Völkerrechts, worinnen alle Verbindlichkeiten und alle Rechte aus der Natur des Menschen in einem vollständigen Zusammenhang hergeleitet werden*, 1754, (reprint Hildesheim 1980), Ges. Werke I, 19 § 66 und § 832.

recht und persönliche Sachenrecht unterteilt wird und somit ebenfalls das Verhältnis von Person und Sache als Sachzuordnung begreift²⁷.

Dieses System der Güterzuordnung bleibt nicht bei allgemeinen Einteilungen stehen, sondern greift in die Struktur der Rechtsinstitute ein. Davon zeugt der Versuch, eine einheitliche Lehre des Rechtserwerbes zu begründen und der Vorschlag Zeillers, die Lehre von *titulus* und *modus* auch auf den Erwerb obligatorischer Rechte auszudehnen²⁸. Davon zeugt auch der Versuch Pothiers, auf Grotius gestützt, die Vertragswirkung als Versprechenserwerb zu begreifen, bei dem der annehmende Gläubiger das *promissum* des Schuldners wie eine *particula libertatis* zu Eigentum erwirbt²⁹.

Dem zur *philosophia moralis* zugehörenden Vernunftrecht stellt das bürgerlich liberale Pandektenrecht die kantische Freiheitsidee entgegen. *Das angeborene Recht ist nur ein einziges : Freiheit*³⁰. « Recht sichert den freien Raum, der dem Menschen zur eigenen Verantwortung gegeben ist, es erzwingt die sittliche Pflichterfüllung nicht, sondern soll die freie Entfaltung der jedem einzelnen innewohnenden Kraft ermöglichen », bekennet SAVIGNY in Anlehnung an Kant³¹.

Das Recht regelt das allgemeine Verhältnis, in dem sich die Menschen gegenüber treten, um die Freiräume ihrer Herrschaft « nach einem allgemeinen Gesetz der Freiheit » d. h. im positiven Rechtsverhältnis zu sichern. Das neue liberale, bürgerliche Rechtssystem überträgt daher das Eigentumsverhältnis auf das radikalere Verhältnis des Rechtes zum subjektiven Freiheitsvermögen der Person, das als Rechtsverhältnis zur Grundfigur des neuen Systems erhoben wird.

Das Rechtsverhältnis setzt sich aus allgemeinen, gleichsam apriorischen Elementen zusammen : aus der Person, aus der Sache als Objekt und aus der Natur des Verhältnisses. Sie zu analysieren, ist Aufgabe des allgemeinen Teils des Bürgerlichen Rechts. Daran schliesst sich der materielle besondere Teil,

²⁷ ABGB Erster Teil. Von dem Personenrechte. Zweiter Teil. Von dem Sachenrechte. *Erste Abteilung. Von den dinglichen Rechten. Zweite Abteilung. Von den persönlichen Sachenrechten*, Dritter Teil. Von den gemeinschaftlichen Bestimmungen der Personen- und Sachenrechte.

²⁸ ZEILLER, *Natürliches Privatrecht*, § 57, § 58 ; id., *Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch*, § 861, Bd. 4, 1812, S. 6.

²⁹ POTHIER, *Traite des obligations*, tome I, partie I, ch. 1 § 1 (éd. 1824) mit Bezugnahme auf GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, lib. II, cap. XI §§ 1-4.

³⁰ KANT, *Die metaphysischen Anfangsgründe der Rechtslehre* § E, Anhang, *Zur Einteilung der Rechtslehre*, B, in *Metaphysik der Sitten*, Bd. 8 (Ed. Suhrkamp) S. 345.

³¹ SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. 1, 1840, S. 331 übersetzt diese abstrakte Formel in ein anschauliches Bild : « Der Mensch steht inmitten der äusseren Welt, und das wichtigste Element ist die Berührung mit denen, die ihm gleich sind durch ihre Natur und Bestimmung. Sollen nun in solcher Berührung freye Wesen neben einander bestehen, ... so ist diese nur möglich durch die Anerkennung einer unsichtbaren Gränze, innerhalb welcher das Daseyn, und die Wirksamkeit jedes Einzelnen einen sicheren, freyen Raum gewinne. Die Regel, wodurch jene Gränze und durch sie dieser freye Raum bestimmt wird, ist das Recht ».

« der Gegenstandsbereich der Rechtsverhältnisse, der sich », wie Savigny sagt, « in drei konzentrische Kreise gliedert, worin unser Wille herrschen kann.

1. Das ursprüngliche Selbst. (Ihm entspricht das sogenannte Urrecht, welches wir gar nicht als eigentliches Recht behandeln.)
2. Das in der Familie erweiterte Selbst. (Die hierhin mögliche Herrschaft unseres Willens gehört nur theilweise dem Rechtsgebiet an und bildet das Familienrecht.)
3. Die äussere Welt. (Die Herrschaft des Willens, die sich hierauf bezieht, fällt ganz in das Rechtsgebiet und bildet das Vermögensrecht, welches wieder in das Sachenrecht und Obligationenrecht zerfällt³²).».

In nuce liegt hier bereits die berühmte Zweiteilung des BGB vor, der allgemeine Teil befasst sich mit den Elementen des Privatrechtes, der besondere Teil gilt den materiellen Rechtsverhältnissen. Diese Wendung zu einem neuen System enthält mehr und anderes als einen äusseren Begriffswechsel. Das neue, auf das Rechtsverhältnis aufbauende System verändert die darin verwendeten Begriffe; die Obligation wird verstanden « als Herrschaft über eine Person; jedoch nicht über diese Person im Ganzen (wodurch deren Persönlichkeit aufgehoben sein würde) sondern über einzelne Handlungen derselben, die als aus ihrer Freiheit ausscheidend, und unserem Willen unterworfen, gedacht werden müssen »³³. Der Vertrag beruht daher auf dem vereinigten Willen der Vertragspartner³⁴ und nicht auf der Übergabe und Aneignung eines Versprechens, der Eigentumserwerb bedarf des dinglichen Vertrages, in dem der blosser freie Wille, Eigentum übertragen zu wollen, für sich genügt, ohne sich auf einen äusseren Titel abzustützen³⁵.

Die Systemlinien sowohl des rationalistischen wie des pandektistischen Rechtes laufen auf den gleichen Punkt zu, auf den archimedischen Punkt des europäischen Privatrechtssystems: die Privatautonomie der freien, gleichen und selbständigen Person als Träger der Rechtspflichten und Rechtsbefugnisse; diese erstrecken sich auf die Person, die Familie und dann auf alles, was nicht Person ist, auf den umfassenden Vermögensbereich. Als Raum der von ihm frei gestalteten Rechtsverhältnisse und als Gegenstand seines Zu-eigen-Habens als Eigentum sind diese dem Einzelnen in exklusiver Weise zugeordnet.

³² SAVIGNY, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, S. 344, 345.

³³ SAVIGNY, Obligationenrecht, 1851/53, Nachdruck Scientia, Aalen 1987, S. 4.

³⁴ SAVIGNY, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 3, S. 309.

³⁵ SAVIGNY, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 3, S. 312.

4. Der Wandel des europäischen Privatrechtes in der modernen Massengesellschaft

Mit einigem Bangen blickt man auf die heutige Welt und fragt sich, ob diese bürgerliche Systembasis die moderne Gesellschaft noch zu tragen vermag. Das Kolorit der Aufklärung und des liberalen Bürgertums sind verblichen. An die Stelle der bürgerlichen Gesellschaft ist die Massengesellschaft getreten.

Mit dem Begriff der Massengesellschaft ist freilich behutsam umzugehen³⁶. Masse ist kein urwüchsiges Gebilde wie Familie, Gesellschaft oder Staat, Masse ist vorerst eine Erscheinungsform des gesellschaftlichen Kollektivs, das durch seine Massenhaftigkeit unbestimmt, unübersehbar und gleichförmig geworden ist. Zwar werden diese Eigentümlichkeiten im nostalgischen Blick zurück meist nur negativ gewertet, man übersieht den positiven Aspekt, obwohl er ebenso eindrucklich vor unseren Augen steht. Die Massengesellschaft hat die Freiheit des einzelnen nicht erdrückt, aber sie hat eine andere Art von Freiheit gebracht. Wer möchte leugnen, dass die Überwindung der Gesellschaftsschranken dem einzelnen vermehrte Chancen bringen, die Massenproduktion und der Massenverkehr ein reicheres und freieres Leben ermöglichen, und dass die Massenmedien unsere Kontakthorizonte wesentlich erweitert haben?

Doch können diese neuen, durch die Massen strukturierten Lebenskreise in das bürgerliche Gesellschaftsmodell nicht integriert werden. Das naturrechtliche Zu-eigen-Haben und das bürgerliche Mein und Dein sind darin zu eng geworden, sie müssen auf eine umfassendere Grundlage gestellt werden. Man denke nur an die Einordnung der juristischen Person in das Personenrecht, wo ihre eigentliche Bedeutung überhaupt nicht erkennbar war. Das bürgerliche Recht bleibt grundsätzlich auf dem horizontalen Nebeneinandersein gleichgeordneter Einzelner, um einen Ausdruck KANTS zu gebrauchen³⁷. Die Eindimensionalität des Privatrechtes war schon von Beginn an problematisch, es verwundert nicht, dass das Handelsrecht von vornherein ausscherte. Es folgten das Arbeitsrecht, das Versicherungsrecht und vieles andere. Die Eindimensionalität wurde sukzessiv in eine der Massengesellschaft besser entsprechende Vieldimensionalität umgebaut. Sichtbar wird diese Verschiebung in den sich gewaltig ausweitenden Bereichen des Marktes und der industriellen Produktion und der Kommunikation, im Bereich der Arbeit und der Daseinsvorsorge und ebenso im Bereich der für die Massengesellschaft typischen wirt-

³⁶ WIEACKER, Das bürgerliche Recht im Wandel der Gesellschaftsordnungen, 1960, S. 7 ff., SCHMIDLIN, Die Einheit der Rechtsquellen und der Rechtsanwendung im Privatrecht, Verhandlungen des fünften österreichischen Juristentags, Wien 1973, Bd. 1 S. 17 ff.

³⁷ KANT, op. cit. § 42, Bd. 8, S. 424: Aus dem Privatrecht im natürlichen Zustande geht nun das Postulat des öffentlichen Rechts hervor: du sollst, im Verhältnisse eines unvermeidlichen Nebeneinanderseins, mit allen anderen, aus jenem heraus, in einen rechtlichen Zustand, d.i. den einer austeilenden Gerechtigkeit, übergehen.

schaftlichen Organisationsformen. Das Recht der Aktiengesellschaft, der wichtigsten modernen Gesellschaftsform, ist, chronisch leidend, alle zehn Jahre Gegenstand einer Reform. Am anschaulichsten ist dieser Wandel im Haftungs- und parallel dazu im Versicherungsrecht aufzuweisen: Produkthaftung, Organisationshaftung, alle Arten von Gefährdungshaftung drängen von der Verschuldenshaftung weg zu objektiveren Formen der Schadenszurechnung und Schadensübernahme.

Die Frage stellt sich, ob denn unsere Bürgerlichen Gesetzbücher – in der vorindustriellen, biedermeierlichen Epoche entstanden, ihre Zentenarien überlebend – nicht doch überholt sind. Diese Frage darf nicht leichthin und voreilig beantwortet werden. Vielleicht tun wir gut daran, sie nicht bloss mit den nationalen, bürgerlichen Kodifikationsbewegungen und den politischen Kämpfe der letzten hundert Jahre zu verbinden. Das *ius civile Romanum* hat seit mehr als zwei Jahrtausenden die Grundordnung des Privatrechtes bestimmt. In allen Epochen wirkte es als Ferment, bildete den übergreifenden Zusammenhang und verkörperte eine Art Charta des Privatrechtes: Person, Freiheit und Eigentum. In dieser Hinsicht waren die Privatrechtssysteme sogar die Wegbereiter der späteren Verfassungen und die Vorläufer der Grundrechtserklärungen, denn sie enthalten noch immer den rechtlichen Grundriss der humanen, zivilen Lebensordnung. Lässt sich ein besserer Nachweis ihrer bleibenden Geltung und ihrer Lebenskraft führen?

II. Code et système du droit civil à l'exemple du Code civil français

1. Les fondements du Code civil
2. La structure du Code civil
 - 2.1. Jean Domat : le droit comme devoir
 - 2.2. Robert Joseph Pothier : le droit comme pouvoir
3. L'« âme universelle » de la codification : l'apothéose de la propriété
4. Le Code civil français, modèle des codes civils en Europe

Le Code Napoléon possède une double face. Sur sa face extérieure, il marque un événement politique révolutionnaire qui s'est inscrit dans la vie de la nation ; sur sa face intérieure, il marque un passage irréversible dans l'évolution du droit européen : le droit civil s'est transformé en code.

Le Code civil français, promulgué en 1804 et prenant fièrement en 1807 le nom de Code Napoléon, s'est imposé sous l'Empire au-delà de la France dans tous les pays et nations annexés ou soumis : en Flandre (la Belgique actuelle), dans les Pays-Bas, dans les diverses principautés d'Italie ; il a aussi été appliqué en Espagne et au Portugal, il est entré en vigueur dans les parties annexées de l'Allemagne rhénane et même en Pologne¹. A la chute de l'Empire, on aurait pu s'attendre à ce qu'il fût rejeté au-delà du Rhin à l'image des armées françaises. Le contraire s'est produit. Le Code civil n'a pas seulement survécu en France, mais il est devenu dans toute l'Europe le modèle des nouveaux codes nationaux. Rappelons la célèbre remarque de Napoléon : *Ma gloire n'est pas d'avoir gagné quarante batailles, ce que rien n'effacera, ce qui vivra éternellement, c'est mon code civil*². Qu'est-ce qui lui a donc donné cette prééminence de sorte qu'il est devenu ce que Portalis avait présagé : le code du droit commun européen ?

Pour comprendre ce phénomène, il nous faut quitter l'histoire de l'ère napoléonienne qui marque le début du nationalisme européen et des codes civils nationaux. N'oublions pas que la codification française n'est pas la première en

¹ R. DAVID, Les grands systèmes du droit contemporains, 9^e éd. par JAUFFRET-SPINOSI, 1988, 68 ss ; K. ZWIEGERT/H. KÖTZ, Einführung in die Rechtsvergleichung, 1984, tome 1 *Grundlagen*, 87 ss, avant tout § 8 *La réception du Code civil*, 113 ss ; A. GAMBARO/R. SACCO, Sistemi giuridici comparati, 1996, ch. 7 *Il modello francese*, 281 ss. Sur le problème complexe des rapports entre constitutions et codes civils, voir Handbuch der Quellen und Literatur der europäischen Privatrechtsgeschichte, tome 3, 1982, première section : H. COING, *Allgemeine Züge der privatrechtlichen Gesetzgebung im 19. Jahrhundert*, 3 ss ; deuxième section : D. GRIMM, *Die privatrechtlichen Grundlagen der Privatrechtsgesetzgebung*, 17 ss, 33 ss.

² Cette fameuse phrase nous est transmise par le fidèle compagnon de Napoléon, Emmanuel de Las Cases, dans son Mémorial de Sainte-Hélène ou Journal où se trouve consigné, jour par jour, ce qu'a dit et fait Napoléon durant dix-huit mois, tome 2, Paris 1823, 465.

Voir A. BÜRGE, Zweihundert Jahre Code Civil des Français, Gedanken zu einem Mythos, ZEuP, 2003, en particulier : *Il. Ce que rien n'effacera, ce qui vivra éternellement, c'est mon code civil*, 10 ss.

Europe, elle est en effet précédée de toute une vague de codes qui, bien qu'ils n'aient pas subsisté, ont définitivement engagé le droit commun sur la voie de la codification³. Cette première vague n'a cependant pas encore de couleur nationaliste, son premier but est la reconstitution du droit en une nouvelle forme rationnelle, homogène et systématique. Fruits du Siècle des Lumières, ces codes sont reliés intimement au mouvement jusnaturaliste qui s'était répandu à travers toute l'Europe. Les œuvres de Donellus, Grotius, Pufendorf, Wolff, Leyser, Heineccius, Domat et Pothier formaient un réseau interconnecté et circulaient dans tous les centres et facultés juridiques européens. C'est la doctrine jusnaturaliste qui a éveillé l'idée d'un système codifié et qui a nourri la première génération de codes, tous ancrés dans le droit naturel.

Cependant, ne sous-estimons pas la portée politique des codifications. Il est indubitable qu'elles exprimaient la volonté ferme de s'émanciper de l'absolutisme plus ou moins bienveillant mais surtout autoritaire qui se proclamait institué par la grâce de Dieu. L'idée du contrat social a implanté le germe du républicanisme qui s'annonçait déjà, timidement, derrière la dénomination *code civil* ou *Bürgerliches Gesetzbuch*⁴. L'étroit chemin vers un nouvel ordre de droit, intégrant les citoyens comme libres et majeurs dans la société civile, s'est frayé grâce aux codes civils.

Le Code civil français répondait le mieux aux aspirations de la nouvelle société civile opposée à l'Ancien Régime. Unifier les différentes strates du droit, du droit romain et du droit coutumier en une nouvelle forme de lois écrites et systématiques a donné corps à l'idée du droit naturel : rendre la personne individuelle libre et égale, lui conférer le statut de membre et de citoyen dans la société civile.

C'est dans son discours magistral devant le Conseil d'Etat que Portalis a évoqué les fondements, la structure systématique et le nouvel esprit qui devaient animer la codification⁵. Restons un instant avec Portalis et examinons

³ Le Codex Maximilianus Bavaricus civilis, élaboré par X. A. v. Kreittmayr, promulgué en 1756, unifiait le droit privé selon le modèle des Institutions mais, en territoire bavarois, il n'était applicable que subsidiairement. Le code prussien, Allgemeines Preussisches Landrecht (ALR), élaboré par J. H. v. Cramer, C. G. Suarez et E. F. Klein, promulgué en 1794, était conçu comme un droit universel privé et public. Il ressemble à un manuel détaillé de droit naturel dont le modèle se trouve dans le *De jure naturae et gentium* de Samuel Pufendorf et les *Institutiones juris naturae et gentium* de Christian Wolff. Le roi de Prusse, Frédéric-Guillaume II, refusa d'octroyer à son code la dénomination de code civil pour éviter toute allusion à l'état libre du citoyen.

⁴ Voir D. GRIMM, Das Verhältnis von politischer und privater Freiheit bei Zeiller, Forschungsband F. v. Zeiller, 1980, 94 ss.

⁵ JEAN-ETIENNE-MARIE PORTALIS, Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil, 1844, réédité en 1990, dans la Bibliothèque de philosophie politique et juridique, Textes et Documents, Discours préliminaire sur le projet de Code civil, 1 ss. (cité: Portalis, Discours). Concernant Jean-Etienne Portalis, voir M. A. PLESSER, Jean-Etienne-Marie Portalis und der Code civil, 1997.

les trois points qu'il mentionne tout en portant notre attention sur le contexte européen dans lequel cette codification est née.

1. Les fondements du Code civil

La révolution est terminée, déclara froidement le premier consul Bonaparte ; *aujourd'hui la France respire*, ajouta Portalis (Portalis, Discours, p. 4) qui se permit de faire la leçon aux anciens Jacobins et aux sans-culottes : *Nous avons trop aimé, dans nos temps modernes, les changements et les réformes ; si les siècles d'ignorance sont le théâtre des abus, les siècles de philosophie et de lumières ne sont que trop souvent le théâtre d'excès* (Portalis, Discours, p. 20). Le droit révolutionnaire et son « impossible code civil »⁶ furent mis à l'écart. *Toute révolution est une conquête. Fait-on des lois dans le passage de l'ancien gouvernement au nouveau ?* (Portalis, Discours, p. 3).

Portalis répond à cette question avec des mots qui méritent d'être rappelés *in extenso* : *Les générations en se succédant se mêlent, s'entrelacent et se confondent. Un législateur isolerait les institutions de tout ce qui peut les naturaliser sur la terre, s'il n'observerait pas avec soin les rapports naturels qui lient toujours, plus ou moins, le présent au passé et l'avenir au présent, et qui font qu'un peuple, à moins qu'il ne soit exterminé, ou qu'il ne tombe dans une dégradation pire que l'anéantissement, ne cesse jamais, jusqu'à un certain point, de se ressembler à lui-même* (Portalis, Discours, p. 20).

C'est dans ce contexte que Portalis parle de la fameuse transaction : *Nous avons fait, s'il est permis de s'exprimer ainsi, une transaction entre le droit écrit et les coutumes* (Portalis, Discours, p. 20). Ces deux grands blocs divisaient la France : d'un côté le droit écrit couvrant la partie sud, terre ancienne du droit romain ; de l'autre le droit des coutumes, s'étendant sur le Nord avec Paris et Orléans comme centres principaux.

Cette division est pourtant trompeuse puisque les sources que la Commission législative avait sous les yeux ne se présentaient guère sous leur forme originelle. Les coutumes étaient depuis longtemps l'objet de grands traités. Rappelons les œuvres de Dumoulin, de Loisel, de Launay. Mais c'est avant tout l'ouvrage de François Bourjon qui attira l'intérêt de cette Commission⁷. Son titre annonce un programme propice à la codification : *Le droit commun de la France et la coutume de Paris tirés des lois, des ordonnances, des arrêts, des juriscon-*

⁶ Voir J. L. HALPÉRIN, *L'impossible Code civil*, 1992.

⁷ F. BOURJON, *Le droit commun de la France et la coutume de Paris réduits en principes, tirés des lois, des ordonnances, des arrêts, des jurisconsultes et des auteurs et mis dans l'ordre d'un commentaire complet et méthodique sur cette coutume contenant dans cet ordre les usages du Châtelet sur les liquidations, les comptes, les partages, les substitutions, les dîmes et toutes autres matières*, Paris, 1^{ère} éd. 1747, 2^e éd. 1770, 3^e éd. 1773.

sultes et des auteurs et mis dans l'ordre d'un commentaire complet et méthodique sur cette coutume [...]»⁸. Cet ouvrage est sans doute le traité de droit coutumier le plus proche de la codification dont il préfigure déjà la systématisation. Il fut intégré dans les travaux et livra du matériel à la transaction que la Commission était en train d'effectuer.

Le droit écrit, de son côté, s'identifiait au droit romain tel qu'il était enseigné et pratiqué en France⁹. Cet enseignement était dédié en premier lieu aux Institutions de Justinien, et parmi les titres du Digeste, la prédilection allait aux D. 50,16 : *De verborum significatione* et D. 50,17 : *De regulis iuris antiqui*. On dénommait ce mouvement *mos gallicus*. A la différence du travail exégétique des Glossateurs et Bartolistes, le *mos gallicus* s'émancipait du Corpus iuris et essayait d'exposer le droit sous forme de traités et de commentaires¹⁰. Le commentaire de Jean Doneau, *Commentarii de Iure Civili*¹¹, en est le plus fameux. C'est sur le tracé de ces grands traités que nous trouvons ensuite les œuvres de Domat, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*¹², ainsi que les œuvres de Pothier, d'abord ses *Pandectae justinianae in novum ordinem digestae* et ensuite ses divers Traités qui suivent, dans leurs grandes lignes, le droit romain¹³. Pothier renonce lui aussi à l'analyse exégétique en faveur d'un exposé libre qui suit les Institutions de Justinien.

L'émancipation de la science du droit de l'autorité du texte du Corpus iuris eut deux conséquences heureuses. D'une part, elle a permis de prendre en considération les coutumes et, d'autre part, le droit écrit a pu fusionner plus facilement avec le droit civil rationaliste et jusnaturaliste. Dans ce nouvel amalgame, les Digestes furent de plus en plus refoulés dans les marges, dans les citations rituelles servant de points de référence, d'orientation, d'appui et de confirmation.

Ainsi, le droit français rejoignait le même mouvement dénommé en Allemagne *usus modernus Pandectarum*. Celui-ci consistait, comme l'indique son nom, en une nouvelle pratique du droit romain sous forme de traité, tel celui de Stryk, dont le titre a donné son nom au mouvement entier¹⁴. Pensons aux

⁸ A. J. ARNAUD, Les origines doctrinales du Code civil français, 1969, 159 s.; P. VIOLLET, Histoire du droit civil français, 3^e éd. 1905, 250 s.

⁹ A. J. ARNAUD, l.c., 42 ss.

¹⁰ Sur le rapprochement de l'*usus modernus* et du droit humaniste en France, voir F. WIEACKER, Privatgeschichte der Neuzeit, 1967, 167 ss, 206 ss, ainsi que P. VIOLLET, l.c., 220 s.

¹¹ HUGO DONELLUS, Commentarii de iure civili, éd. 1762 (O. Hilliger), reprint 1978 ; voir R. v. STINZING-LANDSBERG, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, 1880-84, tome 1, 1, 370 ss.

¹² JEAN DOMAT, Les loix civiles dans leur ordre naturel, tome I, nouvelle édition, Paris 1823.

¹³ ROBERT-JOSEPH POTHIER, Pandectae iustinianae in novum ordinem digestae cum legibus codicis et novellis, 1748-1752, 5 tomes ; ID., Traité des obligations, 1761, suivi de 20 autres traités. Voir A. J. ARNAUD, l.c., 316.

¹⁴ SAMUEL STRYK, Usus modernus Pandectarum, 1690-1712 ; R. v. STINZING LANDSBERG, l.c., tome 3, 1, 64 ss.

manuels de Leyser et de Thomasius, et surtout aux célèbres *Elementa iuris civilis secundum ordinem Institutionum* de Heineccius, répandus partout, figurant également dans les bibliothèques des juristes français¹⁵. Portalis se réfère à ces œuvres en disant qu'il est trop heureux qu'il y ait des recueils et une tradition suivie d'usages, de maximes et de règles, pour que l'on soit, en quelque sorte, en nécessité de juger aujourd'hui comme on a jugé hier (Portalis, Discours, p. 10). La plupart des auteurs qui censurent le droit romain avec autant d'amertume que de légèreté blasphèment ce qu'ils ignorent. On en sera bientôt convaincu, si, dans les collections qui nous ont transmis ce droit, on sait distinguer les lois qui ont mérité d'être appelées la raison écrite avec celles qui ne tenaient qu'à des institutions particulières, étrangères à notre situation et à nos usages, [...] (Portalis, Discours, p. 19).

De toute façon, il serait erroné de croire que la Commission a mis les coutumes et le droit écrit face à face comme deux corps étrangers. La transaction dont parle Portalis s'est effectuée sur la base du droit rationaliste qui, à ce moment, avait déjà gagné la suprématie. Et Portalis aurait dû mentionner l'œuvre de celui sans lequel le Code civil n'aurait pas abouti : les *Traité*s de Robert-Joseph Pothier. Le droit des obligations et les droits réels ne sont pas le résultat de la transaction mais une simple transcription de ces ouvrages. En comparant les titres du Code civil avec le *Traité des obligations* de Pothier, nous constatons que le Code suit minutieusement la systématisation de Pothier et que nous pouvons, sans grand effort, replacer tout le chapitre II, les art. 1104 à 1133, dans le texte du *Traité*¹⁶.

D'autre part, nous observons une convergence sensible des traités des coutumes vers le système des Institutions. L'œuvre de François Bourjon anticipe la répartition des matières selon le fil conducteur du Code civil. À la division de fond : livres I et II *Des personnes* et *Des biens* suivent, dans une disposition proche du Code civil, les livres III à V dont les titres sont : *Des différentes manières dont on acquiert la propriété*, *Comment les biens se régissent*, et *Comment on dispose des biens*¹⁷. Le langage des juristes est romaniste et s'insère visiblement dans les institutions coutumières.

¹⁵ JOHANN GOTTLIEB HEINECCIUS, *Elementa iuris civilis secundum ordinem institutionum*, 1737 ; R. v. STINZING-LANDSBERG, l.c., tome 3, 1, 179 ss ; voir à ce propos A. J. ARNAUD, l.c., 55.

¹⁶ *Définition*, art. 1101 CC (Pothier, art. 1) ; *Division*, art. 1102-1108 CC (Pothier, art. 2) ; *Vices*, art. 1109-1121 CC (Pothier, art. 3) ; *Capacité juridique*, art. 1123-1125 CC (Pothier, art. 4) ; *Objet*, art. 1126-1130 CC (Pothier, art. 5) ; *De la cause*, art. 1131 CC (Pothier, art. 3, § VI) ; *Du défaut de cause dans le contrat* ; *De l'effet des obligations*, chap. III CC (Pothier, art. 6).

¹⁷ F. BOURJON, *Le droit commun de la France et la coutume de Paris réduits en principe [...]*, [voir note 7], 174.

Livre premier. Des personnes

Livre deuxième. Des biens et des différentes modifications de la propriété

Livre troisième. Des différentes manières dont on acquiert la propriété (successions, contrats)

Livre quatrième. Comment les biens se régissent (servitudes, usufruit)

Livre cinquième. Comment on dispose des biens (donation, testaments)

Livre sixième. Des actions et des exécutions.

Dans ce mouvement de convergence se manifeste d'ailleurs un trait caractéristique de tous les codes européens. Bien que les codes s'adressent à tous les citoyens et au peuple entier, leur rédaction, leur application et leur interprétation demeurent entre les mains de juristes professionnels formés dans les centres universitaires. L'enseignement de cette époque forme un type de juriste docte qui, pratiquant le latin, avait accès aux œuvres juridiques, rhétoriques et humanistes considérées comme l'apanage indispensable du juriste.

En France, le droit romain formait la discipline principale du droit privé. Cependant, les Digestes de Justinien ne soulevaient guère l'enthousiasme malgré l'édition exemplaire de Denys Godefroy. Comme l'atteste la critique acerbe des humanistes, cette œuvre dispersée et désorganisée en des milliers de fragments fut considérée comme un monument sibyllin autant admiré que repoussé. D'où le besoin ressenti par Pothier de reprendre ce texte vénérable et de l'organiser dans un ordre plus cohérent tout en respectant la division d'origine. Les *Pandectae Iustinianae in novum ordinem digestae*¹⁸ sont un chef-d'œuvre qui témoigne d'une compréhension systématique hors du commun. Sans toucher à la suite des cinquante livres des Digestes, Pothier réorganise la répartition du contenu des titres à l'intérieur des livres, en indiquant en bon ordre les problèmes traités, les définitions, les divisions, les règles, les exceptions et, quand il le faut, en ajoutant les explications nécessaires.

Cependant, le succès de cette entreprise fut mitigé. Aux Pandectes, Pothier fit suivre la série des Traités qu'utilisèrent aussi les rédacteurs du Code civil. Ceci explique la haute estime que Portalis vouait au droit romain. Les membres de la Commission législative étaient familiers de la doctrine romaniste, il va de soi qu'ils suivirent les traces de Pothier. En somme, le Code civil présente, dans le droit contractuel, un résumé de la doctrine de Pothier mise en règles, une symbiose entre les Institutions de droit romain, le système jusnaturaliste et les coutumes assimilées, ce qui assurait au Code un niveau scientifique élevé.

Cette liaison entre doctrine et Code est d'une importance capitale. Elle confirme ce qui vaut pour tous les grands codes européens : ils sont l'ouvrage de la doctrine savante.

2. La structure du Code civil

*Il existe un droit universel et immuable, s'exclame Portalis, source de toutes les lois positives, il n'est que la raison naturelle en tant qu'elle gouverne tous les hommes*¹⁹. Voici le credo des juristes rationalistes.

¹⁸ Voir note 13.

¹⁹ P. A. FENET, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, 1827, reprint 1968, tome II, 3 ss.

Le vrai mérite du droit rationaliste de toute observance est d'avoir soumis le droit à la raison naturelle, à la *ratio naturalis qui inter homines ius constituit*. La raison universelle est la vraie source du droit qui confère à l'homme son statut d'homme libre et égal : *Qu'ils soient païens, chrétiens, orthodoxes ou hérétiques, écrit Pufendorf, qu'ils soient allemands, français ou anglais, sous l'angle du droit naturel, ces faits sont aussi indifférents puisque les hommes sont égaux de nature*²⁰. Le droit, dit Grotius, est la qualité morale de la personne d'avoir ou de faire quelque chose : *Ius est qualitas moralis personae competens ad aliquid iuste habendum vel agendum*²¹. La personne en tant que telle dispose par sa nature, dit Wolf, de la puissance et de la faculté d'agir²².

Ces définitions préfigurent le droit subjectif moderne. Cependant, les jus-naturalistes ne le développent pas dans le cadre neutre du droit légal, comme les juristes positivistes modernes. Pour eux, le droit est porteur de valeurs morales puisque la nature humaine impose des devoirs et accorde des pouvoirs. Devoir et pouvoir sont, en effet, les termes élémentaires de base avec lesquels les juristes-philosophes construisent leur système. Ce sont aussi ces deux termes qui permettent de séparer les deux grandes lignées du *ius naturae seu gentium* qui toutes deux parrainent le Code civil. Pour les uns, le pouvoir est subordonné au devoir. Le droit est d'abord et avant tout devoir, devoir qui découle immédiatement de la nature de l'homme et qui lie mutuellement les hommes dans la société. Pour les autres, le droit est, en premier lieu, pouvoir, pouvoir sur les personnes et les biens conformément à l'ordre naturel de coordination ou de subordination des personnes et des biens. Ce renversement de priorité n'a rien d'une subtilité théorique, mais détermine l'approche du droit tel qu'il se manifeste également dans le Code civil.

Cette divergence dans la conception du devoir et du pouvoir oppose également les deux grands maîtres qui ont influencé la rédaction du Code civil français : Jean Domat et Robert-Joseph Pothier.

2.1. Jean Domat : le droit est devoir

L'œuvre principale de Domat, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, est écrite entièrement sous l'angle des devoirs juridiques qui se concrétisent dans les engagements liant les hommes entre eux. La nature de l'homme est déterminée par sa faiblesse innée qui l'oblige à vivre en société. D'où le devoir de sociabilité inscrit dans la nature humaine, ou, comme s'exprime le pieux Domat : *C'est pour lier les hommes dans cette société, qu'il [Dieu] l'a rendue essentielle à leur nature. Et*

²⁰ SAMUEL PUFENDORF, *Eris Scandica*, 367.

²¹ HUGO GROTIUS, *De jure belli ac pacis*, tome I, 1, 4.

²² CHRISTIAN WOLFF, *Jus naturae*, tome I, 1, § 46.

*comme on voit dans la nature de l'homme sa destination au souverain bien, on y verra aussi sa destination à la société et les divers liens qui l'y engagent de toutes parts : et que ces liens qui sont la suite de la destination de l'homme à l'exercice des deux premières loix, sont en même temps le fondement du détail des règles de tous les devoirs et les sources de toutes les loix.*²³

Voilà le point de départ du système des devoirs pour lesquels Domat préfère le terme d'engagement. Dans son œuvre, il distingue deux parties principales : l'une dédiée « *aux engagements et leur suite* » aux devoirs imposés par Dieu pour maintenir la société dans l'état actuel tel qu'elle vit dans le présent, l'autre dédiée « *aux successions* », aux liens qui maintiennent la société dans la suite du temps où les générations se succèdent. Conformément à ces deux principes, les engagements se divisent en deux parties, les engagements mutuels entre les citoyens de la société existante et les engagements pour assurer l'avenir de la société.

La première partie contient en particulier les engagements imposés par l'amour du prochain, qui se subdivisent à nouveau en deux sections : d'une part les engagements volontaires s'ouvrant sur le droit des obligations, sur le réseau social du commerce entre les hommes, sur les services et l'usage des choses, et d'autre part les engagements non volontaires réglant la tutelle et la responsabilité civile. Les droits réels sont absorbés par le droit des obligations²⁴.

La deuxième partie concerne, elle, les institutions par lesquelles la société civile accomplit le devoir de se maintenir dans le temps : le droit des successions.

Dans cette conception, les pouvoirs ne sont rien d'autre qu'une conséquence corrélatrice des devoirs. Le droit privé est instrumenté par les obligations, source des engagements, et avant tout source des contrats qui sont les moyens par excellence pour accomplir les devoirs mutuels dans la société humaine. Le but de la société humaine est de garantir leur accomplissement sur tous les échelons de la société. La propriété est intégrée comme partie du système des devoirs et y est réglée en fonction des devoirs obligationnels qui en découlent.

L'œuvre de Domat s'intègre dans le droit naturel qui fait partie de la *philosophia moralis* et dont la finalité intrinsèque empêche le droit civil de s'émanciper en un droit autonome. Le droit civil n'est que la fixation des devoirs moraux sur la base des institutions civiles. Chez Samuel von Pufendorf ainsi que chez Christian Wolff, dont les œuvres se sont diffusées dans l'Europe entière, France comprise, la différenciation des devoirs est poussée encore plus loin que chez Domat. Ceux-ci distinguent en effet les devoirs parfaits, imparfaits,

²³ JEAN DOMAT, l.c., chap. 1, § VIII.

²⁴ Voir aussi A. B. SCHWARZ, Zur Entstehung des Pandektensystems, SZ 42, 1921, 578 ss, 600.

absolus et relatifs, transformant ainsi l'ordre juridique en une sorte de catéchisme civique du bon comportement²⁵. Impossible de trouver une ligne de démarcation nette entre la morale et le droit, tout reste flou, les nuances entre les degrés des devoirs restent fluctuantes²⁶. Il suffit d'ouvrir le code prussien ALR, écrit dans cet esprit moralisant, qui va par exemple jusqu'à prescrire à la mère d'allaiter elle-même son enfant²⁷. Le souci du législateur de perfectionner le monde selon sa finalité morale ne connaît pas de limites.

2.2. Robert-Joseph Pothier : le droit est pouvoir

Pothier se trouve dans le camp opposé : le camp des juristes romanistes, proches de l'*usus modernus Pandectarum*, donc proches des Digestes et surtout des Institutions de Justinien. En effet, aux *Loix civiles dans leur ordre naturel* de Domat, il oppose ses *Pandectae in novum ordinem digestae*.

L'opposition entre les deux conceptions, la conception jusnaturaliste moraliste d'une part – à laquelle Domat a ajouté une note de christianisme onctueux – et la conception rationaliste de l'*usus modernus* de Pothier d'autre part, est frappante. En vain cherchera-t-on chez Pothier un exposé philosophique sur la nature de l'homme, sur la société et sur les devoirs comme chez Domat. Sobre comme Gaius, il nous explique sans ambages :

On considère à l'égard des choses qui sont dans le commerce, deux espèces de droit ; le droit que nous avons dans une chose, qu'on appelle jus in re ; et le droit que nous avons par rapport à une chose, qu'on appelle jus ad rem.

Le jus in re est le droit que nous avons dans une chose par lequel elle nous appartient, au moins à certains égards.

Le jus ad rem est ce que nous avons non dans la chose mais seulement par rapport à la chose, contre la personne qui a contracté envers nous l'obligation de nous la donner.

*Le jus ad rem est l'objet du Traité des Obligations, tandis que le jus in re est exposé dans le Traité du droit de domaine de propriété.*²⁸

²⁵ Voir B. WINIGER, *Das rationale Pflichtenrecht* Christian Wolffs, 1992, passim ; K. LUIG, Samuel Pufendorf, *Über die Pflicht des Menschen und des Bürgers nach dem Gesetz der Natur*, 1994, en particulier *Nachwort*.

²⁶ Voir S. PUFENDORFF, *De officio hominis et civis iuxta legem naturalem libri duo*, 1673, chap. IV à VI ; ID., *Du droit naturel et du droit des gens* (trad. de Barbeyrac) : *Troisième livre où est traité des devoirs absolus des hommes – Quatrième livre où est traité de la nature du mensonge, du serment, du droit de propriété et des différentes manières d'acquisition – Cinquième livre où est traité du prix des choses, des contrats, des différentes manières dont on est dégagé d'une obligation, de l'interprétation des conventions et des loix et de la manière de vuider les différends dans l'état de nature*.

²⁷ Allgemeines Preussisches Landrecht (ALR), II, 2, §§ 64 ss.

²⁸ R. J. POTHIER, *Traité du droit de domaine de propriété*, chap. *Préliminaire*, § 1.

Dans cette systématisation, tout appel au droit naturel semble effacé. Pothier se sert des concepts usuels du *ius in re* et du *ius ad rem*. Si nous voulons remonter aux bases jusnaturalistes philosophiques de cette conception, il nous faut consulter le confrère aîné de Domat, calviniste comme lui, Hugue Doneau. Plus proche des fondements romanistes que Domat, Hugue Doneau trace avec une maîtrise sans égale les lignes systématiques du *ius in re* et du *ius ad rem* jusqu'à l'origine divine du rapport d'attribution et d'appartenance des choses à la personne²⁹.

Tout droit est pouvoir et appartenance. Même le rapport de l'homme à soi-même, *erga se*, n'est pas un rapport de devoir moral, mais un rapport d'appartenance qui s'étend au droit à la vie, à l'intégrité physique et morale et à la liberté: *In persona cuiusque id nostrum est, quod tribuitur personae, id est quod cuique ita tribuitur ut is id habeat in sese, etiamsi desunt res ceterae externae. Haec a natura cuique tribuita sunt quatuor: vita, incolumitas corporis, libertas, existimatio*.³⁰

Aux hommes appartiennent les biens de ce monde dont ils ont le droit originel de se servir (puisque Dieu le leur a donné). Les droits qui concernent nos biens extérieurs, *res externae*, se divisent en deux catégories, ceux qui nous appartiennent d'une manière directe et réelle: *quod proprie nostrum est*, et ceux qui nous appartiennent en tant qu'ils nous sont dus: *quod nobis debetur*³¹. Si des devoirs en découlent comme les principes *neminem laedere*, *suum cuique tribuere*, ceux-ci ne sont que le corrélat garantissant la jouissance et le respect du *suum cuiusque*.

Dans cette optique, le droit des *res*, le droit des choses, et naturellement le droit de propriété forment le centre du droit des biens, tandis que les obligations ne sont que des moyens pour parvenir à la chose. Le droit est en premier lieu pouvoir, pouvoir sur la chose ou pour obtenir la chose.

On s'est habitué à présenter Domat et Pothier comme les deux autorités qui, main dans la main, auraient parrainé la codification du Code civil. C'est inexact et cache une divergence essentielle dans l'orientation idéologique de la codification. Il est vrai que Domat représente une autorité, mais la Commission législative ne suit nullement son système des engagements. Tout au contraire, elle s'émancipe consciemment de l'influence moraliste et moralisante de l'école jusnaturaliste. Le Code Napoléon est l'opposé des codes prussien ou bavaois qui tous deux sont encore plongés dans l'ordre des devoirs imposés à l'homme en vertu du bien suprême: la nature parfaite. Le Code civil suit l'*usus modernus Pandectarum* et adopte la systématisation selon le *ius ad rem* et le *ius in re* qu'utilise Pothier. Le droit incorpore le pouvoir attribué à son titulaire et ce pouvoir

²⁹ H. DONEAU, *Commentarii de iure civili*, II, 8, § 1: *Aliud est enim ius Dei, seu quod Deo tribuitur, aliud quod hominibus*.

³⁰ H. DONEAU, *Commentarii de iure civili*, II, 8, § 3.

³¹ H. DONEAU, *Commentarii de iure civili*, II, 8, § 1 et § 2.

se structure selon l'appartenance relative, *erga alium*, ou selon l'appartenance absolue, *erga omnes*: le système d'appartenance culmine dans la propriété, le pouvoir total et exclusif sur les biens dont les autres droits ne sont que des dérivés.

3. « L'âme universelle » de la codification : l'apothéose de la propriété

Législateurs, la loi reconnaît que la propriété est le droit de jouir et de disposer de son bien de la manière la plus absolue, et que ce droit est sacré dans la personne du moindre particulier. Quel principe plus fécond, en conséquence utile.

*Ce principe est comme l'âme universelle de toute la législation.*³²

Ces phrases emphatiques consacrant la propriété comme un droit sacré retentissent encore dans l'art. 544 du Code civil : *La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou les règlements*. La liberté et l'égalité ont trouvé un nouveau support : la propriété devient le droit le plus absolu.

Évitons de disqualifier l'exaltation de la propriété comme une chute dans l'injuste société des possédants. Le Code civil est engagé sur un autre front : il est dirigé contre les prérogatives, les privilèges et les résidus féodaux de l'Ancien Régime. La propriété doit être unique, homogène et absolue pour donner à tous les citoyens la possibilité d'y accéder d'une façon égale et libre. La propriété ouverte à tous concrétise l'égalité et assure la liberté de chacun en lui donnant le pouvoir de disposer et de jouir de ses biens de la façon la plus absolue.

Il est fort probable que l'expression dans l'art. 544 *le plus absolu* fut proposée par Portalis lui-même³³. Elle est le résultat de la discussion autour de l'expression *frui uti abuti* qui servait à circonscrire la portée des pouvoirs du propriétaire incluant même le pouvoir de détruire (*abuti*) ses propres choses. Au sens originel romain, *abuti* signifie consommer une chose conformément à sa nature consommable. Le sens fort de *abuti* fut donc introduit par les jusnaturalistes qui considéraient *abuti* clairement comme l'expression du pouvoir suprême que le droit attribue au propriétaire.

La propriété est individuelle, dit Portalis, puisque dans la nature il n'y a que des individus. Avec violence, il s'oppose à toute conception communautaire : *Méfions-nous des systèmes dans lesquels on ne semble faire de la terre la pro-*

³² J. E. PORTALIS, dans J. G. LOCRÉ, Législation civile, 1836 (W. Schubert, reprint, 1990) tome 4, VI, 3, 84 ss.

³³ A. J. ARNAUD, l.c., 185 ; A. BÜRGE, Das französische Privatrecht im 19. Jahrhundert, 1991, 3 ss.

*priété commune de tous que pour ménager le prétexte de ne respecter les droits de personne. Le principe du droit de propriété est en nous, il n'est point le résultat d'une convention humaine ou d'une loi positive. Par l'occupation et par notre industrie, nous acquérons les biens mobiles et le sol. En un mot, c'est la propriété qui a fondé les sociétés humaines. C'est elle qui a vivifié, étendu, agrandi notre propre existence*³⁴. Portalis a bien appris la leçon de John Locke³⁵. Il mène probablement dans ce passage emphatique une attaque contre les cercles révolutionnaires vaguement inspirés par Rousseau³⁶. L'idée de Rousseau – chère aux Jacobins – selon laquelle le propriétaire n'est que le dépositaire d'un bien communautaire n'était pas encore bannie de la sphère politique. Mais Portalis vise plus loin. Ces paroles sont tout autant, me semble-t-il, un refus de la philosophie jusnaturaliste soumettant les hommes et leurs biens aux devoirs de sociabilité imposés par Dieu tels que Jean Domat les avait prêchés.

Cette nouvelle conception permet de clarifier la distinction entre droit souverain de l'Etat et propriété privée : *au citoyen appartient la propriété, au souverain l'empire*, qui ne soumet les actions libres des citoyens que pour autant qu'elles soient tournées vers l'ordre public. *Le souverain n'exerce point un droit de propriété, il n'exerce qu'un simple pouvoir d'administration par les lois ou par les règlements*³⁷. Ce pouvoir n'a plus rien de commun avec le *dominium directum* féodal. Le droit de propriété s'élève à la dignité d'un droit de l'homme, d'un droit sacré, tel qu'il est exprimé dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Personne ne doit céder sa propriété, dit le Code civil dans son art. 545, *si ce n'est pour cause d'utilité publique et moyennant une juste et préalable indemnité*.

Essayons de dessiner le diagramme du système du droit civil des biens auquel le Code civil a donné sa forme légale positive. Opposé au jusnaturalisme moral des devoirs, le Code suit le système traditionnel des Institutions : *personae res*. La personne, libre, égale, est porteuse de pouvoirs, pouvoirs personnels, familiaux, pouvoirs qui donnent accès aux biens : *iura in re*, les droits réels, et *iura ad rem*, les obligations. Ce sont des dérivés du droit de propriété, le droit le plus absolu, unique, homogène, ouvert à tous, conforme à la Déclaration des droits de l'homme : un droit sacré.

Méconnaître la portée politique concrète et même opportuniste qui s'abrite derrière ces grandes déclarations serait faire preuve d'aveuglement. Elle ne cache pas seulement l'opposition à la philosophie moraliste et au droit naturel qui fut celle de Domat et de Pufendorf, mais elle exprime aussi la réaction

³⁴ J. E. PORTALIS, l.c.

³⁵ JOHN LOCKE, *Two Treatises of Government*, 1689, I, ch. V, §§ 25 ss ; R. BRANDT, *Eigentumstheorien von Grotius bis Kant*, 1974, 69 ss ; M. A. PLESSNER, J. E. M. Portalis und der Code civil, 1999, 46 s.

³⁶ Voir I. FETSCHER, *Rousseaus politische Philosophie*, 3^e éd. 1980, 216 s. ; sur les rapports entre Rousseau, les Jacobins et les sans-culottes, voir *ibid.*, 276 ss ; R. BRANDT, l.c., 145 ss.

³⁷ J. E. PORTALIS, dans J. G. LOCRÉ, l.c., § 6.

d'une génération qui a passé par l'insécurité et les illusions de l'ère révolutionnaire et qui, par la suite, s'est enrichie effrontément des biens nationaux vendus et bradés par l'Etat. Le droit de propriété, le droit le plus absolu, permettait de consolider et de légitimer ces conquêtes.

La question sociale n'est pas encore présente dans la discussion menée autour du Code civil. La froideur et l'insensibilité de l'époque bourgeoise se manifestent dans l'innocente remarque de Portalis : *Les hommes ne naissent égaux ni en taille, ni en force, ni en industrie, ni en talent. Le hasard et les événements mettent encore entre eux des différences [...]. N'aspirons donc pas à être plus humains que la nature ni plus sage que la nécessité*³⁸. De toute évidence, les révolutions du XIX^e siècle étaient déjà programmées, la révolution contre la majestueuse égalité de la loi qui défendait aux riches comme aux pauvres de coucher sous les ponts, de mendier dans les rues et de voler du pain (Anatole France). Mais cette douloureuse histoire est écrite sur une autre page.

4. Le Code civil français, modèle des codes civils en Europe

Malgré le nom proscrit de Napoléon, le Code civil devint le catalyseur qui déclencha le mouvement des codifications nationales. L'esprit civique s'était réveillé et aspirait à régler les rapports entre les citoyens par un droit positif et légal. Si le temps n'était pas mûr pour les constitutions républicaines ou monarchiques, l'heure des codes civils avait sonné. Le modèle en avait été donné par le Code Napoléon. De ce nom on pouvait se passer, mais non du système que le Code contenait. Il était porté par la tradition européenne du droit commun et se déployait autour des deux pôles de la nouvelle société civile : la personne libre et égale et la propriété ouverte et accessible à tous.

Un regard sur l'évolution en Europe confirme le fait que le Code civil français incarne la figure de proue des codifications de l'ère bourgeoise. Son système, issu du système des Institutions Justiniennes et répandu dans tout le droit commun européen, a formé la matrice juridique des codifications qui entrèrent dans le sillage du Code civil français.

Une particularité fort significative confirme le caractère européen du système. Elle concerne la codification autrichienne de l'*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* (ABGB), la deuxième grande codification de cette époque qui, d'une certaine façon, forme le contrepoint au Code Napoléon.

Malgré l'aversion contre la France révolutionnaire et napoléonienne, virulente à la Cour impériale et dans la haute administration autrichienne, le code

³⁸ J. E. PORTALIS, dans J. G. LOCRÉ, l.c., § 4, 76.

civil autrichien fut conçu comme garant de la liberté, de l'égalité et de la sécurité des citoyens³⁹. Le droit civil n'est pas un moulage extérieur des devoirs moraux inscrits dans la nature humaine, mais assure le libre pouvoir dans les limites du mien et du tien. C'est ce que nous lisons aussi chez Zeiller⁴⁰.

Les premiers projets du code autrichien de l'ABGB précèdent le Code civil, mais la codification finale fut achevée plus tard, en 1811. Comme le Code civil, ce code suit également le système des Institutions : droits des personnes, droits des biens, subdivisés en droits réels (*dingliche Rechte, ius in re*) et en droits personnels sur des biens (*persönliche Sachenrechte, ius ad rem*, c'est-à-dire en obligations).

De même que le Code civil, le système de l'ABGB est un système d'attribution des biens au sujet libre, dont la propriété est l'expression la plus forte. Le droit des contrats se déduit du droit de la propriété, explique Zeiller : le *ius ad rem* n'est qu'une voie vers le *ius in re*. Le code autrichien rejoint le même modèle que suit le Code civil français⁴¹.

Entre-temps, ces grands codes sont devenus séculaires. Les turbulences sociales et politiques du XIX^e siècle, la révolution industrielle et économique les ont fortement secoués. Depuis la Deuxième Guerre mondiale, les codes – et surtout le Code civil français – sont entrés dans une phase de profonde métamorphose. De plus en plus de codes spécifiques et de lois particulières les concurrencent. Les textes légaux changent et s'élargissent, des articles entiers sont intercalés ou biffés, ce qui rend la structure des codes lourde et tortueuse. Il suffit de poser le Code civil français actuel à côté du Code Napoléon pour mettre ces changements en évidence : deux siècles y sont inscrits. Et pourtant, les codes civils existent toujours, modifiés, ajustés, renouvelés, complétés.

Quel sera leur avenir ?

³⁹ Voir F. v. ZEILLER, Grundsätze der Gesetzgebung, 1806-1809 (éd. E. Wolf, Deutsches Rechtsdenken, 1948), avant tout 14 ss ; B. SCHMIDLIN, Der Begriff der bürgerlichen Freiheit bei Franz von Zeiller. Forschungsband Franz von Zeiller, 1980, 193.

⁴⁰ F. v. ZEILLER, Das natürliche Privatrecht, 1802, 5, § 5 : *Betrachtet man das Recht (subjektiv) als Befugnis einer Person, so ist es das (von der Vernunft durch den Rechtsbegriff zugestandene) Vermögen zu rechtlichen Handlungen, d. h. zu allen, aber auch nur zu denjenigen Handlungen, bei denen ein geselliger Zustand freitätiger Wesen stattfinden kann.*

⁴¹ F. v. ZEILLER, Commentar über das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie, vol. 3, 1812, § 861, n. 1 : *Das Vertragsrecht lässt sich aus dem Eigentumsrecht erklären. Der Eigentümer hat das Recht, frei über sein Eigentum zu verfügen, er kann sich seiner (körperlichen oder unkörperlichen) Sache unbedingt begeben (sie verlassen) oder nur bedingt, dass sie auf eine bestimmte Person übergehen soll, das heisst, er kann sie auf eine andere Person übertragen. Die Erklärung des Willens, eine Sache auf den andern zu übertragen, oder ihm etwas zu leisten, nennt man Versprechen.*

III. Der allgemeine Schuldvertrag und die Vertragstypen. Das römische Nominatprinzip und seine Erweiterung durch die *actio praescriptis verbis*

1. Das Nominatprinzip der Konsensualverträge.
2. Die Ausgangsformel der *bona fide* Vertragsklagen: die *condictio* oder *stipulatio*
 - 2.1. Die Kondiktionsklage als Vermögensklage: *quidquid paret NsNs AoAo dare oportere*.
 - 2.2. Die Stipulationsklage als strikte Vertragsklage: *Quod AsAs de NoNo incerti stipulatus sit quidquid ob eam rem dare facere oportet*
3. Die Umformung der *actio ex stipulatu incerti* zum *iudicium bonae fidei*. *Nomina contractus* und *demonstratio*.
4. Die Erweiterung des Nominatprinzips mittels der *actio praescriptis verbis*
 - 4.1. Die Zwischennominatverträge
 - 4.2. Die leistungsbefestigten *pacta*
 - 4.3. Die *actio praescriptis verbis* als Einheitsklage der Zwischennominatverträge und leistungsbefestigten *pacta*

1. Das Nominatprinzip der Konsensualverträge

Ulpianus D. 2,14,7,1 Quae pariunt actiones in suo nomine non stant, sed trans-eunt in proprium nomen contractus: ut emptio venditio, locatio conductio, societas, commodatum, depositum et ceteri similes contractus.

Diejenigen klagbaren Vereinbarungen, die keinen selbständigen Namen tragen, gehen in den Namen eines eigentlichen Vertrages über, wie Kauf, Miete, Gesellschaft, Kommodat, Hinterlegung und andere.

Das von Ulpian in etwas lehrhafter Weise dargestellte Nominatprinzip meint zweierlei: Es zieht eine Grenzlinie zwischen der Klagbarkeit der *contractus* und der Unklagbarkeit der *pacta conventa*, und es bestimmt darüber hinaus, dass jeder Vertrag einen spezifischen Namen, ein *nomen proprium*, tragen müsse. Aktionenrechtlich ausgedrückt bedeutet dies, dass das römische Vertragsrecht keine allgemeine Vertragsklage, sondern nur spezifische *actiones* kennt. Das mag eine banale Feststellung sein, ist es aber nicht, weil man für die konsensualen Verträge eine gemeinsame *actio bonae fidei* erwarten dürfte. Schon Labeo hat das gemeinsame Merkmal dieser Vertragsgruppe erkannt und im *ultimo citroque contractum* (D. 50,16,19) sogar zum Prinzip erhoben; aber statt dieses auf eine allgemeine Vertragsdefinition zu übertragen, begnügte er sich, die Nominatverträge einzeln mit beigelegten Beispielen zu illustrieren¹. Ulpian greift

¹ Ulpian D. 50,16,19: Labeo primo libro praetoris urbani definit, quod quaedam «agantur», quedam «gerantur», quaedam «contrahantur»: et actum quidem generale verbum esse, sive verbis sive re

diese allgemeine Figur des synallagma auf (Ulpianus D.2,14,7,2) auf, verweigert aber einem platten *dedi ut des aut facias* ein *nomen proprium*. Der synallagmatische Leistungsaustausch führt nicht zu einer allgemeinen Vertragsklage, sondern nur auf den Sonderweg des *praescriptis verbis agere*.

Schwierigkeiten bereitete auch das Eindringen der *pacta in continenti* in den vertraglichen Konsens: Ulpian D. 2, 14, 7, 5 *Quin immo interdum format ipsam actionem, ut in bonae fidei iudiciis: solemus enim dicere pacta conventa inesse bonae fidei iudiciis* ... Doch haben die Juristen unbeirrt am Nominatprinzip und an der Unklagbarkeit der blossen *pacta conventa* festgehalten: Ulpianus D. 2, 14, 7, 5 ... *propter eandem regulam ne ex pacto actio nascatur*.

Das Nominatprinzip verlangt spezifische Vertragsklagen und eine elastisch anpassbare Klageformel. Die Formelteile sind nicht nur Verfahrenselemente, sondern auch die Bausteine des nominativen Vertragssystems. Der Geschäftskreis hat sich in der eigentümlichen Verbindung von *actio* und *obligatio* ausgebildet. Sie wird an drei Stellen sichtbar, die besondere Aufmerksamkeit verdienen: in der Konnexität zwischen der generellen konsensualen Grundlage und dem spezifizierenden Nominatprinzip der *iudicia bonae fidei*, ferner in der der formularen Struktur der Klage, insbesondere im Zusammenspiel von *praescriptio*, *demonstratio* und *intentio*, und schliesslich in der Erweiterung des Nominatprinzips durch die «nicht benannten» Verträgen mit Hilfe des *praescriptis verbis agere*, die zur berühmten Kontroverse zwischen Aristo und Celsus, Iulianus und Mauricianus geführt hat².

quid agatur, ut in stipulatione et numeratione; contractum autem ultro citroque obligationem, quod Graeci synallagma vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem; gestum rem significare sine verbis factam.

² Während die Literatur zu den Problemen der Aufnahme der *bonae fidei*-Klagen in das *ius civile* eher spärlich fließt, wurde die Auseinandersetzung um die formular Struktur der *praescriptio* und *demonstratio* in zwei wichtigen und verdienstvollen Monographien wieder aufgenommen: ARTNER, *Agere praescriptis verbis*, Atypische Geschäftsinhalte und klassisches Formularverfahren, 2002 (zit. ARTNER, *Agere praescriptis verbis*; ferner PELLECCHI, *La praescriptio*, 2003 (zit. PELLECCHI, *praescriptio*), die beide eingehend zu rezensieren wären. Dafür ist kein Raum in dieser Abhandlung, die sich in erster Linie mit dem Formelteil der *demonstratio* befasst, soweit sie den Aufbau der Konsensualverträge bestimmt. Über die Probleme der *pacta conventa*, des Nominatprinzips und insbesondere des Synallagmas, hat sich eine reiche Literatur angesammelt. Ich beschränke mich auf das, was mir zugänglich und benützlich war. Insbesondere CANNATA, *Contratto e causa nel diritto romano*, in: Vacca (Hrsg.), *Causa e contratto nella prospettiva storica comparatista*, Atti Aristec 1997, S. 35 ss (zit. Contratto); ID., *Der Vertrag als zivilrechtlicher Obligierungsgrund in der römischen Jurisprudenz der klassischen Zeit*, Collatio iuris Romani, Études H. Ankum, I, 1995, S. 59 ss, S. 19 (zit. Vertrag); BURDESE, *Su alcune testimonianze celsine*, Mélanges Cannata, 1999, S. 3 ss; ID., *I contratti innominati*, Mélanges J.L.Murga Gerner, 1994, S. 63 ss; GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto*, I, 1992; II, 1995 (zit. Synallagma); ID., *Ai primordi del passaggio della sinallagmaticità dal piano delle obbligazioni a quello delle prestazioni*, in: VACCA (Hrsg.), *Causa e contratto nella prospettiva storica comparatista*, Atti Aristec 1997, S. 62 ss (zit. Sinallagmaticità); KASER, *Formeln mit intentio incerta, actio ex stipulatu und conductio*, La-beo, 22 (1976) S. 7 ss (zit. Formeln); KNÜTEL, *La causa nella dottrina dei patti*, in: VACCA (Hrsg.), Atti Aristec, 1997, S. 131 ss, (zit. Causa); KRANJZ, *Die actio praescriptis verbis als Formelaufbauproblem*, SZ 106 (1989) S. 434 ss; KUPISCH, *Rez. W. Selb, Formeln mit unbestimmter intentio*, SZ 93 (1976)

Doch tun wir gut daran, uns eingangs an den grundsätzlichen Unterschied zwischen dem römischen und dem modernem Vertragsrecht zu erinnern. Die modernen Begriffe « Vertrag » und « Vertragstyp » stehen zu den römischen Begriffen *conventio* und *nomen contractus* in einem entgegengesetzten Verhältnis. Das moderne Vertragsrecht hat aus dem freien Willenskonsens, aus der *conventio*, den allgemeinen Schuldvertrag entwickelt: die Parteien geben sich ihr eigenes Vertragsgesetz – *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* (Code civil français, art. 1134) mit der Folge, dass die besonderen Vertragstypen, die Nominatkontrakte nurmehr dem dispositiven Vertragsrecht angehören. Der moderne konsensuale Vertrag stellt somit keine aus den besonderen Konsensualverträgen gewonnene Verallgemeinerung dar, sondern formalisiert den Vertragswillen unmittelbar. Das Naturrecht hat den Vertrag aus dem vollkommenen Versprechen, der *pollicitatio perfecta*, entwickelt. Die vertragliche Bindung liegt im Willen, das Versprechen zu halten, und dieses Versprechen wird dem Annehmenden als vertragliches Forderungsrecht übertragen³. Das Pandektenrecht versteht den Vertrag als den « vereinigten Willen der Parteien, die frei ihre Rechtsverhältnisse gestalten ». Denn eigentlich muss der Wille, sagt Savigny, als das einzig Wirksame gedacht werden (System, Bd. III, 258). Von einer vorgegebenen inhaltlichen Bindung an feste *nomina contractus* ist keine Rede mehr.

Anders das römische Vertragsrecht. Es ordnet die Verträge vorerst nach ihren Entstehungsgründen: nach dem förmlichen Wort als Stipulation, nach dem Akt der Zahlung als *mutuum*, nach der Eintragung *litteris* im *codex expensis* als Litteralvertrag oder nach dem äusseren Geschäftszweck bei Konsensualverträgen. Die Entstehungsweise der Verträge bestimmt auch die schulmässige

S. 434 ss. (zit. Formeln); SANTORO, La causa delle convenzioni atipiche, in: VACCA (Hrsg.), Atti Aristec, 1997, S. 85 ss.; TALAMANCA, La tipicità dei contratti romani fra conventio e stipulatio fino a Labeone, in Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo-repubblicana, Atti Copanello, 1988, 35 ss. (zit. Tipicità); SCHMIDLIN, La fonction de la *demonstratio* dans les actions de bonne foi, Studi Sanfilippo, Bd. 5, 1984, S. 706 ss. (zit. Demonstratio); zuletzt DALLA MASSARA, Alle origini della causa del contratto, 2004 (zit. Causa del contratto). Eine breite Literaturübersicht findet sich bei CANNATA, Contratto, S. 59. Anm. 43.

³ Das Versprechensmodell, das sich in den älteren naturrechtlichen Kodifikationen, wie dem Code civil français und dem österreichischen ABGB, wenigstens im ursprünglichen Gesetzestext erhalten hat, wird seit Grotius als Rechtserwerbsgeschäft verstanden und in Analogie zur Eigentumsübertragung entwickelt. Grotius stellt den Sachenrechtserwerb und den Erwerb eines vertraglichen Forderungsrechts in Parallele: De iure Belli ac Pacis, lib. II cap. 11, § 2,3,4 ... *Tertius gradus est ut ad determinationem talem accedit signum volendi ius proprium alteri conferre, quae perfecta promissio est, similem habens effectum qualem alienatio domini. Est enim aut via ad alienationem rei aut alienationem particulae cuiusdem nostrae libertatis*. Dies ist die allgemeine Grundfigur des naturrechtlichen Vertragsmodells, das in keiner Weise an irgend ein Nominatprinzip anknüpft, sondern, ganz im Gegenteil, nur die freie Willensbildung ordnet. Dazu insb. SCHMIDLIN, Die beiden Vertragsmodelle des europäischen Zivilrechts: das naturrechtliche Modell der Versprechensübertragung und das pandektistische Modell der vereinigten Willenserklärungen, in Zimmermann/Knütel/Meincke (Hrsg.), Rechtsgeschichte und Rechtsdogmatik, 1999, S. 190 ss. und passim, in diesem Band siehe die Abhandlung gleichen Titels: ferner NANZ, Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. bis 18. Jahrhundert, 1985, S. 52 ss.

Gliederung in Verbal-, Real- Litteral- und Konsensualvertrag (Gaius, Inst. 3.89). Dieser *summa divisio* kommt zwar keine grosse Bedeutung zu. Aber selbst ihre Trivialität bezeugt noch die römische Denkweise: Verbal-, Real-, Litteral- und Konsensualvertrag sind auf den Punkt fixiert, an dem die *actio-obligatio* entsteht: *actio nascitur*. Wirksamkeit und Klagbarkeit fallen ineins. Das punktuelle Entstehen der Verträge ist an den äusseren Verpflichtungsakt geknüpft: an das Wort, an die Geldhingabe, an die Buchung oder an die Einigung, die verhindern, dass sich die Verträge in ein allgemeines «Konvenieren» auflösen.

Dies wiederum bedeutet nicht, dass die römischen Juristen die allgemeine Bedeutung der *conventio* nicht erkannt hätten. Im Gegenteil, Ulpian stellt die *conventio* sogar ins Zentrum seiner Darlegungen: jeder Vertrag ist, allgemein gesehen, eine *conventio*. Auch umschreibt Ulpian den Weg, der zur *conventio* führt, in einer Weise, die selbst für den modernen Vertrag gültig ist. Ulpianus D. 2, 14, 1, 3: *Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt qui inter se agunt: nam sicuti convenire dicuntur qui ex diversis locis in unum locum colliguntur et veniunt ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est in unam sententiam decurrunt*⁴.

Alle Verträge enthalten eine *conventio*: *nullum est contractum, nullam obligationem quae non habeat in se conventionem* (Peditus D. 2,14,1,3). Doch waren sich die römischen Juristen einig, dass die blossе Willenseinigung die *conventio* nicht wirksam macht, Geltung erlangt sie erst, wenn sie einer anerkannten, namentlich benannten Figur entspricht. Das *nomen proprium* bezeichnet den Vertragstyp, der den Vertragsparteien vorgegeben ist, denn ausserhalb der *nomina contractus* gibt es keine Klage. Diese Bindung darf nicht im modernen Sinn als gesetzlicher Typenzwang verstanden werden. Die Reihung folgt keinem normativen Prinzip, sondern hat sich im das Edikt des Prätors während der entscheidenden zwei Jahrhunderten v. Chr. ausgebildet⁵.

⁴ Das *convenire*, das Zusammenkommen, meint nicht den Austauschvorgang von Willenserklärungen, wie ihn die pandektistische Vertragslehre kennt, noch die Übertragung eines Leistungsversprechens im Sinne des naturrechtlichen Versprechensvertrages, sondern weist auf das punktuelle Zusammentreffen in *unum locum* der aufeinander zulaufenden Willensbewegungen. Dass das *convenire* in *unum locum* mit der antiken Staatenstehunglehre in Verbindung zu bringen sei, so in BEHREND/S/KNÜTEL/KUPISCH/SEILER (Hrsg.), *Corpus Iuris Civilis, Digesten 1-10*, 1995, S. 224, Anm 1 zu D. 2,14,7,1, erstaunt. Die hierfür angeführten Quellen geben dafür nichts her; auch ist nicht anzunehmen, dass sich Ulpian, *praefectus praetorio* unter Alexander Severus (3. Jh.) auf ein vages ciceronisches Staatsverständnis abstützt, um das *convenire* im Vertrag zu erläutern.

⁵ Dass Gaius weder das *depositum*, noch das *commodatum* in dieser Liste erwähnt, obwohl er deren *actio civilis* in Inst. 4, 47 kennt, braucht nicht zu beunruhigen. Die beiden Verträge waren nun einmal Sonderfälle, weil sich für beide neben der *actio civilis* auch eine *actio in factum* bewahrt hat. Als blosser Freundschaftsdienst war das *commodatum* eben kein Vertrag, der Missbrauch wurde in diesen Fällen deliktisch, nicht vertraglich behandelt; auch bei der Nothinterlegung fehlt ein vertraglicher Wille, Ulpian D. 16,3,1,2: ..., *continent fortuitam causam depositionis ex necessitate descendente, non ex voluntate proficiscentem*. Ulpian erwähnt sie dennoch als *contractus nominatus* D. 2,14,7,1. Wieder anders lautet die Liste bei Gaius, Inst. 4, 62, wo auch die *negotiorum gestio*, die *fiducia*, die *tutela* und

Gaius eröffnet denn auch den Abschnitt über die Konsensualverträge mit einer solchen Vertragsauflistung, Inst. 3,135: *consensu fiunt obligationes in emptionibus venditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis*. Das Gemeinsame aller dieser Verträge bestehe, meint Gaius, im *consensisse*⁶. Gaius gebraucht nicht die schlichte präsentische Form *consentire* (die sich später in den Institutionen Justinians findet⁷), sondern das *infinitivum perfectum*; *consensisse* drückt das Einig-sein als Zustand aus, anders als das *consentire*, das den Willensakt der Einigung meint. *Consensisse* bezeichnet somit nicht den Vertragsabschluss, den Akt des Austausches gegenseitiger, übereinstimmender Willenserklärungen, wie das *promittere* und *stipulari* in der *sponsio-stipulatio*, sondern das Einigsein als Resultat. Das *consensisse* stützt sich direkt auf den von den Parteien gewollten Vertragsinhalt, insoweit er einem der anerkannten Vertragsnomina entspricht. Wie die Einigung zustande kommt – unter Anwesenden oder Abwesenden, durch Wort oder Zeichen – ist gleichgültig, entscheidend ist das Ergebnis, der Konsens, der dem Vertrag Bestand gibt⁸.

Das *consensisse*, so erläutert Gaius, begründet ein gegenseitiges Verhältnis, nach dem jeder dem andern schuldet und zu leisten hat, was im Rahmen des Vertrages gut und billig ist – *ex aequo et bono*. Bewusst, fast pathetisch – *sufficit ... consensisse* – stellt Gaius das konsensuale Verhältnis in den Gegensatz zu den engen, förmlichen Geschäftsakten der Stipulation und der *expensilatio*, die nur einseitige Forderungen erzeugen⁹. Zugleich aber macht er auch klar, dass das *consensu contrahi* nur im Rahmen: *istis modis* (Inst. 3,136) eines festen, mit einem anerkannten Eigennamen versehenen Vertrages wirksam ist.

Leider gibt Gaius den Blick auf die Ursprünge der historischen Entwicklung nicht frei. In den Digesten sind die frühen Zeugnisse, abgesehen von einem Labeozitat Ulpians (D. 50,15,19), zur Gänze verschüttet. In die Lücke tritt der Kurzbericht Ciceros über die Lehre des grossen Mucius Scaevola, *pontifex*. Er darf als das älteste Zeugnis angesehen werden, das über die Umfor-

die *rei uxoriae* erwähnt werden. Das gemeinsame Merkmal aller dieser Rechtsverhältnisse ist die Bindung an die *bona fides*, nicht der Vertragskonsens.

⁶ Gaius, Inst. 3, 136: *Ideo autem istis modis consensu dicimus obligationes contrahi quod neque verborum neque scripturae ulla proprietates desideratur, sed sufficit eos qui negotium gerunt consensisse. Unde et inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, veluti per epistulam aut per internuntium: cum alioquin verborum obligatio inter absentes fieri non possit.*

⁷ Inst. Iust. 3, 22, 1: *Ideo autem istis modis consensu dicitur obligatio contrahi, quia neque scriptura neque praesentia omnimodo opus est, ac ne dari quicquam necesse est, ut substantiam capiat obligatio, sed sufficit eos qui negotium gerunt consentire.*

⁸ Paulus D. 45,1,35,2: *Si in locando conducendo, venendo emendo ad interrogationem quis non responderit, si tamen consentitur in id quod responsum est, valet quod actum est quia hi contractus non tam verbis quam consensu confirmantur.*

⁹ Gaius 3, 137: *Item in his contractibus alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet, cum alioquin in verborum obligationibus alius stipuletur alius promittat et in nominibus alius expensum ferendo obliget alius obligetur.*

mung des Vertragsrechtes durch die *bona fides* und die Aufnahme der konsensualen Geschäfte in das *ius civile* berichtet.¹⁰

De off. III 70. Quintus quidem Scaevola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur <ex fide bona>, fideique bonae nomen existimabat manare latissime idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis venditis, conductis locatis, quibus vitae societas contineretur. In his magni esse iudicis (iudiciis) statuere, praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria, quid quemque cuique praestare oportet¹¹.

Als erstes fällt auf, dass Mucius Scaevola die *bona fides* nicht Verträgen zuordnet und daher weder von *conventiones* noch *contractus* spricht – Begriffe, die sich erst später ausgebildet haben –, sondern sie ohne Umschweife mit *arbitria* und *iudicia* mit der Prozessart und den Prozessformeln, die für diese Verträge verwendet werden, in Verbindung bringt¹². Dies braucht nicht zu verwundern. Es ging ihm nicht darum, neue Geschäfte einzuführen; sein Anliegen galt einer Öffnung der Klageformel, die es ermöglichte, Geschäfte des Alltagslebens, – *societas vitae* – unbelastet vom altzivilen Hindernissen mittels formularer Klagen in das *ius civile* einzugliedern.

Als zweites erkennen wir, dass Mucius den Zusatz *ex fide bona* nicht einer neu geschaffenen, sondern einer bereits bestehenden zivilen Klageformel anfügt: *adderetur ex fide bona*. Dieser Zusatz verändert nach Mucius den Klageinhalt des *dare oportere* der *actio civilis*.

Als Drittes weist Mucius die Richter an, sie hätten bei derartigen *actiones* auf die Reziprozität des Schuldverhältnisses zu achten und darüber zu urtei-

¹⁰ Meist unter anderem und für anderes zitiert, siehe z. B. KASER/HACKL, Das römische Zivilprozeßrecht, 2. Aufl. 1996 (RZP), § 45 Anm. 21, S. 314 oder WIEACKER, RRG § 39 Anm. 20, S. 643, aber für die Konstruktion der *bona fide*-Formel nicht ausgewertet.

¹¹ In zwei Manuskripten (siehe die textkritische Bemerkung in der Ed. «Les Belles Lettres», S. 107 n. 70) ist statt *iudicis*, auch *iudiciis* überliefert. Diese Version ist wohl vorzuziehen, weil dann der Satz einen einfachen Sinn gewinnt: es sei von grosser Bedeutung, bei diesen *iudicia* darüber zu befinden, was jeder jedem anderen zu leisten verpflichtet sei, insbesondere, weil in den meisten Fällen auch *iudicia contraria* gegeben seien. Die Rede von dem «grossen Richter» ist unverständlich, weil die Bewertungsweise nach der *bona fides* allen Richtern auferlegt wird, gleichgültig, ob sie «gross» oder «klein» sind. Auch L.LOMBARDI, Dalla fides alla bona fides, 1961, S. 191 Anm. 71.

Das *ex fide bona* wird von Cicero auch in top. 17, 66 als Formelzusatz bezeichnet: *In omnibus igitur eis iudiciis, in quibus «ex fide bona» est additum, ubi vero etiam «ut inter bonos bene agere oportet» in primisque in arbitrio rei uxoriae, in quo est «quod eius aequius melius», parati (iuris consulti) eis esse debent.*

¹² Hinsichtlich der Terminologie siehe GALLO, Synallagma II, S. 37, Anm. 35. Die Bezeichnung *arbitria* für die *iudicia bonae fidei* verweist nicht auf die besonderen *arbitria ex compromisso*, von denen Cicero spricht, pro Roscio comoedo 4,10-13, sondern unterstreicht den bilateralen Charakter der Billigkeit, der *aequitas*, welche die *arbitria* in Gegensatz zur strikten Einseitigkeit der strengrechtlichen Klagen stellt: *derectum, asperum, simplex* entgegengesetzt dem *mite, moderatum*, das sowohl für die *arbitria ex compromisso* als die *iudicia bonae fidei* gilt.

len, was jeder jedem – *quid quemque cuique praestare oportet* – zu leisten verpflichtet sei, und zwar im präzisen Sinn wechselseitig verbundener Ansprüche, wie aus dem Hinweis auf die *contraria iudicia*, die Konträrformeln, hervorgeht¹³.

Mit der Bezeichnung *arbitria* zieht Mucius Scaevola, nicht anders als Gaius, eine Grenzlinie zu den strengen Ansprüchen der *condictio* oder der *stipulatio incerti*, die den schätzenden Richter streng an die Einseitigkeit der Forderung binden. Die *arbitria* richten sich auf das, was jeder jedem nach guter Treue schuldet¹⁴. Mucius spricht das Schlüsselwort aus, das den Formelzusatz *ex fide bona* erläutert: *quid quemque cuique praestare oportet*. Gegenstand der Schätzung ist das gesamte Schuldverhältnis: wie sich die Parteien gegenseitig auf gute Treue hin, *ex fide bona*, verpflichtet haben, so sollen sie das leisten, was jeder jedem schuldet.

Die Anweisung an den Richter, die Leistungspflichten nach guter Treue zu bestimmen, setzt voraus, dass diese inhaltlich begrenzt sind. Darin liegt das Problem aller Rechtsanwendungsregeln, zu denen auch das *ex fide bona* zählt¹⁵. Judiziabel wird die *bona fides* erst im Rahmen eines besonderen Schuldverhältnisses, in dem der *emptor*, *locator* und *socius* als *bona fide emptor*, *locator*, *socius* usw. erscheint. Gerade dies meint Mucius, wenn er sagt, dass sich die *bona fides* erst im Rahmen der von ihm einzeln aufgezählten *arbitria* entfalten könne: *idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis mandatis, rebus emptis venditis, conductis locatis*. Für sie alle gilt, wie Cicero es ausdrückt¹⁶: *Iustis autem et fidis hominibus id est bonis viris, ita fides habetur ut nulla sit in his fraudis iniuriaeque suspici*¹⁷. Die *bona fides* ist so wenig wie die Berufung auf den allgemeinen Standard des *bonus vir* möglicher Gegenstand einer Klage wie Cicero anhand einer Anekdote erläutert. Der Konsular Fimbria – berichtet er – weigerte sich, über

¹³ Was Gaius umständlich, aber sehr genau in der Formel *alter alteri* darlegt, erhält bei Cicero eine rhetorische Überhöhung: pro Roscio comoedo 4,10: *propterea quod aliud est iudicium aliud arbitrium. Iudicium est pecuniae certae, arbitrium incertae; ad iudicium hoc modo venimus ut totam litem aut obtineamus aut amittamus, ad arbitrium hoc animo adimus ut neque nihil neque tantum quantum postulavimus consequamur*.

¹⁴ Die Besonderheit der *bona fides* in reziprok zweiseitigen Verhältnissen unterstreicht Cicero in top. 17, 66: *illi aequum bonum, illi quid socium socio, quid eum, qui negotia aliena curasset, ei, cuius ea negotia fuissent, quid eum, qui mandasset, eumve, qui mandatum esset, alterum alteri praestare oportere*.

¹⁵ Die *bona fides* hat ihren formalen Charakter als Rechtsanwendungsnorm im schweizerischen ZGB Art. 2 bewahrt: Jedermann hat in der Ausübung seiner Recht und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln.

¹⁶ CICERO, de off. 2,33.

¹⁷ Zum *bonus vir* vergleiche Cicero, de off. 3,64 *vir bonus est is qui prodest quibus potest, nocet nemini*. In der Definition des *bonus vir* drückt Cicero eine positive und aktive Seite aus. Es ist die Pflicht, dem andern zu helfen, wo immer man kann, die auf der Ebene der vertraglichen Verpflichtungen die Reziprozität des Vertragsverhältnisses bewirkt. Vgl. auch Cicero, de off. 1,55 *Sed omnium societatum nulla praestantior est, nulla firmior quam cum viri boni moribus similes sunt familiaritate coniuncti*.

die Stipulation *ni vir bonus esset* eines offenbar um seine Ehre und Kreditwürdigkeit besorgten Römers zu Gericht zu sitzen. Eine derartige *sponsio* sei gegenstandslos, meinte Fimbria, weil niemand imstande sei, die Pflichten und Tugenden allesamt zu prüfen, die ein solcher Standard umschliesse.¹⁸

Weder die mucianische, noch die gaianische Liste (Inst. 4, 6) sind auf konsensualen Kontrakte beschränkt. Was sie als gemeinsamer Nenner verbindet, ist die in die iudicia integrierte Treubindung. Diese Treubindung braucht nicht in dem stereotypen *ex fide bona* ausgedrückt zu werden, im besonderen Verhältnis der *fiducia* lautet sie: *ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione* oder in der *actio rei uxoriae*: *quod eius melius aequius erit*. Ja, selbst für die *bonae fidei* Verträge kennt Cicero die Unterscheidung zwischen den *iudicia de fide mala* und den *iudicia contra bonam fidem*¹⁹. Die Treubindung der ersten Gruppe, den *iudicia de fide mala*, ist offenbar intensiver: wer aufgrund dieser Klagen verurteilt wird, den trifft als Folge seines Treubruches die *infamia*. Er hat *fide mala* gehandelt und die Nachteile der Infamie werden mit der Leistung der Urteilsschuld nicht aufgehoben. In Verträgen *contra bonam fidem* hingegeben, wie im Falle des Kaufes und der Miete, hat der Schuldner mit der Erfüllung der Urteilsschuld seiner Vertragstreue nachträglich Genüge getan und daher keine Infamiefolgen mehr zu befürchten. Was aber alle diese Klagen als gemeinsame Gruppe kennzeichnet, ist ein Schuldverhältnis, das die Parteien in gegenseitiger Treue verpflichtet, das zu geben, was jedem gebührt.

Der Unterschied lässt sich wiederum in dem von Gaius erwähnten Gegensatz zwischen der strengrechtlichen *sponsio* – *stipulatio* und den konsensualen Kontrakten verdeutlichen. Während in der *sponsio stipulatio* dank ihrer formalen Abstraktheit der Zweck des Versprechens nicht benannt zu werden braucht, weil seine Wirksamkeit durch die *verba sollemnia* gesichert wird, kann sich das *ob eam rem* des *dare facere oportet* der Konsensualverträge auf keinen verbalen Formakt stützen. Das *convenire* umschreibt den blossen Einigungsvorgang, *ex diversis animi motibus in unum consentire*, aber gibt dem *dare facere oportere* keinen bestimmten Inhalt.

Die Variabilität der *bona fides* je nach der Art der Treubindung beweist, dass die *bona fides* nicht abstrakt, und legalistisch das *dare facere oportere* als zivilen Rechtsanspruch qualifiziert, sondern die innere Pflichtbasis anspricht, die dem zugrunde liegenden Verhältnis angepasst werden muss. Auf jeden Fall

¹⁸ Cicero, de off. 3, 77: Fimbria consularem audiebam de patre nostro puer iudicem M. Lutatius Pinthiae fuisse, equiti Romano sane honesto, cum is sponsionem fecisset, «Ni vir bonus esset». Itaque se dixisse Fimbriam se illam rem numquam iudicaturum ne aut spoliaret fama probatum hominem si contra iudicavisset aut statuisset videretur virum bonum esse aliquem cum ea res innumerabilibus officiis et laudibus contineretur.

¹⁹ Cicero, de natura deorum, 3, 74: sessum it praetor. Quid ut iudicetur tot iudicia de fide mala tutelae, mandati, pro socio, fiduciae reliqua quae ex empto aut vendito aut conducto aut locato contra fidem fiunt. Femer top. 17, 66, s. o. Anm. 11.

wird die Hypothese, dass das *ex fide bona* generell eine ursprünglich nicht zivilen Schulden in eine *actio civilis* aufgenommen habe, dem konkreten funktionalen Sinn des *ex fide bona*, so wie ihn Mucius umschreibt, nicht gerecht²⁰. Klar wird hingegen, dass das *ex fide bona* notwendigerweise einer Rückbindung an ein materielles Verhältnis bedarf, in dem es sich entfalten kann. Auf dieses Er-

²⁰ KUNKEL, Fides als schöpferisches Element im Schuldrecht, Festschrift Koschaker, Bd. 2, 1939, S. 1 ss; ARANGIO-RUIZ, Le formule con demonstratio, Scritti, Bd. 1, 1974, S. 391 etc.; Anders WIEACKER, Zum Ursprung der *bonae fidei iudicia* SZ 80 [1968] S. 8, S. 15 ss, der zurecht darauf besteht, dass die *bona fides* nicht unter die Alternative: Grundlage oder Masstab der Verpflichtung gestellt werden darf: S. 35: « und es steht dieser Annahme (*ex fide bona* als neuer Masstab) nicht entgegen, dass bei dieser Gruppe die Berufung auf die *fides bona* zugleich auch die Anerkennung einer Verpflichtung ohne Wahrung einer altzivilen Form einschloss ». Sie ist eben beides zugleich. Wenn wir auf Cicero hören, der jedenfalls die damals gültige Auffassung besser als wir kennt und einigermassen vertrauenswürdig wiedergibt, so ist die *bona fides* die durch die *aequabilitas* erneuerte altrömische *fides*, die seit je zum zivilen Lebensverständnis des Römers gehörte: Cicero, de or. I, 41, 188... *Sit ergo in iure civili finis hic: legitimae atque usitatae in rebus causisque civium aequabilitatis conservatio*. Als Grundlage und Masstab begründete sie das *oportere ex fide bona*, ein Schulden aus guter Treue und ein Schulden nach guter Treue. Als *bona fides* aber gilt sie für alle, *cives* oder *peregrini*. Wieackers Entwicklungsbild vermag noch immer zu überzeugen, nur ändert dies nichts daran, dass wir über keine historisch datierbare Angaben verfügen, weder für die Schaffung der formularen zivilen Klage *ex fide bona*, noch über die Klageverheissungen oder Musterformeln im Edikt des *praetor urbanus* oder *peregrinus*. SCHMIDLIN, Der verfahrensrechtliche Sinn des *ex fide bona* im Formularprozess, Festschrift v. Lübtow, 1980, S. 359 ss. – Die immer als Verbindungsstück bemühte *lex Rubria c 20*, die eine Stipulationsklage mit einem *ex fide bona* enthält, gibt hierzu nichts her. Die These Kunkels über die Öffnung des *ius civile* kann sie jedenfalls nicht stützen. Die Stipulationsklage der *lex Rubria* ist eine Sonderklage, entstanden im engen Rahmen eines vereinfachten Verfahrens über die *cautio damni infecti*, eines provinziellen Verfahrens, das keine Besitzeinweisungsdekrete kannte, sondern nach verweigerter Kautio und nach Eintritt eines Schadens dem Geschädigten gegen den Nachbar direkt eine fiktizische Klage verhiess. Diese Klage fingiert die *cautio, quam is qui Romae inter peregrinos ius dicet in albo propositam habet* und lautet auf ein *dare facere oportere ex fide bona*. Gerade darin zeigt sich die Besonderheit des Verfahrens nach der *lex Rubria*, in der die *bona fides* genau die Rolle übernimmt, die ihr allgemein zufällt: der Richter wird angewiesen das nachbarliche Verhältnis beidseitig, *alter-alteri*, in Betracht zu ziehen und nicht einseitig und blindlings den Beklagten auf einen fiktizisch errechneten Stipulationsbetrag zu verurteilen. Nachbarsachen sind ihrer Natur nach zweiseitig. Zudem ist zu beachten, dass der Kläger die Klage erst nach geleistetem Kalumnieneid erhielt, die *missio in possessionem* ihm sogar erst nach Überprüfung der *iusta causa* gewährt wurde. *Ex fide bona* hat daher wohl den Sinn, den eingetretenen Schaden zwar aufgrund einer fingierten Stipulation, aber nach den wirklich vorliegenden Verhältnissen *ex fide bona* zu gewähren. Für die ungelenke Art, mit der die *bona fides* in die Stipulation eingefügt wurde, wird das stadtrömische Edikt gewiss nicht als Vorbild gedient haben. Zu diesem Problem auch eingehend WIEACKER, RRG I, S. 442 Anm. 15; Schmidlin, a. O., S. 366 ss; überlegenswert auch GRZIMEK, Studien zur *taxatio*, 2001, S. 62. Anders D.NÖRR, *Condemnatio cum taxatione*, SZ 112 (1995) S. 66, aber wenig plausibel. Gewiss wurde die fiktizische Ediktsklage erst nach der vorgängigen Verweigerung zur Kautionsleistung erteilt. Für die Formel der ordentlichen Kautionsklage im stadtrömischen Edikt ein *ex fide bona* anzunehmen, ist nicht einsichtig und nirgends überliefert. Das ordentliche Edikt sieht, der Klage vorgängig, dekretale Massnahmen gegen den störrigen Nachbar vor und gebraucht die Fiktion erst, nachdem sich diese als erfolglos erwiesen haben. NÖRRS Sorge, a. O. S. 67, dass dann ein während dessen eintretender Schade von der Klage nicht gedeckt wäre, ist grundlos. Ulpian/Iulianus haben alles Nötige gesagt: D. 39,2,7,2 pr. *unde quaeritur, si ante quam caveretur aedes deciderunt ... etc.*, und Julian weiss natürlich auch, dass nach einem vorzeitig oder zwischenzeitig eingetretenen Schaden die Zwischenmassnahmen hinfällig sind. Daher hält er dafür, dann den Schädiger direkt dazu zu bringen, für den eingetretenen Schaden in *praeteritum* zu kavierern, D. 39, 2, 9 pr. ... *compellendum eum ut de praeterito damno caveret*.

fordernis zeigt das in die Formel eingefügte *ob eam rem*, das genau auf das in der *demonstratio* konkret benannte Rechtsverhältnis verweist.

2. Die Ausgangsformel der bona fide Vertragsklagen: die *condictio* oder *stipulatio*

Nehmen wir Mucius Scaevola beim Wort, und verstehen das *ex fide bona* als einen der *intentio* angefügten Formelzusatz: *adderetur ex fide bona*, so stellt sich als weitere Frage, an welcher Formel diese Veränderung vorgenommen wurde. In Betracht kommen nur zwei: die *actio condictionis incerti* und die *actio ex stipulatu incerti*. Dies nötig dazu, vorerst auf die beiden *incerti*-Formeln einzugehen.

Halten wir das Übereinstimmende der *actio ex stipulatu* und der *condictio* fest. Beide sind persönliche, zivilrechtliche Klagen, oder, wie Gaius sie nennt, *actiones in personam*²¹. Damit endet ihre Ähnlichkeit. Der mit ihnen geltend gemachte Anspruch ist von unterschiedlicher Natur. Die *actio ex stipulatu* ist eine Vertragsklage, die *condictio* hingegen ist gerade keine Vertragsklage – selbst dort nicht, wo sie die *actio ex stipulatu* verdrängt hat – sondern eine Vermögensklage²².

²¹ Gaius, Inst. 4,1 ... *verius videtur duae esse, in rem et in personam*. Allerdings ist doch beachtenswert, dass Gaius in § 2 die *actiones in personam* in solche *ex contractu* und in solche *ex delicto* unterteilt und ihnen die gleiche *intentio* zuweist: *dare facere praestare oportere*. Anders aber bezeichnet er in § 5 die *actiones in rem* als *vindicationes* und die *actiones in personam* als *condictiones*. So auch Ulpianus D.44,7,25 pr. Der Zusammenhang mit § 3 und § 4 zeigt mit aller wünschbaren Deutlichkeit den Unterschied zwischen Schuldklage und Vermögensklage. Schuldklagen entstehen aus Kontrakt und Delikt und verbinden Schuldner und Gläubiger in der *obligatio*, dem *vinculum iuris*. In § 4 stellt Gaius klar, dass man mit der *condictio* nicht verlangen kann, was einem schon gehört: *nec res quae nostra iam est nostra amplius fieri potest*. In § 5 kommt Gaius aber auf die *condictio furtiva* zu sprechen und erläutert, dass hier sehr wohl ein *si paret eos dare oportere* möglich sei, und zwar, erläutert Gaius, als persönliche Klage gegen den Dieb, auf das, was dieser gestohlen hat, oder falls die Sache nicht mehr da ist, dann eben auf deren Vermögenswert. Die *condictio* ist hier als ein *dari fieri oportere*, als eine reine Vermögensklage, gekennzeichnet. Die *condictio* steht dem Eigentümer und Vermögensträger zu, Ulpianus D. 13,1,1; D. 47,2,14,16. Daraus erklärt sich, dass Gaius nicht das volle Schuldverhältnis, sondern, ohne den Schuldner zu erwähnen, nur das Rückleistungsverhältnis an den Eigentümer erwähnt. Dazu KASER, RPR I, S. 618 Anm 50. Es ist klar, dass sie diese Besonderheit, die beim *furtum*, dem ältesten Bereicherungsfall, aufscheint, in der Folge auf die allgemeine Bereicherungsklage übergang.

²² Die formulare *actio ex stipulatu certi* wurde von der *condictio* absorbiert. Das geht auf den einfachen Umstand zurück, dass die *condictio certi* in gleicher Weise zur Einforderung sowohl ausgezahlter wie stipulierter Geldsummen verwendet wurde. Für eine alternative Klage *ex stipulatu certi* und der Kondiktion lag kein Grund vor. Ein *ex sponsione*, integriert im *quidquid paret dare oportere* der *intentio*, wie SELB, Formeln, S. 33, annimmt, ist eine reine Konjekture und in den Quellen nirgends belegt. Siehe KASER, Formeln, S. 17 s.; SCHMIDLIN, Demonstratio, S. 712 s., so schon WOLF, Causa stipulationis, 1970, S. 199, 194 Anm. 23 in Diskussion mit Zulueta und anderen. Es hatte auch gar keinen Sinn, die Forderung einer Geldsumme an den Stipulationsgrund zu binden, wenn die Kondiktion es erlaubte, mit einer gleichen Formel direkt die *certa pecunia* zu fordern. Zudem findet sich in der Kondiktionsformel keine Spur, weder von einer Anlehnung an die *legis actio per iudicis arbitri postulationem*, die ein *ex sponsione te mihi x milia dare oportere aio* enthielt, noch von der *legis actio per conditionem*, für die

2.1. Die Kondiktionsklage als Vermögensklage: *quidquid paret NsNs AoAo dare oportere*

Die formularen Kondiktionsklage ist ein Nachfahre der alten *legis actio per con-dictionem*, die von der *lex Silia* für Forderung von *certa pecunia* und darnach durch *lex Calpurnia* für die Rückforderung einer *certa res* eingeführt worden war. Unbestritten gehört sie zu den strengen Klagen des *ius civile*, für deren Schriftformel folgende intentio überliefert ist: *Si paret NsNs AoAo certam pecuniam oder certam rem dare oportere*²³.

In der *intentio* verlangt der Kläger, dass der Beklagte ihm eine Sache oder einen festen Geldbetrag leiste. Einen Rechtsgrund braucht der Kläger nicht zu benennen, im Gegenteil, das Besondere dieser Klage liegt bekanntlich darin, dass die *intentio* schlicht und einfach auf das *dare oportere* der Sache oder des geforderten Geldbetrages Bezug nimmt²⁴. Genau dieses drückt Gaius, Inst. 4.33 aus: *sive pecuniam sive rem aliquam certam debitam nobis petamus, eam ipsam dari nobis oportere intendimus*.

Schon Savigny hat die *condictio* in die Nähe der *vindicatio* gerückt, denn überall erscheine die *condictio* als Ersatz, der an die Stelle einer verlorenen *vindicatio* eintrete²⁵. Im Grund ergänzt die Kondiktion die *vindicatio* in allen denjenigen Fällen, in denen sich die *pecunia* oder *res* nicht mehr als konkrete Sache, sondern lediglich als Vermögenswert beim Schuldner befindet und vom Geber daher auch gar nicht vindiziert, sondern nurmehr kondiziert, d. h. als Vermögensleistung zurückgefordert werden kann. Dies ist die in der *lex Silia* und der *lex Calpurnia* geregelte Aufgabe der *condictio*: Rückforderung von Geld oder Sachen, die sich zwar im Vermögen des Schuldners befinden, aber nicht dort bleiben sollen.

Gaius ausdrücklich jegliche Rückbindung ablehnt: Inst. 4, 33: *Nulla autem formula ad con-dictionis fictionem exprimitur. Sive enim pecuniam sive rem aliquam certam debitam nobis petamus, eam ipsam dari nobis oportere intendimus nec ullam adiungimus con-dictionis fictionem; itaque simul intellegimus eas formulas, quibus pecuniam aut rem aliquam nobis dari oportere intendimus, sua vi ac potestate valere ...* So war es praktisch zwingend, dass die *condictio incerti* als einfachere Formel die komplexere *actio ex stipulatu certi* verdrängte. Diese Verdrängung setzt allerdings voraus, dass man gezahltes und versprochenes Geld vermögensmässig gleichsetzte: eine *res stipulata* galt als Vermögenswert, den man nicht anders als ausgezahltes Geld mittels der *condictio* einklagen konnte. Cicero bereitet dies nicht die geringste Sorge, so in pro Roscio comoedo, 5,14, ferner 4,13 in Anm. 29.

²³ GAIUS, Inst. 4, 41, 50; LENEL, Edictum, 3.ed., 1927, §95; zur Formel, WOLF, Causa stipulationis, 1970, S. 190.

²⁴ Aus diesem Grund konnten die Parteien frei das Beweisthema verändern, wie Cicero es in der Rede pro Roscio comoedo, 4,13 ss demonstriert. Siehe auch KASER, Formeln, S. 22 s.

²⁵ SAVIGNY, System des heutigen Römischen Rechts, 1841, Bd. 5, Beil.XIV, c.V, S. 515: «Überall also erscheint die *condictio* als der Ersatz, der anstatt der verlorenen *Vindication* eintritt und dasselbe anschliessende, alternative Verhältnis zwischen den Klagen findet sich auch in andern Rechtsverhältnissen, ausser dem Darlehen, wieder.»

Für diese beschränkte Funktion verlangt die Klage eine einzige Voraussetzung: Kläger hat den Beweis zu erbringen, dass sein Gegner Geld oder Sachen in seinem Vermögen zurückbehält, die ihm herauszugeben sind: eine Darlehenssumme, eine *litteris* kreditierte Summe oder stipuliertes Geld. Die Reduktion auf den faktischen Nachweis dieses Umstandes erlaubt es dem Kläger, falls ihm der Nachweis der Darlehenszahlung misslingt, noch immer die anderen Tatsachen anzuführen, etwa die Kreditierung *litteris* oder einfach die bei Darlehen übliche Stipulation, weil für die *condictio* der Nachweis des Faktums eines *aes alienum* ausreicht²⁶. Der Ausdruck *aes alienum* umschreibt bildhaft diesen schuldnerischen Vermögenszustand: D. 50,16, 213,1: «*aes alienum*» est, quod nos aliis debemus, «*aes suum*» est quod alii nobis debent²⁷. Fremdes Geld (Vermögen) ist das was wir den anderen schulden; dir gehöriges Geld (Vermögen) ist, was andere dir (uns) schulden²⁸.

Die Ausweitung der *condictio certi* auf die *conditiones incerti* hat an der Natur der Klage nichts geändert, es sei denn, dass der Gegenstand der Klage: die geforderte *res*, erst noch einer richterlichen Schätzung zu unterwerfen ist. Die Formel lautet, wiederum ohne jegliche Bezugnahme auf den Schuldgrund, *quidquid paret Nm Nm Ao Ao dare facere oportet*²⁹.

Allerdings bedurfte es in diesen Fällen einer Beschränkung auf eine fällige Forderung. Diese wurde mittels der *praescriptio* vorgenommen. Die *praescriptio* dient, wie Gaius ausdrücklich festhält, der Abgrenzung des Streitgegenstandes, sei es zugunsten des Klägers *pro actore*, sei es zugunsten des Beklagten *pro reo*. Die *praescriptio* ist selbst nicht Teil des formularen Klagebegehrens³⁰. *Praescriptio de facto quaeritur*, sagt Gaius, Inst.4.134, sie betreffe die Sachlage, während die *intentio* die Rechtslage erfasst, *de iure quaeritur*. Zwar gehört die *praescriptio* auch zum Formeldekret, aber anders als die *demonstratio* konkretisiert

²⁶ Cicero macht dieses Vorgehen in seiner Rede pro Roscio comoedo anschaulich, 5,14: *pecunia petita est certa ... haec pecunia necesse est aut data aut expensa lata aut stipulata sit*. Die Beweise hierfür zielen alle auf dieses Faktum, aufgrund dessen die Summe zum Vermögen des Gegners gehört und die im Falle seines Klienten Fannius, so erläutert Cicero, sich eben dort gerade nicht findet: *Datum non esse Fannius confitetur, expensam latam non esse codices Fanni confirmant, stipulatam non esse taciturnitas testium concedit Cicero*.

²⁷ SAVIGNY, a.O., S. 514, Anm.c: «Damit hängt auch der Ausdruck «*aes alienum*» zusammen, ... nämlich das Geld, welches aus fremdem Vermögen in unser Eigentum gekommen ist, und wieder einmal in des Gebers Eigentum zurückkehren soll».

²⁸ Vergleiche auch Cicero, pro Roscio comoedo 4,13: *lam duae partes causae sunt confectae; adnumerasse sese negat, expensum tulisse non dicit, cum tabulas non recitat. Reliquum est ut stipulatum se esse dicat; praeterea enim quemadmodum certam pecuniam petere possit non reperio*.

²⁹ Gaius, Inst. 4, 41: *Intentio est ea pars formulae, qua actor desiderium suum concludit, velut haec Aulo Agerio sestertiorum x milia dare oportere, item haec: quidquid paret Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportere*. Zur *condictio incerti* WOLF, Causa stipulationis, 1970, S. 195; SELB, Formeln, S. 29 ss.

³⁰ Gaius, Inst. 4, 132: *Praescriptiones sic appellatas esse ab eo, quod ante formulas praescribuntur, plus quam manifestum est*. Die *demonstratio* hingegen ist Teil der Formel, Inst.4.39.

sie nicht das *ob eam rem*, den Klagegrund, sondern begrenzt den Umfang des Klagegegenstands³¹, so wie es Gaius (4,131,131a) für die Beschränkung auf fällige Forderungen am Beispiel des *cuius rei dies fuit* erläutert. Die *praescriptio* kann aber auch anders formuliert werden, etwa *ea res agatur de fundo mancipando*, *ea res agatur si in ea re praeiudicium hereditati non fiat* oder wie sie in den Pompeianischen Tafeln überliefert ist: *ea res agetur de sponsione*. Die verschiedenen Ausdruckformen tun nichts zur Sache, die *praescriptio* begründet kein *dare facere oportere*, keine Forderung, sondern übernimmt stets dieselbe Hilfsfunktion der Gegenstandsbegrenzung. Die bei Gaius erhaltenen Varianten mögen, wie in der Lehre vertreten wird, verschiedenen Stufen der Prozessformeltechnik zugehören, doch geben die Quellen keine hinreichenden Angaben über deren historischen Entwicklungsverlauf.

³¹ Eine derartige funktionale Überschneidung zwischen der *demonstratio* und *praescriptio* wurde schon von WLASSAK vertreten, *Praescriptio* und bedingter Prozess, SZ 33 (1912) S.95 ss, danach auch von SELB, Formeln, S.42 s, der diese These auf seine besondere Auffassung der *demonstratio* stützt. Diese habe in erster Linie der Individualisierung und Konkretisierung des Streitgegenstandes gedient. Daraus erkläre sich die Interferenz zwischen der *praescriptio* und *demonstratio*. Nach Selb gibt es dafür zwei Gründe. Den ersten entnimmt er Gaius, Inst. 4,136: *praescriptio loco demonstrationis inseritur*. Doch ist klar, dass das *inserere loco* nicht bedeutet, die *praescriptio* übernehme die Funktion der *demonstratio*, sondern einfach, dass die *praescriptio* auch in der *demonstratio* ihren Platz finden könne. Dort ergänzt die *praescriptio* die *demonstratio*, aber ersetzt sie nicht. Siehe KUPISCH, Rez.Formeln, S.451; SCHMIDLIN, *Demonstratio*, S.721. Die *demonstratio* ist Teil der Formel und ist durch das *ob eam rem de intentio* direkt verbunden. *Praescriptio* und *demonstratio* lassen sich nicht auswechseln, die eine dient der Abgrenzung des Streitgegenstandes, die andere enthält, wie das *ob eam rem* anzeigt, den Grund des Schuldens; Die Begrenzung des Streitgegenstandes betrifft nicht den Rechtsgrund des Schuldens, des *dare facere oportet*. Gaius unterscheidet nicht zwischen einer *praescriptio* im weiten und im engen Sinn, wie Selb glaubhaft machen will: SELB, Formeln, S.42 s; KASER, Formeln, S.27, wenig überzeugend ARTNER, *Agere praescriptis verbis*, S.62 und 64. Gaius, Inst. 4, 132, *ante formulam praescribuntur* bezieht sich nicht auf die *demonstratio*, die gar nicht vor die Formel geschrieben wurde, sondern nur vor die *intentio*. Die *praescriptio*: *ea res agatur de fundo mancipando* ersetzt nicht das *quod AsAs de NoNo mancipium emit* der *demonstratio*, weil sie keine *causa*, kein *ob eam rem de intentio* ersetzen kann. Auch das zweite Argument, das sich auf die pompeianische Tabula VII, Rend. dell. Acc. di Arch., Lett., Belle arti, n.s., Bd.46, 1971, S.187, stützt, überzeugt nicht, SELB, Formeln, S.57 s. Sie bestätigt nicht die These Selbs. Die *praescriptio*, *ea res agatur de sponsione*, benennt nicht die *causa*, denn dafür reicht ein *de sponsione* nicht aus, dafür bräuchte es ein *ex sponsione* und ein in der *intentio* folgendes *ob eam rem*. Die Präposition *de* hat keinen kausalen Sinn. Die *praescriptio* bezeichnet auch nur den Streitgegenstand und verhindert so, dass der Kläger sich auf andere Fakten als die bezeichneten *sponsiones* berufen kann, also etwa auf *datio* eines Darlehens, eines *mutuum* oder auf eine Bereicherung, dazu J.G.WOLF, Aus dem neuen pompeianischen Urkundenfund: die Konditionen des C.Sulpicius, SDHI 45 (1979) S.162. Skeptisch ablehnend zur These Selbs auch TALAMANCA, *Enciclopedia del diritto*, Bd.36, 1987, s. processo civile (dir.rom.) n°14 (*demonstratio*), S.38 ss, S.44 s, S.45 nota 33. Jetzt auch die eingehende kritische Untersuchung PELLECCHI, *Praescriptio*, der die von Selb aufgestellte Entwicklungshypothese ebenfalls ablehnt, S.171 ss. Vor allem verdient seine Interpretation von Gaius, Inst. 4,134 Beachtung, die den Gegensatz zwischen *intentio* (*de iure quaeritur*) und der *praescriptio* (*de facto quaeritur*) einer ebenso eingehenden, wenn auch reichlich komplizierten Analyse unterwirft. Zurecht hält er daran fest, dass die Funktion der *praescriptio* und *demonstratio* zu unterscheiden sind und die *praescriptio* nirgends die Funktion der *demonstratio* übernehmen kann, a.O. S.260 ss. Die *demonstratio* konkretisiert nicht das eingeklagte factum wie die *praescriptio* – Gaius, Inst. 4,134... *quod secundum naturalem significationem verum esse debet* –, sondern den Grund, das *ob eam rem* des eingeklagten Anspruches. Dem inneren Zusammenhang von *demonstratio* und *intentio* widmet jedoch Pellecchi nicht die gehörige Aufmerksamkeit.

2.2. Die Stipulationsklage als strikte Vertragsklage: *Quod AsAs de NoNo incertum stipulatus est quidquid ob eam rem dare facere oportet*

Stellen wir die Kondiktionsformel vergleichend neben die Formel der *actio ex stipulatu*, um den Unterschied ihres Aufbaus aufzuzeigen. Als erstes ist festzuhalten: Die *intentio* der Stipulationsklage, der *stipulatio incerti*, enthält stets und notwendig einen Verweis auf den Rechtsgrund: «*ob eam rem*»: aus diesem Grund». Als zweites folgt, dass das *ob eam rem* auf einen bestimmten Sachverhalt bezogen ist; diesen Bezug stellt die *demonstratio* her: *Quod AsAs de NoNo incerti stipulatus sit* ... Als Drittes fällt auf, dass die *intentio* in schlichtem Indikativ festlegt, was der Beklagte dem Kläger, nach vorheriger Schätzung durch den Richter, zu leisten schuldig ist, *quidquid dare facere oportet*. Hingegen ist für die *stipulatio incerti* nirgends ein kondiktionsähnliches *quidquid paret dare oportere* überliefert und dies nicht zufällig, sondern einfach deshalb, weil es eine derartige Formel gar nicht gab, noch je geben konnte³².

Der Hauptunterschied zwischen der *condictio* und der *actio ex stipulatu incerti* liegt somit darin, dass sich das Klagebegehren der Stipulationsklage ausdrücklich auf einen Rechtsgrund, auf ein *ob eam rem*, bezieht, das die *demonstratio* mit der *intentio* verbindet. Der Kläger trägt den Klagegrund vor, auf den er sich stützt: *Quod AsAs de NoNo incertum stipulatus est*. Die *demonstratio* umschreibt die *res*, die streitige Sache, um die es im Prozess geht, *qua de re agitur*. Mit *quod* eingeleitet hält die *demonstratio* die Klagevoraussetzung fest: sofern, wenn eine Stipulation vorliegt³³. Dies entspricht dem formularen Gebrauch dieses Wortes. Geschuldet ist die Leistung somit nur dann, wenn sich der Schuldgrund als wahr erweist: *quod stipulatus est*. Was der Kläger zu beweisen hat, ist das Vorliegen der in der *demonstratio* genannten *res*, die den Grund zur Klage gibt und die Forderung rechtlich substantiiert.

Das indikative *dare facere oportet* fügt sich daher mühelos in das prozessuale Verfahren ein: ist der «demonstrierte» Stipulationsgrund bewiesen, liegt es

³² Die genaue Funktion des *ob eam rem* der *intentio* wurde in der romanistischen Literatur nie hinreichend analysiert, wie Wolf, *causa stipulationis* S. 194, bemerkt; immerhin SCHMIDLIN, *Demonstratio*, S. 716 s. Selb beschäftigt sich nicht mit diesem Ausdruck, SELB, *Formeln*, S. 39, 48, 10., Zu den Anfängen des Formularverfahrens, *Festschrift Flume*, Bd. I, 1978, S. 200, und hält es darum auch für möglich – ohne Quellenbefund – dass strengrechtliche Formeln mit einer *demonstratio* und einer *intentio incerti*: *quidquid paret dare facere oportere* kombiniert werden konnten. Zu Unrecht, alle von Gaius erwähnten Formeln mit *quod* beziehen sich auf die *stipulatio incerti*, die stets und notwendig eine *demonstratio* und ein *ob eam rem* enthält. Dies ist bedeutsam und wichtig, denn nicht die Formel der *condictio incerti*, sondern die Formel der *stipulatio incerti* mit dem demonstrativem *quod* haben den *bonae fide iudicia* als Vorlage gedient. Auch die von ARTNER, *Agere praescriptis verbis*, S. 61, aufgestellte Formel ist eine reine Konjekture und nirgends belegt.

³³ KASER, *Formeln* S. 10 s.; KUPISCH, *Rez. Formeln*, S. 448 ss.; SCHMIDLIN, *Demonstratio*, S. 711 ss.; ausserdem KASER/HACKL, *RZP*, § 45 III, S. 314, TALAMANCA, *ED*, a.O. (o. A. 30), S. 44, S. 45 n.325.

am Richter, das *quidquid* des Geschuldeten festzulegen. Der Kläger bittet den Richter, den Beklagten auf einen frei oder taxativ geschätzten und festgelegten Betrag zu verurteilen. Das Ergebnis der richterlichen Schätzung: die ziffernmässige bestimmte Summe, bildet aber nicht den Streitgegenstand, streitig ist, ob dafür der behauptete Stipulationsgrund vorliegt, wie der Kläger mit *ob eam rem* behauptet und daher zu beweisen hat.

Hier liegt der Gegensatz zur *condictio*. Mit der Formel der *condictio*: *quidquid paret dare oportere* macht der Kläger geltend, dass der Beklagte ihm etwas schulde, d. h. aus seinem Vermögen etwas herauszugeben habe – *paret dare oportere*. Im *paret* oder *non paret* der Formel drückt sich eine Alternative aus: schulden oder nicht schulden, und dieses Schulden hat der Kläger mit den einschlägigen Fakten zu belegen. In der *actio stipulati incerti* hingegen verweist der Kläger vorerst auf den Grund der Leistung, auf das *ob eam rem*, d. h. auf den gültigen Abschluss der Stipulation, um dann den Richter zu bitten, die Leistungssumme des *incertum* festzusetzen. Der Leistungsumfang, den ja der Richter und nicht der Kläger bestimmt, ist nicht Streitgegenstand, streitig ist der Grund der Leistung: die Stipulation.

Anfänglich wollte man in der indikativen Fassung der *intentio* noch die Spuren eines unstreitigen Schätzungsverfahrens sehen, doch ist diese Hypothese inzwischen überholt³⁴. Das *Quod AA de NN incertum stipulatus est, qua de re agitur*, behauptet nicht mehr als das, was eine *demonstratio* bezeichnen kann, nämlich, dass der Grund des mit der *intentio* geltend gemachten Anspruchs in einer Stipulation bestehe. Dafür ist der Indikativ am richtigen Platz.

3. Die Umformung der *actio ex stipulatu incerti* zum *iudicium bonae fidei*. *Nomina contractus* und *demonstratio*

Hier öffnet sich der Zugang zu den *bonae fidei iudicia*. Die *condictio* scheidet als Vorlage aus. Die *condictio* ist keine Vertrags-, sondern eine Vermögensklage und daher zur Bestimmung vertraglicher Pflichten überhaupt ungeeignet. Das *dare oportere* beschränkt sich strikt auf eine Vermögensleistung. Anders die vertragliche Verpflichtung, sie braucht einen Schuldgrund, d. h. ein kausales *ob eam rem*, das den Schuldner verpflichtet und den Gläubiger berechtigt.

In diesen Klagezusammenhang eingefügt, lässt sich die *bonae fidei iudicia* als eine Transformation der Stipulationsklage *incerti* erkennen, umgeformt und erweitert durch das *ex fide bona*. Das *adderetur* < *ex fide bona* > verleiht der Klageformel einen neuen Sinn. *Ex fide bona* gebiete dem Richter, sagt Mucius,

³⁴ KASER/HACKL, RZP, § 45 III n.24, S. 315; TALAMANCA, ED, a.O. (o. A. 32) S. 44 s.

dem einen wie dem anderen das zuzusprechen, was der eine dem andere zu leisten habe: *quid quemque cuique dare oportet*³⁵.

Erinnern wir uns, welches Problem die *iurisconsulti* zu lösen hatten. Es braucht keiner grossen Anstrengung, um einzusehen, dass ein blosses *quidquid dare facere oportet* der *actio ex stipulatu* keinen Weg zu einem reziproken Schuldverhältnis öffnen konnte. Die einseitige Formel hätte das *alter alteri praestare oportet* in zwei unabhängige Forderungen getrennt und die gemeinsame, wechselseitige Vertragsbindung *ex fide bona* gar nicht erfassen können.

Gerade diesen Unterschied stellt Gaius in den Vordergrund; Inst. 3,137: *item in his contractibus alter alteri obligatur de eo quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet, cum alioquin in verborum obligationibus alius stipulatur alius promittit aut in nominibus alius expensum ferendo obliget alius obligetur*. Die eindringliche, doppelte Nennung des «*alter alteri, de eo quod alterum alteri*: der Kläger dem Beklagten, der Beklagte dem Kläger» unterstreicht die Reziprozität des vertraglichen Schuldverhältnisses. Nicht weniger eindrücklich schreibt Gaius, Inst. 4,61: «*invicem ex eadem causa praestare oporteret* – was sie gegenseitig aus dem gleichen Grund zu leisten schuldig sind».

Zum *ex fide bona* gehört notwendig der zweite Formelteil, der die konkrete Geschäftsgrundlage anzeigt: die *demonstratio*: *quod AsAs de NoNo hominem vendidit*, an die das *ob eam rem* der *intentio* anschliesst etc. Die *bona fides* bezieht sich nicht auf ein allgemeines *convenire*, sondern auf den Konsens über einen bestimmten Vertrag, in dem sich die *bona fides* substantiiert. Wie in der *actio incerti ex stipulatione* enthält die *intentio* ein kausales *ob eam rem*, das auf die *demonstratio* verweist.

Es ist die *demonstratio*, die die für alle *bonae fidei iudicia* gleichlautende *intentio* spezifiziert: «*quidquid ob eam rem dare facere oportet ex fide bona* – was immer aufgrund dieser Angelegenheit in guten Treuen geschuldet wird». Es gibt keine allgemeine konsensuale Vertragsklage und daher auch keinen allgemeinen konsensualen Vertrag. Zwar verwendet Labeo in der Einteilung der Rechtsgeschäfte und Verträge, D. 50,16,19, erstmals den Terminus *contractus* in einem umfassenden Sinn und definiert das *contrahere* – in etwas eigenwilliger Etymo-

³⁵ Gewiss ist auch diese Formel eine Variante der aristotelischen Gerechtigkeitsdefinition, des *suum cuique*, die ja auch Ulpian erwähnt, Ulpianus D. 1,1,10. Die Besonderheit des Begriffs bei Mucius Scaevola besteht darin, dass zwei neue Aspekte sichtbar werden: einmal betrifft das *quemque cuique* insbesondere die vertraglichen Verhältnisse, die sich direkt auf die *bona fides* stützen, und keiner kreativen äusseren Rechtsakte wie *re verbis litteris* mehr bedürfen. Ulpian/Labeo D. 50,16,19, bezeichnet daher den Abschluss der Formgeschäfte als *agere*, und reserviert das *contrahere* auf die *ultra citroque obligationes*, die vertraglichen Schuldverhältnisse, welche sich auf die wechselseitige *bona fides* stützen. Dies ist der neue Sinn der von Mucius Scaevola verwendeten Formel: *quemque cuique*, sie weist auf die Wechselseitigkeit der Konsensualgeschäfte, und zwar in einem weiten Sinn, unter den auch die Konträrklagen fallen. Siehe auch GALLO, *Synallagma*, Bd. I, S. 37 s. Zur Beziehung zwischen dem griechischen *synallagma* und dem Gebrauch dieses Begriffs bei Labeo und Aristo, jetzt die Darstellung bei DALLA MASSARA, *Causa del contratto*, S. 294 ss.

logie – mittels des griechischen Wortes syn-allagma, als reziproke konsensuale Vertragsbindung: syn-allatein³⁶. Aber auch für Labeo kann sich der Vertrag nicht auf dieser Ebene festigen; Geltung erlangt er nur mit einem spezifischen *nomen*, mit dem Labeo die *contractus* exemplifiziert³⁷.

Damit kehren wir zur Ausgangsfrage zurück, welche Stellung und Funktion kommt der doppelten Begründung, dem *quidquid dare facere oportet ex fide bona* und dem in die *intentio* eingeschobenen *ob eam rem* zu. *Ex* und *ob* bezeichnen unterschiedliche Kausalnuancen, die wir im Rahmen der Formel zu bestimmen haben³⁸.

Sowohl Mucius wie Gaius betrachten das *ex fide bona* als Grundlage des reziproken Verhältnisses, das die Parteien verpflichtet, das zu leisten, was ein jeder dem anderen schuldet: das *ex fide bona* überwindet die Einseitigkeit der Stipulationsschuld. Zugleich aber drückt das *ex fide bona* noch ein zweites aus: das gegenseitige Schulden und Fordern ist nach dem Mass der Billigkeit zu bestimmen, *quod alter alteri ex bono et aequo praestare oportet*. Die Treupflicht ist eine Rechtspflicht, die dem ethischen Masstab der *aequitas* unterstellt ist. Die *aequitas* bindet Bürger und Nichtbürger in gleicher Weise, weil sie als *ratio naturalis* dem *ius gentium* ebenso wie dem *ius civile* innewohnt und den Anschluss des *oportere ex fide bona* an das zivilrechtliche *oportere* rechtfertigt. Die Frage, ob das *ex fide bona* Masstab oder Rechtsgrund bedeute, ist, wie Wieacker erkannt hat³⁹,

³⁶ Die Interpretation des Wortes *synallagma* im Sinne eines *contra-actus*, so erstmals WUNNER, *Contractus*, 1964, S. 34 ss, ihm noch immer folgend CANNATA, *Der Vertrag*, S. 64, ID., *Contratto*, S. 46, überzeugt nicht. Dass Labeo das griechische *syn* als *contra* verstanden habe, leuchtet nicht ein. Dem *syn* entspricht nun einmal das lateinische *con*. Der Sinn, den Labeo mit dem *syn* verbindet, ist nicht der einer Entgegensetzung, eines *contra*, sondern einer reziproken Verbindung: *ultra-citroque*, eines verträglichen Schuldverhältnisses.

³⁷ Ulpianus (Labeo) D. 50,16,19; Labeo definiert hier nicht allgemein den Vertrag, sondern erläutert, was unter dem Verben *agere*, *contrahere* und *gerere* zu verstehen sei. *Contrahere* bedeutet *ultra citroque contractum*, d.h. das Abschiessen eines auf Wechselseitigkeit angelegten *contrahere*, das aber nur dann klagbar ist, wenn es, wie die Beispiele zeigen, einem *nomen contractus* zugehört: *emptio venditio*, *locatio conductio*, *societas*. Zurecht betonen sowohl Cannata als auch Santoro, dass Labeo nicht den Leistungsvollzug definiert, sondern den Vertragsabschluss *ultra-citroque*, der eine reziproke *obligatio* begründet; CANNATA, *Contratto*, S. 46, SANTORO, *La causa delle convenzioni atipiche*, in: Vacca (Hrsg.), *Causa e contratto*, 1996, S. 86 ss.

³⁸ Vergleiche dazu GEORGES, *Ausführliches Lateinisches Deutsches Handwörterbuch*, 3. Aufl. Nachdr. 1951, Bd. I, sub *ex*, Sp. 2495 s: « Die Grundbedeutung von *ex* ist Bewegung, das Ausgehen aus dem Inneren eines Gegenstandes heraus (im Gegensatz zu *in*, das das sich Befinden im Innern eines Gegenstandes ausdrückt: ... aus ... heraus, aus ... hervor ». Dem entspricht auch der juristische Gebrauch, siehe HEUMANN/SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, s. *ex*, S. 178. *Ex* ist der unvermittelte direkte Grund, woraus etwas stammt, herkommt, verbindlich ist. Zu *ob* siehe GEORGES, Bd. II, s. *ob*, Sp. 1236, « zur Bezeichnung des Zweckes, Zieles, der Ursache, Veranlassung, um ... willen, um ... wegen ». Der Veranlassungsgrund ist der äussere Grund, dessen Bestand die davon getrennte Wirkung rechtfertigt. HEUMANN/SECKEL, s. *ob*, S. 378. Ohne das Gewicht dieser Nuancen zu übertreiben, dürfte doch klar werden, dass *oportet ex fide bona* mit keinem *ob fidem bonam* auswechselbar ist, weil dann die Unmittelbarkeit verloren geht; *ob eam rem* aber bedeutet die äussere Wirkursache: es ist etwas zu leisten: *dare facere oportere* zum Zwecke des Kaufes etc.

eine schlecht gestellte Frage. Das *ex fide bona* enthält beides: den neuen Mastab, der die Verpflichtungen auf die innere Reziprozität bezieht und für sie ein durch die *aequitas* erweitertes ziviles *dare facere oportere* verlangt. *Ex fide bona* appelliert an den inneren moralischen Schuldgrund der guten Treue, der nun auch als Rechtsgrund anerkannt wird.

Somit präzisiert sich auch die Funktion des *ob eam rem*: der Ausdruck ist keine Floskel, sondern kennzeichnet die *intentio* als eine Rechtsfolge, die sich aus dem angeführten Sachverhalt ergibt, nämlich die rechtliche Folgerung, das leisten zu müssen, was sich die Parteien aufgrund dieser Angelegenheit aus gegenseitiger Treue schulden. *Ob eam rem* drückt den äusseren sachlichen Grund aus, der in der *demonstratio* mit dem *quod* benannt und mit *qua de re agitur* zudem als Streitgegenstand eingeführt wird: die *demonstratio* ist die sachliche Prämisse, das *quam ob rem*, aus der sich, falls sie sich als wahr erweist, die Rechtsfolge des *dare facere oportet ex fide bona* ergibt.

Die Unterscheidung zwischen der *demonstratio* (*ob eam rem*) als äusserem und dem *ex fide bona* als innerem Rechtsgrund, findet in der differenzierenden Regelung der *pluris petitio* und der *pluris demonstratio* eine Bestätigung³⁹. Halten wir vorweg fest, dass es nach Gaius, Inst. 4,54, bei Klagen mit einer *intentio incerti* keine *pluris petitio* gibt, noch geben kann, weil die Forderung ja unter der generellen Schätzungsbefugnis Richters steht. Hingegen kann es bei den *incerti*-Formeln zu einer *plus demonstratio* kommen, nämlich dann, wie Gaius erläutert, wenn die *demonstratio* den Streitgegenstand nicht korrekt darstellt, auf ein *Stichum et Erotem emit* lautet, während in Wirklichkeit nur der *Stichus* gekauft worden ist. *Si in demonstratione plus aut minus positum sit, nihil in iudicium deducitur, et ideo res in integro manet; et hoc est quod dicitur falsa demonstratione rem non perimi*, lautet die Regel, die Gaius, Inst. 4,58, anführt und die den Juristen einiges Kopfzerbrechen bereitete. Diese Regel ist nur einsichtig, wenn die *falsa demonstratio* eben keine *falsa petitio* darstellt. Dies trifft in der Tat zu, die *demonstratio* bildet die Voraussetzung der *intentio*, demonstriert die streitige Sache, aus der sich erst als Folge ergibt, was in der *intentio* gefordert wird. Die äussere Ursache ist nicht Teil, sondern nur Grund der Forderung, denn erst aufgrund der als wahr erwiesenen Prämisse ergibt sich die Forderung. Ein fälschliches Mehr oder Weniger in der *demonstratio* führt konsequenterweise nur zur Abweisung der Klage, weil die Streitlage nicht auf die *demonstratio* passt, zieht aber nicht den Verlust des Klagerechts nach sich. Nichts hindert den Kläger, die Klage berichtigt neu einzubringen.

Allerdings war diese Lehre unter den römischen Juristen nicht unbestritten. Nach der Meinung derer, die Gaius mit *quidam* bezeichnet, kann auch bei einer *pluris demonstratio* ein Klageverlust eintreten, dann nämlich, wenn das de-

³⁹ WIEACKER, SZ 80 (1963) S. 35.

⁴⁰ KASER/HACKL, RZP, § 46, S. 322 s.

monstrierte *factum* die Infamiefolge auslöst. Das mag darin liegen, dass nach dieser Meinung die Rechtsfolge der Infamie nicht auf einer Mehrforderung beruht, sondern auf dem demonstrierten Faktum selbst, das den Beklagten infamiert. Misslingt dem Kläger aber dieser Nachweis, weil er mehr oder anderes behauptet als wirklich vorliegt, dann soll er das Klagerecht verlieren⁴¹. Dies ändert nichts daran, dass das in der *demonstratio* behauptete *factum* den äusseren Grund, das *ob eam rem* der Klage, bezeichnet, während das *oportet ex fide bona* unmittelbar auf die Rechtspflicht der guten Treue verweist.

Als Ergebnis steht fest: die *conventiones* müssen sich, wie Ulpian lehrt, in namentlich bestimmten Geschäften und Rechtsverhältnissen substantiieren, die in der *demonstratio* als Grund der Klage bezeichnet werden, *qua de re agitur*. Das Nominatprinzip ist ein Strukturprinzip des Formelaufbaus. Als die *pacta conventa* eine Grauzone entstehen liessen, sah man sich offenbar genötigt, das Nominatprinzip der Verträge deutlicher abzugrenzen: *non in suo nomine stant, sed in proprium nomen contractus transeunt* (Ulpian D.2,14,7,1 ss): und die Trennungsregel auszusprechen: *ex nudo pacto actio non oritur*.

4. Die zwei Wege der Erweiterung der Nominatskontrakte: Die Zwischennominatskontrakte und die leistungsbefestigten *pacta*

Das römische Vertragsrecht entfaltet sich im Dreiecksverhältnis der konsensualen *conventio*, des *oportere ex fide bona* und der *nomina contractus*. Auch Ulpian war klar, dass es dabei nicht bleiben konnte: Ulpianus D. 19, 5, 4: «*Natura enim conditum est, ut plura sint negotia quam vocabula* – Geschäfte gibt es mehr als Namen ». Doch war das *nomen proprium* beileibe kein Problem der Namensgebung. Es ging um eine grundsätzliche Frage, nämlich darum, wie Geschäfte zu behandeln sind, die als solche keinem spezifischen *contractus nominatus* zugeordnet werden können, aber aufgrund gleichwertiger Elemente dennoch klagwürdig sind.

Dieses Hindernis mittels einer Erweiterung der vertraglichen Namenliste zu beseitigen, erschien den römischen Juristen nicht ratsam. Dies hätte das

⁴¹ Gaius, Inst. 4, 54 *Illud satis apparet in incertis formulis plus peti non posse, quia, cum certa quantitas non petatur, sed quicquid adversarium dare facere oportet intendatur, nemo potest plus intendere.* – Die Sondermeinung erwähnt Gaius, Inst. 4, 60: *Sed nos apud quosdam scriptum invenimus, in actione depositi et denique in ceteris omnibus, ex quibus damnatus unusquisque ignominia notatur, eum qui plus quam oporteret demonstraverit, litem perdere.* Gaius macht auf die Sorgfaltspflicht bei der Behauptung solcher gravierender *facta* aufmerksam, bleibt doch an solchen immer etwas hängen. Gaius, eod.l. *Quod an debeamus credere verius esse, diligentius requirere.* Zum Problem der *pluris petitio* siehe SACCONI, La «*pluris petitio*» nel processo formulare, 1977, insb. S. 184 ss, S. 201; allgemein KASER/HACKL, RZP, § 46, S. 325, MAZZACANE, ED 21, 1971, «*infamia*», S. 382 ss.

Problem nicht gelöst, sondern nur verschoben. Vorteilhafter erschien ihnen, die Zwischenräume aufzufüllen und neue Bewertungskriterien zu entwickeln, um die ausserhalb der Reihe stehende Fälle in das konsensuale Vertragsnetz einzu beziehen. Mit der gebotenen Zurückhaltung haben die römischen Juristen eine solche Möglichkeit für zwei Arten nicht namensfähiger Kontrakte entwickelt.

Die eine Art betrifft Verträge, die aus einer Kombination klagbarer Vertragselemente bestehen. Man könnte sie am besten als *Zwischennominatekontrakte* bezeichnen. Der zweite Art hingegen ist generell definiert und umfasst jegliches *dare-facere*, sofern dieses Gegenstand wechselseitiger Austauschvereinbarungen ist. Hat die eine Partei ihre Leistung erbracht und die andere diese angenommen, erschien es nach dem halbseitig abgewickelten Leistungsaustausch unbillig, derartige Verabredungen noch als *pacta nuda* zu behandeln. Man kann sie daher als leistungsbefestigte Kontrakte bezeichnen.

Sollten diese «namenlosen», aber namenähnlichen Geschäfte mit einer *actio civilis* versehen werden, so war dieses so zu «demonstrieren», dass die *demonstratio*, ohne auf einen bestimmten Vertrag hinzuweisen, mit einem *quidquid ob eam rem dare facere oportet ex fide bona* vereinbar war. Dafür erfanden die römischen Juristen die besondere Klageweise des *praescriptis verbis agere*, *praescriptis verbis experiri*, *incerti agere*, eine Klageweise, in der anstelle des *nomen proprium contractus* in der *demonstratio* das konkrete Geschäft umschrieben wurde. Daher wird die Klage auch *civilis actio in factum*, *in factum actio*, *civili intentione incerti agere* genannt⁴².

Diese kühne Lösung geht wahrscheinlich auf Labeo zurück, jedenfalls wird er von den späteren Juristen immer wieder als Gewährsmann und Autorität angeführt⁴³. Das Bedeutsame, ja Geniale dieser Lösung besteht darin, dass sie nicht für Einzelfälle erdacht war, sondern es ermöglichte, für typische, besonders geartete, klagewürdige Interessensituationen einen angepassten Klagemodus bereit zu stellen und derartige Geschäfte auch ohne *nomen contractus* mit einer *actio civilis* zu verbinden. Dies trifft für zwei Fälle zu: für die an andere Nominatverträge angelehnten Geschäfte und für einseitig erfüllte Austauschvereinbarungen.⁴⁴

⁴² Dazu, im besonderen, die Untersuchung von KRANJZ, Die *actio praescriptis verbis* als Formelaufbauproblem, SZ 106 (1989) S. 434 ss, S. 458 s, ferner ARTNER, *Agere praescriptis verbis*, S. 26 s.

⁴³ Papinianus D. 19.5.1.1; Ulpianus D. 19.5.19 pr.; D. 18.1.50; Ulpianus (Labeo) D. 19.5.20 pr.; Labeo D. 16.3.33.

⁴⁴ Diese Unterscheidung deutet auch ARTNER, *Agere praescriptis verbis*, S. 104 ss an, ohne aber der typologischen Bedeutung der Neuerung Aristos Rechnung zu tragen. Die Erweiterung der *actio praescriptis verbis* auf klagbare Austauschpakte ist mit keinem *nomen contractus* mehr zu begründen, weil *dare/facere* generelle Leistungsbezeichnungen sind, die *actio praescriptis verbis* stützt sich allein auf die erbrachte Vorleistung. Hier erlangt das synallagma einen spezifischen Sinn, was Artner verkennt. Auch seine Behauptung, die *actio praescriptis verbis* sei bei diesen Fällen keine *ex fide bona* Klage, a. O. S. 108, widerspricht dem ursprünglichen Sinn des *ex fide bona*. Das *ex bona fides* ist – im Gegensatz

4.1. Die Zwischennominatkontrakte

Die Zwischennominatverträge dürften, dem Quellenbefund gemäss, im Vordergrund gestanden haben⁴⁵. Zwischenlagen zwischen Kauf und Werkmiete, zwischen Miete und Werkvertrag, zwischen Hinterlegung oder Gebrauchsleihe zogen, wie die Digestenfragmente belegen, immer wieder die Aufmerksamkeit der Juristen auf sich⁴⁶. Für den Trödelvertrag, der Elemente des Kaufs, der Miete, des Auftrags und der Gesellschaft vereinigt, sah der Prätor sogar eine eigene Ediktsklage vor, was Ulpian mit der Überlegung rechtfertigt: D. 19,3,1 pr. (Ulpianus 32 ed.): *melius itaque visum est hanc actionem proponi. quotiens enim de nomine contractus alicuius ambigeretur, conveniret tamen aliquam actionem dari, dandam aestimatoriam praescriptis verbis actionem: est enim negotium civile gestum et quidem bona fide. quare omnia et hic locum habent quae in bonae fidei iudicii diximus*.

Die von Ulpian erörterte Frage ist von besonderem Interesse, weil sie sich nicht nur bei Zwischenvertragslagen stellt, sondern überhaupt immer dann, wenn ein Geschäft nicht oder noch nicht die volle Zuweisung zu einem festen Vertrag erlaubte. In diesem Sinn gebraucht Labeo die *actio praescriptis verbis*. Beispielhaft hierfür ist der Fall des Verkaufs einer Bibliothek, der unter der Bedingung erfolgte, dass der Verkäufer von der Gemeinde ein dafür geeignetes Bibliotheksgebäude erwerben könne⁴⁷. Weil der Käufer selbst diesen Erwerb hintertrieben hatte, und der Kauf somit in der Schwebe blieb, entschied Labeo, diese Ungewissheit müsse sich zu Lasten des Käufers auswirken, der sie herbeigeführt habe und jederzeit hätte beenden können. Daher eröffne sich dem Verkäufer die *actio praescriptis verbis*. Ulpian hingegen, der bereits eine gefestigte Bedingungslehre kennt, zieht eine Kaufklage *quasi impleta condicione* vor. In

zur strikten Stipulationsforderung –, auf die Gegenseitigkeit angelegt, die das *ultra citroque* Labeos begründet und die hier, im besonderen, auf den Leistungsaustausch übertragen wird. Dazu auch unten Anm. 57 und 60.

⁴⁵ Zur historischen Entwicklung dieser Auffassung im Rahmen der römischen Rechtsschulen, siehe die ausführliche Darstellung bei GALLO, *Synallagma*, Bd. II, Kap. III, 3-5, S. 30 ss., ferner vorzüglich dargestellt auch bei ARTNER, *Agere praescriptis verbis*, 2. und 3. Abschnitt, passim.

⁴⁶ Papinianus D. 19,5,1 pr. – 1; Celsus D. 19,5,2; Paulus, 19,5,5,1; Ulpianus D. 19,5,33 pr.; D. 19,5,17; Gaius D. 19,5,22; Africanus D. 19,5,24.

⁴⁷ Ulpianus D. 18,1,50: Labeo scribit, si mihi bibliothecam ita vendideris, si decuriones Campani locum mihi vendidissent, in quo eam ponerem, et per me stet, quo minus id a Campanis impetrem, non esse dubitandum, quin praescriptis verbis agi possit. ego etiam ex vendito agi posse puto quasi impleta condicione, cum per emptorem stet quo minus impleatur. – Das Problem liegt nicht in der ungewissen Falllage zwischen zwei Nominatkontrakten, sondern einfach darin, dass der Vertrag, vom Käufer blockiert und durch dessen Schuld nicht zur Perfektion gelangen kann. So auch CANNATA, *Contratto*, S. 39. Anders hingegen ARTNER, *Agere praescriptis verbis*, S. 71,75, der die *actio praescriptis verbis* im wesentlichen auf die Einklagung von Nebenleistungspflichten bezieht, in diesem Falle auf die nicht bedingte Bereitstellung des Aufstellungsortes. Dies entspricht allerdings nicht der Meinung Ulpians, der Labeos Beispiel wohl besser kennen musste, und nicht von Nebenpflichten spricht, sondern das Geschäft als einen unter aufschiebender Bedingung geschlossenen Kaufvertrag betrachtet.

den gleichen Zusammenhang ist der bekannte Fall des *desultor* zu stellen, der, wenn er die zu erprobenden Pferde sogleich im Wettkampf eingesetzt hat, nach der Meinung Labeos mit der Klage *praescriptis verbis* belangt werden kann⁴⁸.

Noch eindrücklicher ist eine Entscheidung Melas, die ebenfalls einen unvollständiges Vertragsverhältnis betrifft:

D. 19,5,20,1 Ulpianus 32 ed.

Item apud Melam quaeritur, si mulas tibi dedero ut experiaris et si placuissent emeris, si displicuissent ut in dies singulos aliquid praestares, deinde mulae a grassatoribus fuerint ablatae intra dies experimenti; quid esset praestandum, utrum pretium et merces aut merces tantum. et ait Mela, interesse utrum emptio iam erat contracta an futura, ut si facta pretium petatur, si futura merces petatur; sed non eximit de actionibus. puto autem si quidem perfecta fuit emptio competere ex vendito actionem, si vero nondum perfecta esset actionem talem qualem adversus desultorem dari.

Mela zeigt auf die offene Vertragssituation, die während des Zwischengebrauchs der Erprobung nicht ohne weiteres einem festen Vertrag zugewiesen werden kann. Bei Verlust des Gegenstandes sei daher zu prüfen, ob der Verkauf schon abgeschlossen sei oder erst abgeschlossen werden sollte. Liege ein Kaufvertrag vor, so sei der Kaufpreis geschuldet, liege noch keiner vor, dann könne die *merces* verlangt werden. Für Ulpian stellt sich die von Mela offengelassene Frage nach der entsprechenden *actio*. Für den ersten Falle gilt die *actio venditi*, im zweiten Falle hingegen soll nach Ulpian nicht die Klage aus *locatio conductio* zum Zuge kommen, sondern, in Anlehnung an Labeos *desultor*-Fall, eine *actio praescriptis verbis*; zu Recht, die Erprobung ist zwar ein Sachgebrauch, aber keine entgeltliche Benutzung und daher auch keine Gebrauchsrente, sondern ein entgeltlicher Testgebrauch im Hinblick auf einen eventuellen Kauf. Wegen des Verlustes des Kaufgegenstandes hängt das Geschäft, samt der vereinbarten eventuellen Gebrauchsentschädigung, in der Luft, denn der Käufer kann das *pactum disciplintiae* nicht mehr erfüllen⁴⁹.

Überblickt man die Diskussion rund um die mit der *actio praescriptis verbis* gelösten Falllagen, so wird deutlich, dass es den römischen Juristen gar nicht um die Frage ging, über die Nominatkontrakte hinaus eine allgemeine Vertragsklage zu finden, im Gegenteil, ihre Sorge war eminent praktischer Natur: sie wollten verhindern, dass die Parteien nur deswegen leer ausgingen, weil ihre an sich legitimen Interessen aufgrund des mangelhaften Nominatsystems

⁴⁸ Ulpianus D. 19,5,20 pr.: Apud Labeonem quaeritur, si tibi equos venales experiendos dedero, ut si in triduo displicuissent, redderes tuque desultor in his cucurreris et viceris, deinde emere nolueris, an sit adversus te ex vendito actio. et puto verius esse praescriptis verbis agendum: nam inter nos hoc actum, ut experimentum gratuitum acciperes, non ut etiam certares. Näheres dazu bei WACKE, Ein Siegespreis auf fremden Pferden, SZ 19 (2002) S. 359 ss, ARTNER, Agere praescriptis verbis, S. 180 ss.

⁴⁹ Dazu auch PETERS, Die Rücktrittsvorbehalte des römischen Kaufsrechtes, 1973, S. 107,109; etwas anders ARTNER, Agere praescriptis verbis, S. 184 s.

in eine Klagelücke fallen mussten. Statt sich auf eine Diskussion über Vertragsnamen einzulassen, sei es sicherer, meint Labeo, die Klage so zu fassen als hätten die Parteien mit ihrem Geschäft einen eigentlichen Vertrag getätigt: D. 19,5,19, pr.: ... *tutius est ita agere, ut Labeo ait, praescriptis verbis, quasi negotio quodam inter nos gesto proprii contractus*⁵⁰. Und Ulpian findet, dass man im Falle einer unentgeltlichen Überlassung einer Wohnung zwar, wie Vivianus meine, mit der *actio commodati* klagen könne; doch sei es sicherer mit der *actio praescriptis verbis* vorzugehen (D. 19,5,17 pr.)⁵¹.

Die Einführung der *actio praescriptis verbis* erlaubte es, das Geschäft in konkreter Umschreibung in die *demonstratio* der Formel aufzunehmen und den Richter anzuweisen, das *factum praescriptum* nach den Maßstäben des *oportere ex fide bona* zu beurteilen. Unbestreitbar hatte diese Lösung den Vorteil, dass die Entscheidung, ob das vorgebrachte *factum* einem Nominatvertrag gleichzuwerten sei oder nicht, in die richtigen Hände gelangte, in die Hand des von Juristen beratenen Jurisdiktionsmagistrats, und nicht in die des untergeordneten Richters. Dieser hatte den Prozess in den Grenzen der vorliegenden Formel zu beurteilen. Der Anwendungskreis des *praescriptis verbis agere* blieb somit unter magistratischer Kontrolle und ein Ausufern in einen unbestimmten Geschäftskreis war von vornherein ausgeschlossen. Die *actio praescriptis verbis* war nie als allgemeine Vertragsklage vorgesehen; sie hat keinen generellen, sondern einen exzeptionellen Charakter⁵².

Aus dieser konkreten Bindung an das *factum praescriptum* erklärt sich die Schwierigkeit, dem *praetor* sichere Regeln an die Hand zu geben, wie und wo er diese Klage einzusetzen habe; daraus erklärt sich auch das abwägende Vorgehen, mit dem die Juristen diese Geschäfte behandeln. Solche zwischenkontraktliche Vereinbarungen seien mehr als bloße *pacta*, sie seien eigentliche Geschäfte: *conventio ista non est nuda, ut quis dicat ex pacto actionem non oriri, sed habet in se negotium aliquod: ergo civilis actio oriri potest, id est praescriptis verbis* (Ulpianus D. 19, 5, 15), zwar kein Kauf und kein Darlehen, aber doch ein *negotium quasi proprii contractus* (Ulpianus D. 19, 5, 19 pr), vielleicht noch nicht perfekt: *nondum perfecta*, aber doch hinreichend gefestigt, dass eine *actio praescriptis verbis* angemessen sei: *verius esse praescriptis verbis agere*. Weder entspreche sie diesem noch jenem Vertrag, (Papinianus D. 19, 5,1,2) *neque depositum neque*

⁵⁰ Ulpianus D. 19,5,19 pr.: Rogasti me, ut tibi nummos mutuos darem; ego cum non haberem, dedi tibi rem vendendam, ut pretio uteris. si non vendidisti aut vendidisti quidem, pecuniam autem non accepisti mutuam, tutius est ita agere, ut Labeo ait, praescriptis verbis, quasi negotio quodam inter nos gesto proprii contractus. Auch Africanus D. 19,5,24... *tutius esse praescriptis verbis in factum actionem dari*...

⁵¹ Ulpianus D. 19,5,17 pr.: Si gratuitam tibi habitationem dederō, an commodati agere possim? et Vivianus ait posse, sed est tutius praescriptis verbis agere.

⁵² So ausdrücklich Iulianus D. 1.3,12: Non possunt omnes articuli singillatim aut legibus aut senatus consultis comprehendi: sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is qui iurisdictioni praest ad similia procedere atque ita ius dicere debet. GALLO, Synallagma, Bd. II, S. 128 s. Das *is qui iurisdictioni praest* verweist ausdrücklich auf den Magistrat.

commodatum erit, enthalte dennoch genügend Anhaltspunkte, dass eine Vertragsklage am Platze sei, wenn die Vereinbarung wider die gute Treue nicht gehalten wurde: *sed non exhibita fide in factum civilis subicitur actio*.

Die *actio praescriptis verbis* füllt somit die Zwischenräume zwischen den festen Vertragsklagen, so wie es Papinian umschreibt (D. 19, 5, 5, 1): *Nonnumquam evenit, ut cessantibus iudiciis proditis et vulgaribus actionibus, cum proprium nomen invenire non possumus, facile descendemus ad eas quae in factum appellantur*. Auch Papinian denkt an keinen allgemeinen Vertragsbegriff, sondern verweist auf Beispiele. Etwas anderes ist gar nicht möglich. Für eine Neudefinition des Vertrages gibt sich diese Zwischennominatklage nicht her. Sie ist eine Hilfskonstruktion, die gerade ausreicht, um nach Würdigung des Sachverhalts diesen mit einer Klage zu verbinden, mit einer Sonderklage, die das getätigte Geschäft in der *demonstratio* benennt und an Nominatkontrakte anlehnt. Die Parteien sollen nicht wegen der Unsicherheit der juristischen Einteilung enttäuscht werden, sie erhalten eine *actio in factum civilis*, eine auf den Sonderfall zugeschnittene zivile *bona fides*-Klage.

4.2. Die leistungsbefestigten Austauschvereinbarungen

Von grösserer Tragweite ist die zweite Art der Klageerweiterung. Sie betrifft generelle Austauschvereinbarungen. Mit ihr führen die Juristen die *actio praescriptis verbis* über die blossе Vernetzung von Zwischenverträgen hinaus. Ohne Anlehnung an ein *nomen contractus* stützen sie die Klage direkt auf das vereinbarte Leistungsverhältnis, dessen Inhalt allgemein mit *dare facere* bestimmt wird. Gewiss, Vereinbarungen solcher Art sind grundsätzlich blossе *conventiones* und als *pacta conventa* nicht klagbar. Daran ist nicht zu rütteln. Daher konnte auch hier eine Erweiterung nur als ein Ausnahmefall eingeführt werden. Die römischen Juristen verzichteten auf die Analogie zu Nominatkontrakten und stützen sich direkt auf den Austauschvorgang, sofern dieser in synallagmatischer Reziprozität Leistung und Gegenleistung miteinander verbindet. Austauschabreden können klagbar werden, nämlich dann, wenn die eine Partei ihre Leistung bereits erbracht hat und nun von der anderen die Gegenleistung erwartet. In diesem Zustand festigt sich das *pactum*, die Austauschabrede, zu einem Geschäft, das dazu berechtigt, mit der *actio in factum civilis* die Gegenleistung einzufordern. Dies bedarf einer näheren Erläuterung.

In D. 2, 14, 7, 2⁵³ weist Ulpian auf die sensible Stelle der *conventiones* und formuliert den bekannten Kernsatz des konsensualen Vertragsystems: anders

⁵³ Ulpianus D.2,14,7,2: Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem. ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc synallagma esse hinc nasci civilem obligationem. Et ideo puto recte Iuliano a Mauriciano reprehensum in hoc: dedi tibi Stichum ut Pamphilum manumittas: manumisisti: evictus est Stichus. lu-

als die unklagbaren *pacta conventa*, würden die klagbaren *conventiones* nicht auf sich selbst stehen, sondern in einen eigentlichen benannten Kontrakt übergehen, wie den Kauf, die Miete, das Mandat oder die Gesellschaft – *in suo nomine non stant sed transeunt in nomen proprium contractus*. Darnach wendet sich Ulpian der Frage zu, was denn geschehe, wenn ein Geschäft keinem benannten Vertrag entspreche. Die Antwort erteilt Ulpian nicht selbst, er referiert statt dessen den Meinungsstreit zwischen Aristo und Celsus einerseits und zwischen Mauricianus und Iulianus andererseits.

Aristo erörtert den Fall: *dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias* – Wenn ich dir eine Sache gegeben habe, damit du mir eine andere gibst oder wenn ich etwas gegeben habe, damit du etwas tust. Hier entstehe, meint Aristo, ein ziviles Schuldverhältnis, ein synallagma, das der Vorleistende mit einer *actio in factum civilis* geltend machen könne. Was mag Aristo zu dieser Lösung bewogen haben? Wie üblich unter römischen Juristen gibt er keine Begründung, es sei denn den Hinweis, dass hier ein synallagma vorliege und daher ein ziviles vertragliches Schuldverhältnis entstehe.

Dies nötigt dazu, auf das angeführte Beispiel und die Bezeichnung synallagma näher einzugehen. Die rechtliche Argumentation muss der Differenz zwischen *condictio* oder *actio civilis in factum* entnommen werden, denn darin liegt auch der Gegensatz zur Auffassung des Juristen Celsus. Celsus behandelt solche Leistungsvereinbarungen als *pacta*. Daher stehe nach erfolgter Leistung lediglich ein *condictio* zur Rückforderung des Geleisteten zur Verfügung. Celsus findet im Leistungsaustausch: «Sklave gegen Geld» keine ausreichenden Nähe zum Kauf, die Zwischenlage sei daher mit der *condictio* zu regeln: *an nulla hic alia actio est quam ob rem dati rem non secuta? in quod proclivior sum*⁵⁴.

Celsus lässt völlig ausser Acht, dass die *condictio* in unbilliger Weise die annehmende Partei bevorzugt. Hat die vorleistende Partei die Austauschabrede erfüllt und kommt die annehmende Partei ihrer Gegenleistung nicht nach, so räumt Celsus der vorleistenden Partei lediglich ein, mittels der *condictio* den Sachwert der Leistung geltend machen. Sie bleibt somit auf dem Schaden sitzen, der ihr die ausfallende Gegenleistung verursacht. Die annehmende Partei, obwohl wortbrüchig, verliert hingegen nichts, weil sie höchstens auf den Gegenwert der empfangenen Leistung verurteilt wird.

lianus scribit in factum actionem a praetore dandam: ille ait civilem incerti actionem, id est praescriptis verbis sufficere: esse enim contractum quod Aristo synallagma dicit, unde haec nascitur actio. – Wenige Fragmente der Digesten sind Gegenstand ebenso frenetischer Auslegung geworden wie dieses. Zu bedauern ist, dass der grösste Teil der storiographischen Diskussion, den Kontroversen und Schulabhängigkeiten gewidmet ist, die eigentlich strukturellen Probleme aber kaum berührt werden. Sie aber, so dürfen wir annehmen, haben die römischen Juristen zur Einführung der *actio in factum civilis* bewogen.

⁵⁴ Celsus D. 12,4,16: *Dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares: utrum id contractus genus pro portione emptionis et venditionis est, an nulla hic alia obligatio est quam ob rem dati re non secuta? in quod proclivior sum ...*

Juristisch betrachtet kann diese Lösung nicht befriedigen. Nachdem die annehmende Partei gemäss Vereinbarung die Leistung angenommen hat, kann sie sich nachträglich nicht darauf berufen, die Austauschabrede sei ein *nudum pactum* und berechtere zu keiner Leistungsklage. Denn dieses ist eben nicht mehr *nudum*, wie Ulpian an anderer Stelle richtig bemerkt: *conventio ista non est nuda, ut quid dicat ex pacto actionem non oriri, sed habet in se negotium aliquod*: Die Vereinbarung ist bereits in Ausführung begriffen, die eine Partei hat erfüllt, die andere hat die Erfüllung angenommen, was sie nur tun durfte, wenn sie selbst leistungsfähig und leistungswillig war. Wer mit der einen Hand nimmt, muss mit der anderen geben, dies entspricht der Finalität des Austausches. Mit erbrachter Leistung ist der Austauschzweck substantiiert: das *pactum* ist kein blosses *pactum* mehr, sondern es ist nun leistungsbefestigt. Dies ist der Sinn des *subsit tamen causa* Aristos und bedeutet, dass die Leistung nur dann abredgemäß beim Annehmenden bleiben soll, wenn dieser zur vereinbarten Gegenleistung bereit ist⁵⁵. *Nec videri nudum pactum intervenisse quotiens certa lege dari probaretur* (Papinianus D. 19,5,8,i.f.) was in Diocl. C. 4,64,6 noch deutlicher nachklingt: *Rebus certa lege traditis, si huic non pareatur, praescriptis verbis incertam civilem dandam actionem iuris auctoritas demonstrat*. « *Certa lege dari, certa lege tradi* » bezeichnet eben diese den Leistungsaustausch tragende Vereinbarung, die sich in der Vorleistung substantiiert und eine Leistungsklage rechtfertigt.

Mit der Bezeichnung *synallagma* meint Aristo dieses Hingeben im Hinblick auf die Gegenleistung. Gewiss, schon Labeo hat die konsensualen Austauschkontrakte als *synallagma* bezeichnet und sie als reziprokes Schuldverhältnis *ultra citroque obligatio* definiert⁵⁶. Bei Aristo gewinnt das Wort *synallagma* jedoch

⁵⁵ Die Finalität der *actio civilis in factum* liegt nicht in der Berichtigung des durch die einseitige Leistung entstandenen Ungleichgewichtes, wie GALLO, *Synallagmaticità*, S. 80 meint. Dazu würde eine *condictio ob rem* genügen. Die *actio praescriptis verbis* erlaubt es, die Gegenleistung zu fordern oder zumindest den Schadenersatz für die ausgebliebene Erfüllung. SANTORO, *La causa*, S. 93 s, sieht sehr genau, dass nicht die *datio* die Obligation erzeugt wie im Fall des Darlehens, sondern das Ziel, zu dessen Verwirklichung die Vorleistung diene. So drückt sich Paulus auch aus D. 19,4,1,2 ... *permutatio autem ex re tradita initium obligationi praebet*. Paulus sagt, besser als Santoro, dass die erste Leistung die Entstehung und den Beginn der Obligation darstellt. Die blosses Abrede kann als *conventio* die Obligation nicht erzeugen, eod.l. *alioquin si res nondum tradita sit ex nudo consensu constitui obligationem dicemus*. *Ex re tradita* bedeutet, dass die erbrachte und angenommene Leistung nicht mehr zulässt, die Gegenleistung zu verweigern, widrigenfalls der sich Weigernde die Konsequenzen der Verurteilung auf das Interesse an der Gegenleistung zu tragen hat, eod.l. 4 ... *si alter rem nolit tradere, non in hoc agemus ut res tradita nobis reddatur, sed in hoc quod interest nostra illam rem accepisse, de qua convenit* und dies alternativ zur *condictio*: *sed ut res contra nobis reddatur, condictioni locus est quasi re non secuta*. Siehe auch DALLA MASSARA, *Causa del contratto*, S. 359 ss, der die Auffassung Aristos vorzüglich darstellt.

⁵⁶ In diesem Sinne auch CANNATA, *Contratto*, S. 46 s, *Vertrag*, S. 64 s. Gewiss, der Ausdruck *ultra citroque* beschränkt sich nicht auf die Reziprozität im strengen Sinn, sondern steht im Gegensatz zur Einseitigkeit der als *actus* bezeichneten Stipulation und des *mutuum*; darum umschliesst diese Wechselseitigkeit auch das Verhältnis zwischen direkter und konträrer Klage. Dazu die vertiefte Analyse bei GALLO, *Synallagma*, Bd. I, S. 149 ss. allerdings überzeugt seine enge Auffassung des *ultra citroque* wenig, S. 155. Besser TALAMANCA, *Tipicità*, S. 102 s.

einen anderen Sinn. Was Labeo auf die Entstehung der reziproken Obligationen bezog und daher den Nominatkontrakten vorbehielt, überträgt Aristo auf das Leistungsverhältnis selbst, auf den halbseitig abgewickelten Leistungsaustausch. Sei die *datio*, die Hingabe der Sache, erfolgt, so liege ein vertragliches Schuldverhältnis vor, das die Einklagung der Gegenleistung gestatte. Diese Klage zielt daher auch nicht auf bloße Leistungsrückforderung, sondern auf das *quanti interest mea illud de quo convenit recipere*⁵⁷.

Knütel hat überzeugend dargelegt⁵⁸, dass mit *causa* nicht die bloße willentlich-finale Zweckbestimmung gemeint ist, sondern die zu einem bestimmte Zweck vollzogene Leistung selbst: *subsistit tamen causa* bedeutet: wenn dem *pactum* eine zweckbestimmte Leistung zugrundeliegt. Im Zusammenhang mit den Austauschabreden darf man wohl einen Schritt weiter gehen, denn der Zweck der Leistung ist direkt durch den Austausch bestimmt. Nichts hindert daher, das *subsistit tamen causa* auf diesen Austausch zu beziehen und die Klage *praescriptis verbis* zu gewähren, wenn immer eine zum Austausch bestimmte Leistung vorliegt⁵⁹. In diesem Sinn bildet der Austausch der Leistungen ein Synallagma. Die bloße Austauschabrede erzeugt noch keine Obligation, dazu braucht es den Vollzug der Leistung, die dann, von einer Seite erbracht, dem Leistenden erlaubt, von die Gegenleistung zu verlangen⁶⁰.

⁵⁷ Paulus D. 19,5,5,1... in qua actione id veniet non tu reddas quod acceperis, sed ut damneris mihi quanti interest mea illud de quo convenit accipere, vel si meum recipere velim, repetatur quod datum est quasi ob em datum re non secuta ...

⁵⁸ KNÜTEL, Causa, S. 144 und passim: *quando il patto è fondato su una prestazione eseguita per uno scopo fissato*. In diesem Sinne lautet die Übersetzung im Corpus Iuris Civilis (Text und Übersetzung), Bd II., 1995, S. 226 zu D. 2,14,7,2: «Aber auch wenn das Geschäft nicht unter einen besonderen Vertragsbegriff fällt, jedoch eine zweckbestimmte Leistung vorliegt, sei, so hat Aristo dem Celsus treffend geantwortet, ein Schuldverhältnis gegeben».

⁵⁹ Der Zweck realisiert sich in der realen Leistung und setzt die Hingabe und Annahme der Austauschleistung voraus. Fehlt der Austauschwille bei der annehmenden Partei, so kommt überhaupt kein Austausch zustande und ihr Verhalten wird mit der *actio doli* geahndet, sofern sie von vornherein leistungsunwillig war oder nach Annahme leistungsunwillig ist. Bei blosser Fahrlässigkeit genügt eine *actio in factum*; Paulus D. 19,5,5,2 ... sed si dedi tibi servum, ut servum tuum manumitteres, et manumisisti et is quem dedi evictus est, si sciens dedi, de dolo in me dandam actionem Iulianus scribit, si ignorans in factum (civilem). 3 Quod si faciam ut des et posteaquam feci cessas dare, nulla erit civilis actio, et ideo de dolo dabitur.

⁶⁰ GALLO, Sinallagmaticità, S. 82. Auch für Gallo bildet die *datio* den rechtfertigenden Grund für die Klagbarkeit. Doch habe das lediglich mit dem Ausgleich des durch die Vorleistung entstandenen Ungleichgewichts zu tun. Die Frage ist dann aber erlaubt, warum es dazu einer neuen Klage bedarf, die *condictio* reicht doch für einen rückwärtsgewandten Ausgleich aus, für den Austausch kann sie hingegen nicht genügen. Sehr klar KNÜTEL, Causa, S. 142. Anderer Meinung, aber ziemlich konfus, CANNATA, Contratto, S. 47 ss, id., Der Vertrag, S. 68; Cannata unterscheidet nicht zwischen dem Nominatkontrakt *ultra citroque*, von dem Labeo spricht (D. 50,16,19), und den Austauschabreden, die sich nach Aristo durch die Vorleistung der *datio* konsolidieren und so auf die Gegenleistung bezogen sind. Diese Leistungsabwicklung im synallagmatischen Austauschverhältnis führt zu einer zivilen Klage, aber nicht aufgrund ihrer Analogie mit Nominatkontrakten, sondern aufgrund des einseitig erfüllten Synallagmas. Die apodiktische Behauptung CANNATAS, Contratto, S. 43: «Resta in ogni caso provato, allo stato delle fonti, la tesi che attribuisce alla giurisprudenza classica una costruzione del contratto innominato in

Mauricianus geht noch einen Schritt weiter als Aristo: Auf die Art der Leistung kommt es ihm gar nicht mehr an, die Vorleistung braucht nicht in einem *dare*, sondern kann auch in einem beliebigen *facere* bestehen, wie dem angeführten Beispiel zu entnehmen ist⁶¹. Wurde der Sklave Stichus der andern Partei übertragen, damit diese den Sklaven Pamphilus frei lasse, und wird ihr, nachdem sie Freilassung des Sklaven Pamphilus vorgenommen hat, der ihr übereignete Sklave Stichus entwehrt, so kann sie mit der *actio praescriptis verbis* den Vertragsschaden für den verlorenen Stichus geltend machen. Gerade hier zeigt sich, wie unangemessen der Rückgriff auf die *condictio* wäre. Eine *condictio* kommt überhaupt nicht in Frage, weil sich die klagende Partei, die den Sklaven Pamphilus frei gelassen hat, auf gar keine *datio* berufen kann. Ob zum Austausch ein *dare* oder *facere* vereinbart wurde, spielt für auf die Reziprozität ausgerichtete *actio praescriptis verbis* auch gar keine Rolle.

Iulianus ist in dieser Sache zurückhaltend und teilt nicht die Meinung des Mauricianus, eben gerade weil nach dem angeführten Beispiel die *datio* entfiel, denn der Kläger hat keine *datio* erbracht, sondern ein *facere*: die Freilassung des Sklaven. Daher regelt auch Iulianus diesen Fall nicht mit der *actio praescriptis verbis*, sondern mit der *actio de dolo* oder einer *actio in factum*, D. 19,5,5,2 ... *sed si dedi tibi servum ut servum tuum manumitteres, et manumisisti et is quem dedi evictus est, si sciens dedi, de dolo in me dandam actionem Iulianus scribit, si ignorans in factum (civilem)*⁶². Ohne eine *datio* gibt es keinen Raum für eine *condictio*. Iulian erteilt dem Kläger, der den einen Sklaven verabredungsgemäss freigelassen, den andern erworbenen Sklaven aber eviktionshalber verloren hat, eine *actio de dolo*, falls der Beklagte in doloser Weise gehandelt hat, oder eine *actio in factum*, falls diesem nur fahrlässiges Verhalten vorwerfbar ist⁶³.

generale, o meglio di per se, soggetto all'esigenza che una prestazione sia stata eseguita, non è sostenibile», ist weder mit den Quellen noch mit der inneren Logik des synallagmatischen Leistungsaustausches vereinbar. Die Behauptung Cannatas mag allenfalls für die analogen Zwischennominatkontrakte zutreffen, sie ist aber falsch für die Austauschabreden, die sich erst durch die Vorleistung konsolidieren: *dedi ut des aut facias* ecc. Cannata macht keine Unterscheidung zwischen diesen Geschäftstypen, die unterschiedlich sind, auch wenn sie beide mittels einer *actio in factum civilis* d. h. mit der gleichen *actio praescriptis verbis* klagbar sind. ARTNER, *Agere praescriptis verbis*, S. 106 s., hat zwar die Neueuerung Aristos erkannt, verstellt sich aber mit seiner Beschränkung der *actio praescriptis verbis* auf die Einklagung von Nebenleistungen den Zugang zum besonderen Verständnis des synallagma bei Aristo. Synallagma ist nicht mit dem verblasenen griechischen Begriff synallagma gleichzusetzen, sondern meint hier genau und präzise das *dedi ut des aut facias*.

⁶¹ KNÜTEL, *Causa*, S. 138 s.; GALLO, *Synallagma*, II, S. 115 s.; CANNATA, *Vertrag*, S. 68. Auch ARTNER, *Agere per praescriptionem*, S. 211 ss, insb. zu Paulus D. 19,5,5,2; bedeutsam ist vor allem Papinian D. 19,5,7 *Si tibi decem dedero ut Stichum manumittas, et cessaveris, confestim praescriptis verbis, ut solvas quanti me interest: aut nihil interest, condicantur tibi ut decem reddas*. Papinian legt alles Gewicht auf den Austausch, jedes Zögern im Austausch nach der Zahlung der Zehn, lässt sogleich – *confestim* – die Klage entstehen. Dazu auch die weitere Analyse bei ARTNER, *Agere praescriptis verbis*, S. 213 s.

⁶² *Civilis* darf als Interpolation oder als ein Schreibversehen in der Florentina betrachtet werden, so CANNATA, *Vertrag*, S. 68. Siehe auch ARTNER, *Agere praescriptis verbis*, S. 146 s.

⁶³ Auch Paulus D. 19,5,5,3.

Ulpian lobt die Lösung Aristos als vortrefflich und hält die Erweiterung Mauricians für berechtigt⁶⁴. Er hingegen erinnert an die Grenze dieser Öffnung: ohne Vorleistung kann kein klagbares vertragliches Schuldverhältnis entstehen – *Sed cum nulla subest causa propter conventionem, hic constat non posse constitui obligationem: igitur nuda pactio obligationem non parit* (Ulp. D. 2,14,7,4) ...

Die Regel steht damit fest: Austauschvereinbarungen sind vorerst blosse *pacta conventa*, sie erzeugen erst dann ein klagbares, vertraggleiches Schuldverhältnis, wenn im Hinblick auf den reziproken Leistungsaustausch die eine Leistung erbracht und entgegengenommen wurde. Erst darnach kann mittels eine *actio in factum civilis* die Gegenleistung geltend gemacht werden. Die Quellen bestätigen einhellig diese Regel. Es gibt keinen einzigen Beleg für eine Klage *in factum civilis* ohne ein *subesse causam*, d. h. ohne dass eine erbrachte Vorleistung vorläge. Erst wenn das *pactum* von einer austauschbestimmten Leistung getragen wird, und erst ab diesem Zeitpunkt, steht dem Vorleistenden die *actio* auf die Gegenleistung zu.

In exemplarischer Weise stellt dies Paulus bezüglich des Tausches klar: es ist nicht das *do ut des* oder *facio ut des*, sondern das *dedi ut des*, das ein *pactum* klagbar macht. Paulus erhebt die Vorleistung geradezu zum spezifischen Merkmal in D. 19, 4, 1, 2: *Item emptio et venditio nuda consentientium voluntate contrahitur, permutatio autem ex re tradita initium obligationi praebet: alioquin si res nondum tradita sit, nudo consensu constitui obligationem dicimus, quod in his dumtaxat receptum est quae nomen suum habent...* Darum geht die Klage *praescriptis verbis*, wie Paulus wiederum betont, nicht auf Rückgabe der Sache, sondern auf das Interesse des Klägers an der Durchführung des Tauschgeschäftes. Es setzt zudem auch voraus, dass der Annehmende die Gegenleistung erbringen will, eine Annahme ohne diesen Willen lässt die Klage gar nicht entstehen, denn sie entsteht nicht durch die blosse Leistungsvereinbarung, sondern erst nachdem die eine Partei die Leistung erbracht und die andere zur Gegenleistung bereit ist. Fehlt diese Bereitschaft, so ist das Verhalten des Annehmenden *dolos* und fällt unter die *actio doli*⁶⁵.

4.3. Die *actio praescriptis verbis* als einheitliche Klage für die Zwischennominatkontrakte und die leistungsbefestigten Austauschabreden

Ein Vergleich zwischen Internominatverträgen und den leistungsbefestigten Austauschabreden zeigt, dass diese Vertragserweiterungen einer unterschied-

⁶⁴ Ulpianus D. 2,14,7 2 ... eleganter Aristo Celso respondit ... et ideo puto recte Iulianum a Mauriciano reprehensum ...

⁶⁵ Ebenso in Paulus D. 19,5,5,3.

lichen Argumentation folgen, auf einer unterschiedlicher Grundlage stehen und die Probleme unterschiedlich lösen.

Die Internominatverträge stützen sich auf die Analogie zu den konsensualen *bona fide*-Nominatverträgen, indem sie verschiedene diesen zugehörige Elemente aufnehmen und zu einem neuen Vertragszweck zusammenfügen. Als Zwittergeschäfte decken sie sich mit keinem Nominatkontrakt, stehen aber dennoch in der Zwischenlage dem einen oder anderen nahe und entsprechen dem gegenseitigen konsensualen Verhältnis, für das Labeo die Bezeichnung *ultra citroque obligationes* vorbehielt. Die Unsicherheit in der Zuweisung zu einem Nominatkontrakt und zur entsprechenden *actio civilis* wird durch die Ähnlichkeit der Interessenlage wettgemacht, die das Geschäft bestimmt. Die *actio praescriptis verbis* behebt diese Unsicherheit, weil sie es ermöglicht, anstelle eines *nomen contractus* das konkrete Geschäft selbst in die *demonstratio* der Klage einzuschreiben. Der Prätor überprüft das vorgelegte Geschäft und kann aufgrund der analogen Gleichwertigkeit mit einem Nominatkontrakt eine zivile *bona fide*-Klage *praescriptis verbis* erteilen.

Die Zuweisung der *actio praescriptis verbis* an die Austauschpacta folgt dagegen einer ganz anderen Argumentation und beruht auf einer anderen Grundlage. Hier wird das Leistungsverhältnis nicht auf seine analoge Nähe zu Nominatkontrakten überprüft, sondern auf jegliche Art von Leistung und Gegenleistung ausgedehnt. *Dedi ut des aut facias* bezieht sich auf alle Spielformen dieser generellen Leistungsbezeichnung. Entscheidend ist einzig, dass Leistungen in einem synallagmatischen reziproken Austauschverhältnis stehen und von einer Seite erbracht, von der anderen angenommen wurden. Die von den Juristen angeführten Fallbeispiele entstammen vornehmlich dem umstrittenen Gebiet der *datationes ob rem* und der *condictio ob rem*⁶⁶. In der Tat, hinsichtlich der einseitigen *datationes*, der Schenkungen oder der Totalversprechen, ist die *condictio ob rem* zuständig. Diese Kondiktionslösung ist dann unzureichend, wenn die Hingabe der Leistung in Hinsicht auf eine Gegenleistung erfolgt, weil offensichtlich mit der *condictio* die wechselseitige Abhängigkeit des Leistungsaustausches nicht berücksichtigt werden kann und die strenge Klage dem wechselseitigen Vertrauen *fide bona* auch gar nicht gerecht wird.

In seinem Kommentar zu den Büchern des Quintus Mucius Scaevola unterscheidet Pomponius zwischen den einseitigen und den wechselseitigen *datationes ob rem*, D. 12,6,52: *Damus aut ob causam aut ob rem: ob causam praeteritam, veluti cum ideo do, quod aliquid a te consecutus sum vel quia aliquid a te factum est ..., ob rem vero datur, ut aliquid sequatur, quo non sequente repetitio competit*. Tatsächlich entstand die Kontroverse zwischen Aristo und Celsus, D. 2,14,7,2 bei dieser letzteren synallagmatischen *datio ob rem*, im Sinne eines *dedi ut des aut facias*. Die einmal erbrachte und angenommene Leistung wird ihrer inneren Zweck-

⁶⁶ CANNATA, Contratto, S. 48; GALLO, Synallagma, Bd. II, S. 156 ss.

bestimmung nach zur *causa* der Gegenleistung erhoben. Sie ist in dem *subsistit in causa* angesprochen, das Aristo der Lösung des Celsus entgegensetzt: nach der halbseitigen Erfüllung konsolidiert die Abrede zu einem Geschäft, das nur in der Gegenleistung einen der *bona fides* gemässen Abschluss findet.

Die beiden Arten von *actiones praescriptis verbis* – die eine in Analogie zu den Nominatkontrakten, die andere auf der Grundlage des leistungsbefestigten Austausches – zerfallen jedoch nicht in zwei streng getrennte Klagegruppen. Ganz im Gegenteil, häufig entsprechen die Internominatkontrakte auch einem Austauschversprechen, unterschiedlich ist dann nur die argumentative Grundlage. Das klassische Beispiel einer solchen Überschneidung ist gerade die *permutatio*, der Tausch, der dem Zweck nach die synallamatische Reziprozität verkörpert, der Struktur nach jedoch Elemente des Kaufes in sich aufnimmt und daher, wenn auch zögernd, der Risiko- und Mängelregelung des Kaufes unterstellt wurde⁶⁷.

Auch der Trödelvertrag, vom Prätor mit einer besonderen ediktalen *actio praescriptis verbis* ausgestattet⁶⁸, kann unter beide Arten aufgenommen werden. Wenn die Juristen ihn vorerst in Analogie zu anderen Nominatverträgen, nämlich Kauf, Werkmiete oder Gesellschaft stellen, so schliesst dies das synallagmatische *dedi ut des aut facias* nicht aus, die Hingabe einer Sache gegen das Tätigwerden des Trödlers, der die Sache verkauft, als Leistungsaustausch zu betrachten. Selbst der von Aristo und Celsus D. 12, 4, 16 diskutierte Fall teilt diese Ambiguität: Celsus fragt sich, ob ein *dedi tibi pecuniam ut mihi Stichum dares* in Analogie zum Kauf oder als Kondiktionsfall zu behandeln sei. Aristo hingegen sieht allein auf den Austauschvorgang: *dedi ut facias* und unterstellt ihn ab erbrachter *datio* einer *actio praescriptis verbis* oder auch *actio civilis in factum*.

Die Durchlässigkeit der beiden Fallgruppen, die zu Überschneidungen führt, erklärt auch, warum die *actio praescriptis verbis* als *bona fides*-Klage für beide in gleicher Weise verwendet werden kann. In den Quellen findet sich kein einziger Anhaltspunkt für eine Differenzierung der Klageformel, etwa in dem bisweilen vorgeschlagenen Sinn, dass bei Austauschpacta die Formel das *ex fide bona* nicht enthielte⁶⁹. Das Wesentliche der *bona fides*-Klagen liegt doch

⁶⁷ Paulus D. 19,4,1 pr. und 1; D. 19,4,1,2.

⁶⁸ Ulpianus D. 19,3,1 pr.

⁶⁹ Die Hypothese, dass die *actio in factum civilis* Aristos mit einer strengrechtlichen Formel ohne den Einschub *ex fide bona* ausgestattet war – so GALLO, *Synallagma*, Bd. II, S. 116 s; BURDESE, *I contratti in nominati*, in *Homenaje Luis Murga*, 1994, S. 77 s, TALAMANCA, *La tipicità*, S. 101 s, ARTNER, *Agere praescriptis verbis*, 108 –, findet in den Quellen keine Stütze und ist den konsensualen *conventiones* nicht angemessen. Die Festigung des *pactum* zu einem Austauschgeschäft beruht auf der *datio* der einen Partei, die aber vergeblich die Gegenleistung der anderen erwartet: eine *datio* entgegenzunehmen und die Gegenleistung zu verweigern, verletzt offensichtlich die *bona fides*, die daher in der Formel ihren vollen Sinn hat. Die reale Leistung für sich genommen führt zur *condictio*, hier ist sie in die volle Formel: *dedi ut des: hin und her, einbezogen*. Zudem dient die *actio in factum civilis* nicht dazu, das Ungleichgewicht nach einseitiger Leistung zu berichtigen, sondern eben dazu, die Gegenleistung oder

genau darin, dass der Zusatz *ex fide bona* sie zur Aufnahme konsensualer, bilateral synallagmatischer Geschäfte befähigt, so wie es sowohl Quintus Mucius Scaevola als auch Gaius apodiktisch aussprechen: *quemque cuique ... quod alter alteri*. Unmöglich kann man auf den Zusatz *ex fide bona* verzichten, weil genau dieser formularische Zusatz das *quidquid ob eam rem dare facere oportet* ergänzt und die *contractus ultro citroque* von der *stipulatio incerti* und deren strikter Einseitigkeit unterscheidet.

Der Zerfall der *actio praescriptis verbis* zeigt sich schon in dem stark überarbeiteten Text des Paulus, D. 19, 5, 5, pr.-5. Die weitere Entwicklung der Innominatverträge in spätklassischer und byzantinischer Zeit soll hier nicht thematisiert werden. Den Zerfall der Regel müssen wir den Byzantinern zurechnen. Sie waren es, die aus der *actio praescriptis verbis* eine Art generellen Innominatvertrag gebildet haben, und zwar auf der Grundlage der blossen *conventio* des *do ut des* und seiner Unterarten. Die Auswechslung des perfektiven *dedi ut des* durch das praesentische *do ut des* überdeckt die Differenzierung zwischen Internominatvertrag und den leistungsbefestigten Austauschabreden. Das entscheidende Element, das *subest tamen causa* der erfüllten Vorleistung, ging dabei verloren. In der oströmischen Schulsystematik ist ein Innominatvertrag schon aufgrund der blossen Uebereinkunft gültig. Die Bezeichnung Innominatvertrag ist besonders unglücklich, weil sie bloss negativ die Nicht-Nominatverträge von den Nominatverträgen abgrenzt und daher den strukturellen Gegensatz nicht mehr erkennen lässt.

den Leistungsschaden zu verlangen. Dazu braucht es notwendig eine die Reziprozität berücksichtigende *intentio* mit einem *quidquid dare facere oportet ex fide bona*.

IV. Die Vertragsmodelle des europäischen Privatrechts: das naturrechtliche Modell der Versprechensübertragung, das pandektistische Modell der Willenseinigung und das Vertrauensprinzip

1. Die Elemente der europäischen Vertragsmodelle: *conventio, pacta, stipulatio, promissio*
2. Das vernunftrechtliche Vertragsmodell: der translativ Versprechensvertrag
 - 2.1. Die naturrechtliche Lehre vom Versprechensvertrag
 - 2.2. Das Versprechensmodells in den naturrechtlichen Kodifikationen
 - 2.2.1. Preussisches Allgemeines Landrecht
 - 2.2.2. Der Code Napoléon
 - 2.2.3. Das Österreichische Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch
3. Das Vertragsmodell der vereinigten Willenserklärungen (Willenseinigungsmodell)
 - 3.1. Die Lehre F. C.v. Savigny's
 - 3.2. Das pandektistische Vertragsmodell: OR Art. 1-17 und BGB §§ 145f
4. Der Vorrang des Vertrauensprinzips im Modell der vereinigten Willenserklärungen.
 - 4.1. Die Dogmatisierung des Willens im Erklärungsprinzip
 - 4.2. Die Anpassung Willenseinigungsmodells an das Vertrauensprinzip

1. Die Elemente der europäischen Vertragsmodelle: *conventio, pactum, stipulatio, promissio*

Art. 3.2 (Unidroit) Um einen Vertrag zu schliessen, zu verändern oder zu beenden, genügt das Einverständnis der Parteien und zwar es allein.

Gaius III, 136 *consensu dicimus obligationes contrahi quia neque verborum neque scripturae ulla proprietas desideratur, sed sufficit eos qui negotium gerunt consensisse.*

Die beiden Definitionen halten ein Prinzip fest, das unverrückbar die lange und verwinkelte Geschichte des europäischen Vertragsrechts umschliesst: jeder Vertrag beruht auf Konsens. Sogar der Wortlaut der Formulierungen bewahrt einen gewissen Gleichklang. Divergenzen tauchen erst auf, wenn es darum geht, wie dieser Konsens in den Vertrag eingehen und sich in ihm verkörpern soll. Auch zwischen den Definitionen in *Unidroit Art. 3.2* und in den Institutionen des Gaius sind Divergenzen spürbar. Während sich im *Unidroit* die Betonung des blossen Konsenses gegen die im französischen Recht erforderliche *cause* und gegen die *consideration*-Regeln des Common law richtet¹, grenzt

¹ UNIDROIT, PRINCIPES RELATIFS AUX CONTRATS DE COMMERCE INTERNATIONALE, Kommentar, 69. Beachtenswert ist, dass weder die PRINCIPLES OF EUROPEAN CONTRACT LAW (Lando) 2.101, noch der CODE EUROPÉEN DES CONTRATS, Livre premier, titre 1, art.1 sich damit begnügen, das bloss

Gaius das *sufficit eos consensisse* von den äusseren Elementen der Spruch- und Schriftform aus. Dies bedeutet aber nicht, dass das römische Vertragsrecht den freien Konsens im modernen Sinn anerkannt hätte. Gaius bezieht das *consensus* auf den unentbehrlichen, typenbildenden Vertragszweck, der dem *contractus* seinen besonderen Namen gibt: *emptio-venditio*, *locatio conductio*, *mandatum*, *societas* und, in der Folge, die neu entwickelten *bona fide* Verträge *depositum* und *commodatum*. Selbst die Ausweitung des Vertragssystems auf die Innominatverträge durchbrach diesen Grundsatz nicht, nur beschränkte sich hier der typenbildende Zweck auf das Minimum des Leistungsaustausches, denn der Vertrag kommt schon zustande, sobald die eine Partei ihre Leistung in Erwartung der Gegenleistung erbracht hat. Die erbrachte Leistung ist die *causa* der Gegenleistung im synallagmatischen Austausch².

Den wirklichen Einbruch in das römischen Typensystem brachte erst die mittelalterliche Lehre über die *pacta vestita* und *pacta nuda*, welche die Vertragsobligation von der Vertragsklage ablöste und die Verträge auf der Grundlage der *pacta vestita* neu ordnete: Gl. Quinimo format, b. quinimo, ... *ita impletur haec actio a pacto, ut vestis impletur ab homine et informatur ut saccus a frumento*³. Nur in der vorgesehenen Gewandung war ein *pactum* klagbar. Ausgangspunkt war die Lehre Ulpians D 2,14,1,3, nach der die *conventio* lediglich eine allgemeine Bezeichnung des Vertrages darstellt, der erst mit dem *nomen proprium contractus* (D 2,14,7,1) zu einem klagbaren Vertrag spezifiziert wird. Die Glossatoren verbanden das *pactum nudum* mit dem *nomen contractus* und entwickelten so die *vestimenta*-Lehre. *Ex nudo pacto actio non oritur* (D 2,14,7,4) bedeutete

Konsensprinzip in der üblichen Form wiederzugeben, sondern dass beide den vertraglichen Willen qualifizieren, der erste, indem er verlangt, dass die Parteien sich rechtlich binden wollen – 2.101.1.a, *The parties intend to be legally bound* – der zweite, indem er sich auf das Rechtsverhältnis bezieht, das durch den Konsens zustande kommt. Dieses Problem beschäftigt auch Gaius, denn auch für ihn entfaltet der Konsens nur Wirkung im Rahmen der bestimmten Konsensualverträge – *istis modis*, Inst.3.136. Siehe dazu, die Studie *Das Nominatprinzip und seine Erweiterung durch die actio praescriptis verbis* (zit. *Nominatprinzip*) in diesem Band. Der moderne Konsens ist hingegen im subjektiven Vertragswillen eingeschlossen, was zur allgemeinen Figur eines Konsensualvertrages führte.

² Ulpian D 2, 14, 7, 1: *Quaeque pariunt actiones, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus, ut emptio venditio, locatio conductio, societas, commodatum, depositum et ceteri similes contractus ... 4: sed cum nulla subest causa propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem: igitur nuda pactio non parit obligationem, sed parit exceptionem.*

Zum Verhältnis zwischen *pactum* und Nominatvertrag im römischen Recht, neben der erwähnten Studie in diesem Band, insb. R. KNÜTEL, *La causa nella dottrina dei patti*, in: *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, Congresso Aristec, 1995, S. 131 ss.; C.A. CANNATA, *Contratto e causa nel diritto romano*, S. 35 ss, insbes. 48 ss. Auch R. MEYER-PRITZL, *Pactum, conventio, contractus*. Zum Vertrags- und Konsensverständnis im klassischen römischen Recht, in: *Pacte, convention, contrat*, Mélanges Schmidlin, (Alfred Dufour, her.), 1998, S. 99 ss, 111 ss.

³ Gl. Quinimo zu D 2,14,7,5 ... *ut dicitur actio ideo informatur a pacto quia cum actio ex vendito consuevit dari pretium, hic poterit dari hoc, ut Romam vadas, si hoc in continenti convenitur: et ita impletur haec actio a pacto, ut vestis impletur ab homine, et informatur ut saccus a frumento, hic C de pact. inter empt.l.y.*

fortan, dass ein Vertrag ohne das ihm zugehörige *vestimentum* keine Geltung erlangt. Das *pactum* rückte folgerichtig in den Mittelpunkt des Vertrages: (D 2.14.1.2) *est pactio duorum pluriumve in idem placitum consensus*, die *pactio* ist die Vereinbarung zweier oder mehrerer über das, was sie gemeinsam ausgemacht haben und wird durch die Eingewandung in ein bestimmtes *vestimentum* zu einem Vertrag. Die Glosse des Accursius kennt deren acht, freilich in unbestimmter Reihung, denn vieles war in der *vestimenta*-Lehre umstritten⁴.

Kopfzerbrechen bereitete das *vestimentum consensu* des Konsensualvetrages. In der Glosse findet sich der beachtenswerte Einwand, dass kein *pactum* nackt sei, denn alle *pacta* enthielten einen Konsens und trügen darum ein Kleid. *gl Quinimo ...: sed videtur quod nullum pactum sit nudum cum quodlibet habeat in se consensum: unde vestiti consensu videntur ut s cod. L.j §1*. Nein, antwortet der Glossator, auch der Konsensualvertrag sei bekleidet, nur sei sein *vestitum* so leicht und elegant, dass es den Blick auf den blossen Willen freigebe. Dies ändere aber nichts daran, dass auch dieses *vestimentum* nur einer bestimmten Vertragsgruppe vorbehalten sei. *j.Respond. elegans et tenuis vestis est consensus qui non datur nisi certis contractibus enumeratis*⁵.

Es versteht sich, dass diese allegorische Argumentation den Kanonisten überflüssig erschien: warum sollte ein *pactum* nicht ausreichen, um eine vertragliche Bindung zu begründen, warum braucht es dazu eines äusseren *vestitum*? Unser Wort sei *ja, ja* oder *nein, nein*, sagt die Bibel, jeder Wortbruch ist sanktionsbedürftig und in schweren Fällen der kirchlichen Gerichtsbarkeit zu unterstellen.

Die breiteste Angriffsfläche gegen die Vestimentalehre bot die Stipulation. Die formale enge Bindung an das Wort kontrastierte mit der unbeschränkten inhaltlichen Freiheit. Alles kann Gegenstand einer Stipulation werden, sofern nur die formale Bindung an das Wort gewahrt bleibt. Die Kanonisten fanden diesen harten Formalismus unbillig und überflüssig, denn jedes Wort, ob feierlich oder nicht, verpflichte und jeder Wortbruch sei verwerflich. Warum sollte dieser Grundsatz nicht auch für das blosse *pactum* gelten.

⁴ Nach Accursius gibt es eigentlich sechs *vestimenta*: *re, verbis, litteris, consensu, cohaerentia contractus, rei interventu in contractibus innominatis*. Jedoch erwähnt Accursius noch zwei weitere, die man nur mit Vorbehalt hinzufügen könne, *legis auxilio* und *iureiurando*, siehe *Quinimo*, eod.l., wo Accursius kritisiert, dass das *vestimentum legis auxilio* jedem *pactum* angehängt werden könnte: *item de legis auxilio quod potest dici de omni nudo pacto, quod actionem parit*. Dazu H.DILCHER, Der Typenzwang im mittelalterlichen Vertragsrecht, SZ, RA, (77) 1960, S. 279 (zit. Vertragsrecht).

⁵ Gl.l.Quinimo eod.loc.... *Sed videtur quod nullum pactum sit nudum cum quodlibet habeat in se consensum. Unde vestiri consensu videtur (ut s. eod.l.j^o) Respond. Elegans, et tenuis vestis est consensus quae non datur nisi certis contractibus enumeratis: (ut Inst, de oblig. ex consensu in princ.) qui eum sint favorabiles et pingues et calidi, levi veste vestiuntur...* Auch A.SÖLLNER, Die causa im Kondiktions- und Vertragsrecht des Mittelalters bei den Glossatoren, Kommentatoren und Kanonisten, SZ, RA, (77), 1960, S. 182 (zit. causa); TH.MAYER-MALY, Der Konsens als Grundlage des Vertrages, Festschrift E. Seidl, 1975, S. 118 ss, 124.

Gewiss widersprach dies der Regel *ex nudo pacto actio non oritur*. Das *pactum* erzeugt keine spezifische Klage, die man hierfür hätte vorbringen können: *sed quam actionem proponet cum ex nudo pacto non oriatur actio* – welche Klage soll man denn vorbringen, wenn doch aus dem blossen *pactum* keine entsteht? Die Antwort der Kanonisten liess nicht auf sich warten und lautete kurz und bündig: *sed non exigitur ut semper proponatur actio sed simpliciter proponatur factum et postuletur officium iudicis ut ille cogat ad solvendum promissum* – es ist gar nicht erforderlich, immer eine Klage zu benennen, es reicht aus, den Sachverhalte vorzutragen und die Pflicht des Richters anzurufen, dass er die Erfüllung des Versprechens erzwingt⁶.

Die Ablehnung der *vestimenta* überdeckt jedoch eine nicht unbedenkliche Schwäche. Folgt man der Argumentation der Kanonisten, so liegt der Grund zur Klage gar nicht in der ausbleibenden Erfüllung, sondern im Faktum des Wortbruches, der *laesio fidei*. Gegenstand der Klage ist das gebrochene Versprechen. Daraus ergibt sich, dass das Urteil nicht über die Nichterfüllung, sondern über den Treubruch ausgesprochen wird, der als Sünde (*peccatum*) und unerlaubte Handlung zu betrachten sei. Damit verändert sich aber auch die Natur des Klageanspruches, denn er bezieht sich auf ein deliktisches, nicht auf ein vertragliches Faktum⁷. Dies war ja auch die Voraussetzung für das Einschreiten der kirchlichen Gerichte. In der Tat, bei einem Wortbruch spielt es keine Rolle, auf welches spezifisches *pactum* er sich bezieht, entscheidend ist der Bruch des Versprechens für sich genommen, denn er verletzt allgemein die Billigkeit – die *aequitas canonica*, die als Klagegrund ausreicht⁸.

Nicht zu Unrecht wehrten sich die Legisten gegen die unabsehbare Öffnung des Vertragsbegriffes. Doch ohne Erfolg, der Kanonist Tancredius erwähnt den Klagezwang nur noch im Vorübergehen als eine lästige Schulkontroverse: *quidam legistarum dicunt actionem expresse nomine in libello comprehendere debere. Alii dicunt non oportere comprehendere in libello nominatim, sed postea in iudicio debet exprimi. Nos autem secundum canonicam aequitatem incedentes dicimus quod nec in libello nec in processu causae necesse est exprimere actionem ut X,1, de*

⁶ Eod.l. Gl.c.cuicumque suffragio.

⁷ Auch K.P.NANZ, Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. bis 18. Jahrhundert, Beiträge zur Neueren Privatrechtsgeschichte, Bd. 9, 1985 (zit. Vertragsbegriff,) 53 (zur *denunciatio evangelica*). A. SÖLLNER, *causa*, S. 245 ss.

Auch das alte englische Recht hat diesen Weg eingeschlagen. Es entwickelt die Vertragshaftung über den Vertragsbruch, der als ein Delikt behandelt wurde und Grund für eine Entschädigung war, ohne dass man sich darum kümmerte, ob die Entschädigung vertraglich oder deliktisch zu betrachten sei. Zur Übertretung des *writ of trespass* als Versprechensbruch, siehe R. DAVID/GRASMANN, Einführung in die grossen Rechtssysteme der Gegenwart, 2.éd., 1988, S. 445 ss; auch K.ZWIEGERT/KÖTZ, Einführung in die Rechtsvergleichung, Bd. 1, 2.éd 1984, S. 216 s.

⁸ BALDUS, Liber extra 2,11,1: *Ego puto quod de aequitate canonica omnes contractus mundi sunt bonae fidei*.

appell.2.20c.⁹ Einige Legisten meinen, man müsse die Klage ausdrücklich in der Klagschrift benennen. Andere meinen, es sei nicht nötig sie schriftlich zu erwähnen, man könne sie nachher im Verfahren benennen. Wir aber halten dafür, dass der Kanonischen Billigkeit folgend die Klage weder in der Prozessschrift noch im Prozess selbst zu benennen sei ...

Daraus zu folgern, die Lehre von den *pacta vestita* habe ausgedient, ist allerdings verfehlt. Auch wenn die *vestimenta* nicht mehr die Klagbarkeit des Vertrages bestimmten, verblieben sie immer noch als vertragliche Hauptfiguren in Gebrauch und Übung. Den Vertragskern freilich bildete das *pactum*, das, der Stipulation ähnlich, als Abgabe eines Versprechens verstanden wurde. *Pactio* und *stipulatio* verschmolzen ineinander, die Gültigkeit des Vertrags war fortan direkt an den Willen geknüpft.

Hier fand denn auch eine eigentliche Umpolung statt : an die Stelle der *vestimenta* trat der freie Konsens, der für die Geltung des Vertrages ausreichte. Die grundlegende Frage lautete fortan : wie erlangt der Vertragswille die Festigkeit eines Vertrages, und welche Kriterien erlauben es, den ausservertraglichen vom vertraglichen Willen zu unterscheiden.

Dies waren die beiden Fragen, auf die das moderne Vertragsrecht eine Antwort zu geben hatte. Es entwickelte hierfür zwei Modelle, das Modell des rationalen Naturrechts und das Modell des Pandektenrechts, die beide bis heute noch die Lehre und die gesetzlichen Regelungen des Vertragsabschlusses bestimmen.

Das erste Modell entstand in der Lehre vom Versprechen. Die naturrechtliche Lehre konstruierte die Versprechensabgabe und die Versprechensannahme in Analogie zur Sachübertragung als vertragliche Rechtsübertragung, daher kann dieses Modell als translativer Versprechensvertrag bezeichnet werden.

Das zweite Modell ist das Werk der Pandektisten. Im Pandektenrecht steht die Vereinigung der übereinstimmenden Willenserklärungen im Mittelpunkt. Kennzeichnendes Merkmal ist die *Vereinigung mehrerer Willen zu einem einzigen, ganzen ungetheilten Willen*¹⁰, der zwischen den Parteien das vertragliche Schuldverhältnis begründet. Man darf daher dieses Modell als Vertragsmodell der vereinigten Willenserklärungen, oder, einfacher, als das Modell der Willenseinigung nennen.

Beide Modelle stehen unter dem gemeinsamen Leitsatz Ulpians D 2,14,1,2 : *Pactio est duorum pluriumve in idem placitum et consensus*. Die *pactio* ist das innere Moment, das, von jeder Typenbindung und jeder äusseren Formalität befreit, den Konsens der Parteien über das ausdrückt, was die Parteien vertraglich wollen.

⁹ TANCREDIUS, *Ordo Iudiciarius*, pars. 2, t.XIII, § 2 (Bergmann,172), zit. nach Roussier, l.c. S. 140, n.5.

¹⁰ F.C.VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. 3, 1840, S. 309.

Die Rezeption dieser Modelle in die modernen Zivilrechtskodifikationen machte sie auch zum Ausgangspunkt der modernen Vertragslehre. Das naturrechtliche Modell ging in den französischen Code civil, in das Allgemeine Preussische Landrecht und in das österreichische Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch ein. Das pandektistische Vertragsmodell bestimmte das schweizerische OR und das deutsche BGB.

Die zunehmende Enge der nationalen Rechte und das Bedürfnis nach einem übergreifenden Vertragsrecht brachten es mit sich, dass die historischen Modelle vermischt, über die Vertragsabschlussform von Antrag und Annahme vereinheitlicht oder einander angeglichen wurden. Die moderne Zivilrechtswissenschaft kümmert sich kaum mehr um die Herkunft der Vertragsmodelle und behandelt sie so, als wären sie gerade mit den Kodifikationen entstanden. Dass dies zu Unstimmigkeiten führt, braucht nicht zu verwundern.

2. Das vernunftrechtliche Vertragsmodell : der translativ Versprechensvertrag

2.1. Die naturrechtliche Lehre vom Versprechensvertrag

Hugo Grotius kommt das grosse Verdienst zu, den Versprechensvertrag zum allgemeinen Modell erhoben zu haben. Gewiss, die Verschiebung der Vestimentallehre auf den selbständigen Verpflichtungsakt des freien Willens zeichnet sich schon in der spätscholastischen Lehre ab. Aus ihr erklärt sich die Ausrichtung der naturrechtlichen Vertragslehre auf das einseitige Versprechen, auf das *votum*, die *promissio* und *pollicitatio*. Grotius kannte diese Lehre, benutzte sie für sein Vertragsmodell und verhalf ihr zum universellen Durchbruch¹¹.

¹¹ Zweifellos hat das Versprechen sein juristisches Profil aus der *promissio* und dem *votum* bezogen und hat daher mehr aus der Morallehre übernommen als aus dem römischen Recht. So ist die Einseitigkeit des Versprechens aus dem *votum* zu verstehen, die in der scholastischen Doktrin eingehend behandelt wird. Die Ablegung der Gelübde verlangte eine genaue Analyse, die THOMAS VON AQUIN in der Summa Theologica, IIae IIae, quaestio 88, *De voto quod aliquod Deo promittitur in duodecim articulos divisa* breit entfaltet. Im Art. 1 lesen wir: *promissio autem procedit ex proposito faciendi. Propositum autem aliquam deliberationem praeexigit, qui sit actus voluntatis deliberatae. Sic ergo ad votum tria ex necessitate requiruntur: primo quidem deliberatio; secundo propositum voluntatis; tertio promissio, in qua perficitur ratio voti*. Thomas erläutert: Es ist der Wille des Versprechenden allein, aus der die Verpflichtung entspringt: Ibid. art. 3, *ad tertium: ad tertium dicendum quod obligatio voti ex propria voluntate et intentione causatur*. Diese Verpflichtung ergibt sich aus dem *ius naturae* und sie entspricht der Sittlichkeit. Dies ist der Leitgedanke der spanischen Spätscholastik, die ihn auch auf das *pactum* und die *conventio* übertragen hat. Dazu die noch immer gültige Studie M. DIESELHORST's, Die Lehre des Hugo Grotius vom Versprechen, 1959, vor allem zum *votum* bei Cajetan, de Soto et Lessius insb. S. 16 ss.

Diese Einseitigkeit, die das religiöse *votum* in spezifischer Weise kennzeichnet, entspricht nicht der römischen *pactio* und *conventio*, die auf die beidseitige oder mehrseitige Willenseinigung bezogen sind, wie Ulpian in D 2,14,7,2 darlegt. Dies entgeht weder Lessius noch Althusius, wie DIESELHORST l.c.

Der Vertrag gehört seither zur Lehre *De promissis*, die in allen Lehrbüchern des Naturrechts dem Abschnitt *De contractibus* vorgeschaltet wird¹².

Grotius gibt die einschlägige Darstellung seines Vertragsmodells in *De Iure Belli ac Pacis, liber II, cap. 11, §§ 2,3,4*. *Primus gradus est assertio explicans de futuro animum qui nunc est: et ad hanc, ut vitio careat, requiritur veritas cogitationis pro tempore praesenti, non autem ut in ea cogitatione perseveretur. Habet enim animus humanus non tantum naturalem potentiam mutandi consilium sed et ius. Quod si in mutatione sententiae vitium sit aliquod, ut accidit, id non est intrinsecum mutationi, sed ex materia, puta quia prior sententia erat melior. Secundus gradus est, cum voluntas seipsam pro futuro tempore determinat, cum signo sufficiente ad indicandam perseverandi necessitatem. Et haec pollicitatio dici potest, quae seposita lege civili obligat quidem, aut absolute, aut sub conditione, sed ius proprium alteri non dat. Multis enim casibus evenit, ut obligatio sit in nobis, et nullum ius in alio; sicut in misericordiae et gratiae reponendae apparet, quibus simili est hoc debitum constantiae sive fidelitatis. Itaque ex tali pollicitatione res pollicitantis retineri, aut is ipse qui pollicitus est ad implendam fidem cogi jure naturae non poterit. Tertius gradus est, ubi ad determinationem talem accedit signum volendi ius proprium alteri conferre: quae perfecta promissio est, similem habens effectum qualem alienatio dominii. Est enim aut via ad alienationem rei aut alienatio particulae cuiusdem nostrae libertatis. Illuc pertinent promissa dandi, huc promissa faciendi. Eius quod dicimus insigne nobis argumentum praebent divina oracula, quae nos docent Deum ipsum, qui nulla constituta lege obstringi potest, contra naturam suam facturum nisi promissa praestaret.*

Grotius gliedert das vertragliche Versprechen in drei Stufen. Auf der ersten Stufe steht die reine, unverbindliche Willensäußerung, die sich auf nichts Bestimmtes festlegt, sondern als reine Tatsachenäußerung lediglich dem tatsächlichen Willen zu entsprechen hat. Es steht in jedermanns Belieben, zu wollen, was er will; dazu hat er die natürliche Macht, die natürliche Freiheit und daher auch das natürliche Recht.

Der Schritt zur Bindung des Willens erfolgt auf der zweiten Stufe, auf der sich der Wille ein selbst gewähltes Ziel gibt. Grotius gebraucht den Begriff der *pollicitatio* und kennzeichnet damit den Willensakt als einseitige Selbstbindung.

und K.P.NANZ, Vertragsbegriff (zit. Anm. 5), S. 138 zu Recht nachweisen. Aber es ist gerade deshalb besonders eindrücklich, dass in der Folge nicht das *pactum* und die *conventio* das Grundelement des Versprechensmodells wurden, sondern die *pollicitatio* und das *votum*, deren Einseitigkeit sich als Kernelement des Versprechens erwies. Grotius greift auf das dreistufige *votum* zurück, das er der ihm bekannten spanischen Scholastik entnahm und fügte die *promissio* als *pollicitatio* in das translativ Vertragsmodell ein: Die *conventio* und das *pactum* gehen in die *pollicitatio* ein, die den Versprechenden einseitig bindet und sich erst mit der *promissio perfecta* im translativen Übertragung an den Versprechensempfänger vollendet (*promissio perfecta*).

¹² HUGO GROTIUS, *De Iure Belli ac Pacis*, 1680, I.II, c.XI und I.II, c.XII (cit DJBP); SAMUEL PUFENDORF, *De Iure Naturae et Gentium*, 1726, I.III, c.V und I.III, c.VI. CHRISTIAN WOLFF, *Grundsätze des Natur und Völkerrechts*, 1754, Ges.Werke tome 19 (éd.Thomann), § 377 ss. Siehe K.P.NANZ, Vertragsbegriff (zit. Anm. 5), S. 135.

Da ihr weder eine Versprechensabgabe, noch eine Versprechensannahme zugrunde liegt, vermag sie nur eine moralische Verpflichtung zu erzeugen und bleibt als *pollicitatio* rechtlich unverbindlich.

Erst auf der dritten Stufe erhält das Versprechen Vertragsgeltung. Zur *pollicitatio* tritt der Wille hinzu, dem Versprechensempfänger auch das Recht zu übergeben, die Erfüllung des Versprechens einzufordern. Diese Rechtsübertragung macht das Versprechen rechtswirksam und den Vertrag vollkommen.

Zwei Prinzipien lassen sich als Grundlinie dieses Vertragsmodells erkennen. Das erste Prinzip begründet die absolute einseitige Bindung des Versprechenden an die *pollicitatio*. Das zweite setzt die Versprechensübertragung in eine Analogie zur Eigentumsübertragung.

Das Dogma der absoluten Versprechensbindung begründet Grotius mit der rationalen Natur des Versprechensakts und gibt ihm den Rang einer Evidenz¹³. Den Nachweis erbringen die *oracula divina*, führt Grotius aus, die unverbrüchlichen Verheissungen Gottes. Die Unverbrüchlichkeit göttlicher Versprechen liege in der rationalen Natur Gottes selbst; Gott, an kein Gesetz gebunden, würde seiner Wesennatur zuwider handeln, wenn er sein Versprechen nicht hielte. Gott kann sich selbst nicht widersprechen, weil er selbst die reine, absolute Vernunft ist. *Deum ipsum, qui nulla constituta lege obstringi potest, contra naturam suam facturum nisi promissa praestaret*. Was für Gott gilt, gilt für alle Wesen, die an der Vernunft teilhaben. *Unde sequitur ut promissa praestentur venire ex natura immutabilis iustitiae, quae Deo et omnibus his qui ratione utuntur suo modo communis est*. Die innere Vernünftigkeit des Versprechens verlangt eine absolute Treubindung¹⁴.

Das Versprechen ist somit ein Akt einseitiger Selbstbindung. Die *promissio* wird auch – nach der geläufigen Terminologie – *pollicitatio* genannt, im Sinne eines einseitig bindenden Versprechens, zu dessen Erfüllung der Versprechende nicht gezwungen werden kann. Darin liegt gerade das Eigentümliche der naturrechtlichen Vertragsdoktrin: Nicht die Vertrauensbindung an den Vertragspartner ist Grund der Vertragstreue, sondern die freie, selbst gewollte Bindung an das eigene Wort. Sie verkörpert sich im Versprechen als *particula libertatis*, als ein Stück versprochener Freiheit, das solange als es der Versprechende nicht abgibt, in seiner Hand bleibt, sodann aber mit der Abgabe in die Hand des Empfängers übergeht. Die Abgabe des Versprechens ist analog zur Sach-

¹³ Die Argumentation Grotius' schliesst an seinen berühmten Satz in den Prolegomena, *etiamsi daremus, ... non esse Deum* (prol. 11). Die ersten Sätze, zu denen auch die Versprechensbindung gehört, sind evident: *ad notiones quasdam tam certas, ut eas nemo negare possit, nisi sibi vim inferat. Principia enim eius iuris, si modo animum recte advertas, per se patent atque evidentia sunt* (prol. 39).

¹⁴ HUGO GROTIIUS, *De Jure Belli ac Pacis*, 1680, I.II, c.XI und I.II, c.XII (cit DJBP); SAMUEL PUFENDORF, *De Jure Naturae et Gentium*, 1726, I.III, c.V und I.III, c.VI. CHRISTIAN WOLFF, *Grundsätze des Natur und Völkerrechts*, 1754, Ges.Werke tome 19 (éd.Thomann), § 377 ss. K.P. NANZ, *Vertragsbegriff* (zit. Anm. 5), S. 135.

übertragung zu verstehen. So wie die *alienatio* ein absolutes Recht, nämlich Eigentum, überträgt, geht in der Versprechensabgabe ein absolut bindendes Versprechen auf den Empfänger über¹⁵.

Zur Sachübereignung, zur *alienatio*, bedarf es vom naturrechtlichen Standpunkt aus, wie Grotius darlegt, lediglich des annehmenden Konsenses¹⁶. Der Versprechensvertrag wird mit der *acceptatio* gültig. Mit ihr erwirbt der Annehmende das abgegebene Versprechen, die *pollicitatio*. Ob sich das Versprechen auf eine *datio*, eine Sachverfügung, oder auf ein *facere*, eine Dienstleistung bezieht, macht grundsätzlich keinen Unterschied. Unterschiedlich ist lediglich das erworbene Recht, im ersten Fall verschafft es, dem Konsensprinzip gemäss, Eigentum an der Sache, im zweiten Fall ein vertragliches Schuldversprechen, dessen Erfüllung der Erwerbende rechtlich fordern kann: *nam in hoc alienandi et promittendii par est ratio, jure quidem rationali* (Grotius, DJBP II,6,2).

Fassen wir den gesamten Versprechensvorgang der *pollicitatio*, *promissio* und der *alienatio-acceptatio* zusammen, so wird die eigenartige Doppelstruktur des Versprechensvertrages sichtbar: der Vertrag beruht auf einem doppelten Konsens, einmal auf dem inneren Konsens, auf der Übereinstimmung zwischen dem, was der Versprechende versprechen will und dem, was er in seinem Versprechen äussert, zum anderen im äusseren Konsens, zwischen dem Versprechenden, der das Versprechen abgibt, und dem Annehmenden, der mit der *acceptatio*, das Versprechen annimmt.

Pufendorf, der Grotius' Vertragslehre erweitert, erwähnt diesen Doppelkonsens ausdrücklich: *ut promissio sit valida, requiri non solum consensum ejus, qui promittit (innerer Konsens), sed et ejus, cui promittitur (äusserer, hinzutretender Konsens)*¹⁷.

¹⁵ HUGO GROTIUS, DJBP II, XI § 4 : ... *nam quomodo dicitur a iuris consultis nihil esse tam naturale, quam volutatem domini volentis rem suam in alium transferre ratam haberi, eodem modo dicitur nihil esse tam congruum fidei humanae quam mea quae inter eos placuerunt servare*. Grotius stützt sich gewiss auf die bekannten Fragmente D.2,14,7,1 et 2 et Inst.2,1,40. Die Analogie zwischen der Sachübereignung und Versprechensübereignung stammt von ihm.

¹⁶ Für HUGO GROTIUS, DJBP II, VI § 1 und 2 gilt vom naturrechtlichen Standpunkt aus das Konsensprinzip auch hier beim Vertragsabschluss. Der innere Wille bedarf der äusseren Erklärungszeichen, die im positiven Recht besonders, etwa in der Form der Stipulation, geregelt sind. Für das Naturrecht kann der Wille beliebig geäussert und angenommen werden, der Konsens genügt, analog zur Eigentumsübertragung die als Rechtsübertragung ebenfalls nur des geäusserten und angenommenen Willens bedarf. Besitzübertragung oder andere Erfordernisse sind Vorschriften des positiven Rechts. KARL OLIVECRONA, The concept of the right according to Grotius and Pufendorf, in: Festschrift Germann, 1969, S. 175 ff.; F.WIEACKER, Die vertragliche Obligation bei den Klassikern des Vernunftrechts, in: Festschrift Welzel, 1974, S. 7 ff. (17); K.P.NANZ, Vertragsrecht (zit. Anm. 5) 148. Skeptisch zum Konsensprinzip bei Grotius und Pufendorf aber EUG. BUCHER, Die Eigentums-Translativwirkung von Schuldverträgen: Das «Woher» und «Wohin» dieses Modells des Code civil, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP) 3 (1998), S. 615 ff.

¹⁷ SAMUEL PUFENDORF, *Ius naturae* I.III, c.VI, § 16. Es handelt sich nicht um die Summierung der inneren Konsense des Versprechenden und des Annehmenden. Der Konsens des Annehmenden, *cui promittitur* setzt voraus, dass ihm das Versprechen angetragen wird und der Konsens zwischen dem *qui pro-*

Der innere Konsens bildet den Kern des Versprechens, ohne den ein Vertrag gar nicht entstehen kann. Ein Versprechen, das etwas voraussetzten würde, was nicht besteht, ist nichtig, weil der Versprechende in sein Versprechen nicht eingewilligt hätte, hätte er die vorausgesetzte Wirklichkeit gekannt: *omnino promissor non consentit in promissum, nisi sub quadam conditione, quae re ipsa non existit* (Grotius, DJBP, II, 11 § 6, 2). Pufendorf hebt diesen inneren Konsens besonders hervor: *Cum per promissa et pacta regulariter libertas nostra constringatur, nobisque aliquod onus conciliet, dum necessario jam est praestandum, quod antea in nostro erat arbitrio positum, facere an omittere vellemus; nulla proprii ratio est, quare quis de ejusmodi onere deinceps sustinendo recte conqueri nequeat, quam quia in illud ultro consensit, suoque sibi arbitrio arcessivit, quod repudiare penes ipsum erat* (De Iure Naturae et Gentium, III, VI, § 1).

Die *acceptatio* hingegen betrifft gerade nicht diesen inneren Konsens, sondern tritt von aussen her als rechtliche Geltungsbedingung zum Versprechen hinzu, das *ab acceptatione* wirksam ist¹⁸.

Die Verdoppelung in einen inneren Versprechenskonsens und in einen äusseren Übertragungskonsens, nötigt dazu, innerhalb des Willensakts zwischen einem Willen, der sich auf ein Versprechen festlegt, und einem Willen, der dieses Versprechen an den Versprechensempfänger abgeben will, zu unterscheiden, oder, in der naturrechtlichen Terminologie, zwischen einem Selbstbindungsakt im Versprechen, in der *pollicitatio*, und in einen Übertragungsakt des Versprechens, in der *alienatio*. Liegt der hinreichende Grund des ersten Willensaktes im Willen, sich selbst zu binden, so bedarf der zweite Willensakt einer zusätzlichen Motivation oder einer *causa*, welche die Übertragung der *particula libertatis* rechtfertigt.

Hier eröffnet sich auch der eigentliche Sinn der *causa*: sie ist nicht der Grund für den Bestand des Versprechens, die *pollicitatio* bedarf keiner zusätzlichen *causa*, für sie genügt das Willensvermögen, sich selbst zu binden, wohl aber bedarf die Abgabe des Versprechens, die *alienatio*, wie jeder Rechtsübertragungsakt, einer Uebertragungscausa, die als *causa transferendi* den Übergang des Versprechens in die Hand des Annehmenden rechtfertigt¹⁹.

mittit und dem *cui promittitur* zustande kommt. Dazu auch K.P.NANZ, Vertragsbegriff (Fn. 5) S. 153; R. ZIMMERMANN, PH. HELLWEGE, Belohnungsversprechen: «*pollicitatio*», «*promise*» oder «*offer*»? Schottisches Recht vor dem Hintergrund der europäischen Entwicklungen, Zeitschrift für Rechtsvergleichung (ZfRV) 39 (1998), S. 133 ff.

¹⁸ S.PUFENDORF, *Ius naturae* I.III, c.VI, § 15: *ab acceptatione*. K.P.NANZ, Vertragsrecht (zit Anm. 5) S. 153 f.

¹⁹ Grotius wendet sich gegen die Lehre Connanus, nach der für ein gültiges *pactum* eine synallagmatische Verpflichtung nötig sei. Für Grotius hingegen braucht es für ein wirkliches (*deliberatum*) *pactum* keiner *causa*. Einer *causa* bedarf es aber zur Uebertragung des Versprechens, um die Rechtsübertragung zu rechtfertigen: *Quaeri solet an promissio facta ob causam naturaliter vitiosam ipsa natura valeat*, GROTIUS DJBP I.c. § 9. Klarer drücken sich Domat und Pothier aus. JEAN DOMAT, Les loix civiles selon leur ordre naturel, 1745, tom. 1, I, 1, 5-9. Besser ROBERT-JOSEPH POTHIER, Traité des obligations,

Das Naturrecht kennt hierfür nur zwei *causae* : entweder will der Versprechende eine Gegenleistung erhalten oder er will einen Akt reiner Liberalität vollziehen. Verfehlt ist es, in der *causa* einen Ersatz des objektiven Vertragstyps zu sehen, denn in naturrechtlicher Sicht haben die Nominatkontrakte insgesamt ihre zwingende Verbindlichkeit verloren ; die Gültigkeit des Vertrages beruht auf dem Willen der Kontrahenten, die ihre Vertragszwecke frei setzen können. Die Nominatverträge gelten seither kraft des vertraglichen Willens, der den Vertrag frei wählt und in Geltung setzt. Ist der Vertragszweck im Versprechen fixiert, so bedarf es lediglich der Übertragung des Versprechens an den Empfänger, und nur für diese Übertragung ist eine *causa* erforderlich : die *causa* als Erwartung einer Gegenleistung oder die *causa* einer erlaubten Freigebigkeit. Diese *causae* sind aber keine *causae promittendi*, sondern *causae transferendi*.

Die abgegriffene Lehre vom *pactum vestitum* und *nudum*, ebenso wie die verschwommene *aequitas canonica* waren nicht imstande, dem Vertragsabschluss die erforderliche Kohärenz zu geben. Die Neukonstruktion war dem Naturrecht vorbehalten, das – mit dem ihm eigenen *esprit géométrique* – einen klaren Aufbau der vertraglichen Willensbildung und eine allgemeine Figur des Konsensualvertrages schuf. Statt die Verträge nach ihren Zwecken zu typisieren, analysieren die Naturrechtslehrer die Struktur der Willensakte, gliedern stufenweise den Vorgang der Willensbildung und konstruieren den Vertragsabschluss als Rechtsübertragungsakt, der das Versprechen vollendet. Daraus ergibt sich ein allgemeines, für alle Verträge gültiges Modell, dessen Substrat die Willensakte selbst sind : der freie Wille, der schrittweise über das gefestigte Versprechen den Vertrag begründet.

Diese allgemeine Vertragsfigur relativierte den Vertragstypenzwang : Kauf, Miete, Gesellschaft usw., gehören dem dispositiven Recht an und stehen als besondere Vertragsarten zur freien Verfügung. Die alte Gliederung wurde denn

ed.1824, I, ch. 1, § vi, n° 42 : *Tout engagement doit avoir une cause honnête. Dans les contrats intéressés, la cause de l'engagement que contracte l'une des parties, est ce que l'autre partie lui donne ou s'engage de lui donner, ou le risque dont elle se charge. Dans les contrats de bienfaisance, la libéralité que l'une des parties veut exercer envers l'autre est une cause suffisante de l'engagement qu'elle contracte envers elle.*

Grotius bekämpft die Lehre des Connanus, weil dieser dem *pactum* eine *causa* unterlegen will und sie mit dem *Synallagma* gleichsetzt. Naturrechtlich braucht nach Grotius das Willensversprechen keine weitere *causa*. Nur die Übertragung des *signum volendi*, der Versprechensübertragung, bedarf einer *causa*, einer redlichen Ursache, denn der Versprechensabgabewille muss redlich sein. Dies zeigt sich deutlich in den Ausführungen Grotius' zum sittenwidrigen Versprechen : *Quaeri solet an promissio facta ob causam naturaliter vitiosam ipsa natura valeat*, GROTIUS, DJBP II cap. 1, § 9. Das Versprechen ist schwebend gültig und kann, wenn es aus sittenwidrigen Motiven abgegeben wurde, nichtig sein. Auch im Falle der veränderten Vertragsgrundlage kann dem Versprechen die *materia*, der Inhalt oder die *causa*, der Abgabezweck, entfallen : *ut materia aut causa cessaret*, GROTIUS, II c.16 § 25,2. Dazu auch K. LUIG, Causa und Innommatvertrag in der Vertragslehre zur Zeit des Naturrechts, in : Causa e contratto (zit. Anm. 3), S. 227 ; ferner J. CH. VAN OVEN, Hugo Groot's « Inleiding » als Lehrbuch des römischen Rechts, in : Gedächtnisschrift Koschaker, 1, 1954, S. 280.

auch bald aufgegeben und nach den neuen Gesichtspunkten zusammengesetzt, die im Code civil sogar der gesetzlichen Systematisierung dienten: einseitige, zweiseitige, kommutative, belastende, aleatorische usw. Das klassische Modell ist und bleibt fortan der translativ Versprechensvertrag, der in allen Lehrbüchern unter den Abschnitten *De promissis* und *De contractibus* behandelt wird.

Ein Blick auf die drei grossen Kodifikationen: das Preussische Allgemeine Landrecht, der Code Napoléon und das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch für die österreichischen Erblande, stellt klar, dass das neue Modell in Gesetzbuch und Lehre unbestritten das Feld behauptete.

2.2. Das Versprechensmodell in den naturrechtlichen Kodifikationen

2.2.1. Das preussische Allgemeine Landrecht

Das ALR definiert den Vertrag in I, 5, § 1: *Die wechselseitige Einwilligung zur Erwerbung oder Veräusserung eines Rechtes, wird Vertrag genannt.* Daran anschliessend führt das Gesetz die beiden Elemente ein, die zum Abschluss des Vertrages notwendig sind, das Versprechen einerseits und die Annahme eines gültigen Versprechens andererseits.

Das Versprechen wird in I, 5, § 2 ff geregelt. Die Regelung setzt mit der Definition des Versprechens ein: § 2: *Die Erklärung einem Andern ein Recht übertragen, oder eine Verbindlichkeit gegen denselben übernehmen zu wollen, heisst Versprechen.* Es folgt hierauf der detaillierte Erklärungsvorgang. In I, 5 § 79 fährt das Gesetz mit der Regelung der Annahme fort: *Zur Wirklichkeit eines Vertrages wird wesentlich erfordert, dass das Versprechen gültig angenommen werde und bezüglich der Annahme gilt: I, 5, § 78: Alles was zur Rechtsgültigkeit einer Willenserklärung überhaupt gehört, wird auch zur Gültigkeit der Annahme eines Versprechens erfordert.*

Der von Darjes eingeführte allgemeine Begriff der Willenserklärung ermöglichte es, den Vertragsabschluss neu zu fassen²⁰. Versprechen und Versprechensannahme sind nun beides gleichwertige Erklärungen, deren Vereinigung den Vertrag zustande bringt: *identitas voluntatum in aliquo negotio effectui dando* ... Darum fasst das ALR Versprechen und Annahme unter dem gemeinsamen Titel « *Von den Willenserklärungen* » zusammen. Der Akt der Annahme steht

²⁰ J.G.DARJES, *Institutiones Iurisprudentiae Universalis*, § 397 zit. nach K.P.NANZ, Vertragsrecht (zit. Anm 5), S. 179, Anm. 65. G.C. SUAREZ, Vorträge über Recht und Staat (zit. Anm. 22): Willenserklärungen sind also eine der Hauptquellen aus welchen bürgerliche Rechte und Verbindlichkeiten entspringen ... Die Willenserklärungen, durch welche Rechte erworben und an andere übertragen werden können, (werden) in Verträge und Testamente eingeteilt.

symmetrisch zum Akt des Versprechens und untersteht den gleichen Bestimmungen.

Trotz der Einführung der neuen Figur der Willenserklärung behält das ALR das translativ Versprechensmodell bei, denn der Vertragsabschluss besteht auch weiterhin aus der Übertragung und der Aneignung des gültigen Versprechens. In seinen Kronprinzen-Vorträgen erklärt Gottlieb Suarez ausdrücklich²¹ : *wenn jemand einem anderen etwas von dem Seinigen, es sei eine Sache oder ein Recht, eine Handlung oder eine Unterlassung, verspricht, und der andere das Versprechen annimmt, so ist unter ihnen ein Vertrag vorhanden. Versprechen und Annahme machen also das Wesen eines Vertrages aus.* Gottl. Suarez wiederholt im Grunde die geläufige Formel Ch.Wolffs, dessen Autorität unbestritten war: *Declaratio haec voluntatis de quodam alteri praestando, conjuncta cum iure a se exigendo, ut praestatur, in ipsum translatione, Promissio dicitur*²².

2.2.2. Der Code Napoléon

Der Code civil definiert den Vertrag in den Artikeln 1101 und 1108. Art. 1101 umschreibt den Vertrag mittels einer aus Digestenstellen (Ulpianus D 2,14,1,2; Paulus D 44,7,3 pr) gewonnenen, von Domat und Pothier umgesetzten Formel als *convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose*. Art. 1108 stellt die Vertragsbedingungen auf, die für die Gültigkeit des Vertrages erfüllt sein müssen: *Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : le consentement de la partie qui s'oblige ; sa capacité de contracter ; un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; une cause licite dans l'obligation*.

Der in beiden Artikeln angesprochenen Konsensbegriff spricht von Verschiedenem. In Art. 1101, dem Eingangsartikel des 1. Kapitels: *Dispositions préliminaires zum Titre troisième, Des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, wird der Willenskonsens als *convention* bezeichnet, welche die Parteien im vertraglichen Leistungsverhältnis verbindet. *Convention* bezieht sich auf den äusseren Willenskonsens, der den Vertrag entstehen lässt. Daran schliessen sich die weiteren Vertragseinteilungen der art. 1102 bis art. 1107, die samt und sonders, sogar in der gleichen Reihenfolge, Pothiers *Traité des obligations*, art. II, *Division des contrats*, n° 9-15, entnommen sind.

Art. 1108 eröffnet das zweite Kapitel: *Des conditions essentielles pour la validité des conventions*. Er nennt die inneren Konsensbedingungen, die ein gültiger

²¹ G.C. SUAREZ, Vorträge über Recht und Staat (Conrad/Kleinheyer, her. 1960), III, S. 270.

²² CH.WOLFF, Institutiones § 379, Hauptsächlich steht das preussische ALR unter dem Einfluss von Ch. Wolffs, dazu K.P.NANZ, Vertragsbegriff, (zit. Anm. 5) S. 178 ss; A.SOMMA, Autonomia privata e struttura del consenso contrattuale, 2000, 100 ff, F.WIEACKER, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl., 1967, S. 327 ss.

Vertrag voraussetzt: *le consentement de la partie qui s'oblige*, die Uebereinstimmung des inneren Willens mit dem Versprechen, die subjektive Handlungsfähigkeit des Versprechenden, einen bestimmten Versprechensinhalt und eine cause, den Willen, das Versprechen zu übertragen. Folgerichtig ist der auf art. 1108 folgende Abschnitt, arts. 1109-1110, dem inneren Konsenses gewidmet, in dem die Fälle des mangelnden Konsenses geregelt werden.

Vorarbeiten, Vorentwürfe wie auch die definitive Redaktion folgen ohne Zweifel Pothiers *Traité des obligations*²³. in §2: *En quoi le contrat differe-t-il de la pollicitation*, wendet sich Pothier der Erläuterung der *pollicitation* zu und verweist dabei ausdrücklich auf Grotius, ... *La Pollicitatio est la promesse qui n'est pas encore acceptée par celui à qui elle est faite: Pollicitatio est solius offerentis promissum; l.3 ss de Pollicitat.*

Der Abschnitt verdient es wörtlich zitiert zu werden:

La pollicitation, aux termes du pur droit naturel, ne produit aucune obligation proprement dite; et celui qui a fait cette promesse peut s'en dédire tant que cette promesse n'a pas été acceptée par celui à qui elle a été faite, car il ne peut y avoir d'obligation sans un droit qu'acquiert la personne envers qui elle est contractée, contre la personne obligée. Or, de même que ne ne puis pas par ma seule volonté transférer à quelqu'un un droit dans mes biens, si sa volonté ne concourt pour l'acquérir, de même ne ne puis pas par ma promesse accorder à quelqu'un un droit contre ma personne, (Grotius, DIP I, 2c. § 11, 8,3).

Die Unterscheidung zwischen innerem und äusserem Konsens könnte nicht deutlicher ausfallen. Der äussere Konsens bedarf der Mitwirkung des Vertragspartners, der das Versprechen entgegennimmt. Die Übernahme erfolgt in Analogie zur Eigentumsübertragung. Den inneren Konsens umschreibt Pothier als *pollicitation*, als einseitigen Akt, der nach aussen keine Wirkung entfaltet. Zur äusseren Geltung bedarf es des *engagement*, in dem über das Versprechen (*promesse*) hinaus der Übertragungswille des Versprechenden effektiv wird.

Auch in der Lehre von der *cause* ist Pothier federführend. Von ihm stammt der Begriff der *cause licite* des art. 1108 und auch für ihn ist die *cause* das Worumwillen der Übertragung, die nur zwei Gründe zulässt: die Gegenleistung oder die reine Freigebigkeit, *la libéralité*: *Tout engagement doit avoir une cause honnête. Dans les contrats intéressés, la cause de l'engagement que contracte l'une des parties, est ce que l'autre partie ou donne ou s'engage de lui donner, ou le risque dont elle se charge. Dans les contrats de bienfaisance, la libéralité que l'une des parties veut exercer envers l'autre est une cause suffisante de l'engagement qu'elle contracte avec*

²³ J.-R. POTHIER, l.c. Die Anlehnung an Pothier geht auch aus den Entwürfen hervor, vgl. Art. 710: *La promesse d'un seul non acceptée n'est point une convention* und die Erklärung J.-J. CAMBARCÈRES, P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*. Tome I, Paris 1856, Discours préliminaire, Messidor an IV, S. 169): *Par le contrat ou la convention, dit Pothier, deux personnes, réciproquement ou seulement l'une des deux, promettent et s'engagent ou de donner ou de faire, ou de ne pas faire quelque chose.*

elle. Eine Versprechensabgabe aufgrund einer falschen oder unerlaubten *cause* ist nichtig und führt folgerichtig zu einer *condictio sine causa*, mit der die erbrachte grundlose Leistung zurück gefordert werden kann²⁴.

2.2.3. Das österreichische Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch § 861

Der Vertragsregelung des österreichischen ABGB folgt ebenfalls dem naturrechtlichen Modell. Der Wortlaut des § 861 ABGB verwendet die Begriffe des Versprechensvertrages: *Wer sich erklärt, dass er jemandem sein Recht übertragen, das heisst, dass er ihm etwas gestatten, etwas geben, dass er für ihn etwas tun oder seinetwegen etwas unterlassen wolle, macht ein Versprechen; nimmt aber der andere das Versprechen gültig an, so kommt durch den übereinstimmenden Willen beider Teile ein Vertrag zustande. Solange die Unterhandlungen dauern, und das Versprechen noch nicht gemacht oder weder zum voraus, noch nachher angenommen ist, entsteht kein Vertrag.*

Der Text des § 861 findet sich erstmals im Vorentwurf des WGG (Westgalizisches Gesetzbuch), vorgelegt von Anton von Martini. Die von seinem Schüler Franz v. Zeiller geleitete Kommission übernahm den Text ohne Änderung²⁵.

Der Paragraph gliedert sich in zwei Teile: der erste Teil definiert das Versprechen, der zweite Teil gilt der Abgabe und Annahme des Versprechens, die, der späten naturrechtlichen Vorstellung gemäss, den übereinstimmenden Willen beider Parteien verlangt.

Über diesen Paragraphen gibt der Kommentar Zeillers Bescheid²⁶: *Das Vertragsrecht lässt sich aus dem Eigentumsrechte erklären. Der Eigentümer hat das Recht, frei über sein Eigentum zu verfügen, er kann sich seiner (körperliche oder unkörperlichen) Sache unbedingt begeben (sie verlassen), oder nur bedingt, dass sie auf eine andere Person übergehen soll, das heisst, er kann sie auf eine andere Person übertragen. Die Erklärung des Willens, eine Sache auf den andern zu übertragen, oder ihm etwas zu leisten nennt man ein Versprechen.*

²⁴ Siehe dazu: Le mouvement des codifications en Europe: L'exemple de la formation du système du code civil français comme code, in diesem Band.

²⁵ OFNER, Der Ur-entwurf und die Beratungs-Protokolle des Österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches, 1898, t.2, S. 5 s. voir K.P.NANZ, Vertragsbegriff, (zit. Anm. 5) S. 183 ss; A.SOMMA, l.c., S. 117 s. In den Lehrbuch K.A.v.MARTINIS, Lehrbegriffe des Natur-Staats und Völkerrechtes, 1783-84, éd. Aalen 1969, findet man die Vorlage dieser Definition, § 148: Versprechen heisst, einem andern seinen Willen erklären, dass man etwas leisten, das ist, geben, tun, oder nicht tun wolle. Annehmen aber, seinen Willen erklären, die versprochene Sache, als die Seinige erkennen zu wollen. Ein angenommenes Versprechen heisst Vertrag. Folglich ist in einem Verträge die Übereinstimmung oder Gleichförmigkeit zweener Willen auf das Nämliche.

²⁶ FRANZ V. ZEILLER, Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten Deutschen Erbländer der Österreichischen Monarchie, Bd. 3, Wien 1812, § 861, n. 1.

Die Übernahme des Versprechens erläutert Zeiller im §94 seines Lehrbuches²⁷. Die Parallele zur Sachübertragung wird darin offen angesprochen. Zeiller scheut sich nicht, die Lehre von *Titulus* und *Modus* auf die Versprechensüber-eignung zu übertragen: *Indem der Versprecher unter der Voraussetzung der Annahme zu Gunsten des Promissars, (dem versprochen wird) seinem Rechte entsaget ; so wird es diesem rechtlich möglich, den versprochenen Gegenstand zu erwerben. (Volenti non fit iniuria). Durch die Annahme erklärt er, dass er ihn auch wirklich in seinen rechtlichen Wirkungskreis aufnehme; folglich wird der Gegenstand rechtlich erworben. Das Versprechen ist also der Möglichkeitsgrund und die Annahme ist die Art, wodurch mittelbar (oder ableitend) ein Recht erworben wird.*

Gewiss, die moderne österreichische Lehre hat sich von dieser Betrachtungsweise längst gelöst. Die Übernahme des pandektistischen Vertragsmodells im 19. Jahrhundert und der Überwindung des altösterreichischen Naturrechts durch das Pandektenrecht, in der Glanzzeit Ungers, Exners, Strohals, u. a. m.²⁸, haben dieses Umdenken ermöglicht. Seither steht der dem naturrechtlichen Modell folgende Art. 861 zwar noch immer im ehrwürdigen ABGB, aber der Gesetzestext hindert nicht daran, ihn pandektistisch zu verstehen. Dieser Wechsel ist heute so selbstverständlich, dass ihn die moderne österreichische Zivilrechtslehre nicht mehr zur Kenntnis nimmt.

3. Das Vertragsmodell der vereinigten Willenserklärungen (Willenseinigungsmodell)

3.1. Die Lehre F.C.v.Savigny's

Die schroffe Ablehnung der Naturrechtslehre durch die Historische Rechtsschule betrifft auch die Vertragslehre. Das translativ Versprechensmodell musste ihr als eine Verzerrung des vertraglichen Konsenses erscheinen. Der Vertrag ist kein Rechtserwerbsgeschäft, sondern begründet ein Rechtsverhältnis und dieses Rechtsverhältnis entsteht aus der Vereinigung der gegenseitigen Willenserklärungen: *Vertrag ist die Vereinigung Mehrerer zu einer übereinstimmenden Willenserklärung, wodurch ihre Rechtsverhältnisse bestimmt werden. – Er unterscheidet sich als einzelne Art von dieser seiner Gattung (Willenserklärung) durch das Merkmal der Vereinigung mehrerer Willen zu einem einzigen, ganzen un-*

²⁷ FRANZ V. ZEILLER, Das natürliche Privat-Recht, Wien 1802, S. 100.

²⁸ Zum Einfluss der Historischen Rechtsschule auf das österreichische Privatrecht : F. GSCHNITZER, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 2. Auflage, 1992, S. 22 ff.; U. FLOSSMANN, Österreichische Privatrechtsgeschichte, 1983, S. 206.

*geteilten Willen, anstatt dass die Willenserklärung überhaupt auch von einer einzelnen Person ausgehen kann*²⁹.

Savignys verbindet die Vertragselemente zu einer neuen Einheit. Kern des Vertrages ist der gemeinsame Wille, in dem sich die Erklärungen der Parteien vereinigen. Das vertragliche Rechtsverhältnis entsteht aus der Fusion dieser komplementären Willenserklärungen, welche die Figur des Versprechens, die *promissio-pollicitatio* des Naturrechts ersetzen.

Weil der Vertrag auf der Einigung in einem einzigen, ganzen, ungeteilten Willen beruht, lässt er sich nicht in das Leistungsversprechen, die *pollicitatio*, und dessen Abgabe und Annahme aufteilen. Die beidseitigen Willenserklärungen unterscheiden sich nur darin, dass die eine Partei den Vertragsabschluss anbietet, die andere diesen annimmt. Ob diese Erklärungen vom Schuldner oder vom Gläubiger ausgehen, spielt für die Einigung keine Rolle.

Entfällt somit die translative Funktion der Versprechensabgabe, so bedarf es auch keiner Übertragungscausa mehr. Es ist die Willenseinigung, die den Vertrag entstehen lässt und dieser gemeinsame Wille ist sich selbst *causa* genug. Hinfällig wird ebenso die Analogie zwischen Eigentumsübertragung und Versprechensübertragung. Die Parteien gestalten einverständlich und frei ihr Vertragsverhältnis, in dem der eine die Stellung des Schuldners, der andere die des Gläubigers einnimmt³⁰.

Gewiss erzeugt das Vertragsverhältnis Schuldforderungen, die, sofern sie Vermögensrechte betreffen, der Schuldner dem Gläubiger zuwendet. Nur in diesem sekundären Sinn sind auch Forderungen als Vermögenszuwendungen zu betrachten. Zuwendungen bedürfen eines Grundes, *donandi, credendi, solvendi causa*, die aber, sagt Savigny, in der römischen Stipulation, weil sie formgebunden war, nicht in Erscheinung traten. Beim formfreien Vertrag hingegen sind es gerade sie, die als subjektive *causae* die Mehrung des Gläubiger- und Minderung des Schuldnervermögens rechtfertigen. In der Regel ist die subjek-

²⁹ F.C. v. SAVIGNY, System, 3 308. Zur Bedeutung des Begriffs Rechtsverhältnisses für Savignys Vertragsbegriff H. KIEFNER, Das Rechtsverhältnis. Zu Savignys System des heutigen römischen Rechts: Die Entstehungsgeschichte des § 52 über das Wesen der Rechtsverhältnisse, in: Festschrift Coing, Bd. 1, 1982, S. 149; auch O. BEHREND, Geschichte, Politik und Jurisprudenz in F.C. v. Savignys System des heutigen römischen Rechts, in: Römisches Recht in der europäischen Tradition. Symposium aus Anlass des 75. Geburtstages von Franz Wieacker, 1985, S. 257 ff.

³⁰ Dies bedeutet keineswegs das die Vertragscausa entfällt, sondern lediglich, dass der gemeinsame Vertragswille selbst die *causa sui* ist. Selbstverständlich schafft ein blosser Wille keinen Vertrag, dazu bedarf es eines rechtlichen Willens, dessen Bildung den rechtlichen Regelungen unterworfen ist, die schliesslich in die Gesetzesbestimmungen eingegangen sind. Natürlich verzichtet das pandektistische Modell auf eine äussere *causa*, der Vertrag beruht auf dem Willen, der als selbständiger Rechtsgrund, als *causa sui*, anerkannt wird und als solcher auch die rechtlichen Forderungen begründet. Die *causae* als Nachfahren der festen *nomina contractus* hatte schon das Naturrecht aufgegeben, wie Pothier zu recht vermerkt, an deren Stelle eine vage allgemeine *cause licite et honnête* gesetzt. Sie bedeutet aber nicht mehr als eine *utilité réciproque ou unilatérale de bienfaisance* und wurde nummehr als leere Hülse in das Gesetz aufgenommen. CH. WOLFF, Institutiones § 470, 415, fand sie überflüssig.

tive *causa* der Zuwendung im Vertragswillen enthalten, fällt aber dennoch nicht mit diesem zusammen, denn mit der Zuwendung will der Zuwendende *donandi solvendi credendi causa* dem anderen Vermögen zuwenden, in der vertraglichen Leistung hingegen will er seine Schuldpflicht erfüllen³¹.

Die Konzentration des Vertrages auf die Vereinigung der Willenserklärungen im Konsens gibt ihm eine neue subjektiv bestimmte Grundlage. Wir gehen nicht fehl, diese neue Subjektivität und freiheitliche Willensgestaltung mit dem Geist dieser Epoche zu verbinden. Schlagen wir die Rechtslehre Kants auf, so stellt man einen radikalen Paradigmawechsel fest, der die naturrechtlichen Vorgaben beiseite schiebt: An die Stelle der objektiven naturrechtlichen Pflichtenlehre nach der Art Ch. Wolfs und S. Pufendorfs tritt das subjektive Recht der Freiheit, das einzige dem Menschen kraft seiner Menschheit zustehende angeborene Recht³².

Kants Schrift *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* enthält auch eine neue Lehre vom Vertrag. *Sedes materiae* sind der § 19³³: *Die transzendente Deduktion des Vertrages*, in der Kant auf die apriorischen Bedingungen «jedmöglichen Vertrages» eingeht. Der Abschnitt verdient es, im vollen Sinn angeführt zu werden. In gewissem Sinn ist er das Gegenstück zu Grotius Lehre von den drei Versprechensgraden: *Die transzendente Deduktion des Begriffs der Erwerbung durch Vertrag kann allein diese Schwierigkeit beheben. In einem rechtlichen äusseren Verhältnisse wird meine Besitznehmung der Willkür eines anderen (und so wechselseitig) als Bestimmungsgrund desselben zu seiner Tat, zwar erst empirisch durch Erklärung und Gegenerklärung der Willkür eines jeden von beiden in der Zeit als sinnlicher Bedingung der Apprehension gedacht, wo beide rechtliche Akte immer aufeinander folgen; weil jenes Verhältnis (als ein rechtliches) rein intellektuell ist, durch den Willen als ein gesetzgebendes Vernunftvermögen jeder Besitz als ein intelligibler (possessio noumenon) nach Freiheitsbegriffen mit Abstraktion von jenen empirischen Bedingungen des Mein und Dein vorgestellt; wo beide Akte des Versprechens und der Annehmung, nicht als aufeinander folgend, sondern (gleich als pactum de re*

³¹ F.C.V. SAVIGNY, Das Obligationenrecht, 1851-1853, Neudruck 1987, (§ 78), S. 251: Fragen wir ferner, worin die *causa* oder der Rechtsstoff bestehen kann, der zur Ergänzung der Stipulation (oder eben so unseres *pactum*) hinzutreten muss, so haben wir denselben in einer der drei Klassen zu suchen, auf welche sich alle Vermögenszuwendung zurückführen lassen: *donare, solvere, credere*, und jede Stipulation muss daher, um völlig gültig und wirksam zu sein, geschlossen werden: *donandi causa, solvendi, causa credendi causa*.

³² Zu dieser Frage, vor allen und noch immer wegweisend, H. KIEFNER, Der Einfluss Kants auf Theorie und Praxis des Zivilrechts im 19. Jahrhundert, in: Philosophie und Rechtswissenschaft. 1969, S. 3 ff.

Wirkungsgeschichtlich betrachtet, hat die Frage, wie weit Savigny den kantischen Lehren folgt, sie ablehnt oder von ihnen abweicht, wenig Bedeutung. Sie ist hauptsächlich von biographischem Interesse. Zur biographischen Forschung, siehe die allgemeinen Darstellungen Savignys von Joachim Rückert und Dieter Nörr.

³³ IMMANUEL KANT, Die Metaphysik der Sitten, Erster Teil: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Königsberg 1797, Theorie-Werkausgabe (Weischedel), Bd. 8, S. 383.

initium) aus einem einzigen Willen hervorgehend, welche durch das Wort zugleich ausgedrückt wird, und der Gegenstand (promissum) durch Weglassung der empirischen Bedingungen nach dem Gesetz der reinen praktischen Vernunft als erworben vorgestellt wird.

Gewiss, Kant verarbeitete Material der naturrechtlichen Lehre über das *promissum*, die er seinen Vorlagen, insbesondere Achenwall,³⁴ entnahm. Dies bedingt die eigenartige Terminologie der *Besitznehmung der Willkür* eines anderen. Doch löst Kant die vertragliche Besitznehmung sogleich von der Vorstellung eines sachlichen Übertragungsvorganges nach der Art der *alienatio* ab, denn *die sinnlich Apprehension im nacheinander entspricht nicht der rechtlichen intelligiblen Wirkung, die aus dem gemeinschaftlichen Willen hervorgeht, aus dem dann der Gegenstand in die Gewalt des einen oder andern kommt, weil der eine dem Anteil in dieser Gemeinschaft entsagt und so das Objekt durch Annahme desselben (mithin einen positiven Akt der Willkür) das Seine wird*³⁵.

Was der eine gibt und der andere erwirbt, ist daher nicht die Sache selbst, sondern, wie Kant es ausdrückt, *die Kausalität der Willkür des anderen in Ansehung einer mir versprochenen Leistung, nicht unmittelbar die äussere Sache, sondern eine Tat desselben, dadurch meine Sache in meine Gewalt gebracht wird, damit ich sie zu der meinen mache*. Die vertragliche Obligation ist kein Stück verdinglichter Freiheit, sondern vermittelt ein *persönliches* Recht auf *eine Tat*.

Lassen wir hinter der alten Terminologie das Neue hervortreten, so erscheint an der ersten Stelle der gemeinschaftliche Wille, der als gesetzgebendes Vernunftvermögen, d. h. als freier verbindlicher Wille, den Vertrag wirksam macht. Der Einzelwille der Vertragsparteien fusioniert im gemeinsamen, für beide Parteien gültigen und daher normativen Vertragswillen, aufgrund dessen der eine die Leistung zu erbringen, der andere diese anzunehmen hat. Daher lautet die kantische Definition des Vertrages: *Vertrag ist der Akt der vereinigten Willkür, wodurch überhaupt das Seine des einen auf den anderen übergeht*³⁶.

Diese komplizierte Deduktion vereinfacht Savigny in juristische Begriffe, die dem neuen Modell eine praktikable Gestalt verleihen. Der gemeinschaftliche Wille ist der eigentliche Grund des Vertrages, er bestimmt normativ die Vereinigung der Willenserklärungen zu einem Vertragsverhältnis. Der Vertrag regelt das vertragliche Handeln als frei eingegangene Bindung zwischen den Parteien³⁷.

³⁴ IMM.KANT (zit. Anm. 30) § 18, S. 383.

³⁵ So IMM.KANT (zit. Anm. 30) § 20, S. 385: Besitz der Willkür eines anderen als Vermögen, sie durch die meine nach Freiheitsgesetzen zu einer gewissen Tat zu bestimmen.

³⁶ IMM.KANT (zit. Anm. 30) § 18, S. 383.

³⁷ Der Grund der vertraglichen Obligation ist daher das Rechtsverhältnis, in der sich die Freiheit des einen einschränkt, die des anderen erweitert, und da dieses Verhältnis sich auf das Vermögensrecht bezieht,

Es ist offensichtlich, dass der translativ Versprechensvertrag dafür nicht mehr als Modell dienen kann. Die Lehre vom Versprechen weicht der Lehre von der Willenserklärung; an die Stelle der Versprechensübergabe tritt die Willenseinigung. Der Konsens als *gesetzgebender* d. h. normativer Wille bedarf keiner translativen causa, sondern besteht direkt in der Willenseinigung.

Erst im Rahmen dieses Rechtsverhältnisses materialisieren sich die Pflichten und Rechte des Vertragspartners: ... *wollen wir uns ... ein besonderes Rechtsverhältnis denken, welches in der Herrschaft über eine fremde Person, ohne Zerstörung ihrer Freiheit, besteht, so dass es dem Eigentum ähnlich, und doch von ihm verschieden ist, so muss die Herrschaft nicht auf die fremde Person im Ganzen, sondern nur auf eine einzelne Handlung derselben bezogen werden; diese Handlung wird dann als aus der Freiheit des Handelnden ausgeschieden und unserm Willen unterworfen gedacht*³⁸.

Der Erwerb der vertraglichen Pflicht des Schuldners durch den Gläubiger erfolgt in der einverständlichen Einräumung der Herrschaftsgewalt über ein bestimmtes Handeln und das Abhängigkeitsverhältnis, das jeder Obligation innewohnt, ist zugleich in der gemeinsamen Willenseinigung aufgehoben, die als normativer Wille dem vertraglichen Rechtsverhältnis Geltung verleiht. Darin liegt die Bedeutung des von Savigny so eindrücklich hervorgehobenen gemeinschaftlichen Willens: *das Merkmal der Vereinigung mehrerer Willen zu einem einzigen, ganzen ungeteilten Willen*. Freilich setzt dies voraus, dass die Willenserklärung auch den wirklichen Willen jeder Partei zum Ausdruck bringt, denn anders kann sich überhaupt kein gemeinschaftlicher Wille bilden. *Dann entsteht, sagt Savigny, ein Widerspruch zwischen dem Willen und der Erklärung, aus dieser geht der falsche Schein des Willens hervor, und das ist es, was ich die Erklärung ohne Willen nenne*³⁹.

Die pandektistische Lehre hat dies erkannt und die Willenseinigung zum Wesensmerkmal des neuen Vertragsmodells erhoben. *Der Vertrag ist nicht nur Willensübereinstimmung, er ist Willensvereinigung*, schreibt Windscheid (Pandektenrecht I, § 69 N. 2), und Regelsberger verschärft dies noch mit dem Zusatz: *Man kann sagen durch den Zusammenschluss der Willen entsteht ein neuer Wille, der Vertragswille* (Pandekten, § 149 I 1)⁴⁰. Das Besondere des Vertrages liegt da-

zwingt diese Beziehung den einen zur Leistung und gibt dem anderen das Recht, diese klageweise zu fordern. Siehe auch F.C.V.SAVIGNY, System, 1, S. 339 und ebenso DERS., Das Obligationenrecht, S. 4.

³⁸ F.C.V.SAVIGNY, System, 1. § 52 Das Wesen der Rechtsverhältnisse, 331 ff. Obwohl Savigny den Begriff der Privatautonomie meidet, siehe H.KIEFNER, Der Einfluss Kant sauf Theorie und Praxis des Zivilrechts, (zit. Anm. 33), S. 15 s.

³⁹ F.C.VON SAVIGNY, System, 1, S. 258.

⁴⁰ Dazu die Zitate bei W.FLUME, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd 2: Das Rechtsgeschäft, 4 Aufl., 1992, S. 618, der diese Auffassung bestätigt. Auch, in Staudinger, Kommentar zum BGB, Bd. 1, 11. Aufl., 1957, Vorb. zu §§ 145 ss, n. 1: Das Wesen des Vertrages liegt also in der Einigung. Obschon

rin, dass der vereinigte Wille selbst das Vertragsverhältnis darstellt, und dieser vereinigte Wille ist als das einzig Wirksame zu denken.

Die Distanz zum naturrechtlichen Versprechensmodell nimmt beachtlichere Ausmasse an als man gemeinhin annimmt. Gewiss, beide Modelle kommen darin überein, dass sie, auf den reinen Willenskonsens gestützt, von der römischen Vertragstypenlehre Abstand nehmen. Die *nomina contractus* werden vom allgemeinen Konsensualvertrag abgelöst. In der Struktur und in den Wirkungen des Konsenses hingegen zeigen sich Unterschiede.

Im Gegensatz zum Vereinigungsmodell ist der naturrechtliche Vertrag ein translatives Rechtserwerbsgeschäft: der Konsens verschafft den Erwerb des Rechtes. Vertrag ist selbst ein Rechtserwerbsgeschäft, das die Einführung eines besonderen Verfügungsgeschäftes überflüssig macht.

Nach dem Vereinigungsmodell hingegen stellt der Vertrag nur ein Rechtsband her, ein reines *iuris vinculum*, das unmittelbar Gläubiger und Schuldner zusammenbindet, aber keinen Rechtsübergang bewirkt⁴¹. Gerade weil der Vertragsbindung das übertragende und aquisitive Element fehlt, war Savigny gezwungen einen besonderen dinglichen Vertrag einzuführen, der wie der schuldrechtliche Vertrag auf einem konsensualen Rechtsverhältnis beruht. Die Figur des konsensualen Rechtsverhältnisses gilt nach ihm in gleicher Weise für schuldrechtliche wie für dingliche Verträge.

Soll ein konsensuals Verhältnis ein Recht übertragen, so muss diese Übertragung selbst Gegenstand einer Einigung sein, nämlich, eines Konsenses darüber, dem anderen Eigentum oder ein anderes dingliches Recht übertragen zu wollen. Die äussere Übertragung vollzieht sich, je nach der Art des Rechtes, im Rahmen dieses dinglichen Rechtsverhältnisses, im Falle der Sachübereignung mittels der Tradition, die mit der Besitzübertragung auch den Rechtsübergang vollzieht: *So ist die Tradition ein wahrer Vertrag, da alle Merkmal des Vertragsbegriffes darin wahrgenommen werden: denn sie enthält von beiden Seiten die auf gegenwärtige Übertragung des Besitzes und des Eigentums gerichtete Willenserklärung, und es werden die Rechtsverhältnisse der Handelnden dadurch bestimmt; dass diese Willenserklärung für sich allein nicht hinreicht zur vollständigen Tradition, sondern die wirkliche Erwerbung des Besitzes, als äussere Handlung hinzutreten muss, hebt das Wesen des zu Grund liegenden Vertrags nicht auf.*

Damit hat Savigny den Typus des Verfügungsvertrages eingeführt und ihm zugleich noch die besondere Natur eines abstrakten Vertrages verliehen. In der Tat, der Realvertrag ist abstrakt, weil er, wie Savigny meint, keiner anderen *causa* bedarf als der vertraglichen Willenseinigung zur Eigentums- und Be-

der Vertrag eine Mehrheit von Willenserklärungen fordert, so ist doch ein einheitliches Rechtsgeschäft, nicht die Summe zweier selbständiger korrespondierender Rechtsgeschäfte.

⁴¹ Dazu vortrefflich B. HUWILER, Der Begriff der Zession in der Gesetzgebung seit dem Vernunftrecht; zugleich ein Beitrag zur Entwicklung der vermögensrechtlichen Lehren, 1975, S. 76 und 154.

sitzübertragung. Die Abstraktheit ergibt sich daraus, dass der dingliche Vertrag ebenso selbständig ist wie der Schuldvertrag und Savigny es daher für unnötig hält, dem dinglichen Vertrag kausal an einen Verpflichtungsvertrag zu binden.

Darin liegt der auffälligste Unterschied zur naturrechtlichen Vertragslehre, die kein besonderes Verfügungsgeschäft kennt, weil der Vertrag als Uebereignung einer Sache oder einer *particula libertatis*, in der das «Schulden» enthalten ist, selbst ein acquisitiver Akt der Verfügung darstellt-

3.2. Das pandektistische Vertragmodell : OR Art. 1-17 und BGB §§ 145-157

Das neue Modell verdankt seine beherrschende Stellung vorerst der Lehre und seiner Verbreitung in den Lehrbüchern des Pandektenrechts. Dauerhaften Bestand verliehen ihm alsdann die bürgerlichen Gesetzbücher des 19. Jahrhunderts, die alle der pandektistischen Dogmatik eng verbunden sind. So lautet der Art. 1 des schweizerischen OR: *Zum Abschluss des Vertrages ist die übereinstimmende gegenseitige Willensäußerung der Parteien erforderlich* und bezeugt selbst im Wortlaut, der Savignys Definition nur leicht variiert, diese Uebernahme.

Das BGB enthält bekanntlich keine ausdrückliche Vertragsdefinition. Definitionen sind nicht Sache des Gesetzes, sondern der Lehre, zudem folgt auch das BGB getreu dem Vorbild Savignys, der den Vertrag unter den Oberbegriff der Rechtsgeschäfte stellt. Das BGB widmet ihm im ersten Buch den berühmten dritten Abschnitt «Rechtsgeschäfte».

Die Übernahme des neuen Vertragsmodells zeigt sich dagegen in der neuen Regelung des Vertragsabschlusses: OR Art. 3-17 und BGB §§ 145-157 welche die Vereinigung der Willenserklärungen und die Bindungswirkung des Antrages und der Willenserklärungen zum Hauptgegenstand hat. Der neue Ansatz der punktuellen Willenseinigung – das transzendente *Zugleich* Kants – ist das begleitende Prinzip.

Ausgangspunkt ist die Willenseinigung, die unter Anwesenden sogleich Wirkung erlangt. Die zeitliche und räumliche Distanz dieser Erklärungen verlangt einen gestreckten Erklärungszugang. Ist eine Erklärung zugegangen, so ist sie grundsätzlich solange bindend wie der Prozess der Einigung anhält. Wer einem anderen die Frage stellt, ob er einen Vertrag schliessen will, muss bereit sein, die Antwort abzuwarten; der Austausch der Willenserklärungen ist ein kontinuierlicher Vorgang, ein Zwischenstadium, das so eng wie möglich einem kantischen *Zugleich* anzunähern ist. Hier liegt ein struktureller Unterschied zum naturrechtlichen Modell, das den kritischen Punkt der Bindung auf die Übertragung des Versprechens und daher auf den Augenblick der Ver-

sprechensannahme verlegt. Erst zu diesem Zeitpunkt verfügt der Annehmende über das Versprechen⁴².

Das neue Modell stellt den gemeinsamen Willen in den Vordergrund. Der Vertrag ist ein Akt der Kommunikation, in den die Willenserklärungen der Parteien eingebunden sind. Der Vertrag darf daher nicht in Analogie zur Sachübertragung verstanden werden, weil dann der Übertragungswille und Annahmewille strukturell ein notwendiges Nacheinander und kein Zugleich bilden. Der naturrechtliche Vertrag begründet einen Rechtserwerb, der pandektistische Vertrag dagegen ein Rechtsverhältnis.

4. Der Vorrang des Vertrauensprinzips im Modell der vereinigten Willenserklärungen

4.1. Die Dogmatisierung des Willens und Erklärungsprinzips

Die Lehre Savignys beherrschte das pandektistische Vertragsverständnis während des ganzen 19. Jahrhunderts. Nach Savigny ist die Willenserklärung auf den subjektiven Willen des Erklärenden zu beziehen, denn die Erklärung ist nur gültig, wenn sie den Willen des Erklärenden ausdrückt. Ohne diesen Willen ist sie null und nichtig. *Der Wille muss als das einzig Wichtige und Wirksame gedacht werden*⁴³; dies ist das entscheidende Dogma, das in einer ersten Phase das Feld behauptete. Es braucht nicht zu verwundern, dass eine derartige einseitige Auffassung die entsprechende Gegenposition provozieren musste.

Schon Rudolf von Jhering bedauerte «die Unbilligkeit und praktische Trostlosigkeit», in den die Vertragslehre geraten war⁴⁴. Das blosse Dahinfallen des Vertrages sollte wenigstens durch die *culpa in contrahendo* gemildert werden. Doch diese Milderung reichte nicht bis in den Kern des Problems, das sich hier stellte, nämlich, wie sollte man es rechtfertigen, dass in einem korrekten Vertragsabschluss gegenseitige übereinstimmende Willenserklärungen nur deswegen dahinfallen, weil sie dem subjektiven Willen der einen oder anderen Partei nicht entsprechen. Eine lange unabsehbare Kontroverse erhob sich, die

⁴² Für das Schweizerische OR Art. 3 ss, siehe B.SCHMIDLIN, Berner Kommentar, Vorbemerkungen zu Art 3-10 OR, NN 25 ff.

⁴³ F.C.VON SAVIGNY, System, 3, S. 258: Denn eigentlich muss der Wille an sich als das einzig Wichtige und Wirksame gedacht werden und nur weil er ein inneres unsichtbares Ereignis ist, bedürfen wir eines Zeichens, woran er von anderen erkannt werden könne, und dieses Zeichen, wodurch sich der Wille offenbart, ist eben die Willenserklärung.

⁴⁴ R.V.JHERING, *Culpa in contrahendo* oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen, Jherings Jahrbücher, 4, 1861, S. 1-112, S. 2.

Generationen gelehrter Juristen beschäftigte: Was soll in der Willenserklärung Vorrang haben, die Erklärung oder der Wille?

Die neue Theorie, die Erklärungstheorie, kehrte den in der Willenstheorie etablierten Vorrang des Willens vor der Erklärung um. Das Entscheidende ist für sie die Erklärung, wie sie der Empfänger in guten Treuen verstehen konnte und durfte. Den klassischen Ausdruck fand diese Meinung in der bekannten Formulierung Otto Baehrs: *dass der Erklärende aus der äusseren Erscheinung seines Willens gerade so hafte, als ob er wirklich gewollt habe*⁴⁵.

Was im Zusammenhang mit der weiteren Entwicklung der Vertragsmodelle interessiert, sind nicht die Windungen und Wendungen dieser Diskussion, wichtig ist, dass das pandektistische Vertragsmodell der Willenseinigung niemals in Frage gestellt wurde. Was sich veränderte, war die Bewertung: der Vorrang gehörte fortan dem gemeinsamen Wille, dem Vertragskonsens. Vom Vertrauensprinzip gestützt, stellt der Vertragskonsens die *lex contractus* dar, der sich der innere Wille nicht entgegenzustellen vermag.

4.2. Die Anpassung des Willenseinigungsmodell an das Vertrauensprinzip

Die Diskussion über den Vorrang des Willens oder der Erklärung sind inzwischen verebbt⁴⁶; sie hat einer Auffassung Raum gegeben, die den gemeinsamen, im Vertragskonsens ausgedrückten Willen in die Mitte stellt. Eines steht fest, dem Vertrag eignet eine bipolare Struktur⁴⁷: zum einen bezieht er sich auf den individuellen Willen des Einzelnen, zum andern auf den gemeinsamen Willen im Vertragskonsens. Der Einzelne will sein Ziel nicht nur für sich allein, sondern gemeinsam mit dem Vertragspartner verwirklichen. Beim Vertragsabschluss ist dieser Aspekt sogar vorrangig, denn die Willenserklärungen sind, ihrer Finalität gemäss, auf das Verständnis des Adressaten und auf die Willenskommunikation ausgerichtet. Der Erklärende wendet sich an den Erklärungsempfänger, um diesem verständlich zu machen, was er von ihm will und der Empfänger muss sich darauf verlassen können, dass der Erklärende das meint, was man der Erklärung nach Treu und Glauben entnehmen kann und darf. Folglich soll die Divergenz zwischen dem, was der Erklärende wollte, und

⁴⁵ OTTO BÄHR, Über die Irrungen im Contrahiren, Jherings Jahrbücher 14, 1875, S. 393 ss, S. 400: Wer beim Contrahiren in einer ihm zurechnenden Weise die äussere Erscheinung des Willens hervorruft, so dass der ihm Gegenüberstehende bona fide Rechte daraus zu erlangen glaubt und glauben darf, wird mit seiner Behauptung, dass ihm in Wirklichkeit der entsprechende Wille gefehlt habe, gar nicht gehört. Er haftet aus der Erscheinung des Willens gerade so, als ob er wirklich gewollt habe.

⁴⁶ Zur Diskussion über das Vertrauensprinzip, siehe die Darstellung bei E. KRAMER, Berner Kommentar zu Art. 1, NN 37 ff.

⁴⁷ Dazu die Studie in diesem Band: Die Komplementarität des Vertrauensprinzips und Willensprinzips.

dem, was er erklärt hat, die konsensuale Bindung grundsätzlich nicht verhindern.

Der Vorgang, in dem sich Willenserklärungen zum gemeinsamen Willen vereinigen, bedarf einer Analyse. Auch wenn der gemeinsame Willenskonsens die *lex contractus* bildet, bedeutet dies nicht, dass sich der Wille der einzelnen im gemeinsamen Willen auflösen würde. Zwar haben sie sich diese *lex contractus* selbst und freiwillig auferlegt, jedoch bewahrt jede Partei ihr eigenes Interesse, auch wenn beide ihr Ziel nicht einzeln für sich, sondern gemeinsam über den Vertrag erlangen wollen. Konsens bedeutet nicht die blosse Summierung zweier Erklärungen: Aus den gegenseitigen und übereinstimmenden Erklärungen entsteht, wie Savigny es meint, ein neuer gemeinsamer Wille, der die beiden Willenserklärungen umfasst.

Im Normalfall stimmen der Einzelwille der Parteien und ihr gemeinsamer Wille überein, es herrscht Einhelligkeit, ohne wenn und aber. Der Vertrag gilt im Sinne des wirklichen gemeinsamen Willen, gleichgültig wie immer dieser ausgedrückt wurde. Eine unrichtige Bezeichnungen oder Ausdrucksweise ist nicht zu beachten, weil es auf den wirklichen Willen ankommt, der, wenn er ihnen gemeinsam ist, den Vertrag bestimmt.

Die Vertrauensfrage stellt sich erst dort, wo der Einzelwille des einen oder des anderen mit gemeinsamen Willen beider nicht korrespondieren und daher vom Konsens nicht gedeckt sind. Hier erst entsteht das Dilemma. Welcher Wille ist vorrangig? Unterdrückt man den Willen des Einzelnen, indem man nur den gemeinsamen Willen gelten lässt, so entfällt das, woraus der Gemeinwille entstanden ist. Gibt man aber dem Einzelwillen den Vorrang, so hebt man den gemeinsamen Willen auf und zwar auf Kosten derjenigen Partei, die sich nun in ihrem Vertrauen auf den gemeinsam geäußerten Willen betrogen sieht.

Grundsätzlich gilt der Vertrag in dem Sinn, den ihm die Parteien nach Treu und Glauben zulegen müssen: ein gemeinsamer Wille liegt vor, selbst wenn eine der Parteien nicht das erklärt hat, was sie wirklich wollte. Der Vorrang des Vertragskonsenses ist von entscheidender Bedeutung. Der Vertragsabschluss steht unter dem Vertrauenprinzip, das erlaubt, einen Konsens anzunehmen, wenn die andere Partei sich wirklich auf diesen Vertragsinn verlassen hat und keinen Anlass hatte, der Erklärung der Gegenpartei zu misstrauen.

Der Vorrang des Vertrauensprinzips auf der Ebene des Vertragsabschlusses bedeutet jedoch nicht, dass der innere Wille der Parteien überhaupt nicht Betracht gezogen werden dürfe. Der Vertrag ist zwar auch ohne ihn gültig geschlossen, doch nur soweit als das Vertrauensprinzip seine Gültigkeit stützt. Diese Vertrauensgeltung endet dort, wo der ermittelte Sinn des Vertragskonsenses so sehr vom inneren Willen der Gegenpartei abweicht, dass er nach Treu und Glauben ihm nicht zugewiesen werden darf. Wer auf der Geltung des Vertrags besteht, den er, in der Gegenlage versetzt, auch nicht halten würde, weil er nach Treu und Glauben so überhaupt niemandem zuweisbar ist, der

stellt sich ausserhalb des Vertrauensschutzes. Das kann etwa bei schweren Irrtumsfällen zureffen. Gewiss sind dies Ausnahmefälle, die darum auch eine streng, ja restriktiv zu behandeln sind. Dennoch ist klar daran festzuhalten, dass Vertrauensprinzip und Regelung der Willensmängel einander nicht ausschliessen, sondern ergänzen müssen.

Das Vertragsmodell der Willenseinigung erlaubt eine gestufte Berücksichtigung der Einzelwillen wie des gemeinsamen Willens, die beide zusammen Komponenten des Vertragskonsenses sind. Das Vertrauen beherrscht den Vertragsabschluss, die Einigung im gemeinsamen Willens, der Vertrauensschutz weicht nur dann dem Einzelwillen, wenn er den Rahmen der Vertrauenswürdigkeit sprengt und den einen Vertragspartner zugunsten des anderen unmässig belasten würde.

Der Grundsatz, den Ulpian in der *laudatio edicti* zum Titel *de pactis* D 2,14,7 als Magna Charta dem Vertragsrecht voranstellt, bewährt sich einst wie jetzt: *Huius edicti aequitas naturalis est. quid enim tam congruum fidei humane quam ea quae inter eos placuerunt servare?* Dieses Edikt (*De pactis conventis*) beruht auf der natürlichen Gerechtigkeit. Denn was entspricht menschlicher Treue mehr als das zu halten, worüber man übereingekommen ist.

V. La révocabilité de l'offre et de l'acceptation – une remarque historique et dogmatique

1. L'offre et l'acceptation selon le modèle jusnaturaliste du Code civil
2. L'offre et l'acceptation selon le modèle pandectiste

Le régime de l'offre et de l'acceptation est l'objet d'une des controverses héréditaires qui sépare les deux grandes aires du droit civil européen : l'aire du droit naturel dominé par le Code civil français et l'aire du droit pandectiste mené par le *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) allemand et le Code des obligations (CO) suisse. Les divergences entre leurs modèles de contrats se sont répercutées en particulier sur l'échange des déclarations formant l'offre ou la promesse et l'acceptation. Par la suite, la gamme des règlements s'est notablement élargie puisque chaque nouvelle codification a composé son propre régime tout en variant les mêmes éléments. Les deux grands volumes *Formation of Contracts, a Study of the Common Core of Legal Systems*, présentés par un groupe de comparatistes sous la direction de Schlesinger, en donnent une belle illustration¹. Cependant, on aperçoit rapidement les limites d'une telle approche : la perspective évolutive en est écartée et la comparaison se dilue dans une juxtaposition des diverses solutions.

On ne peut pas contourner l'histoire. Même les règles les plus bizarres comme la *Mail box rule* anglo-saxonne ou la *Löftetheorie* scandinave ont leur ancrage historique. De toute évidence, la règle selon laquelle le contrat est conclu dès que l'acceptation est mise dans la boîte aux lettres n'est pas une invention du service postal anglais² puisqu'elle correspond parfaitement à la doctrine du droit naturel rationaliste selon laquelle le contrat est parfait dès que l'acceptation est exprimée, même si l'offrant ne l'a pas encore reçue³. Le droit anglo-saxon s'est approché du droit naturel bien plus qu'on ne veut l'admettre. De même, il saute aux yeux que la particularité de la *Löftetheorie* doit être comprise dans le contexte de la *pollicitatio* jusnaturaliste⁴. En effet, la règle selon laquelle le promettant est lié à son offre dès qu'il a donné sa promesse et même avant

¹ SCHLESINGER et al., *Formation of Contracts, A Study of the Common Core of Legal Systems*, 2 vol., 1968.

² Même si la règle a été formulée pour un cas concret (*Adams v. Lindsell* (1818) B. and Ald, 681, 106 Eng. Reports 250, la solution présupposait que l'acceptation de la promesse par l'acte extérieur de la mise à la boîte aux lettres achève l'acceptation de la promesse contractuelle.

³ GROTIUS, *De jure belli ac pacis libri tres*, 1623, I, II, caput XI, § XV, traduction par Barbeyrac, cit. GROTIUS, DJBP.

⁴ La théorie scandinave ne surprend guère dans le contexte du droit naturel rationaliste qui traitait en long et en large le problème de l'engagement par promesse conçu à la manière de la pollicitation unilatérale et en particulier la fonction de l'acceptation dans ce processus. D. NEHMAN, *Inledning til then Svenska iurisprudentiam civilem of naturam lagh*, Lund, 1729. A propos de la *Löftetheorie*: ZWIEGERT KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, tome II, Institutionen, 2^e éd., 1984, 43.

qu'elle ne soit reçue par son destinataire se déduit de la nature spécifique de la *pollicitatio*, de la promesse unilatérale, que la doctrine jusnaturaliste a empruntée au droit romain. N'oublions pas que les œuvres de Pufendorf se sont répandues également en Scandinavie et que le droit naturel y a trouvé un accueil très favorable.

De nos jours, l'opposition entre révocabilité et irrévocabilité a perdu de son importance. Rien n'empêche les parties de choisir la révocabilité là où l'irrévocabilité est la règle, ou à l'inverse opter pour l'irrévocabilité là où la loi a prévu la révocabilité, étant donné qu'il s'agit du droit dispositif. Cette flexibilité a aussi été adoptée dans les nouveaux projets du droit unifié comme dans les European Principles (Lando), dans Unidroit ou dans le Code Européen des Contrats⁵. Dans le modèle moderne fondé sur la confiance, la discussion ne se focalise plus sur le dialogue entre l'offre et de l'acceptation. La confiance mutuelle englobe toute la phase de la conclusion et s'étend sur la prise de contact tout entière dans laquelle le contrat se forme.

1. L'offre et l'acceptation selon le modèle jusnaturaliste du Code civil

Dans le droit français et dans tous les ordres juridiques qui suivent le Code civil, la règle prévaut selon laquelle on peut révoquer son offre jusqu'au moment de l'acceptation puisque ce n'est que par l'expédition de l'acceptation que l'offre devient irrévocable. Selon le BGB et le CO en revanche, cette irrévocabilité frappe la déclaration déjà au moment où le destinataire la reçoit bien que le contrat ne prenne naissance qu'au moment où l'acceptation est parvenue à l'offrant.

La doctrine française n'a jamais mis en doute la révocabilité de l'offre, et la jurisprudence a fermement maintenu le principe selon lequel la révocabilité s'étend jusqu'au moment où l'acceptation est expédiée⁶. Ceci surprend d'autant plus que le Code civil ne se prononce pas à ce propos. À première vue, rien ne se serait opposé à l'adoption des règles contraires défendues avec autant de logique par la doctrine allemande.

Inutile d'en rechercher la raison dans une meilleure praticabilité de cette solution : les arguments tomberaient dans le vide puisque la position opposée défend avec la même conviction sa solution, la meilleure selon elle. En réalité,

⁵ Code Européen des Contrats, art. 14-15 ; Principles of European Contract Law, 2, 202 ; Unidroit, art. 2.4.

⁶ Voir FERID/Sonnenberg, *Das französische Zivilrecht*, tome 1, 1, 2^e éd., 1994, 1 F 233 ; Ghestin, *Traité des obligations, la formation des contrats*, 3^e éd., 1993, n° 360 ; Starck/Roland/Boyer, *Obligations*, 2. *Contrats*, 4^e éd., 1993, n° 320 ; Zweigert/Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, tome II *Institutionen*, 2^e éd., 1984, 48 s.

la solution française remonte à une règle jusnaturaliste simple et parfaitement logique : si l'on considère le contrat comme un transfert de promesse à l'instar d'un transfert de chose, le promettant peut disposer de sa promesse (*pollicitatio*) aussi longtemps que l'acceptation n'est pas intervenue. D'où la conséquence : l'offrant, maître de sa promesse, peut révoquer son offre jusqu'au moment de l'acceptation par l'autre partie. Ce n'est qu'à ce moment qu'elle sort de sa main pour passer dans celle du destinataire qui la reçoit. L'acceptation rend l'acceptant titulaire du droit transféré.

C'est ce que Grotius explique : *Il s'ensuit qu'avant l'acceptation, qui est ce qui fait le transfert de droit, on peut révoquer une promesse sans injustice et même sans se rendre coupable d'inconstance et de légèreté si l'on a véritablement promis avec cette intention que la promesse ne commençât à avoir force que quand elle serait acceptée.*⁷

Pendant, Grotius avoue que cette solution convient peu aux contrats conclus à distance entre des parties absentes. Toute distance – dans le temps ou dans l'espace – ouvre une incertitude dans laquelle le promettant ne peut pas connaître immédiatement le sort de son offre. Il est en effet paradoxal qu'au moment où le destinataire accepte la promesse de l'offrant, ce dernier ne soit pas encore au courant de l'acceptation et que le contrat soit conclu avant qu'il ne le sache. Pour éviter cet inconvénient, Grotius insiste sur le fait qu'on devrait présumer comme tacitement conclu que le moment décisif pour la conclusion du contrat n'est pas l'envoi de l'acceptation mais la prise de connaissance de celle-ci : *On demande encore s'il suffit que la Promesse ait été acceptée, ou s'il faut que le Promettant sache aussi qu'elle l'a été, pour qu'elle ait un plein & entier effet ? Il est certain qu'on peut promettre de l'une & l'autre de ces manières, c'est-à-dire, ou en s'exprimant ainsi ; Je veux que la Promesse soit valable, du moment qu'elle aura été acceptée ou en disant : Je veux qu'elle soit valable, quand je serai sûr qu'elle ait été acceptée. On présume que la Promesse a été faite sur le pié du dernier sens quand le Promettant stipule quelque chose à son tour de l'autre. Mais en matière de Promesses purement gratuites, on suppose plus aisément le premier sens ; à moins qu'il n'y ait quelque indice, qui persuade le contraire.*⁸

En principe, la solution de Grotius a pu se maintenir dans la doctrine et la jurisprudence françaises jusqu'à aujourd'hui. Si un délai d'acceptation n'est pas explicitement convenu, il faut évaluer les circonstances particulières dans lesquelles l'offre a été faite pour savoir si l'offrant ne voulait pas maintenir son offre jusqu'à l'acceptation, renonçant entre-temps, de son plein gré, à son droit de révocation.

Pothier a compris la fragilité de cette solution. Pendant le laps de temps nécessaire entre l'offre et l'acceptation, des conséquences désavantageuses

⁷ GROTIUS, DJBP, livre II, chap. XI, § 16.

⁸ GROTIUS, DJBP, livre II, chap. XI, § 15.

peuvent frapper l'une ou l'autre partie : *Observez néanmoins que si ma lettre a causé quelque dépense à ce marchand pour l'exécution du marché que je lui proposais par cette lettre, ou si elle lui a occasionné quelque perte ; puta, si dans le temps intermédiaire entre la réception de la première et celle de la seconde, le prix des marchandises a baissé, et que ma première lettre lui ait fait manquer l'occasion de les vendre avant la diminution ; dans tous lesdits cas, je suis tenu de l'indemniser, si mieux je n'aime consentir au marché proposé par ma première. Cette obligation naît de cette règle d'équité, que personne ne doit souffrir du fait d'un autre : Nemo ex alterius facto praegravari debet. Je dois donc l'indemniser de la dépense et de la perte que je lui ai causées par la proposition que je lui ai faite, et que je ne veux plus aujourd'hui exécuter.*⁹

Selon Pothier, une révocation prématurée de l'offre exige le dédommagement de la partie qui en subit les conséquences. *Nemo ex alterius facto praegravari debet*, règle d'équité que personne ne doit souffrir du fait d'un autre. Il est vrai que le retrait ne peut être considéré comme un acte illicite et par conséquent ne devrait pas être cause d'une réparation. Mais, réplique Pothier, la dépense et la perte à indemniser est la suite de la proposition faite à l'autre par quelqu'un qui après coup refuse d'exécuter ce qu'il a promis avant. Il est inéquitable de décevoir la confiance du partenaire en lui causant une perte.

On constate avec quelque surprise que Pothier précède par ses remarques la grande innovation de Rudolf v. Jhering qui dans la même optique a développé la responsabilité pour *culpa in contrahendo*. Cependant, Pothier ne fait aucun appel à la confiance engagée ni à une faute dans l'acte de conclure le contrat comme le fait Jhering : il fonde, lui, ses considérations uniquement sur le comportement contradictoire et inéquitable de celui qui offre et retire son offre créant ainsi un dommage à l'autre.

C'est pour cette raison que le droit français, demeurant du côté de la conception de Pothier, a opté pour une responsabilité délictuelle couverte par la clause générale de la responsabilité civile qui est une particularité de l'art. 1382 du Code civil : le devoir général de la sociabilité impose de sanctionner directement tout manquement aux devoirs par faute ou par imprudence. Le retrait de l'offre est licite, mais il n'est pas permis de créer un dommage à autrui sauf si des circonstances particulières le justifient.

Tel est surtout le cas lorsque le comportement de l'offrant a fait croire au partenaire en toute confiance que l'offre est maintenue pendant un certain temps. C'est sur cette ligne que la doctrine française a été amenée à considérer la rupture des pourparlers comme un abus de confiance, en l'assimilant à un *abus de droit*¹⁰. Même si l'offrant n'avait pas l'intention de nuire, le retrait est

⁹ ROBERT-JOSEPH POTHIER, *Œuvres, Traité du contrat de vente*, Paris, 1824, n° 32, p. 14.

¹⁰ CHABAS, *De la déclaration de volonté en droit civil français*, th. Paris, 1931 ; PATRY, *Le principe de la confiance et la formation du contrat en droit suisse*, th. Lausanne, 1953 ; CHIREZ, *De la confiance en droit contractuel*, th. Nice, 1977, 395, n° 301.

abusif s'il intervient dans des conditions vexatoires qui blessent l'équité dont parle Pothier.

La doctrine française suivie par la jurisprudence a tenté d'aller encore plus loin pour se rapprocher de la règle allemande et suisse selon laquelle l'offrant est obligé de respecter un délai pour l'acceptation. Pour suppléer la règle de l'irrévocabilité de l'offre, on a essayé de présumer l'insertion tacite d'une sorte de précontrat obligeant l'offrant à maintenir sa promesse pendant un certain délai, fiction évidemment gratuite¹¹.

2. L'offre et l'acceptation selon le modèle pandectiste

Le droit français prolonge la conception jusnaturaliste tandis que le CO suisse et le BGB allemand se sont mis du côté du droit pandectiste et ont introduit la règle de l'irrévocabilité de l'offre dans un article spécifique. Le contrat naît au moment où l'échange des manifestations concordantes et réciproques des parties s'est achevée et où les déclarations de volonté ont formé une volonté commune consensuelle.

L'échange de l'offre et de l'acceptation fait l'objet d'un règlement détaillé – le BGB lui réserve les §§ 145 ss et le CO suisse les art. 3 à 10. Le point de départ du règlement légal est l'offre orale qui, entre présents, devient immédiatement effective. Pour le contrat conclu entre absents, la distance temporelle et spatiale exige un procédé de réception élargi et plus compliqué. Dès que la déclaration est reçue par le destinataire, le déclarant demeure lié à son offre aussi longtemps que la communication dure et que la réponse du destinataire ne lui est pas parvenue. Demander à l'autre s'il veut conclure un contrat impose à l'offrant d'attendre la réponse. L'échange des déclarations doit être conçu comme un acte continu de communication qui ne supporte ni interruption ni rétractation. C'est ce que les maîtres pandectistes ont appris chez les jurisconsultes romains qui ont développé cette règle pour la stipulation¹². L'offre cherche l'acceptation, l'acceptation présuppose l'offre. Les deux actes sont complémentaires et même corrélatifs de sorte qu'une offre refusée ou restée sans réponse au-delà du délai est simplement caduque.

¹¹ Voir aussi ZWEIGERT/KÖTZ, Einführung in die Rechtsvergleichung, tome II *Institutionen*, 2^e éd., 1984, 47, à propos d'une décision de la Cour d'appellation de Colmar (Colmar, 4. 2. 1936, D.H. 1936, 187).

¹² Venuleius, D. 45,1,1137,pr.: *Continuus actus stipulantis et promittentis esse debet (ut tamen aliquod momentum naturae intervenire possit) et comminus respondere stipulanti oportet. Ceterum si post interrogationem aliud acceperit, nihil proderit, quamvis eadem die spoponderit*. Voir aussi Ulpianus, D. 45,1,1,1.

Donc les deux actes, la promesse et son acceptation – ou, dans le sens romain, la demande (du créancier) et la réponse (du débiteur) – doivent se suivre immédiatement, surtout sans être entrecoupés par un autre acte juridique. En principe, l'acte oral de stipulation exige forcément la présence des parties.

La doctrine n'est pas unanime sur le fondement de cette règle. Selon une opinion très répandue, on qualifie l'offre comme un droit formateur (*Gestaltungsrecht*) que le destinataire peut exercer en acceptant ou en refusant l'offre. Ceci présuppose nécessairement deux actes successifs : en un premier temps l'offre crée le droit formateur, en un deuxième l'acceptant en fait usage¹³. Cette construction peu heureuse se heurte au principe de la volonté unifiée commune sur lequel repose le contrat. En outre, si l'offre est conçue comme un droit formateur mis à disposition de l'acceptant, l'offrant garde le droit de révoquer son offre jusqu'au moment de l'acceptation puisqu'un droit formateur reste révocable avant qu'il soit exercé, ce qui contredit les règles de l'art. 5 CO ou du § 145 BGB.

Aussi bien le CO que le BGB prévoient que l'offre et l'acceptation entre des parties présentes doivent se suivre dans une simultanéité directe. Entre absents où cette simultanéité n'est pas possible, on essaie d'assimiler au mieux la durée de l'échange des déclarations à la règle de la simultanéité des actes : l'offrant est lié dès que sa déclaration entre dans la sphère du destinataire et il restera lié jusqu'au moment où l'on peut s'attendre à ce que le procédé d'échange de déclarations ait pu se dérouler normalement, c'est-à-dire jusqu'au moment où la réponse de l'autre partie entre dans la sphère de l'offrant. Tout se passe comme si on mettait le temps des déclarations entre parenthèses puisque malgré leur étendue spatiale et temporaire, juridiquement, on considère ce procédé comme un seul acte unifié. L'acceptation tacite – cas exceptionnel admis sous des conditions particulières – est efficace dès qu'on ne doit plus s'attendre à une réponse négative.

Dans ce contexte, rappelons que le contrat n'est pas uniquement un acte d'échange de déclarations de volonté réciproques et concordantes, mais avant tout le résultat de prises et d'échanges de contacts, de pourparlers et de négociations souvent au moyen des communications électroniques. De toute façon, le schéma abstrait bipolaire d'offre et d'acceptation de nos codes civils est entouré depuis longtemps de toute une gamme d'actes précontractuels : accords préliminaires, contrat cadre, *letter of intent*, contrat de négociation et d'autres encore. Si la formation du contrat est élargie au-delà des actes dont est issu le modèle, il faudra aussi procéder à une nouvelle pondération des éléments par lesquels la volonté contractuelle s'exprime.

¹³ Voir pour tous ZüK/JÄGGI, CO art. 3, n° 9.

VI. Le consentement de la partie qui s'oblige et la cause licite dans l'obligation : l'article 1108 du Code civil français selon la doctrine de Pothier

1. La cause, une notion pérégrinante
2. La définition du contrat comme convention
3. Promesse et engagement
4. La cause licite dans l'obligation : le titre acquisitif du droit transféré
 - 4.1. La cause doit être utile
 - 4.2. La cause doit être honnête
5. La discussion autour de la cause dans la doctrine moderne
6. Une réminiscence de la cause dans le Code européen des contrats

1. La cause, une notion pérégrinante

Rares sont les termes qui ont créé autant d'embarras dans la doctrine juridique que le terme de cause. Les juristes romains déjà ne réussirent pas à s'entendre sur un sens précis comme l'atteste la controverse sur les *nomina* des contrats¹. Avec l'aide de la notion de cause, ils essayèrent d'étendre le champ contractuel, au-delà des contrats nommés, à tout échange réciproque de prestations selon la formule du juriste Aristo (Ulpien, D. 2,14,7,2): *dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias* – je t'ai donné quelque chose pour que tu me donnes ou fasses quelque chose. Ce rapport fut finalement doté d'une action contractuelle. Cependant, étant donné que le *donner ou faire*, le *dare facere*, ne précisait en rien le contenu de l'échange, il ne pouvait être déterminé par un *nomen contractus* particulier. Pour surmonter cette impasse, Aristo recourut au terme grec de *synallagma* en restreignant le sens de celui-ci à la symétrie synallagmatique des prestations. Dès qu'une des parties avait accompli sa prestation, elle disposait d'une action civile pour obtenir la contre-prestation. C'est dans cette configuration que le terme de cause a pu s'insérer dans le tissu contractuel, dans les marges, certes, mais suffisamment pour ébranler, par la suite, tout le système des *nomina contractus*.

L'imprécision de la notion de cause s'est répercutée sur la doctrine moderne qui a hérité du droit romain non seulement le terme de contrat innommé mais aussi celui de cause. L'histoire de la réception de ces deux concepts est longue et compliquée. Elle s'est d'abord empêtrée dans la doctrine des Glossa-

¹ A ce sujet, voir l'étude *Das Nominatprinzip und seine Erweiterung durch die actio praescriptis verbis : Zum aktionsrechtlichen Aufbau der römischen Konsensualverträge*, avec une large bibliographie, dans le présent volume, p. 29.

teurs et Bartolistes où le concept de *causa* apparaît dans le classement des contrats *vestita* et *nuda*. C'est surtout grâce au droit canonique et à l'influence de Baldus que la cause est devenue l'élément essentiel du contrat².

En se décidant en faveur d'un type général de contrat, la doctrine jusnaturaliste a aboli la systématisation vestimentaire trop rigide. Elle a gardé, cependant, le terme de cause en lui attribuant une nouvelle fonction qui se fonde directement sur le consentement des parties. Ainsi la cause a-t-elle trouvé sa place dans l'art. 1008 du Code civil parmi les éléments essentiels de la convention, article précédé par les *Dispositions préliminaires* des art. 1101-1107 du Code Napoléon.

L'art. 1101 donne une définition du contrat qui reprend, mot pour mot, celle de Pothier³. Suit la nouvelle division des contrats selon les différentes modalités des conventions : le contrat synallagmatique ou bilatéral (art. 1002), le contrat unilatéral entre deux ou plusieurs personnes (art. 1003), le contrat commutatif ou aléatoire (art. 1004), le contrat de bienfaisance (art. 1005) et le contrat onéreux (art. 1106), et finalement le contrat nommé ou innommé. Encore une fois le texte légal reproduit de près l'exposé de Pothier.

C'est au début du chapitre II, *Des conditions essentielles pour la validité des conventions*, qu'apparaît l'art. 1108 énumérant les quatre conditions qui sont ensuite traitées dans les différentes sections :

Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention :

Le consentement de la partie qui s'oblige ;

Sa capacité de contracter ;

Un objet certain qui forme la matière de l'engagement ;

Une cause licite dans l'obligation.

Cet article mérite une attention particulière : toutes les conditions énumérées ne s'adressent qu'à la partie qui s'oblige mais ne mentionnent nulle part la partie envers laquelle celle-ci est obligée. Ceci vaut pour la première condition, *le consentement de la partie qui s'oblige*, mais tout autant pour la deuxième qui ne parle que de *sa capacité* – de la capacité du débiteur – de contracter. Ceci vaut également pour la troisième condition qui se réfère à l'objet de l'engagement, et encore pour la quatrième qui mentionne la cause licite dans l'obligation créée par l'obligé. Toutes concernent, de toute évidence, *le consentement de la partie qui s'oblige*.

Cette unilatéralité des conditions a toujours été ressentie comme une pierre d'achoppement. Aux yeux d'un juriste moderne, l'expression *le consentement de*

² Voir l'étude de SÖLLNER ALFRED, Die causa im Konditionen- und Vertragsrecht des Mittelalters bei den Glossatoren, Kommentatoren und Kanonisten, in SZ 77, 1960, 182 ss, avant tout 236 ss.

³ POTHIER ROBERT-JOSEPH, Traité des obligations, partie I, chap. I, section 1, *Des contrats* (éd. des Œuvres de Pothier par Bugnet, 1845, tome 2).

la partie qui s'oblige cache quelque chose d'énigmatique puisque, en tant que convention, tout contrat repose nécessairement sur le consentement mutuel des deux parties. Quel est donc le sens de cette unilatéralité du consentement de l'art. 1108 du Code civil ?

On a voulu écarter cette difficulté en remplaçant simplement *le consentement de la partie qui s'oblige* par le consentement des deux parties, en substituant le pluriel au singulier. Ainsi procède le code civil italien, qui reproduit l'art. 1108 dans son art. 1325 en parlant simplement de *l'accordo delle parti*, comme si le libellé du Code civil avait été victime d'un *lapsus linguae*. La construction hybride d'un contrat unilatéral que l'on a voulu proposer ne peut convaincre. Une telle figure serait sans doute étrange et incongrue à la tête d'une introduction générale de la réglementation du contrat⁴.

Nous savons donc que le projet de cette partie du Code civil se trouve dans le Traité des Obligations de Pothier. Il a constitué la base des travaux de la Commission législative. C'est aussi dans le Traité de Pothier qu'il faut chercher la réponse au problème de l'unilatéralité des éléments essentiels du contrat, étant donné que les articles cités ne sont qu'une fidèle réplique du texte de Pothier⁵. Le projet du troisième livre du code civil de Cambacérès s'en était déjà inspiré.

Je me concentrerai strictement sur Pothier et sur les auteurs cités par lui qui tous ont parrainé l'art. 1108 du Code civil, à savoir Domat, Pufendorf et Grotius.

2. La définition du contrat comme convention

Un contrat est une espèce de convention. Pour savoir ce que c'est qu'un contrat, il est donc préalable de savoir ce que c'est qu'une convention.

Une convention ou un pacte (car ce sont des termes synonymes), c'est le consentement de deux ou de plusieurs personnes, pour former entre elles quelque engagement, ou pour en résoudre un précédent, ou pour le modifier : Duorum vel plurium in idem placitum consensus (L. 1, § 1, ff de Pact. Domat, L. 1, tit. 1).

L'espèce de convention qui a pour objet de former quelque engagement est un contrat.

Les principes du droit romain sur les différentes espèces de pactes, et sur la distinction des contrats et des simples pactes, n'étant pas fondés sur le droit naturel, et étant très éloignés de sa simplicité, ne sont pas admis dans notre droit. Ceux qui seront cu-

⁴ A propos de ce problème, voir SACCO ROLOFO, *Obbligazioni e contratti*, tome 2, 1982, 23.

⁵ Voir l'édition des Œuvres de Pothier par Bugnet (cf. note 3), qui indique dans les notes les articles parallèles au Code civil.

rieux de les connaître pourront consulter notre ouvrage sur les Pandectes, où ils sont détaillés.

De là il suit que dans notre droit, on ne doit point définir le contrat comme le définissent les interprètes du droit romain, *Conventio nomen habens a iure civili vel causam* ; mais qu'on le doit définir : une convention par laquelle les deux parties réciproquement, ou seulement l'une des deux, promettent et s'engagent envers l'autre à lui donner quelque chose, ou à faire ou à ne pas faire quelque chose.

J'ai dit « promettent et s'engagent » ; car il n'y a que les promesses que nous faisons avec l'intention de nous engager, et d'accorder à celui à qui nous les faisons le droit d'en exiger l'accomplissement, qui forment un contrat et une convention.⁶

La définition du contrat par Pothier comme convention qui crée l'obligation de donner, de faire ou de ne pas faire quelque chose – et qui est aussi celle de l'art. 1001 du Code civil – emploie la formule typique du droit naturel issue des fragments qu'il cite : *et est pactio duorum pluriumve in idem placitum consensus* (Ulpianus, D. 2,14,1,2) et *sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid aut faciendum aut praestandum* (Paulus, D. 44,7,3,pr.). Ceci n'a rien d'original puisque, depuis Grotius, le pacte est défini en tant que contrat par le consentement bilatéral ou même plurilatéral des parties⁷.

Cependant Pothier nous avertit, à juste titre, que cette définition, destinée primitivement aux pactes romains, mène sur une fausse route. Selon lui, la distinction entre pacte simple et contrat est périmée tout autant que la discussion autour des pactes nus et des contrats nommés et innommés qui a si longtemps retenu l'attention de la doctrine savante. Pothier réfute la conception traditionnelle romaniste. La définition du contrat ne vise ni les contrats-types portant un nom spécifique, ni les contrats atypiques innommés qui avaient été assimilés aux contrats en vertu de leur réciprocité synallagmatique. Le contrat est valable grâce à la volonté engagée ou, selon la formule précise de Pothier, *la convention [...] a pour objet de former quelque engagement*. Le terme convention exprime ainsi le consentement commun des parties contractantes.

Par conséquent, Pothier réfute *a limine* d'attribuer à la cause le sens que lui donnent les interprètes du droit romain : *conventio nomen habens a iure civili vel causam*. Pothier exclut strictement d'assimiler la cause à une sorte de *nomen* ou

⁶ POTHIER, section 1, § 1, Ce que c'est un contrat n° 3

⁷ GROTIUS HUGO, *De iure belli ac pacis* (cité : Grotius, DJBP), livre II, chap. XI, § 4. Grotius donne au consentement contractuel un sens translatif : *Nam quomodo dicitur a iuris consultis, nihil esse tam naturale quam voluntatem domini voluntatis suam rem in alium transferre ratam haberi eodem modo dicitur nihil esse tam congruum fidei humanae, quam eaque inter eos placuerunt servare*. Il combine deux fragments, l'un des Institutiones, 2,1,40 (*De rerum divisione*), l'autre des Digestes, Ulpianus, D. 2,14,7,1,pr. (*De pactis*), mais ils ne sont nullement liés. Voir également dans le présent volume l'étude : Die Vertragsmodelle im europäischen Privatrecht. Voir aussi NANZ KLAUS-PETER, *Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. bis 18. Jahrhundert*, 1985.

de *vestmentum contractus*. Le contrat n'a besoin ni d'un *nomen* ni d'une cause dénomminative, il repose sur la convention qui a pour objet un engagement, ou, en d'autres termes, qui se fonde sur la volonté libre des parties de vouloir s'engager contractuellement.

3. Promesse et engagement

S'il est vrai que le Code civil français reprend la définition du contrat de Pothier, nous constatons tout de même qu'il en élimine une nuance. L'expression choisie par Pothier, *promettent et s'engagent*, est remplacée par le seul terme *s'obligent*. Cette nuance presque insensible est importante puisque Pothier insiste sur le double terme : *J'ai dit « promettent et s'engagent » ; car il n'y a que les promesses que nous faisons avec l'intention de nous engager, et d'accorder à celui à qui nous les faisons le droit d'en exiger l'accomplissement qui forment un contrat et une convention*.

Selon Pothier, promesse et engagement sont même les termes-clés dans la formation du contrat. La promesse coïncide avec la pollicitation et ne crée qu'un lien moral purement interne. En outre, elle n'engage que le promettant. Pothier cite à ce titre la définition de la *pollicitatio* : *Pollicitatio est solius offerentis promissum*, L. 3 ff de Poll.⁸ et identifie la promesse non encore acceptée avec la *pollicitatio*. Elle ne produit, dit Pothier, *aucune obligation proprement dite, et celui qui a fait cette promesse peut s'en dédire tant que cette promesse n'a pas été acceptée par celui-ci à qui elle a été faite*⁹.

Pour qu'une promesse devienne partie du contrat, il faut qu'elle soit suivie d'un nouvel acte que Pothier désigne par engagement. La promesse se trans-

⁸ POTHIER, l.c., § 2, n° 4 (cf. aussi note 9); Ulpianus, D. 50,12,3,pr.: *Pactum est duorum consensus atque conventio, pollicitatio vero offerentis solius promissum*.

⁹ POTHIER, l.c., § 2, *En quoi le contrat diffère-t-il de la pollicitation ?* n° 4 : *La définition que nous avons donnée du contrat fait connaître cette différence. Le contrat renferme le concours des volontés de deux personnes dont l'une promet quelque chose à l'autre, et l'autre accepte la promesse qui lui est faite. La pollicitation est la promesse qui n'est pas encore acceptée par celui à qui elle est faite : Pollicitatio est solius offerentis promissum. L. 3 ff de Poll. La pollicitation, aux termes du pur droit naturel, ne produit aucune obligation proprement dite ; et celui qui a fait cette promesse peut s'en dédire tant que cette promesse n'a pas été acceptée par celui à qui elle a été faite, car il ne peut y avoir d'obligation sans un droit qu'acquiert la personne envers qui elle est contractée, contre la personne obligée. Or, de même que je ne puis pas par ma seule volonté transférer à quelqu'un un droit dans mes biens, si sa volonté ne concourt pour l'acquérir, de même je ne puis pas par ma promesse accorder à quelqu'un un droit contre ma personne jusqu'à ce que sa volonté concoure pour l'acquérir, par l'acceptation qu'elle fera de ma promesse ; Grot., De Jure bel. et pac. l.2, cap 11, vers. 3.*

GROTIUS, DJBP, livre II, chap. XI, § 16 : *Ante acceptatum quippe iure nondum translato revocari promissum sine iniustitia [...]*.

forme en un engagement dès que le promettant veut transférer sa promesse au destinataire, et le contrat naît au moment où la volonté de celui-ci concourt dans ce transfert.

Le contrat consiste donc en une remise du droit fondée sur l'engagement du promettant et sur l'acquisition de celui qui concourt par sa volonté. Ce passage du droit vaut aussi bien pour le transfert des droits réels que pour celui des obligations. Pothier explicite lui-même : *Or, de même que je ne puis pas par ma seule volonté transférer à quelqu'un un droit dans mes biens si sa volonté ne concourt pour l'acquérir, de même je ne puis pas par ma promesse accorder à quelqu'un un droit contre ma personne jusqu'à ce que sa volonté concoure pour l'acquérir, par l'acceptation qu'elle fera de ma promesse.*¹⁰

Dans le texte, il ajoute une référence à Grotius, *De iure belli ac pacis*, l. 2, cap. 11, vers. 3¹¹. Voici la preuve que Pothier emploie le modèle jusnaturaliste qui fut introduit par Grotius et qui a dominé toute l'époque du droit naturel rationaliste : le contrat consiste en un transfert du droit¹². Sa structure se compose de deux actes, l'un relié à l'autre : la promesse et l'engagement. La promesse contient la volonté du promettant, *solius promittentis*, tandis que l'engagement transfère la promesse de celui qui s'engage à la contrepartie qui, elle, concourt au contrat en acceptant la promesse. Ceci permet de distinguer dans le consentement entre l'acte de promesse qui détermine l'objet du contrat et l'acte d'engagement par lequel le promettant s'engage librement pour transférer la promesse. Cet acte d'engagement renferme le concours de la volonté de l'acceptant et c'est à cet acte conclu entre les deux parties que Pothier réserve le terme de convention.

Que le contrat repose sur la promesse du débiteur comme une sorte d'engagement est monnaie courante dans tous les manuels jusnaturalistes. On traite ces problèmes sous le titre *De promissis* qui, en général, est suivi du titre *De contractibus*, où sont exposés les différents contrats. Pufendorf, plus philosophe que Pothier, nous explique cette conception dans le passage tiré du *De jure naturae et gentium* qui ouvre le chapitre sur le consentement requis dans les promesses et les conventions et qui, au premier abord, peut sembler étrange :

Livre III ch. VI § 1. Cum per promissa et pacta regulariter libertas nostra constringatur, nobisque aliquod onus conciliet, dum necessario jam est praestandum quod antea in nostro erat arbitrio positum, facere an omittere vellemus, nulla prior ratio est quare quis de ejusmodi onere deinceps sustinendo recte conqueri nequeat quam quia in illud ultro consentit, suoque sibi arbitrio arcessivit quod repudiare penes ipsum erat –

¹⁰ Cf. note 9.

¹¹ Cf. note 9.

¹² Voir l'étude *Die Vertragsmodelle im europäischen Privatrecht*, dans le présent volume, p. xxx. Voir aussi Nanz, l.c., 139 ss.

Comme les promesses et les conventions restreignent régulièrement notre liberté et nous imposent une charge puisqu'il faut exécuter quelque chose qu'au-paravant nous étions libres de faire ou de ne pas faire, la raison la plus forte et la plus précise pourquoi on n'a pas lieu alors de se plaindre de la sujétion où l'on se trouve désormais à cet égard, c'est qu'on y a consenti et qu'on s'est chargé librement de ce qu'on aurait pu refuser.

Pufendorf met en évidence que le consentement de la partie qui s'oblige concerne d'abord celui qui s'engage, en toute liberté et en plein accord avec lui-même. Voici la raison pour laquelle Pufendorf ne parle que du débiteur qui s'oblige sans prendre en considération la position du créancier. En effet, la promesse du débiteur n'impose au créancier aucune obligation, aucune limitation de sa liberté; tout au contraire, sa liberté s'étend sur son débiteur qui doit lui donner ce qu'il a promis.

C'est dans ce contexte qu'il faut placer la rédaction de l'art. 1108 du Code civil, qui respecte la même unilatéralité comme première condition essentielle : *le consentement de la partie qui s'oblige*. Ce consentement est l'acte de la pollicitation que le débiteur donne, sans vice, en plein accord avec lui-même. Afin que cet acte soit valable, il faut que le promettant dispose de *sa capacité de contracter*. On comprend mieux maintenant que la loi ne parle que du débiteur qui s'engage. Dans la même perspective unilatérale, elle exige en outre que le promettant désigne *un objet certain, qui forme la matière de l'engagement*. Finalement, comme dernière condition, la loi mentionne la cause dans l'obligation qui doit être licite et qui concerne encore une fois l'obligation du débiteur et non pas la convention entière. Pourquoi l'exigence d'une cause unilatérale, d'une cause licite dans l'obligation ?

4. La cause licite dans l'obligation : le titre acquisitif du droit transféré

Le contrat se réalise, dit Pothier, par le transfert de la promesse de celui qui s'engage à celui qui concourt par l'acceptation du transfert : *Car il n'y a que les promesses que nous faisons avec l'intention de nous engager, et d'accorder à celui à qui nous les faisons le droit d'en exiger l'accomplissement, qui forment un contrat et une convention* (Traité des obligations, Des contrats, § 1). L'effet du contrat est l'acquisition du droit transféré.

Si nous prenons au sérieux que le contrat consiste en un transfert de droit, il faut accepter que celui-ci, comme tout transfert de droit, se fonde sur une cause qui justifie le passage du droit de l'un à l'autre. Aussi le transfert de la promesse a-t-il besoin d'une cause, d'une cause licite, qui n'est rien d'autre que la volonté ferme du promettant de vouloir transférer la promesse au pro-

missaire en lui conférant le droit d'en exiger l'accomplissement. C'est ce que répètent les jusnaturalistes depuis Grotius¹³.

Le contrat jusnaturaliste repose directement sur *la convention qui a comme objet quelque engagement*, en d'autres mots, sur la volonté libre des parties de vouloir s'engager contractuellement.

La typologie des causes licites que Pothier établit à la suite de Grotius et de Domat ne se fonde donc plus sur les *nomina* mais directement sur l'engagement qui motive le transfert de la promesse. En dernière analyse, il n'existe, selon Pothier, que deux genres de causes. Dans les contrats intéressés, la cause consiste dans le but d'obtenir de la partie adverse une contre-prestation. Dans les contrats non intéressés ou de bienfaisance, la cause consiste dans la libéralité que l'une des parties veut exercer envers l'autre.

Dans les contrats intéressés, la cause de l'engagement que contracte l'une des parties est ce que l'autre partie lui donne ou s'engage à lui donner, ou le risque dont elle se charge. Dans les contrats de bienfaisance, la libéralité que l'une des parties veut exercer envers l'autre est une cause suffisante de l'engagement qu'elle contracte envers elle. Mais lorsqu'un engagement n'a aucune cause, ou, ce qui est la même chose, lorsque la cause pour laquelle il a été contracté est une cause fausse, l'engagement est nul et nul le contrat qui le renferme.¹⁴

Cette explication un peu sommaire de la cause devient plus claire si nous la complétons par la définition des contrats intéressés et de bienfaisance que Pothier donne dans son manuel :

Les contrats intéressés de part et d'autre sont ceux qui se font pour l'intérêt et l'utilité réciproque de chacune des parties : tels sont les contrats de vente, d'échange, de louage, de constitution de rente, de société, et d'une infinité d'autres.

*Les contrats de bienfaisance sont ceux qui se font pour l'utilité de l'une des parties contractantes : tels sont le prêt à usage, le prêt de consommation, le dépôt et le mandat.*¹⁵

La définition des contrats intéressés et de bienfaisance nous donne la finalité commune de la cause : l'utilité. L'utilité est le dénominateur commun des deux genres de cause du contrat, l'utilité réciproque ou l'utilité unilatérale, l'utilité onéreuse ou l'utilité gratuite, peu importe, toutes deux sont une cause suffisante pour la validité du contrat.

¹³ PUFENDORF SAMUEL, *De jure naturae et gentium*, livre III, chap. VI, § 1 ; WOLFF CHRISTIAN, *Institutiones juris naturae et gentium*, 1754, § 379, § 388. Voir aussi NANZ, l.c., 149 s., 165.

¹⁴ POTHIER, l.c., § VI. *Du défaut de la cause dans le contrat*, n° 42.

¹⁵ POTHIER, l.c., § II. *Division des contrats*, n° 12.

4.1. La cause doit être utile

On est tenté de glisser sur ces classements comme s'ils ne répétaient que des banalités jusnaturalistes : un nouvel arrangement des types de contrats sous le terme de l'utilité. Rien ne serait plus faux. Soulignons-le : la cause du contrat est centrée dans l'engagement. Le contrat déploie ses effets en vertu de l'engagement qui remet la promesse à celui qui l'accepte. Tout engagement en tant que transfert de droit doit avoir une cause, une raison d'être, et cette cause est déterminée par l'utilité. Le concept de l'utilité est introduit comme nouveau critère unique et général qui libère le champ contractuel de l'ancienne contrainte de soumission aux contrats nommés et innommés. Il permet aux contractants de choisir librement ce qu'ils veulent comme objet de l'engagement, pourvu que celui-ci soit utile et licite. Les contrats mentionnés par Pothier n'y figurent qu'en tant qu'exemples traditionnels qui remplissent toutes les conditions de l'utilité mais ne délimitent en rien le champ libre des contractants¹⁶.

Dans l'optique jusnaturaliste, les contrats particuliers ne représentent que l'instrumentation juridique de l'utilité, nécessaire aux échanges des biens entre les hommes. L'utilité n'a pas encore cette odeur positiviste et neutre des temps modernes. L'existence physique et morale des hommes repose sur l'échange des biens. La recherche de l'utile est enracinée dans la nature humaine. Les droits et les devoirs de l'homme ont leur source dans cet utilitarisme naturel¹⁷.

D'ailleurs, la doctrine selon laquelle la cause du contrat est fondée sur l'utilité est monnaie courante parmi les jusnaturalistes. Nous la trouvons, avec différentes variantes, chez Pufendorf, Wolf, Domat, auteurs que Pothier connaissait parfaitement. Domat, cité par Pothier, dessine cette vision de fond dans un tableau presque baroque où il conjugue philosophie jusnaturaliste et piétisme chrétien :

L'usage des conventions est une suite naturelle de l'ordre de la société civile et des liaisons que Dieu forme entre les hommes. Car comme il [Dieu] a rendu nécessaire pour tous leurs besoins l'usage réciproque de leur industrie et de leur travail, et les différents commerces des choses, c'est principalement par les conventions qu'ils s'en accommodent. Ainsi, pour l'usage de l'industrie et du travail, les hommes s'associent, se louent et agissent différemment les uns pour les autres [...]

¹⁶ POTHIER, L.C., § 2, n° 12.

¹⁷ Voir surtout WOLFF CHRISTIAN, Grundsätze des Natur- und Völkerrechts, Von dem Rechte der Natur überhaupt und den Pflichten gegen sich selbst, gegen andere und gegen Gott, 1754 (reprint Olms, 1980), § 36, § 44 s. et passim. Dans ce sens, GROTIUS désigne les contrats comme des actes utiles : DJBP, livre II, chap. XII, § 17 : *Omnes autem actus utiles, extra mere beneficos, contractuum nomine appellantur.*

*La matière des conventions est la diversité infinie des manières volontaires dont les hommes règlent entre eux les communications et les commerces de leur industrie et de leur travail et de toutes choses dont ils ont besoin.*¹⁸

Cet exposé rappelle celui de Pufendorf qui, mieux que Domat, saisit le principe constitutif de l'ordre contractuel. Les contrats forment la partie centrale du système social, la loi de la nature est fondamentale en ce que tout homme a l'obligation de se maintenir lui-même et, en même temps, de garder envers les autres une sociabilité paisible : *Fundamentalis lex naturae in hac erit ; cuilibet homini, quantum in se, colendam et conservandam esse pacificam adversus alios socialitatem indoli et scopo generis humanae in universum congruentem [...] sed per socialitatem innuimus eiusmodi dispositionem hominis erga quemvis hominem per quam ipsi benevolentia pace et capitali mutuaque adeo obligatione coniunctus intellegitur.*¹⁹

La charité et l'humanité sont trop faibles pour garantir à l'homme sa subsistance : *Ut omnia quibus alii prodesse queunt ex sola humanitate et caritate velint praestare*²⁰. Voici la raison qui exige que ces principes soient élevés au niveau juridique des contrats afin que les hommes puissent s'accorder entre eux et se fournir mutuellement les prestations dont ils ont besoin : *Homines inter se convenire super eiusmodi rebus invicem praestandis, quae ex sola humanitate lege semper certo sibi pollicere quis non poterat.*²¹

Chez Pothier, nous chercherions en vain un exposé aussi philosophique. Il reste modestement sur le niveau concret des rapports juridiques : un engagement sans cause ou fondé sur une cause fautive rend l'engagement nul et par conséquent rend nul également le contrat.

4.2. La cause doit être honnête

L'utilité doit être soumise à une seule limite : *Tout engagement doit avoir une cause honnête*²². Mais alors, quels sont les critères normatifs qui permettent de distinguer entre cause honnête et cause malhonnête ? Ce problème n'embarrasse nullement le droit naturel : *Lorsque la cause pour laquelle l'engagement a été contracté est une cause qui blesse la justice, la bonne foi ou les bonnes mœurs, cet engagement est nul, ainsi que le contrat qui le renferme*²³. Pothier se contente d'énoncer le principe général et passe tout de suite aux exemples classiques et usuels. Le premier

¹⁸ DOMAT JEAN, Les lois civiles dans leur ordre naturel, Première Partie, *Des engagements*, Livre premier, *Des engagements volontaires et mutuels par les conventions*, nouvelle éd., 1723.

¹⁹ PUFENDORF, De jure naturae et gentium, éd. 1759, livre II, chap. III, § 15 ; voir aussi NANZ, l.c., 150.

²⁰ PUFENDORF, De jure naturae et gentium, livre III, chap. IV, § 1.

²¹ Cf. note 20.

²² Pothier, Traité des obligations, § 43.

²³ Cf. note 22.

groupe de cas tourne autour du principe *ubi dantis et accipientis turpitudine versatur non potest repeti dicimus [...] quotiens autem accipientis turpitudine versatur repeti potest*²⁴. Les exemples ne sortent pas de la discussion usuelle et ne dépassent en rien le cadre des manuels jusnaturalistes que Pothier, bon romaniste, connaît bien.

Le point qui nous intéresse se situe ailleurs. Pothier rapporte la cause honnête à l'engagement de la partie qui s'oblige, c'est-à-dire au but utile qui motive l'engagement sans l'étendre à la promesse. La raison en est que la promesse seule ne crée pas d'obligation juridique, elle ne lie que moralement, par une obligation interne ou, comme le dit déjà Grotius, par une obligation naturelle.

La fonction attribuée à la cause honnête s'intègre d'une façon cohérente dans le système contractuel du contrat translatif. La cause dans l'obligation concerne l'engagement dans le sens précis que Pothier donne à ce terme : la volonté de faire passer la promesse du promettant au promissaire. Le contrat est un acte translatif et acquisitif puisque l'acceptant reçoit le droit à la prestation du transférant qui assume cette obligation. La cause honnête confère à l'engagement son caractère obligatoire et légitime. Dans ce sens, la cause consiste en une *causa transferendi*, justifiant le transfert du droit subjectif à la prestation ou à l'objet de la prestation.

La cause est fondée sur l'utilité, sur l'utilité réciproque dans les contrats intéressés et sur l'utilité altruiste dans les contrats de bienfaisance. La cause utile ne doit pas être confondue avec le contenu ou l'objet du contrat. L'objet forme la matière de l'engagement, comme l'exprime le Code civil, et cet objet devient utile par l'échange ou par la dation qui contiennent le transfert de la promesse de celui qui s'oblige à celui qui accepte. S'il s'agit d'un contrat réel, c'est le droit à la chose même ; s'il s'agit d'un contrat consensuel, c'est le droit à l'objet qui sera fourni par la prestation de l'obligé. Un contrat fondé sur une cause inutile est nul, peu importe qu'il soit sans cause ou qu'il repose sur une cause fausse²⁵.

Le critère de l'utilité se cumule avec le critère de l'honnêteté, ce que le Code civil a exprimé par le terme de licite. Pothier rejoint le principe de la philosophie jusnaturaliste selon lequel l'utilité exprime la finalité intrinsèque de tout être physique ou moral, finalité qui, sur le niveau de l'acte humain, coïncide avec l'honnêteté.

²⁴ Cf. note 22.

²⁵ POTHIER, l.c., chap. VI. Du défaut de cause dans le contrat, n° 42.

5. La discussion autour de la cause dans la doctrine moderne

L'insertion de la cause parmi les conditions énumérées dans l'art. 1108 et le règlement explicite de la cause dans les art. 1132 à 1134 du Code civil français, repris du Traité de Pothier, ont assuré à cette notion une place attitrée dans tous les traités et manuels de droit des obligations. D'office, un des chapitres doit lui être dédié. Mais ceci n'explique pas l'importance ni l'ampleur de la discussion qui s'éleva à propos de la cause du contrat et qui occupa pendant trois générations les meilleurs esprits en France²⁶. La discussion prit rapidement des formes contradictoires pour se scinder en deux camps : les causalistes et les anti-causalistes. Mais aucune de ces positions ne parvint à s'affirmer définitivement. La doctrine s'est finalement retirée derrière une ligne de repli : la cause, dont on ne peut s'écarter puisque la loi en parle à plusieurs reprises, exprime le sens économique et social du contrat²⁷.

Pourquoi cet acharnement sur un problème hautement dogmatique, pourquoi cette succession de théories dont toutes avançaient un point de vue défendable, mais dont aucune n'a réussi à convaincre ?

Les anti-causalistes proposèrent d'abandonner tout simplement le concept de cause²⁸. Planiol, porte-parole de ce courant, argumentait en soulignant l'inutilité de cette notion qui, disait-il, n'ajoute rien au contrat car celui-ci est suffisamment défini par son objet. Le manque de cause est identique au manque d'objet puisque l'objet du contrat consiste justement dans l'échange réciproque des prestations. Dans les contrats unilatéraux de bienfaisance, en revanche, le manque de cause coïncide avec l'absence de contrat, enfin, si l'on place la cause des donations dans une intention libérale abstraite, il n'en peut rien sortir, puisqu'une telle cause existe toujours et que cette cause n'est pas illicite.

Cette abolition un peu hâtive de la cause ne convainquit pas. Il est vrai que la doctrine française abandonna la doctrine de Pothier de la pollicitation et de l'engagement en faveur de la nouvelle conception du contrat fondée sur les déclarations de volonté réciproques. Elle se rapprocha de la conception pandectiste qui dominait au XIX^e siècle. Tout se fit en douceur, comme s'il ne s'agissait que d'une question de choix des termes.

²⁶ Ainsi p. ex. GHESTIN JACQUES, Traité du droit civil, La formation du contrat, 3^e éd, 1993, n° 825 ss ; ID. Cause de l'engagement et validité du contrat, 2006 ; F. RANIERI, Die causa des Vertrages und die Entwicklung des Europäischen Vertragsrechts, in Festschrift f.Eug.Bucher, 2009 ; aussi FERID/MURAD/SONNENBERGER HANS JÜRGEN, Das französische Zivilrecht, tome 2, 2^e éd. 1994, 605, 633.

²⁷ Voir FERID/SONNENBERG, I.c. La cause sert aussi à distinguer entre la volonté contractuelle directement et objectivement engagée d'une part et les motivations subjectives ultérieures d'autre part.

²⁸ Voir la présentation succincte de ce mouvement chez CARBONNIER JEAN, Droit civil, 22^e éd. 2000, tome IV, Les obligations, n° 58, 62 et 64.

Dans la dernière phase du droit rationaliste, nous constatons d'ailleurs que le modèle translatif de promesse, tel qu'il avait été développé par Grotius et reformulé par Pothier, fut de plus en plus assimilé à une conception consensuelle qui fondait le contrat directement sur le consentement mutuel des parties²⁹. Selon Christian Thomasius, c'est le consentement pur et simple qui est la cause du contrat : *causa proxima constituendi pactum est consensus*³⁰. Christian Wolff, lui, attribue le consentement aux *actiones internae* en tant que volonté commune concernant un faire ou ne pas faire : *volitio vel fiat quod alter fieri vel non fieri vult*³¹. Le consentement se voit érigé en dogme principal de la conclusion du contrat.

Ceci ne contredit en rien le fait capital selon lequel l'assimilation du contrat-promesse au modèle consensualiste pandectiste ne concernait que la conclusion du contrat. On adapta les termes de promesse-engagement à la nouvelle terminologie et l'on s'appuya plus ou moins sur le règlement de l'échange des déclarations, tout heureux de trouver dans le droit pandectiste un règlement explicite de la formation du contrat qui, dans le Code civil, fait actuellement encore cruellement défaut. Quant aux effets de la conclusion du contrat, on ne toucha pas à la nature acquisitive du contrat. Le contrat fut considéré comme un acte de transfert du droit qui se produit directement par le consentement : *l'animus consentiendi* est aussi *l'animus transferendi et accipiendi* tel qu'il a été conçu par Grotius et tel qu'il a été intégré dans le modèle du contrat jusnaturaliste³².

C'est justement la raison pour laquelle le droit français ne connaît pas la distinction fondamentale, élaborée par l'école pandectiste, entre actes créant une obligation et actes transférant un droit, ni, par conséquent, la dualité entre *Verpflichtungsgeschäft* et *Verfügungsgeschäft*, chacun considéré par Savigny comme étant un contrat indépendant³³. Selon la conception française, qui suit le droit jusnaturaliste, tout contrat consiste en un acte juridique par lequel une partie dispose d'un droit en faveur de l'autre partie, conformément à leur vo-

²⁹ Voir l'étude Die Vertragsmodelle im europäischen Privatrecht, dans le présent volume, p. xxxx ; MAYER MALY THEO, Die Bedeutung des Konsenses in privatrechtlicher Sicht, Rechtsgeltung und Konsens, 91 s.

³⁰ THOMASIIUS CHRISTIAN, Institutiones jurisprudentiae divinae, II, 7, 1, 6.

³¹ WOLFF CHRISTIAN, Institutiones juris naturae et gentium, I, 1, § 27.

³² Voir note 7 et surtout GROTIUS, DJBP, livre II, chap. VI, § 1 et 2. Pour lui, la délivrance de la chose est une condition introduite par le droit civil. Voir l'étude Die Vertragsmodelle im europäischen Privatrecht, dans le présent volume, p. xxx.

³³ Voir FERID/SONNENBERGER, I.c., 1 F 78/79. Le droit naturel conçoit les droits réels et les obligations comme éléments du même patrimoine en tant que *res corporalis et incorporalis*. Rien de surprenant à ce que le contrat soit assimilé à une *traditio*, à un transfert de droit qui transmet un *ius ad rem* ou bien un *ius in re*. En somme, tout contrat contient un acte de disposition, *eine Verfügung*. Voir HUWILER BRUNO, Der Begriff der Zession in der Gesetzgebung seit dem Vernunftrecht ; zugleich ein Beitrag zur Entwicklung der vermögensrechtlichen Lehren, 1975, qui, dans le contexte de la cession, éclaire cette particularité de PUFENDORF, 42 ss, et de WOLFF, 56 ss.

lonté commune. Ce caractère acquisitif de l'acte est l'élément spécifique du modèle jusnaturaliste translatif. Il a favorisé également le principe consensuel dans le transfert de biens meubles exprimé dans l'art. 1138 du Code civil, principe que Pothier avait clairement rejeté³⁴.

L'abolition de la distinction entre promesse et engagement eut comme conséquence que la ligne de démarcation entre cause et objet du contrat s'atténua. Les anti-causalistes y virent même une des raisons pour abolir cette figure puisque, selon eux, il était faux d'identifier l'objet du contrat, qui consistait dans la dation ou l'échange des prestations, avec la matière de la promesse. Cependant, la doctrine française n'accepta pas cet argument, répétant que la cause ne recouvrait pas l'objet du contrat, le *cur debetur* n'étant pas le *quid debetur*³⁵.

La théorie la plus importante fut défendue par Henri Capitant dans son ouvrage *De la cause des obligations*³⁶. Selon lui, la cause a un sens finaliste visant la réalisation de l'obligation par l'exécution, but de toute obligation. La cause finale anime l'obligation jusqu'à l'exécution de la prestation. Capitant insiste sur le fait que, dans les contrats synallagmatiques, la cause détermine la volonté de chaque partie qui s'oblige pour obtenir de l'autre l'exécution de la prestation promise en retour de sa propre prestation. Selon lui, il faut distinguer entre la cause efficiente, génératrice de l'obligation, qui crée le lien entre les parties, et la cause finale, le but contractuel, qui motive les parties à conclure le contrat et qui forme la raison de l'exécution. La cause finale dirige les obligations contractuelles jusqu'au point final, à savoir l'achèvement par l'exécution.

La distinction entre cause efficiente et cause finale rejoint d'une certaine façon la distinction entre promesse et engagement selon le contrat jusnaturaliste. En effet, la sollicitation crée la promesse, qui, elle, atteint sa finalité au moment où le transfert ou l'échange des promesses se réalise. On a objecté à Capitant que l'exécution ne représente pas le sens final de la conclusion du contrat puisque, dans ce cas, l'inexécution du contrat le rendrait nul en lui enlevant sa raison d'être. *La cause dans l'obligation* (Code civil, art. 1108) représente un élément de la phase formatrice du contrat qui ne peut pas être mis sous condition par un élément de la phase postérieure à la conclusion. La doctrine jusnaturaliste avait mieux compris le sens de la cause finale en créant, à côté de la promesse, l'acte particulier de l'engagement.

³⁴ POTHIER n'adhère pas au principe consensuel, la propriété ne passe pas par le pur consentement, le contrat ne crée que le droit à la propriété, le *ius ad rem*: voir son *Traité du contrat de vente*, V, chap. 2. *De la tradition*, § 318, ainsi que son *Traité des obligations*, chap. II, art. II, § 1 et 2. Sur le cheminement compliqué de la réception de ce principe dans le Code civil, voir BUCHER EUGEN, *Die Eigentums-Translativwirkung von Schuldverträgen: Das Woher und Wohin dieses Modells des Code Civil*, *Zeitschrift für europ. Privatrecht*, 6, 1990, 615 ss.

³⁵ Voir CARBONNIER, *l.c.*, n° 64.

³⁶ CAPITANT HENRI, *De la cause des obligations*, 3^e éd., 1927.

Pour Pothier et la doctrine jusnaturaliste, la finalité de la cause est déterminée par l'utilité. Cette utilité ne dépend pas de la réalisation par l'exécution. Elle déploie sa force causale si elle est raisonnable, licite et conforme aux rapports de sociabilité qui lient tous les hommes.

Le positivisme moderne a substitué à la sociabilité l'intérêt économique auquel sert le contrat. L'utilité n'est rien d'autre que le mobile nécessaire dans le mécanisme du contrat. Ainsi la cause (utile) s'intègre dans l'ensemble des conditions matérielles du contrat en y assurant la fonction économique de la circulation des biens et des services. La cause s'est transformée en un critère général de tout contrat, elle n'a plus de fonction précise mais rejoint ce que l'art. 20 du Code des obligations suisse (CO) déclare à propos de l'objet et du contenu du contrat : le contrat est nul s'il a pour objet une chose impossible, illicite ou contraire aux mœurs.

6. Une réminiscence de la cause dans le Code européen des contrats

En se fondant sur le modèle du Code civil italien, en particulier sur son quatrième livre, et du Contract Code anglais, le projet du Code européen des contrats a le grand mérite de renouer directement avec la tradition des codes civils³⁷. La discussion autour de la cause du contrat a trouvé un écho lointain dans le rapport des coordinateurs sur l'art. 2 du Code européen, qui correspond à l'art. 1325 du Code civil italien et à l'art. 1108 du Code civil française³⁸.

Les coordinateurs rejettent presque unanimement le concept de cause du contrat, ce qui n'a rien de surprenant puisque, dans la conception moderne, la cause n'a plus de fonction propre. La cause dans l'obligation que mentionne l'art. 1108 se dissout dans l'objet du contrat. Pour soumettre l'objet du contrat au critère du licite, il n'est pas nécessaire de s'appuyer sur la notion de cause comme le prouvent les codes civils modernes (art. 20 CO ou § 138 du Bürgerliches Gesetzbuch allemand). D'ailleurs, l'introduction d'une cause spécifique du contrat en tant que cause économique-sociale risquerait de dériver vers une nouvelle typologie du contrat. Les rapporteurs fustigent à juste titre l'équivoque du concept de cause employé tantôt comme cause du contrat ou comme cause de l'obligation ou encore comme cause d'une attribution patrimoniale (*Vermögenszuwendung*)³⁹.

³⁷ Code européen des contrats, Livre premier, coordinateur : GANDOLFI GIUSEPPE, éd. revue, 2004, *Introduction*, LV.

³⁸ Code européen des contrats, l.c., 100-104.

³⁹ Code européen des contrats, l.c., 101 s.

Le contrat vit de la liberté contractuelle de la volonté autonome des parties qui s'unissent dans le consentement, créant ainsi un rapport contractuel relatif sans intervention d'une autre cause. La volonté contractuelle est sa propre cause. Pothier n'aurait pas rejeté cette thèse puisque lui-même exclut explicitement toute allusion à la cause : *conventio nomen habens a iure civili vel causam*. Il adhère au principe de la liberté contractuelle limité uniquement par l'utilité licite. Cependant, suivant le modèle contractuel jusnaturaliste, il met l'accent sur l'élément acquisitif du contrat. Le créancier acquiert par le contrat le droit d'exiger la prestation du débiteur, qui s'engage à accomplir son devoir. Le noyau du contrat n'est pas le *vinculum iuris* mais la *particula libertatis* dont parle Grotius, qui passe par une sorte de *quasi traditio* d'une main à l'autre. L'obligation est considérée comme une chose incorporelle⁴⁰. Celle-ci augmente le patrimoine du créancier et diminue le patrimoine du débiteur par une dette : voici l'effet translatif du contrat dont parle même encore Puchta⁴¹.

Dans le droit moderne, l'aspect acquisitif est mis au second plan. Bien que le contrat n'ait pas d'autre cause que sa propre volonté intérieure, il sert pourtant de fondement aux devoirs contractuels (*Vertragsgrundlagen*) créant les obligations entre les parties. Si ces obligations concernent des attributions patrimoniales (*Zuwendungen*), le contrat fait office de cause (*Rechtsgrund*), comme le rappelle von Tuhr⁴². Les coordinateurs du Code européen des contrats mentionnent à juste titre dans ce contexte le sens de la cause en tant que justificatif d'une attribution patrimoniale⁴³.

Voilà l'ambiguïté de l'obligation contractuelle qui contient un *vinculum iuris*, un lien personnel entre les parties et en même temps une valeur patrimoniale qu'elle incorpore et qui fait l'objet du transfert contractuel en tant qu'attribution patrimoniale (*Vermögenszuwendung*). La cause est liée à celle-ci. La conséquence de cette dualité touche la fonction de la cause. Si le contrat est considéré comme acquisition d'un droit patrimonial, le transfert doit être justifié par la cause licite⁴⁴. Si le contrat est considéré en revanche comme un rapport juridique (*Rechtsverhältnis*), alors la cause se voit reléguée au second plan,

⁴⁰ Voir à ce propos l'exposé de HUWILER, l.c., de la théorie de Wolff et de Darjes, 56 ss.

⁴¹ PUCHTA GEORG FRIEDERICH, *Cursus der Institutionen*, t. 2, 5^e éd. 1857, § 205, 373.

⁴² VON TUHR/PETER, *Allg. Teil des Schweizerischen OR*, 1979, § 32, 1, 265 : *Der Schuldvertrag hat, wie jede Zuwendung, einen Rechtsgrund*.

⁴³ Code européen des contrats, l.c., 101.

⁴⁴ Cette conception domine encore la doctrine française influencée fortement par le droit naturel à travers le Code civil. Il suffit d'ouvrir l'un des nombreux manuels français pour s'en rendre compte : p. ex. STARK/ROLAND/BOYER, *Traité des obligations*, tome 2, *Contrats*, 4^e éd. 1993, n° 1279 : *Le contrat est un instrument d'échange des biens et des services. C'est par son intermédiaire que l'individu s'enrichit et s'appauvrit, qu'il remplace des meubles par des immeubles et inversement [...] bref, l'activité contractuelle engendre une modification de la composition du patrimoine*. A juste titre FERID/SONNENBERG, l.c., 1 C 32, attribuent cette particularité à la conception du contrat caractérisée par le principe consensuel translatif.

au plan patrimonial, justifiant le droit à la prestation qui figure dans le patrimoine en tant que créance ou dette et auquel la loi reconnaît même la cessibilité.

VII. Die Standfestigkeit der schweizerischen Irrtumsregelung nach Art. 23/24 OR. Zur Komplementarität des Vertrauens- und Willensprinzips

1. Die Doppelstruktur des Vertrages: das Verhältnis von Eigenwillen und gemeinsamen Willen (Konsenswillen)
2. Der mangelhafte Vertragsabschluss: Konsens- oder Willensmängel
3. Das Vertrauensprinzip als Interpretations- und Schutzregel bei mangelhaftem Konsens
4. Das Vertrauensprinzip als Interpretations- und Schutzregel im Falle des wesentlichen Irrtums
5. Die Koordination von Art. 1 und Art. 23 ff. OR
6. Die Irrtumsregelung in den Entwürfen für ein vereinheitlichtes europäisches Vertragsrecht

1. Die Doppelstruktur des Vertrages: das Verhältnis von Eigenwillen und gemeinsamen Willen (Konsenswillen)

Wenn Savigny den Vertrag «als die Vereinigung mehrerer zu einer übereinstimmenden Willenserklärung definiert, wodurch ihre Rechtsverhältnisse bestimmt werden»¹, so lebt darin die römische Auffassung vom konsensualen Vertrag weiter, wie sie Ulpian in D 2, 14, 1, 3 umschreibt: *nam sicuti convenire dicuntur qui ex diversis locis in unum locum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est in unam sententiam decurrunt ... denn wie diejenigen, die von verschiedenen Orten herkommend am gleichen Ort zusammentreffen, so diejenigen, die ihre verschiedenen Absichten vereinen und ein und denselben Entschluss fassen. Gaius, Institutiones, III 136 hat diese Auffassung auf die unübertreffliche Kurzformel gebracht: *sufficit eos qui negotium gerunt consensisse – es genügt für die Vertragschliessenden, sich einig zu sein.**

Die Definition Savignys enthält jedoch weit mehr als die routinemässige Wiederholung römischrechtlicher Formeln; er benützt diese, um ein Vertragsverständnis zum Ausdruck zu bringen, das sich von der bisher herrschenden naturrechtlichen Lehre abhebt. Der Vertrag besteht nicht aus der Übertragung des vom Schuldner offerierten und vom Gläubiger akzeptierten Versprechens. Die neue Vertragskonzeption richtet sich gerade gegen die Sukzession von Versprechensbegründung und Versprechensabgabe, von *pollicitatio* und *translatio*

¹ SAVIGNY, System des römischen Rechts, 1840, Bd. 3, 309 (zit. SAVIGNY, System); ferner WINDSCHEID/KIPP, Lehrbuch der Pandekten, Bd. 2, 9. Aufl., 243, FLUME, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts II, 1965, 618, ZÜK/JÄGGI, Art. 1 OR, N 78.

(Grotius), von *promesse* und *engagement* (Pothier)². Der Vertrag ist ein einheitlicher Akt, der mittels des Erklärungsaustausches einen Konsens herstellt, in dem sich mehrere Willen zu einem einzigen, ungeteilten Willen zusammenfügen oder, wie Savigny zu seiner Definition erklärend anmerkt, in dem sich mehrere Willen, zu einem einzigen, ungeteilten Willen vereinigen³.

Der Konsens der Parteien bildet den Kern des Vertrages. Der Vertrag ist geschlossen, wenn die Parteien sich über den Vertragsinhalt geeinigt haben und jeder vom anderen annimmt, er wolle dasselbe, so dass im gemeinsamen Willen der Wille eines jeden enthalten ist. Dies ist auch der Sinn des Art. 1 OR, der den Bestand des Vertrages an diesen Konsens bindet und klarstellt, was zur Einigung erforderlich ist: die Übereinstimmung der gegenseitigen Willensäusserungen der Parteien.

Die vertragliche Einigung enthält somit ein Doppeltes: den Eigenwillen jeder Partei wie auch den gemeinsamen Willen beider Parteien. Eigenwillen und gemeinsamer Wille stehen in einem komplementären Verhältnis und zwar so, dass der Eigenwille über die übereinstimmende Willensklärung in den gemeinsamen Vertragskonsens eingeht. Keine Partei darf der anderen ihren Willen diktieren. Dem Vertragsprinzip gemäss sind beide Parteien auf den Konsens angewiesen, aufgrund dessen jeder das, was er will, gemeinsam mit dem anderen zu realisieren sucht. Die Vereinigung zu einem einzigen, ungeteilten, gemeinsamen Willen bedeutet keineswegs, dass die Parteien ihren besonderen Willen aufgeben, sondern lediglich, dass sie diesen in den gemeinsamen Willen einbinden.

Was nicht in den gemeinsamen Willen eingeht, geht auch nicht in den Vertrag ein, sondern gehört zur äusseren Motivation, zum besonderen Willen jeder Partei. Die Motivation zum Vertragsschluss braucht der andern Partei nicht einmal mitgeteilt zu werden und selbst wenn sie mitgeteilt wird, wird sie nicht Teil des gemeinsamen Willens, weil sie als blosser Wissensmitteilung diesen nicht bestimmt. Wer eine Wohnung kauft, braucht dem anderen die Motive, die ihn zum Vertragsabschluss bewegen, nicht darzulegen. Ob er in der Wohnung seine Ferien verbringen, sie zum Daueraufenthalt oder sie vermieten will, ist seine Angelegenheit, die, auch wenn er sie mitteilt, vom anderen nicht mitgewollt sein muss. Die äussere Motivation zum Vertragsabschluss geht als Sonderwille nicht in den Vertrag ein. Eine andere Lösung würde den Schwätzer zugunsten des sich klar und kurz Ausdrückenden bevorzugen.

² Zu diesen unterschiedlichen Vertragsauffassungen siehe die Abhandlung, *Die Vertragsmodelle des europäischen Privatrechts: Das naturrechtliche Modell der Versprechensübertragung und das pandektistische Modell der vereinigten Willenserklärungen und das Vertrauensprinzip*, in diesem Band.

³ SAVIGNY, System, 3, 309.

Gemeinwille und Eigenwille sind somit die beiden Willensfaktoren, die im Vertragsabschluss zusammenwirken und den Vertragskonsens bilden. Der gemeinsame Wille deckt sich mit dem Vertragskonsens. Davon ist der Eigenwille oder Individualwille zu unterscheiden, der, auch wenn er in den Gemeinwillen eingeht, in diesem erhalten bleibt.

Der Vorgang der Willenseinigung erfolgt über die Willenserklärung oder Willensäußerung, die im Mittelpunkt der konsensualen Vertragsabschlusses steht. Darum sind die übereinstimmenden, gegenseitigen Willensäußerungen unter einem doppelten Gesichtspunkt zu betrachten: als Äußerung des gemeinsamen Willens der Vertragsparteien und als Äußerung des Eigenwillens jeder Partei.

Unter dem ersten Gesichtspunkt ist die Willensäußerung ein Akt der Kommunikation, in der jede Partei der anderen mitteilt, was sie von ihr haben will. Der Akt der Mitteilung erreicht sein Ziel, wenn sie vom Adressaten verstanden und beantwortet wird. Äussert sich dieser zustimmend, so werden die vereinigten Willensäußerungen zur Substanz des gemeinsamen Willens, des vertraglichen Gemeinwillens.

Unter dem zweiten Gesichtspunkt ist die Willenserklärung ein Ausdruck des Eigenwillens jeder Partei, deren eigener Wille. Jede Partei verfolgt im Vertrag ja ihr eigenes Ziel – der Käufer will die Kaufsache, der Verkäufer den Kaufpreis – nur streben sie dieses Ziel nicht einseitig, jeder für sich, sondern gemeinschaftlich an, d. h. mit dem gemeinsamen Willen, die Leistung oder den Leistungsaustausch zu erbringen. Gerade darum kommen sie einander auf halbem Weg entgegen, wie es die eingangs erwähnte Metapher Ulpians (D 2,14,1,3) ausdrückt: *ex diversis locis ... in unum conveniunt*.

Diese Doppelstruktur ist dem Vertrag wesentlich; der Vertrag ist stets und zugleich sowohl ein Ausdruck des eigenen Willens wie auch des gemeinsamen Willens, weil beide vereint auf das Vertragsziel zugehen. Wo das Eigeninteresse fehlt, kann sich kein gemeinsamer Vertragswille bilden, wo nur Eigeninteresse besteht, gibt es keinen gemeinsamen Vertragswillen.

2. Der mangelhafte Vertragsabschluss: Konsens oder Willensmängel

Treten beim Vertragsschluss Mängel auf, so sind sie ebenfalls unter diesem doppelten Gesichtspunkt zu prüfen, denn die Mängel können sowohl den gemeinsamen Willen wie den Eigenwillen betreffen.

Unter dem Gesichtspunkt des gemeinsamen Willens ist der Vertrag dann mangelhaft, wenn sich die Parteien über wesentliche Vertragspunkte nicht

einig sind, weil sie keinen übereinstimmenden Willen geäußert haben⁴. Mangelhaft ist in diesem Fall der Akt der Kommunikation, den die Willenserklärungen herstellen.

Unter dem Gesichtspunkt des Eigenwillens liegt ein Mangel dann vor, wenn der Eigenwille nicht mit dem übereinstimmt, was aufgrund der Erklärung zwischen den Parteien als Konsens gelten soll. Vom Konsensmangel unterscheidet sich der Willensmangel dadurch, dass er sich auf das innere Verhältnis zwischen Eigenwillen und Gemeinwille bezieht.

Im Falle des Irrtums der einen oder anderen Partei, dem hauptsächlichsten Willensmangel, kann diese Abweichung auf zwei verschiedenen Gründen beruhen; einmal darauf, dass die sich äussernde Partei etwas anderes wollte als sie erklärt hat und daher einer irrigen Motivation zum Geschäft folgte, zum anderen darauf, dass sie etwas erklärte, was sie überhaupt nicht erklären wollte. Fehlerhaft ist in beiden Fällen das Verhältnis zwischen innerem Willen und äusserer Kommunikation, das eine Mal wegen eines fehl laufenden Willens – der Erklärende wollte nicht das, was er erklärte – das andere Mal wegen einer fehl laufenden Erklärung – der Erklärende wollte nicht das erklären, was er tatsächlich erklärt hat. Diese in der Lehre getroffene Unterscheidung zwischen Erklärungs- oder Motivirrtum kann hier vorerst vernachlässigt werden, denn beide Unterarten beruhen letztlich auf einem Abweichen des Eigenwillens vom gemeinsamen geäußerten Willen und sind unter diesem Gesichtspunkt gleich zu behandeln⁵.

3. Das Vertrauensprinzip als Interpretations- und Schutzregel bei mangelhaftem Konsens

Die Frage, ob ein gültiger Konsens vorliegt, ist unumstritten nach dem Vertrauensprinzip zu beurteilen. Umstritten ist nur die genaue Aufgabe, die diesem Prinzip zufällt, und die Grenzen, die ihm gesetzt sind.

Das Vertrauensprinzip bestimmt vorerst die Definition des Vertragskonsenses. Ein Vertragskonsens kommt zustande, wenn die Willensäußerungen der Parteien übereinstimmen, so wie sie von den Vertragsparteien in guter Treue verstanden werden durften und von ihnen auch wirklich verstanden

⁴ Dazu auch KRAMER, Grundfragen der vertraglichen Einigung, 1972, 154 mit Hinweis auf REINACH, Die apriorischen Grundlagen des Bürgerlichen Rechts, 2. Aufl. 1922, 685, 705 ff, BETTI, Teoria generale del negozio giuridico, 2. Aufl. 1960, 54 ff.

⁵ Dazu eingehend BeK/SCHMIDLIN, Art. 23/24 OR N 89 ff; ferner E.BUCHER, AT OR, 170; KRAMER, Grundfragen der vertraglichen Einigung, 115 f.

worden sind⁶. In der Regel deckt sich dieses Verständnis mit dem natürlichen Konsens.

Jedoch erschöpft sich die Geltung des Vertragskonsenses nicht im natürlichen Konsens. Das Vertrauensprinzip erlaubt, über den natürlichen Konsens hinaus einen übereinstimmenden Willen auch dort anzunehmen, wo kein natürlicher, sondern lediglich ein normativer Konsens vorliegt. Dieser bezieht sich nicht auf das, was die Parteien tatsächlich verstanden haben, sondern auf das, was sie nach Treu und Glauben hätten verstehen sollen. In diesem erweiterten Sinn des Vertragskonsenses übernimmt das Vertrauensprinzip eine doppelte Aufgabe: die einer Vertragsauslegungsregel und die einer Vertrauensschutzregel.

Da jede Erklärung darauf zielt, sich dem Erklärenden verständlich machen will, so entspricht es der Finalität der Erklärung, sie von der Seite des Empfängers zu verstehen, so wie dieser sie nach Treu und Glauben unter den konkreten Umständen verstehen durfte⁷. Das Ergebnis ist der normativ geltende Sinn der Erklärung. Normativ geltend bedeutet hier, dass sich der Sinn nicht mit dem decken muss, was die eine oder andere Partei tatsächlich meinte, sondern mit dem Sinn, den jedermann nach Treu und Glauben der Erklärung entnehmen darf⁸.

Das Vertrauensprinzip verwandelt sich darnach in ein Schutzprinzip. Schutzwürdig ist diejenige Partei, die auf den normativen Sinn der Erklärungen auch wirklich vertraut hat. Innerhalb der Schutzzgrenze des Vertrauensprinzips kommt ein Vertrag somit zustande, wenn sich der schutzwürdige Empfänger auf diesen Erklärungssinn beruft, weil er auf ihn vertraut hat. Die andere Partei hat dies zu akzeptieren. Zwar fehlt dann das gemeinsame Konsensbewusstsein, denn tatsächlich meinen beide Parteien Verschiedenes, doch hindert das gestörte Konsensbewusstsein den Vertragsabschluss nicht⁹.

Dies steht der Definition des Vertrages nach Art. 1 OR. nicht entgegen. Der Vertrag verlangt kein gemeinsames Konsensbewusstsein, sondern lediglich die übereinstimmenden Willensäusserungen. Sie sind, auch wenn es das Gesetz nicht ausdrücklich vorsieht, dem Vertrauensprinzip zu unterstellen und auf den vertrauensmässig geschützten, normativ gültigen Konsenswillen zu beziehen¹⁰.

⁶ BeK/KRAMER, Art. 1 OR N 37, N 126, GAUCH, Vertrag und Parteiwille, in Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht, 1982, 350; BeK/SCHMIDLIN, Vorb. zu Art. 23/24 OR, N. 187 ss; BGE 116 II 431, 434.

⁷ Dazu LANGE, Das Auslegungsprinzip des sich Verständlichmachens, 1981, 3 f. BeK/SCHMIDLIN, Vorb. zu Art. 23/24, N 191.

⁸ BeK/KRAMER Art. 1 OR N 126 ff, GAUCH, l.c. (Anm. 5) 343, 352; BGE 115 III 305, 308.

⁹ Zum fehlenden Erklärungsbewusstsein auch BeK/KRAMER, Art. 1 OR N 47 ff; ID. Münchner Kommentar (4. Aufl.) zu § 119, Rdnr. 92 ff; GAUCH/SCHLUEP, OR-AT I, N 221.

¹⁰ Anderer Meinung ZÜK/JÄGGI zu Art. 1 OR, N 30, 79.

Doch ist wohl zu beachten: nicht das Vertrauensprinzip entscheidet über den Bestand des Vertrages, es legt lediglich eine Schutzgrenze fest, innerhalb derer der Erklärende und der Erklärungsempfänger die Erklärung oder das erklärungsgleiche Verhalten zulassen muss, selbst wenn sich der eine oder der andere nicht einmal bewusst waren, dass eine Erklärung vorlag. Für diesen extremen Fall ist allerdings Zurückhaltung angebracht. Lehre und Rechtsprechung haben lange gezögert, die Grenze so weit zu ziehen. Vom Vertrauensstandpunkt ist dies jedoch durchaus gerechtfertigt. Ein fehlendes Konsenswissen kann die Zurechnung nicht verhindern, denn über die Zurechnung entscheidet nicht das faktisch vorhandene oder nicht vorhandene Wissen, sondern dasjenige, das erwartet werden durfte.

Das Vertrauensprinzip verliert erst dort seine Geltung, wo der Erklärende oder der Erklärungsempfänger überhaupt nicht damit zu rechnen brauchte, dass das Verhalten des Erklärenden als Vertragsabschluss verstanden werden könne. Hierher gehört der klassische Schulfall der Weinversteigerung, bei dem die Grenzen der Zurechnung evident werden. Betritt jemand ahnungslos den Saal eines Hotels, bei dem eine Weinversteigerung im Gange ist, kann und muss er nicht damit rechnen, nämlich dass sein freundliches Zuwinken an einen Bekannten als Annahme des eben gemachten Versteigerungsangebotes verstanden werden könnte. Ebenso kann das Verhalten, dass ein zur Antwort verpflichteter Antragsempfänger stillschweigt, weil er vom Zugang einer Offerte nicht nur keine Kenntnis hatte, sondern mit ihr auch gar nicht rechnen musste, ihm nicht als Annahme zugerechnet werden. Auch hier wären die Grenzen der Zurechnung überschritten¹¹.

4. Das Vertrauensprinzip als Interpretations – und Schutzregel im Falle des wesentlichen Irrtums

Das Vertrauensprinzip ändert nichts daran, dass jeder Vertrag vorerst und hauptsächlich der Verwirklichung der eigenen, individuellen Interessen dient – Interessen, die beide Parteien freilich nicht gegeneinander, sondern miteinander verwirklichen wollen. Natürlicherweise, ist jeder Vertragschliessende auf sein eigenes Interesse bedacht, das ja auch nach dem Vertragsabschluss die treibende Kraft in der Vertragsabwicklung bleibt. Der Vertrag hat den Zweck, mittels des gemeinsamen Willens den Eigenwillen jeder Partei zum Ziele zu führen, anders wäre er ein Gebilde ohne wirklichen Sinn.

Kritisch wird diese Frage, wenn der normative Konsens sich nicht mit dem deckt, was der Vertragsschliessende eigentlich will, oder einfacher, wenn der

¹¹ Dazu u. a. KRAMER, Münchner Kommentar zum BGB § 119 (4. Aufl.) Rdnr. 92; ferner BeK/SCHMIDLIN, Art. 6 OR N 16.

Parteiwille vom gemeinsamen Willen abweicht. Dies ist das Kernproblem des Irrtums beim Vertragsschluss.

Savigny bezeichnet diesen Irrtum mit dem Begriff des «unaechten Irrtums», weil dieser nicht auf einem irrenden Willen, sondern auf der Abwesenheit des Willens» beruht und notwendig nichtig ist, da die Erklärung überhaupt keinen Willen ausdrückt. Diese gekünstelte Argumentation wird der wirklichen Interessenlage nicht gerecht¹², und dies gerade deswegen, weil die Willenserklärung keinen einseitigen Erklärungsakt darstellt, den der Adressat lediglich in Empfang zu nehmen bräuchte. Die vertragliche Willenserklärung ist nicht nur empfangsbedürftig, sondern auch annahmbedürftig, denn sie enthält keine neutrale Mitteilung, sondern teilt einen Entschluss mit und fordert den Adressaten auf, positiv oder negativ zu antworten. Reagiert der Antwortende positiv, so binden sich die Vertragschliessenden im Konsenswillen.

Vom gemeinsamen Willen kann sich der fehlerhafte Vertragsteil nicht mehr ohne weiteres lösen. Es geht gar nicht um die «Anwesenheit» oder «Abwesenheit» des Willens in der Willenserklärung – diese Betrachtungsweise ist endgültig überwunden – sondern um die Frage, wie weit der vom gemeinsamen, normativen Willen abweichende Eigenwille schutzwürdig ist, und ob er sich gegebenenfalls vom gemeinsamen Willen, auf den sich die fehlerfreie Gegenpartei stützt, lösen darf.

Die vage, etwas pathetische Formel vom Vertrag als Akt der willentlichen Selbstgestaltung drückt nur die halbe Wahrheit aus¹³. Im Vertragsschluss liegt mehr als Selbstbindung und Selbstverantwortung der Vertragspartner. Der Vertrag beruht auf einer Willenskommunikation, die ein Neues darstellt: den vereinigten, unteilbaren, gemeinsamen Willen, was ganz konkret bedeutet, dass zwar jeder Vertragspartner sein Eigenziel verfolgen will, aber doch nur so, dass sein Partner, wie gemeinsam ausgemacht, ebenso sein Vertragsziel erreicht. Die strukturelle Verbindung von Eigenwillen und gemeinsamen Willen, nach Savignys Worten: «die Vereinigung mehrerer Willen zu einem einzigen, ganzen, ungeteilten Willen»¹⁴, verlangt wertungsmässig eine sinnvolle Koordination. Das *vinculum iuris* des Vertrags bindet im Akt der Kommunikation den Willen des einen mit dem Willen des anderen zu einem gemeinsamen Willen.

Von vornherein scheidet eine schroffe Entgegensetzung des Eigenwillens gegen den gemeinsamen Vertragswillen aus. Jede monistische Betrachtungsweise verfehlt den Sinn und Zweck des Vertragsschlusses. Die Vertragspar-

¹² SAVIGNY, System, 3, 263, 440 ff, Eingehend BeK/SCHMIDLIN Vorb. zu Art. 23/24 OR N 18 ff mit Literatur.

¹³ Siehe FLUME, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, II, 216.

¹⁴ SAVIGNY, System, 3, 309.

teien unterstellen ihren Eigenwillen dem gemeinsamen Willen. Die Vertrauensbasis ist die Tragfläche des Vertrages und dieses Vertrauen gründet direkt auf dem Grundsatz von Treu und Glauben : D 2,14,1 pr : *Nihil tam congruum est fidei humanae quam ea qua inter eos placuerunt servare*. Das Vertrauensprinzip legitimiert den Vertragsschluss und erhebt den gemeinsamen Willen zur *lex contractus*, dem beide Parteien normative Geltung zuerkennen.

Doch sind der Vertrauensgeltung Grenzen gesetzt. Blinder Vertrauensschutz, der ohne Rücksicht auf die subjektiven Eigeninteressen der Parteien den Vertrag durchsetzen wollte, würde die Gemeinsamkeit aufheben, um desentwillen der Vertrag ja geschlossen wurde.

Das Vertrauensprinzip findet vorerst dort eine Grenze, wo es im Vertrag gar keine Schutzfunktion zu übernehmen gibt. Dies trifft zu, wenn sich die Parteien lediglich in der Erklärung irren, in der Sache aber einig sind (Ulpian D 18,1,9,1 *Plane si in nomine dissentiamus, verum de corpore constat, nulla dubitatio est, quin valeat emptio et venditio : nihil enim facit error nominis cum de corpore constat*, eine Regel, die in Art. 18 OR ihren Platz gefunden hat. Dies trifft auch zu, wenn beide Parteien dem gleichen Irrtum unterliegen oder die eine Partei den Irrtum der anderen erkannt hat oder hätte erkennen müssen. In allen diesen Fällen besteht überhaupt kein Schutzbedürfnis und die Frage der Schutzwürdigkeit stellt sich gar nicht. Die eigentliche Wertungsfrage stellt sich erst in der Streitlage, wenn sich die irrende Partei weigert, den geltenden normativen Vertragswillen anzunehmen, die fehlerfreie Partei aber auf diesem besteht. Der grundsätzliche Vorrang des Vertrauensgrundsatzes kommt hier zum Zuge. Der vertragliche Eigenwille ist in den gemeinschaftlichen Willen, in den Konsens, eingebunden und kann sich nicht frei und losgelöst, sondern nur innerhalb der vom Vertrauensprinzip zugelassenen Grenzen behaupten.

5. Die Koordination von Vertrauens- und Willensprinzip nach Art. 1 und Art. 23 ff. OR

Der schweizerischen Gesetzgeber hat diese Grenzen in Art. 1 OR und in den Art. 23-27 OR festgesetzt. Art. 1 OR lässt einen Vertrag aufgrund der gegenseitigen, übereinstimmenden Willensäusserungen zustande kommen und billigt der irrenden Partei lediglich zu, im Falle eines wesentlichen Irrtums darauf zurückzukommen. Die Geltung des Vertrages entspricht daher der allgemeinen Regel, die Berücksichtigung des Irrtums ist die Ausnahme, die nur in den besonderen, im Art. 24 OR vorgesehenen Fällen zugelassen ist¹⁵.

¹⁵ Dies bedeutet, dass ein Vertragsabschluss trotz wesentlichen Irrtums vorerst gültig ist und solange besteht als er von der irrenden Partei nicht angefochten wird. Aus der vom Gesetz unglücklich gebrauchten Wendung, Art. 23 OR : der Vertrag sei « unverbindlich », eine eigene Theorie der Unverbind-

Unterstellen wir diese Irrtumsfälle dem Vertrauensprinzip, so ist der Irrtum als ein Abweichen des Eigenwillens vom vertrauensgemässen, gültigen, gemeinsamen Willen zu bestimmen, oder, um ins Umgangssprachliche zurückzufinden, im Falle eines Irrtums meint und will der sich Irrende etwas anderes als das, was er mit der Gegenpartei ausgemacht hat. So betrachtet besteht der Irrtum nicht in der Abweichung des Willens von der Erklärung, sondern in der Divergenz zwischen Eigenwillen und gemeinsamen Willen und liegt der Unterscheidung zwischen Erklärungs- und Grundlagenirrtum, den das Gesetz in Art. 24 OR macht, noch voraus¹⁶.

Indem das Gesetz erlaubt, den unter einem wesentlichen Irrtum leidenden Vertrag für unverbindlich zu erklären, zieht es dem Vertrauensgrundsatz eine Grenze. Treu und Glauben ist ein allgemeiner Massstab, der objektiv verlangt, sich so zu verhalten, wie man es von jedermann in der gleichen Lage billigerweise erwarten kann. Dies gilt für beide Parteien. Auch die nicht irrende Partei muss sich die Frage gefallen lassen, ob sie, in die Lage des Irrenden versetzt, am Verträge festhalten würde. Ist der irrenden Partei der normative Konsenswille nicht mehr zurechenbar und widerspricht ein weiteres Beharren der nicht irrenden Partei auf der Geltung des Vertrags dem Grundsatz von Treu und Glauben, so muss man dem Irrenden die Möglichkeit einräumen, den Vertrag anzufechten¹⁷.

Eine Begrenzung des Vertrauensgrundsatzes kann sinnvoller Weise überhaupt nur als ein Bewertungskriterium aufgestellt werden, das der Unterscheidung zwischen Erklärungs- und Grundlagenirrtum voraus liegt. Zu Recht spricht das Gesetz in Art. 23 OR auch einheitlich und allgemein vom wesentlichen Irrtum.

Dieses allgemeine Prinzip wird in Art. 24 Ziff. 4, der den Substanzirrtum des alt OR Art 19 Ziff. 3 ersetzt, mittels dreier Kriterien konkretisiert: des objektiven Kriteriums von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr, des subjektiven Kriteriums der für den Irrenden notwendigen Geschäftsgrundlage und

lichkeit zu konstruieren, hat wenig Sinn. Die Unverbindlichkeitstheorie darf man getrost beiseite legen, weil sie nur Unsicherheit stiftet, wie der Picasso-Fall BGE 114 II 131 zur Genüge gezeigt hat. Dazu meine Stellungnahme im BeK/SCHMIDLIN zu Art. 23/24 NN 105 ff und NN 127 ff.

¹⁶ Dazu auch ausführlich BeK/SCHMIDLIN, Art. 23/24 OR NN 89-104.

¹⁷ Es ist nicht richtig, die Kriterien des erkannten oder erkennbaren Irrtums mit der Begrenzung der Irrtumsanfechtung zu verbinden, weil dies ein Problem des Konsenses, das heisst der gegenseitig übereinstimmenden Willenserklärungen ist. Hat der Gegner den Irrtum des anderen erkannt, so kommt entweder kein Vertrag zustande, weil sich die Parteien nicht einig sind oder es kommt der Vertrag trotzdem im Sinne des Irrtums zustande, weil die Gegenpartei um diesen Irrtum weiss und den Vertrag so akzeptiert. Das Vertrauensprinzip hingegen schützt den Vertrag im Hinblick auf Vertragsbindung, die durch den Konsens entsteht und nach Treu und Glauben beiden Parteien zugerechnet werden darf soweit dies Art. 2 ZGB entspricht. Es ist klar, dass allgemeine Geschäftsrisiken nicht der Irrtumsanfechtung, sondern allenfalls der *clausula rebus sic stantibus* zu unterstellen sind, für besondere Geschäftsrisiken ist die Art des Geschäftes und die besonderen ausdrücklichen oder stillschweigend vorausgesetzten Bestimmungen entscheidend.

schliesslich mittels des von der Rechtsprechung entwickelten Kriteriums der dem Gegner erkennbaren Bedeutung, den der Sachverhalt für die irrende Partei hatte.

Die für den Grundlagenirrtum entwickelten Kriterien gelten für jeden wesentlichen Irrtum, gleichgültig ob Erklärungs- oder Motivirrtum, denn ob der Irrtum die Erklärung oder die Motivation betrifft, ändert nichts daran, dass er die genannten Erfordernisse des wesentlichen Irrtums erfüllen muss. Als allgemeine Richtschnur lässt sich daher die Regel aufstellen, dass jeder Irrtum dann wesentlich ist, wenn er sich auf einen Sachverhalt oder auf Umstände bezieht, bei deren Kenntnis der Irrende und auch jeder redliche Dritte, also auch sein Vertragsgegner, den Vertrag nicht oder anders geschlossen hätten. Dem Irrenden muss in diesen Ausnahmefällen die Möglichkeit offen stehen, sich vom Vertrag zu lösen.

Das bedeutet keineswegs, dass in diesen Fällen das Vertrauensprinzip einfach auszuschalten sei. Auch wenn der Vertrag dahin fällt, ist die fehlerfreie Partei der Vertragsanfechtung nicht schutzlos ausgesetzt. Sie kann verlangen, so gestellt zu werden, wie wenn kein Vertragschluss stattgefunden hätte. Der Vertrauensschutz entfaltet in diesem Falle eine relative Wirkung¹⁸. Der Irrende hat nach Art. 26 OR die Schadenersatzfolgen zu übernehmen, falls der seiner Fahrlässigkeit zuzuschreiben ist, es sei denn die fehlerhafte Partei hätte den Irrtum der anderen erkannt oder erkennen können. Im Gegensatz zu § 122 BGB, der hierfür das Veranlassungsprinzip vorsieht, bleibt das OR in Art. 26 beim Verschuldensprinzip stehen, wohl in Meinung, dass grundsätzlich für gesetzlich erlaubtes Verhalten kein Schadenersatz zu leisten sei. Dies entspricht nicht dem Sinn des relativen Vertrauensschutzes. Viel eher hat der Irrende die Nachteile zu übernehmen, welche die Folgen des dahin fallenden Vertrages sind. Praktisch ist der Unterschied unbedeutend, weil man die Kriterien der Fahrlässigkeit so hoch ansetzt, dass der Massstab dem deutschen Kausalprinzip nahe kommt¹⁹.

Vertrauensschutz und Willenschutz ergänzen sich: das Vertrauensprinzip beantwortet die Frage, wie weit der geäusserte Wille normativ gilt und der mangelfreie Willen geschützt ist. Das Willensprinzip setzt sich durch, wo diese Schutzgrenzen entfallen, nämlich dort, wo die Abweichung des mangelhaften Eigenwillens vom gemeinschaftlichen Willen die Schwelle des nach Treu und Glauben Tragbaren überschreitet.

Die Komplementarität verlangt, dass die beiden Prinzipien stufenweise auf den Vertragsschluss angewandt werden. Daher erfolgt die Überprüfung der Vertragsgültigkeit in zwei Phasen: In der ersten wird entschieden, ob ein

¹⁸ Bek/SCHMIDLIN, Vorbem. zu Art. 1 OR, 160 ss, « Risikoprinzip oder Substanzprinzip ».

¹⁹ Bek/SCHMIDLIN, Art. 26 OR, N 9.

Vertrag zustande gekommen ist und allenfalls mit welchem Konsens, in der zweiten, ob ein wesentlicher Irrtum vorliegt. Liegt ein solcher vor, so kann die irrende Partei ihren Eigenwillen durchsetzen und Unverbindlichkeit geltend machen.

Diese Zweistufenlösung, die heute noch immer in Lehre und Praxis vorherrscht²⁰, entspricht der Struktur des Vertrages: Die Gültigkeit eines Vertrages hängt von der Gültigkeit des Konsenses ab, die auch dann anzunehmen ist, wenn eine der Parteien den Erklärungssinn nicht teilt, ihn sich aber zurechnen lassen muss. Der Vertrag ist trotzdem gültig geschlossen, unterliegt jedoch dem Gestaltungsrecht des Irrenden, der ihn in den gesetzlich vorgesehenen Grenzen auflösen kann.

Gewiss benützt die gesetzliche Regelung des Schweizerischen OR noch die traditionellen gemeinrechtlichen Irrtumskategorien, nur der Grundlagenirrtum des Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 ersetzte die im altOR Art. 19 erhaltene Formel des Substanzirrtums. Aber Eugen Huber hat die Neuregelung des Grundlagenirrtums dazu benutzt, wohl in Anlehnung an Windscheids Lehre von der Voraussetzung²¹, die allgemeinen Kriterien des wesentlichen Irrtums einzufügen. Er dachte dabei kaum an eine Weiterbildung dieser Kriterien zum Vertrauensgrundsatz. Diesen Schritt hat erst die Rechtsprechung vollzogen. Sie hat den Grundlagenirrtum zum Drehpunkt der gesamten Irrtumsregelung gemacht, indem sie sich auf die darin enthaltenen allgemeinen Irrtumskriterien stützte²². Allerdings bleibt die Rechtsprechung in der Fallperspektive stehen, in der man allenfalls Fallgruppen des Grundlagenirrtums erkennen kann: Wertewartungen, Gebrauchserwartungen, die Grundstücksfälle usw. Dahinter ist das Bestreben spürbar, den Grundlagenirrtum dem Vertrauensprinzip anzunähern. Der wichtigste Schritt war gewiss die in BGE 79 II 165 vorgenommene Erweiterung des Irrtumfeldes über den Vertragsinhalt hinaus auf die gesamten konkreten Umstände, auch auf die darin eingeschlossene Informationsbasis²³.

Wollte man es unternehmen, dem Irrtum eine dem heutigen Vertrauensgrundsatz angemessene Regelung zu geben, so wären drei Veränderungen

²⁰ Dazu BEK/SCHMIDLIN, Art. 23/24 OR N 119 ss, im Besonderen die Rezension des Picassofalles, BGE 114 II 131 N 127 ss. Auch SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2006, 279 f.

²¹ WINDSCHEID/KIPP, Lehrbuch des Pandektenrechts 2. Aufl. 1906, I, § 97, 507. Doch ging die direkte Anregung an Huber wohl von dem befreundeten Max Rümelin aus. Über die Verhandlungen zu dieser Bestimmung, siehe Sitzung der Kommission des Nationalrates vom 7. Sept. 1909, Bundesarchiv, Gesetze IV 76 (Votum Huber); StenBull Nat.R. 1909 475.

²² BEK/SCHMIDLIN, Art. 23/24 N 454 s.

²³ BEK/SCHMIDLIN, Art. 23/24 N 458: BGE 79 II 164: «Art. 24 Ziff. 4 OR bezieht sich sogar in erster Linie gerade auf den Fall, dass der Irrtum nicht den Vertragsinhalt betrifft, sondern einen Umstand, der beim Vertragsabschluss als gegeben vorausgesetzt wurde und derart wichtig ist, dass er bei objektiver Betrachtung vom Standpunkt des loyalen Geschäftsverkehrs aus als unerlässlich erscheint, so dass ein Irrtum über ihn nicht als blosser unbeachtlicher Motivirrtum angesehen werden kann.»

vorzunehmen. Der Grundsatz von Art 23 OR: wäre durch einen zweiten Absatz zu ergänzen, welcher die Kriterien des Grundlagenirrtum ins Allgemeine erweitern: *Ein Irrtum ist wesentlich, wenn er einen bestimmten Sachverhalt betrifft, der vom Irrenden nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als notwendige Grundlage des Vertrages betrachtet wurde und betrachtet werden durfte.* Dieser bestimmte Sachverhalt muss derart vom irrenden Willen abweichen, dass der Vertrag dem Irrenden nach Treu und Glauben unzumutbar ist. Doch besteht kein Anlass, den Gesetzestext zu verändern und ihn etwa durch die Formel des *Unidroit* zu ersetzen: Art. 3.5.1: *dass der Irrtum bei Vertragsabschluss so bedeutsam war, dass eine vernünftige Person in der gleichen Lage, wie die irrende Partei bei Kenntnis des wahren Sachverhaltes den Vertrag nur zu wesentlich anderen Bedingungen oder überhaupt nicht abgeschlossen hätte.* Abgesehen davon, dass diese Formulierung das subjektive und objektive Kriterium vermengt, bringt die breite Umschreibung nicht mehr als die Art. 24. Abs. 1 Ziff. 4, entnommene Formel, die sich in der Rechtsprechung bewährt hat. Es besteht kein Anlass, durch neuartige Wendungen die bisherige Praxis zu verunsichern. Allerdings wäre, der heutigen Rechtssprechung folgend, ein zweiter Absatz anzuschliessen: *Die wesentliche Bedeutung des bestimmten Sachverhaltes für die irrende Partei muss der andern Partei hinlänglich bekannt oder erkennbar gewesen sein.*

Art. 24 OR sollte statt der Aufzählung der *exempla* den Erklärungsirrtum generell umfassen: Ein Irrtum in der Erklärung ist wesentlich, wenn er sich auf einen der Hauptpunkte des Vertrages bezieht. Der Unterscheidung zwischen Erklärungs- und Grundlagenirrtum (wesentlicher Motivirrtum) käme dann nur noch eine Rolle für der Beweislastverteilung zu: für die erklärten Hauptpunkte des Vertrages gälte von vornherein die Vermutung, sie seien wesentlich, so wie es auch für die *exempla* in Art. 24 Ziff. 1-3 gilt, während für den Grundlagenirrtum dem Irrenden der Nachweis obläge, dass er über einen bestimmten, nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr wesentlichen Sachverhalt im Irrtum war und dass er darauf vertrauen durfte, es habe dem Gegner die Wichtigkeit dieses Sachverhaltes nicht entgehen können.

Wie unglücklich sich eine strenge Unterscheidung zwischen Erklärungs- und Grundlagenirrtum auswirken kann, belegen zwei vom Bundesgericht diametral entgegengesetzt entschiedene Fälle. Im einen Fall, BGE 105 II 23, hatte die Angestellte eines Juweliers einen Opalring im Verkaufswert von 13800 Fr irrtümlich nach einer falschen Preisangabe für 1380 Fr verkauft. Der Juwelier berief sich auf Erklärungsirrtum, dem das Bundesgericht beistimmte. Im zweiten Fall, BGE 105 II 16, hingegen verweigerte es die Anfechtung, obwohl die Sachlage wertungsmässig gleich gelagert war. Eine Filialfirma hatte per Fernschreiben erklärt, Atznatron verkaufen zu wollen. Dieses vom Käufer bestätigte Angebot beruhte aber auf einem Irrtum, denn ein Angestellter der Filialfirma hatte den Auftrag zu « kaufen » irrtümlich mit « verkaufen » verwechselt. Wer wird hier die spitze Unterscheidung zwischen Erklärungsirrtum und Mo-

tivirrtum heranziehen wollen. In beiden Fällen sind die Voraussetzungen eines wesentlichen Irrtums erfüllt: weder der Juwelier, noch die Firma wollten verkaufen, jedenfalls nicht unter den vorliegenden Umständen, am objektiven geschäftlichen Unterschied zwischen «Kaufen» und «Verkaufen» und zwischen einem Preis von 1380 Fr und 13800 Fr ist nicht zu zweifeln. Dieser irrige Umstand war entscheidend, so entscheidend, dass jedermann nach Treu und Glauben ein derartig irrtumsbehaftetes Geschäft nie abgeschlossen hätte und sich darum auch einer Anfechtung nicht hätte widersetzen dürfen.

Auch zeigt sich gerade hier, wie unbillig eine Berufung auf die absolute Geltung des Vertrauensprinzips sein kann. Soll denn der Irrenden an einen Vertrag festgenagelt werden, der ihn zwingt, das zu kaufen, was er verkaufen wollte, oder dem andern ein Schmuckstück für einen Spottpreis zu überlassen. Die Beispiele lassen sich leicht vermehren, etwa Irrtum beim Kauf einer in der Werkstatt nicht einsetzbaren Maschine, die nachträgliche Entdeckung der Unechtheit eines Gemäldes, die Miete einer Wohnung, die, weil zu klein, nicht benutzbar ist. Hier trotz eines Grundlagenirrtums auf der Vertragserfüllung zu bestehen, ist im loyalen Geschäftsverkehr nicht üblich und unangemessen, auch wenn dem Gegner die Fehlinformation nicht erkennbar war. Die gemeinsame Vertrauensgrundlage, auf die sich beide Parteien bei Vertragsabschluss eingelassen haben, lässt eine einseitige Vertrauensüberziehung nicht zu.

Gerade dies wird von einem Teil der Lehre bestritten. Das Vertrauensprinzip lasse keine Anfechtung zu, weil der Irrenden das Risiko des scheiternden Vertrages nicht auf die fehlerfreie Partei abwälzen dürfe²⁴. Die Anfechtung wegen Irrtums sei auf die wenigen Ausnahmefälle zu beschränken, in denen der Vertrauensschutz nicht tangiert werde, so wenn die nicht irrende Partei den Irrtum veranlasst habe, etwa durch Fehlinformation, wenn sie den Irrtum des anderen erkannt habe oder doch hätte erkennen müssen, wenn sich beide im gleichen Irrtum befänden oder wenn kein Interesse der fehlerfreien Partei berührt werde, wie etwa bei strikt einseitigen Geschäften.

Diese Bedingungen, insbesondere die Kenntnisnahme oder Erkennbarkeit des Irrtums durch die Gegenpartei, sind nicht neu, sondern wurden bekanntlich schon vom österreichischen, vom italienischen und nun auch vom niederländischen Zivilgesetzbuch als zusätzliche Voraussetzung der Beachtlichkeit aufgenommen: Ein Irrtum muss nicht nur wesentlich, sondern auch beachtlich sein. Damit soll just verhindert werden, dass der Irrende das Risiko der Vertragsauflösung wegen Irrtum auf die fehlerfreie Partei abwälzen könne.

Allerdings ist die Frage erlaubt, ob diese aus dem Naturrecht stammende Risikoregelung dem Vertrauensprinzip wirklich angemessen ist²⁵. Generell

²⁴ Vor allem KRAMER, Münchner Kommentar BGB (4. Aufl.), zu § 119, Lösungsvorschlag. RdNr 110-115 «Der Gedanke der vertraglichen Risikohaftung».

²⁵ Zum historischen und dogmatischen Kontext BeK/SCHMIDLIN, Vorbemerkungen zu Art. 23/24, 160 s.

werden Umstände als riskant bezeichnet, deren Eintritt ungewiss ist und die, falls sie eintreten, die Lage von Grund auf verändern. Dies trifft beim Wegfall der Vertragsgrundlage ein. Sie lässt, nach heutiger Lehre und Rechtsprechung, den Vertrag nicht dahinfallen, sondern verlangt nach einer richterlichen Vertragskorrektur.

Bedroht der Irrtum die Vertragsgrundlage in diesem Sinne, so dass er ein Risiko darstellt? Wohl kaum. Schon bei Abschluss des Vertrages wissen beide Parteien, dass bestimmte Sachverhalte für den einen wie für den anderen zur notwendigen Grundlage des Vertrages gehören. Entdeckt eine der Parteien, dass sie sich über einen dieser bestimmten Sachverhalte geirrt hat und macht sie den Irrtum geltend, so beruft sie sich auf ein Faktum, das schon von Anfang an bestand. Der Irrtum ist nicht die Folge eines äusseren, nachträglichen Ereignisses, das die Vertragsgrundlage zerstört hätte. Die Entdeckung des Irrtums ist überhaupt kein Ereignis, sondern lediglich das zur-Kennntnis-nehmen, dass keine Konsenslage vorliegt, noch bei Vertragsabschluss vorlag. Ab Kennntnisnahme läuft die Zeit der Verjährungsfrist.

Die fehlerfreie Partei vertraut in guten Treuen auf die Richtigkeit und Zuverlässigkeit der Vertragsgrundlage. In diesem Vertrauen soll sie nicht enttäuscht werden. Sie darf daher auch vom irrenden Partner die Erfüllung des Vertrages verlangen, soweit dies dem auf Treu und Glauben beruhenden Vertrauen entspricht. Die Grenze ist dort erreicht, statuiert das Gesetz nach Art. 24 Abs. 1, Ziff. 4 OR, wo der Irrtum einen bestimmten Sachverhalt betraf, der nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als notwendige Grundlage betrachtet werden darf und vom Irrenden auch tatsächlich als solcher betrachtet wurde. Es wird von der Gegenpartei nicht mehr verlangt als diese Begrenzung der gemeinsamen vertraglichen Vertrauensgrundlage anzuerkennen: ist der Irrtum wesentlich, so ist die Vertragsanfechtung zuzulassen, weil ein weiteres Beharren auf Vertragserfüllung dem allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben, dem auch das Vertrauensprinzip unterstellt ist, widerspräche. Unidroit Art. 3,5, (1) drückt diese Gegenlage vortrefflich aus, nämlich dass *der Irrtum bei Vertragsabschluss so bedeutsam war, dass eine vernünftige Person in der gleichen Lage, wie die irrende Partei bei Kenntnis des wahren Sachverhaltes den Vertrag nur zu wesentlich anderen Bedingungen oder überhaupt nicht abgeschlossen hätte.*

Darüber hinaus die Irrtumsanfechtung davon abhängig zu machen, ob die fehlerfreie Partei den Irrtum erkannt habe, ohne die andere aufzuklären, oder den Irrtum zumindest hätte kennen müssen, besteht kein Anlass. Es genügt, dass die Gegenpartei die Bedeutung des vom Irrtum betroffenen Sachverhaltes für die gemeinsame Vertragsgrundlage ermessen konnte.

Falls die anfechtende Partei die Vertragsauflösung durchsetzen will, ist die fehlerfreie Partei der Anfechtung nicht schutzlos ausgesetzt. Denn der Vertrauensschutz gebietet, dass ihr aus der Auflösung des Vertrages kein Schaden erwächst. Daraus ergibt sich die Regel, dass zwar das Risiko für das Bestehen

der Geschäftsgrundlage beide Parteien in loyaler Weise nach den Regeln von nach Treu und Glauben gemeinsam zu tragen haben, dass aber die irrende Partei das Risiko eines Schadens, der der anderen Partei aus der Irrtumsanfechtung entsteht, zu übernehmen hat. Die fehlerfreie Partei soll von ihr nach Art. 26 OR schadensfrei gestellt werden und, sofern es die Billigkeit erfordert, kann der Richter sogar noch auf weiteren Ersatz erkennen.

Nach schweizerischem Recht gibt es keinen Grund, das Vertrauensprinzip der gesetzlichen Regelung in Art. 23 und Art. 24 OR entgegen zu stellen. Der Grundsatz des Vertrauensschutzes beherrscht den Abschluss des Vertrages nach Art. 1 OR. Der Vertrauensschutz reicht soweit als der irrenden Partei der Vertragsabschluss nach Treu und Glauben zumutbar ist. Art. 23 OR ff bilden die Grenze. Der Vertrauensschutz endet dort, wo auch die Gegenpartei den Vertrag unter dem vorliegenden Irrtum nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr – wie jede vernünftige Person in der gleichen Lage – nicht geschlossen hätte.

6. Die Irrtumsregelung in den Entwürfen für ein vereinheitlichtes europäisches Vertragsrecht

Ein Blick auf die Irrtumsregelung in den Europäischen Entwürfen für ein gemeinsames vereinheitlichtes Vertragsrecht mag angezeigt sein, obwohl die Schweizerische Irrtumsregelung in Art. 23 ff OR und die schweizerische Lehre dazu wenig beigetragen haben.

Den Entwürfen kommt – anders als dem CISG – keine gesetzliche Geltung zu, sie können daher auch nicht als Rechtgeltungsquellen, sondern allenfalls als Rechtsgewinnungsquellen angesehen werden²⁶. Sie stellen eine Art von Referenzrecht dar, das als transnationales Regelwerk die künftige Entwicklung des Vertragsrechts steuern soll²⁷. Ob es diese Aufgabe zu erfüllen vermag, ist eine offene Frage. Mehrere Projekte konkurrieren und überschneiden sich, so dass die für ein Referenzrecht nötige Übersichtlichkeit sehr darunter leidet.

Die am häufigsten genannten Projekte sind die «Principles of International Commercial Law (Unidroit)», die «Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference» (von Bahr). Dazu gesellt sich der «Code Européen des Contrats» (Gandolfi) und die französischen

²⁶ Dazu vor allem CANARIS, Die Stellung der «Unidroit Principles» und der Principles of European Contract Law» im System der Rechtsquellen, in Europäische Vertragsvereinheitlichung und deutsches Recht, Sonderveröffentlichung von Archiv für civilistische Praxis, Hrsg. J. Basedow, 2000, 5 ff.

²⁷ JANSEN und ZIMMERMANN, Vertragsschluss und Irrtum im europäischen Vertragsrecht, Archiv für civilistische Praxis, 2010, 196 ff, 198; Common Frame of Reference (ZIMMERMANN,) in Handwörterbuch d. Europ. Privatrechts (hg. Basedow, Hopt, Zimmermann) 2009, Bd. 1, 276 ff.

«Principes contractuels communs» (in revidierter Fassung) ferner die Überarbeitung in den *Acquis comuns*²⁸. Selbstverständlich bestehen zwischen den verschiedenen Projekten Querbeziehungen, die zumindest in der prinzipiellen Ausrichtung eine gewisse Einheit erkennen lassen²⁹. Doch präsentieren sich die immer wieder veränderten Fassungen wie die Punktierung einer Diskussion, die zu keinem gemeinsamen Schlusscommuniqué findet. Nur der Code Européen des Contrats, der sich am vierten Buch des *Codice civile italiano* orientiert³⁰, geht in den Erläuterungen auf die vorgegebenen Traditionen ein, welche Lehre und Rechtsprechung bislang getragen haben und noch immer tragen. Bei den anderen Entwürfen benützen die Kommentare eine Art Ausgleichstechnik, die zwischen den divergierenden national geprägten Tendenzen vermittelt. Die Chance, auch eine vergleichende und dogmengeschichtliche Aufarbeitung einzubeziehen, ist vertan³¹.

Der Hauptunterschied zwischen diese Entwürfen und dem schweizerischen Recht besteht darin, dass OR 23 ff den Irrtum substantiell regelt, nämlich dort, wo er entstanden ist, beim Irrenden, die Projekte sich dagegen ausschliesslich den Auswirkungen des Irrtums auf die Gegenpartei befassen, die nicht dem Risiko der Vertragsanfechtung ausgesetzt werden soll. Dieses Risiko wird zwei Prinzipien unterstellt: dem Vertrauensprinzip und dem Veranlassungsprinzip.

Dem Vertrauensprinzip wird in den Entwürfen eine absolute Geltung zuerkannt. Das Vertrauen in die Gültigkeit des Vertrages hat immer Vorrang. Eine Vertragsauflösung wegen Irrtums ist nur dort möglich, wo das Vertrauen nicht tangiert wird, so wenn die Gegenpartei den Irrtum ihres Partners kannte,

²⁸ Principles of European Contract Law (Lando-Kommission), Parts I and II, 2000; Part.III, 2003, (Hg. Lando u. a.), zit. PECL(Lando); Unidroit, Principles of International Commercial Law, 2004; Definitions and Model Rules of European-Private Law: Draft Common Frame of Reference» (Hg. von Bahr, E. Clive), 6 Bde, 2009; Code Européen des Contrats» (Gandolfi), 2.éd. 2004; Principes contractuels communs (Association H.Capitant, Société de Législation Comparée), 2008; Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles) Contract I, 2007.

²⁹ Dazu: Der Gemeinsame Referenzrahmen für europäisches Privatrecht: Wertungsfragen und Kodifikationsprobleme, (EIDENMÜLLER, FAUST, GRIGOLEIT, JANSEN, WAGNER, ZIMMERMANN) JZ 2008, 529 ff.

³⁰ Code Européen des Contrats, 2004 (coordinateur Gandolfi), der sich auf das 4.Buch des *Codice civile* als auch auf den englischen Contract Code (ed.McGregor) stützt.

³¹ Die beiden Bände von COING, Europäisches Privatrecht, Bd. 1, 1985, Bd. 2, 1989 enthalten eine deskriptive Darstellung des Gemeinen Rechtes. Bedeutender ZIMMERMAN, Law of obligation, Roman Foundations of Civilian Tradition, 1996. Zu erwarten wäre eine Diskussion, die die modernen Entwürfe mit der Tradition konfrontiert und die historischen Argumente direkt berücksichtigt. Doch fehlt in den Kommissionen hierfür entweder das Wissen oder das Interesse. Allen grossen Kodifikationen standen solche in die Kodifikationen einbezogene, grundlegende Werke zur Seite. Man denke an EUGEN HUBER, WINDSCHEID, V. UNGER, POTHIER und deren direkten Einfluss auf die Abfassung der Gesetzbücher. Die europäischen Referenzentwürfe sind Kommissionsarbeiten, Angleichungen oder Modellierungen des Vorhandenen im Sinne von vereinheitlichenden *restatements*.

diesen vertrauenswidrig im Irrtum belies oder doch wenigstens den Irrtum des anderen hätte erkennen können³².

Das Vertrauensprinzip wird durch das Veranlassungsprinzip ergänzt. Dieses lokalisiert den Irrtum, und weist die Irrtumsfolgen derjenigen Partei zu, die den Irrtum verursacht hat; gleichgültig ob gutgläubig oder bösgläubig, sie hat die Folgen des Irrtums mitzutragen. Vertrauensprinzip und Veranlassungsprinzip greifen ineinander, denn wenn eine Partei bewusst oder absichtlich einen Irrtum durch falsche Information provoziert, so verstößt sie zugleich gegen das Vertrauensprinzip; veranlasst sie aber den Irrtum, ohne sich dessen bewusst zu sein, so befindet sie sich im gleichen Irrtum wie die Gegenpartei und hat darum so wenig wie diese auf den wirklichen Sinn der Erklärung vertraut. Eine Berufung auf das Vertrauensprinzip entfällt.

Die beiden Prinzipien, das Veranlassungsprinzip und das Vertrauensprinzip, werden in allen europäischen Vertragsrechtentwürfen miteinander verbunden, aber in getrennten Bestimmungen angeführt, und die Irrtumsanfechtung wird – mit leichten Varianten je nach Entwurf – nur im engen Rahmen dieser beiden Prinzipien zugelassen:

PECL (Lando). 4:103

(1) A party may avoid a contract for mistake of fact or law existing when the contract was concluded

a (i) the mistake was caused by information given by the other party, or

(ii) the other party knew or ought to have known of the mistake and it was contrary to good faith and fair dealing to leave the mistaken party in error, or

(iii) the other party made the same mistake

(b) the other party knew or ought to have known that the mistaken party, had it known the truth, would not have entered the contract or would have done so only on fundamentally different terms.

Wenn man in dieser Weise nur die Auswirkungen des Irrtums auf die Gegenpartei in Betracht zieht, besteht eigentlich kein Anlass mehr, den Irrtum inhaltlich und substantiell in wesentlich und unwesentlich zu unterscheiden. Entscheidend ist einzig das subjektive Moment, nämlich, dass der Irrtum kausal den Abschluss des Vertrages bestimmt hat. Indes wird auch hier verlangt, dass die irrende Partei den Vertrag nur mit «wesentlich» (fundamentally different) anderen Bestimmungen geschlossen hätte. So zumindest der Entwurf PECLando, und wohl auch DCFR (v.Bahr), der diese Bestimmung in (1)(a) voranstellt. Doch wie man diese «wesentlich anderen Bestimmungen» ermitteln soll, bleibt offen. Nur Unidroit findet eine Formulierung, die in gewisser Weise, von den Aussenwirkungen her, dem Grundlagenirrtum näher kommt:

³² So KRAMER, ZEuP15 (2007), 255 ff; KÖTZ, Europäisches Vertragsrecht, I, 1996, 292 ff; FLEISCHER, Informationssymmetrie im Vertragsrecht, 2201, 341,

Art. 3,5,1, *Eine Partei kann den Irrtum nur anfechten, wenn der Irrtum bei Vertragsabschluss so bedeutsam war, dass eine vernünftige Person in der gleichen Lage, wie die irrende Partei bei Kenntnis des wahren Sachverhaltes den Vertrag nur zu wesentlich anderen Bedingungen oder überhaupt nicht abgeschlossen hätte.* Das Verhalten «der vernünftigen Person in der gleichen Lage», nähert sich dem Kriterium, der «loyauté commerciale», denn ein vernünftiges Handeln untersteht den Regeln von Treu und Glauben, die, wie Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 richtig präzisiert, dem Geschäftsverkehr zu entnehmen sind.

Nach schweizerischem Recht erfüllt eine Fehlinformation durch die Gegenpartei oder durch einen Dritten, wenn sie wissentlich erfolgt und den Vertragsabschluss herbeigeführt, den Tatbestand der arglistigen Täuschung und ist daher Art. 28 OR zu unterstellen. Der Code Européen des Contrats spricht von einer als *déclaration trompeuse* und schliesst folgerichtig Irrtum und Täuschung in einem einzigen Artikel zusammen³³. Wer seinen Partner wider Treu und Glauben in einen Irrtum versetzt oder ihn im Irrtum belässt, verletzt aber nicht nur eine Informationspflicht, sondern begeht in der Tat eine (passive) Täuschung. Der Irrtum ist nicht Gegenstand, sondern nur das Mittel der Täuschung, um arglistig den Abschluss des Vertrages zu erreichen. Die Täuschung ist daher ein eigener Tatbestand und kein qualifizierter Irrtum. An der Regelung des Art. 28 OR ist nichts zu ändern. Der Getäuschte kann den Vertrag anfechten und Schadenersatz verlangen, auch dann, wenn der Irrtum kein wesentlicher war. Geht die Fehlinformation jedoch auf eine blosser Fahrlässigkeit des Partners oder eines Dritten zurück, so bleibt immer der Rückgriff auf die *culpa in contrahendo* und, im Falle der Fehlinformation durch einen Dritten, allenfalls auf die Vertrauenshaftung.

Bei einer substanziellen Betrachtungsweise des Irrtums, wie sie das schweizerische Recht kennt, ist die Einführung des Veranlassungsprinzips überhaupt unnötig, denn nicht die Verursachung des Irrtums, sondern der verursachte Irrtum ist Gegenstand der Anfechtung³⁴. Für den gemeinsamen Irrtum braucht es daher auch keine Sonderregelung. Der gemeinsame Irrtum schafft keine Gemeinsamkeit, es sei denn, dass es derselbe Irrtum ist, der, falls er wesentlich ist, jedem der beiden die Irrtumsanfechtung erlaubt.

Nach Art. 23 ff OR hat der Irrende seinen Irrtum darzulegen, als Grundlagennirrtum oder als Erklärungsnirrtum. Dem Vertrauensprinzip hat er damit Genüge zu tun, dass er nachweist, der Gegner habe die Bedeutung des vom Irrtum belasteten Umstandes ermessen konnte. Beim Erklärungsnirrtum ist dies

³³ Code Européen des Contrats, Art. 151: *Contrat vicié par une erreur*, dazu der Kommentar, «et c'est ainsi que la nécessité de son rôle en tant que figure autonome a disparu», 199 f.

³⁴ Kennzeichnend für die Schwierigkeiten, diese auf die Auswirkungen des Irrtums gerichtete Regelung ist die seltsame Unterscheidung im DCFR zwischen der Verursachung des Irrtums (Abs 1. (b) (i) und dem irrumsbehafteten Vertrag und (b) (ii) und (iii), der nichts abzugewinnen ist, so auch ZIMMERMANN, AcP, 2010, 245. Anders KRAMER, Festschrift Bucher, «Tradition und Weitsicht», 2009, 450.

von vornherein anzunehmen, da dieser stets einen der Hauptpunkte des Vertrags betrifft, die für beide Parteien von gleicher Wichtigkeit sind. Beim Grundlagenirrtum, der einen Umstand betrifft, der nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr erheblich ist, gilt, wie bereits eingehend dargelegt, der Grundsatz, dass die wesentliche Bedeutung der andern Partei hinreichend bekannt oder zumindest erkennbar gewesen sein muss.

Unterschiedlich geregelt ist daher auch die Beweislast des Irrenden, die folgerichtig in den europäischen Entwürfen ungemein schwerer wiegt als im schweizerischen Recht. Dort hat der Irrende nicht nur seinen Irrtum darzulegen, sondern auch noch zu beweisen, dass die Gegenpartei um diesen Irrtum wusste, ihn hätte erkennen können und ihn entgegen Treu und Glauben nicht aufgeklärt hat. Dies ist meist mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden, weil der Irrende nicht die gleiche Einsicht in das Verhalten der Gegenseite hat wie in seine eigene Irrtumslage.

Gewiss, neben den komplexen europäischen Entwürfen nimmt sich das schweizerische Recht bescheiden, in der Diktion sogar etwas altmodisch aus. Aber es hat den grossen Vorteil, dass es, der bisherigen Lehr- und Gesetzestradi- tion folgend, den Irrtum in der mangelhaften vertraglichen Willensbildung substanziell regelt. Die europäischen Entwürfe hingegen sind gezwungen, alle Ausnahmen des Vertrauensschutzes einzeln vorzunehmen, weil sie die Irrtumsanfechtung nur dort zulassen, wo deren Auswirkung dem Vertrauens- und Veranlassungsprinzip nicht entgegenstehen.

Den Gegensatz zwischen diesen beiden Konzeptionen kann weder die Rechtsprechung, noch die Lehre überbrücken. Dazu bräuchte es im schweizerischen Recht eine neue gesetzliche Regelung. Die Lösung läge aber auch dann nicht in einem «für oder wider das Vertrauensprinzip», sondern in der hier dargelegten differenzierten, der Vertragstruktur angepassten Anwendung der Regeln von Treu und Glauben im loyalen Geschäftsverkehr. Bisher haben Art. 2 ZGB, vor allem aber der klug und knapp gefasste Grundlagenirrtum in Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR ausgereicht und sie dürften dank einer behutsamen Rechtsprechung gewiss noch eine Weile ausreichen, denn für eine Übernahme des uneinheitlichen, komplexen, unerprobten europäischen Irrtumsreferenz- rechtes besteht keine Eile.

VIII. Die Vertrauenshaftung im vertraglichen Kontakt. Neue Wege in der Schweizerischen Rechtssprechung?

1. Die Vertrauenshaftung in der schweizerischen Lehre und Rechtssprechung
2. Der Vertrauensschutz im vertraglichen Kontakt
3. Die Vertrauenshaftung im ausservertraglichen Kontakt?
4. Der Vertrauenskontakt als quasi vertragliches Verhältnis
5. Die Vertrauenshaftung im dogmengeschichtlichen Zusammenhang

1. Die Vertrauenshaftung in der schweizerischen Lehre und Rechtssprechung

Die Vertrauenshaftung ist in der schweizerischen Lehre Gegenstand einer andauernden Diskussion¹. Anlass dazu gab das Bundesgericht, weil es sich in mehreren Entscheidungen auf diese Haftungsform stützt und dafür ausdrücklich die deutsche Lehre von den einheitlichen gesetzlichen Schutzpflichten im Vertrag heranzieht. Das Bundesgericht neigt sogar dazu, die Vertrauenshaftung zu einer allgemeinen Figur der Haftung Dritter für erwecktes Vertrauen zu erweitern und sie als eine besondere Haftungsform zwischen deliktische und vertragliche Haftung zu stellen².

Die Reaktion auf diese Neuerung konnte nicht ausbleiben. Schon ihre Übernahme aus der deutschen Lehre und ihre komplizierte Benennung: einheitliches gesetzliches Schutzverhältnis, lösten Abwehrreaktionen aus.³

¹ Basler Kommentar/BUCHER Art. 1 OR N 89 ff; Basler Kommentar/WIEGAND Einl.Art. 97-109 OR N 11; BeK/KRAMER, Allg.Einleitung zu Art. 1 OR, N 150 ff; HONSELL, Haftpflichtrecht, 2. Aufl. 1996, § 4 n 22; CH. CHAPPUIS, La responsabilité fondée sur la confiance, SJ (Semaines Judiciaires), 1997, 165 ff; ID., Les règles de la bonne foi entre contrat et le délit, Mélanges Schmidlin, 1998, 227 ss; LOSER, Konkretisierung der Vertrauenshaftung im schweizerischen Privatrecht, in recht, 1999, 73 f; MOSER/BERGER, Vertrauenshaftung auch im Bankgeschäft, Zur Haftungsgrundlage und zu den Grenzen von Aufklärungspflichten, AJP(Archiv für Juristische Praxis) 1999, 541 ff; A.K.SCHNYDER, Patronatserklärungen – Haftungsgrundlage für Konzernobergesellschaften? SJZ 86,1990 57 ff; SCHÖNENBERGER BEAT, Haftung für Rat und Auskunft gegenüber Dritten, 1999; SCHWENZER, Rezeption deutschen Rechtsdenkens im schweizerischen Obligationenrecht, in Schuldrecht, Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, 1999, 59 ff; insbesondere H. P. WALTER, Vertrauenshaftung im Umfeld des Vertrages, BZJV 1996, 273 ff; WICK, Vertrauenshaftung im schweizerischen Recht, AJP, 1995, 1270 ff; WIEGAND, Formungültigkeit und Vertrauenshaftung – Bemerkungen zu einem bemerkenswerten Urteil des Bundesgerichtes, in recht 1999, 225 ff; DERS., Von der Obligation zum Schuldverhältnis, in recht, 1997, 85 ff.

² BGE 121 III 354, Walter (Anm. 1.) 280 ff; WIEGAND, Von der Obligation zum Schuldverhältnis, (Anm. 1) 87 ff.

³ Eigenartig, gerade deutsche Professoren, die in der Schweiz lehren, lehnen die Uebernahme der deutschen Lehre am entschiedensten ab: HONSELL, Haftpflichtrecht, § 4 N 22; SCHWENZER, Rezeption

In der Tat leuchtet es nicht ein, warum man die aus der Vertragshaftung entwickelte *culpa in contrahendo* zu einem gesetzlichen Schutzverhältnis erweitern soll. Gesetzliche Schuldverhältnisse passen auf deliktische Tatbestände, nicht auf vertragliche. Selbstverständlich können vertragliche Pflichten auch vom Gesetz geregelt werden, wie etwa die Sachmängelregelung, doch ändert dies an ihrer vertraglichen Natur nichts. Die Einführung einer dritten Haftungsweise *ex lege* müsste die Unterscheidung zwischen den *obligationes ex delicto* – *ex contractu* zusätzlich belasten. Das Bundesgericht zieht es wohl deshalb vor, anstelle von Haftung aus «einheitlichem gesetzlichen Schutz- oder Schuldverhältnis» einfach von Vertrauenshaftung zu sprechen, die in Sonderverhältnissen besondere Schutzpflichten begründe.

Die weite Fassung des Vertrauensschutzes hat allerdings dazu geführt, die Vertrauenshaftung über den Vertragsrahmen hinaus auf vertragsnahe, ja sogar vertraglose Verhältnisse auszudehnen, nämlich immer dann, meint das Bundesgericht, wenn die Beziehung zwischen den Betroffenen auf einem besonders intensiven Vertrauensverhältnis beruhe, das die Anwendung einer besonderen Haftung, nämlich der Vertrauenshaftung, rechtfertige. Die Vertrauenshaftung rückt damit ins Mittelfeld, in der sich deliktische und vertragliche Haftung in Konkurrenz treten⁴.

Grundsätzlich ist das Bestehen selbständiger Vertragsschutzpflichten auch in der schweizerischen Lehre unbestritten. Die Verpflichtung für *culpa in contrahendo* stellt tatsächlich eine erste Stufe der Vertrauenshaftung dar. Eine zweite erweiterte Stufe bilden die vertraglichen Schutzwirkungen zugunsten der mit einer Partei in besonderem Kontakt stehenden Dritten. Ist der Vertragsschuldner auf die Betreuung von Rechtsgütern Dritter mitverpflichtet, stehen diese ebenfalls unter Vertragsschutz. Dies wird auch, allerdings nicht widerspruchsfrei, von der schweizerischen Lehre anerkannt⁵.

Zum offenen Disput kam es bei der Einführung einer dritten Stufe, auf der das Bundesgericht die Vertrauensschutzpflicht auch nicht kontrahierenden, aber am Vertrag beteiligten Dritten auferlegte. Die genaue Frage lautet hier: Erlaubt es die Vertrauenshaftung gegen aussen stehende Dritte vorzugehen, die aufgrund ihrer besonders nahen Stellung auf das Vertragsverhältnis einwirken,

des deutschen Rechtsdenkens im schweizerischen Obligationenrecht, (Anm. 1). Dagegen auch CH. CHAPPUIS, La responsabilité fondée sur la confiance, SJ 1997, 165 ff; DIES., Les règles de la bonne foi entre contrat et le délit, (Anm. 1), 227 ss WICK, (Anm. 1), AJP, 1995, 1270 ff. SCHÖNENBERGER, (Anm. 1).

⁴ BGE 120 II 336 Erw.5.

⁵ Dazu BeK/KRAMER, Allg. Einl. vor Art. 1 OR, N 144 f; Basler Kommentar/GONZENBACH zu Art. 112 OR N 23,24; BUCHER, Obligationenrecht, Allg. Teil, 484; ablehnend SCHWENZER, Schweiz. OR, Allg. T. (5. Aufl.), 87.05; WALTER, (Anm. 1), 294 f; SIEGRIST, Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1997.

dennoch keine vertragliche Verpflichtungen übernehmen wollen, aber einem Vertragspartner einen Vermögensschaden zufügen?

Im Vordergrund dieser Auseinandersetzung stehen zwei Bundesgerichtsentscheide: der *Swissair* Entscheid, BGE 120 II 331 ff, und der *Ringerfall*, BGE 121 III 352 ff. Sie sind in der schweizerischen Rechtsprechung zu *leading cases* geworden, die, in einer ganzen Reihe von weiteren Fällen bestätigt, am Ausgangspunkt der Auseinandersetzung rund um die Vertrauenshaftung stehen⁶. Sie sind auch die konkreten Bezugspunkte der folgenden Ausführungen, die versuchen, in der Vertrauenshaftung den Tatbestand des Sonderverhältnisses zwischen den Parteien von der darauf angewandten normativen Vertrauenswertung zu unterscheiden: Gegenstand ist die faktische und die normative Seite des Kontaktverhältnisses im Vertrag, das eben nicht nur die Vertragsparteien, sondern auch am Vertrag beteiligte und interessierte Dritte einschliessen kann.

2. Der Vertrauensschutz im vertraglichen Kontakt

Die *Swissair Beteiligungen AG* hatte als Holding Muttergesellschaft eine Tochtergesellschaft, die *IGR (Holding Golf and Country Residences AG)*, gegründet. *IGR* sollte ihren Kunden luxuriöse Residenzen nahe an Golfplätzen im In- und Ausland zur Verfügung halten. Sie bot gegen eine Mietvorauszahlung zwischen 30 000 und 90 000 Fr eine Mitgliedschaft an, mit der Berechtigung, diese Vorauszahlung jährlich abzuwohnen. Die Firma *WIBRU* trat als Mitglied ein.

Die Geschäfte der unterkapitalisierten Immobilienfirma nahmen keinen guten Verlauf. Eine geplante Reorganisation führte auch nicht weiter und endete schliesslich mit dem Verkauf der Firma an eine andere Holdinggesellschaft. Dies ermöglichte es der *Swissair/Beteiligungen AG (Swissair)*, sich still und leise aus diesem Geschäft zurückzuziehen. Kurz darnach sah sich die *IGR* genötigt, das Projekt aufzugeben und ihren Klienten zu erklären, sie werde das eingezahlte Geld samt Zinsen zurückzahlen. Die *WIBRU* wartete allerdings vergeblich auf diese Rückzahlung und wandte sich schliesslich direkt an die

⁶ BGE 120 II 331 ss; Urteilsbesprechung siehe HANDSCHIN, Haftung der Muttergesellschaft für Konzernvertrauen: Entscheidende Weichenstellung des Bundesgerichts; *Neue Zürcher Zeitung* N° 43, 21. 2. 1995; DRUEY, Urteilsanmerkung, *SZW (Schweizerische Zeitung für Wirtschaftsrecht)* 1995, 95 ss; AMSTUTZ/WATTER, Urteilsanmerkung, *AJP*, 1995, 117 ss; GONZENBACH, Senkrechtstart oder Bruchlandung, unvertraute Vertrauenshaftung aus Konzernvertrauen, in *recht*, 1995, 117 ss; WICK, Die Vertrauenshaftung im schweizerischen Recht, Versuch einer kurzen Orientierung nach dem *Swissair*-Entscheid, *AJP*, 1995, 1270 ss.; MOSER/BERGER, Vertrauenshaftung auch im Bankgeschäft – Zur Haftungsgrundlage und zu den Grenzen von Aufklärungspflichten, *AJP*, 1999, 168.; bestätigt wurde dieser Entscheid in BGE 121 III 231 ss, 121 III 350; 124 III 363 ss, 125 III 86.

Swissair. Diese belehrte sie, sie sei an der IGR nicht mehr beteiligt und diese sei zudem in Konkurs geraten.

Das Bundesgericht argumentiert, dass die Swissair durch ihre Tochtergesellschaft bei deren Partnern Vertrauen erweckt habe oder habe erwecken lassen, das sie darnach enttäuschte. Die Holding-Mutter hätte wissen müssen, dass sie im Kontaktbereich ihrer Tochterfirma ein wesentlicher Vertrauensfaktor sei, und dass Kunden gerade ihretwegen Verträge mit der Tochterfirma abgeschlossen hatten. Als sich die Swissair von der IGR trennte, hätte sie die Pflicht gehabt, diesen Schritt zumindest den bereits gewonnenen Kunden mitzuteilen, oder die Tochterfirma zu beauftragen, dies für sie zu tun⁷. Die geschädigte Partei habe einen Anspruch auf Vertrauensschutz⁸, weil sie aufgrund der aufdringlichen Werbung geglaubt habe, es handle sich um ein seriös geplantes Projekt, hinter dem auch die Swissair als kapitalbeteiligte Firma stehe. In der Tat, die Swissair stand im Hintergrund der von ihr gegründeten Firma und liess aufgrund dieser Nahestellung, die Kunden an den Erfolg des riskanten Geschäftes glauben. Statt dafür gerade zu stehen, wollte sich die Swissair schadlos aus der Schlinge ziehen.

Die Frage, die sich hier stellt, lautet, ob Dritte, die in engem Kontakt mit einer der Vertragsparteien stehen, den der anderen Partei verursachten Schaden mitzutragen haben. Das Bundesgericht bejaht diese Pflicht: Erwecktes Vertrauen in das Konzernverhalten der Muttergesellschaft kann unter Umständen auch bei Fehlen einer vertraglichen oder deliktischen Grundlage eine Haftung begründen. Im Konzernverhältnis sei das in die Vertrauens- und Kreditwürdigkeit des Konzerns erweckte Vertrauen ebenso schutzwürdig wie dasjenige, das sich die Partner von Vertragsverhandlungen hinsichtlich der Richtigkeit der Erklärungen entgegenbringen. Wenn Erklärungen der Konzern-Muttergesellschaft in dieser Weise Vertrauen hervorrufen, so entstehe eine dem Vertragsverhandlungsverhältnis vergleichbare rechtliche Sonderverbindung⁹. Noch vor dem Verkauf der Immobilienfirma wäre die Swissair daher verpflichtet gewesen, für eine korrekte Information zu sorgen oder die Kunden selbst zu informieren¹⁰.

Für sich genommen ist Vertrauen ein subjektiver Zustand, der überall entstehen kann und in gewisser Weise allgegenwärtig ist, bald intensiver, bald schwächer, der aber als bloss subjektiver Zustand noch keinen Rechtsschutz verdient¹¹. Erst wenn Vertrauen die Grundlage rechtlicher Bindungen wird, ist

⁷ BGE 120 II 337.

⁸ BGE 120 II 334, 335 120 II 336: das Bundesgericht zitiert REY, Rechtliche Sonderverbindungen und Rechtsfortbildung, in Festschrift f. Max Keller 1989, 231.

⁹ BGE 120 II 336.

¹⁰ BGE 120 II 339.

¹¹ WIEGAND, Von der Obligation zum Schuldverhältnis, (Anm. 1), Vorbild ist vor allem CANARIS, Ansprüche wegen «positiver Vertragsverletzung» und »Schutzwirkung für Dritte» bei nichtigen Verträgen, JZ

es rechtlich greifbar und verwandelt sich in eine rechtliche Vertrauensbeziehung. In dieser Weise wirkt es als Vertrauensprinzip im Vertragsschluss, und kann im Falle eines Vertrauensbruches, wie etwa bei absichtlicher Täuschung, deliktische Konsequenzen nach sich ziehen. Selbst der allgemeine Grundsatz des Art. 2 ZGB enthält keinen universellen Rechtsschutz des Vertrauens, sondern schützt das Vertrauen in der Erfüllung und Ausübung bestehender Rechte. Art. 2 ZGB ist eine Rechtsanwendungsnorm, zumindest nach ihrem ursprünglichen Sinn, und kann nicht auf beliebiges Verhalten bezogen werden¹².

Die Schwierigkeit, die das Bundesgericht zu wenig beachtet, liegt darin, dass in der Vertrauenshaftung zwei Aspekte zu unterscheiden sind: einmal der Aspekt des faktischen Tatbestandes, des tatsächlichen objektiv vorgegebenen Sonderverhältnisses, das man als Kontaktverhältnis bezeichnen kann, und alsdann der Aspekt der normativen Wertung, die dem Tatbestand einen normativen Charakter verleiht und den besonderen Pflichtrahmen bestimmt, dem das Kontaktverhältnis zu unterstellen ist. Erst zusammen bilden die beiden Elemente die Grundlage der Vertrauenshaftung.

Die Antwort auf die Frage, ob jemand für erwecktes Vertrauen haften soll, hängt somit von zwei Voraussetzungen ab, nämlich davon, ob dieses Vertrauen auf einer rechtlich fassbaren Sonderbeziehung beruht, die ihm die erforderliche Konsistenz verleiht, und ferner davon, ob dieses Vertrauen einen normativen Schutz verdient.

Demnach ist der *Swissair-Fall* vorerst darauf zu prüfen, ob der Vertragskontakt zwischen dem Dritten und dem geschädigten Vertragspartner ausreicht, um ein gefestigtes Sonderverhältnis und eine Vertrauenslage zu begründen.

Der fundamentale Unterschied zwischen der Stellung der *Swissair* und derjenigen der Tochterfirma liegt darin, dass die *Swissair* keine Verträge mit Kunden abschloss, dies auch nicht wollte und daher weder eine Leistung zu erbringen, noch zu fordern hatte. Die Geschäftstätigkeit war dem Wirkungskreis der unabhängigen Tochter überlassen. Das Interesse der *Swissair* galt nicht den Vertragsleistungen, interessiert war sie hingegen an der Realisierung der Verträge zwischen der Tochterfirma und den Kunden, für die sie ja auch

1965, 475 ff; DERS., Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971; DERS., Schutzgesetze – Verkehrspflichten – Schutzpflichten, in Festschrift Larenz zum 80. Geburtstag, 1983, 84 ff; ferner siehe GERNHUBER, Das Schuldverhältnis, 1989. Für die Aufnahme in die Schweizerische Lehre, erstmals BeK/KRAMER, Allg.Einl. zu Art. 1 OR, N 150 ff; LOSER, Konkretisierung der Vertrauenshaftung, in recht, 1999, 73

¹² So CH. CHAPPUIS, La règle de la bonne foi entre contrat et délit, (Anm. 1); der von Max Keller entwickelten Lehre von der *bona fides* als einer allgemeinen gesetzlichen Schutznorm ist das Bundesgericht bisher nicht gefolgt: KELLER/GABI, Das schweizerische Schuldrecht, Bd. 2, Haftpflichtrecht, 1988, 40; DERS., Ist eine Treu und Glauben verletzende Schädigung widerrechtlich?, in recht, 1987, 136 ff; REY, Rechtliche Sonderverbindung und Rechtsfortbildung, Festschrift M.Keller, 1989, 231 ff; BGE 124 III 297; 121 III 250, 354; ferner 108 II 305.

ihren Vertrauensgoodwill in Anschlag gebracht hatte. Sie hegte kein Vertragsabschlussinteresse, sondern ein Vertragskontaktinteresse, d.h. ein Interesse, die Kontakte so zu gestalten, dass die Tochterfirma derartige Geschäfte realisieren konnte.

Der zwischen Swissair und dem geschädigten Kunden der Tochterfirma bestehende Vertrauenskontakt betraf auch nicht bloss den allgemeinen günstigen Geschäftsverlauf. Die Erwartungen in das erweckte Vertrauen war in einem konkreten Vertragsabschluss investiert: die Swissair stützte mit ihrem guten Namen und ihrer Kapitalbeteiligung die Zuverlässigkeit des den Vertrag schliessenden Partners. Der Vertrauenskontakt zwischen Swissair und den Kunden war nicht weniger eng als der zwischen den Vertragspartnern¹³. Als sich die Swissair aus der Firma zurückzog und die Geschäftspanne unvermeidlich wurde, hätte sie wie diese die Pflicht gehabt, die Kunden zu informieren oder informieren zu lassen.

In diesem Vertragskontakt wirken drei Momente zusammen. Das Vertrauen zwischen dem Dritten und dem geschädigten Vertragspartner bezieht sich nicht auf die versprochene Leistung, die vom Vertragspartner zu erbringen ist, wohl aber auf das Zustandekommen des Geschäftes, für das der Dritte Vertrauen erweckend wirkt. Ferner ist dieses Vertrauen des geschädigten Vertragspartners in den Dritten für den Abschluss des Vertrages, wie auch für den treuwidrig verursachten Schaden adäquat kausal. Schliesslich muss das Kontaktverhältnis zwischen dem Dritten und dem geschädigten Vertragspartner ebenso bestimmt sein wie dasjenige zwischen Vertragspartnern.

Sind diese drei Anforderungen erfüllt, so darf man von einem Tatbestand des Vertragskontaktes sprechen, der als Sonderbeziehung dem Wertungskriterium des Vertrauens zu unterstellen ist und besondere Vertrauenspflichten begründet.

Das Vertrauensprinzip beherrscht als normatives Prinzip den gesamten Vertragsabschluss. Als Schutzprinzip beim Abschluss des Vertrages schützt es diejenige Partei, die den nach Treu und Glauben geltenden Vertragserklärungen effektiv vertraut hat¹⁴. Der gleiche Schutz soll auch dem weiteren vertraglichen Kontaktrahmen gewährt werden, der den Vertragschluss und die Vertragsabwicklung begleitet und an dem auch aussen stehende Dritte beteiligt sein können, soweit sie auf diesen in bewusster oder doch zurechenbarer Weise einwirken.

¹³ BGE 120 II 338: Andererseits durfte die Klägerin (Wibru) aufgrund der Werbeanlagen darauf vertrauen, dass die werbemässig herausgestrichene Einbindung der IGR in den Swissair Konzern ein zuverlässiges und korrektes Geschäftsgebarren verbürge und dass die Beklagte als Muttergesellschaft für die Zuverlässigkeit und Vertrauenswürdigkeit einstehe ... Die Klägerin durfte deshalb insbesondere auch annehmen, die Beklagte werde dafür sorgen, dass auf Mitteilungen der IGR Verlass sein werde.

¹⁴ Dazu BeK/SCHMIDLIN Vorb. Art. 23-27OR N 45 ff insb. N 187 ff.

Diese beiden Voraussetzungen, die tatsächliche und die normative, die das Kontaktverhältnis kennzeichnen, wurden vom Bundesgericht inzwischen auch in weiteren Fällen erprobt und bestätigt¹⁵.

Vor allem die ablehnenden Entscheidungen lassen die Grenze hervortreten. In BGE 4 C. 280/1999 (28. 1. 2000) machte der Nachbar eines Liegenschaftseigentümers und Bauherrn geltend, sein Schaden bei Böschungsbrüchen hätte bei einer richtigen Baugrundabklärung des beigezogenen Geologen vermieden werden können und verlangte deshalb direkt von diesem Schadenersatz. Das Bundesgericht lehnte die Klage ab, denn die rein räumliche, aber auf keinem persönlichen (besser vertraglichen) Verhältnissen beruhende Nähe des Klägers zum Liegenschaftseigentümer reiche für den Einbezug in den Schutzbereich des Vertrags mit dem Geologen nicht aus¹⁶.

Auch BGE 124 III 363 (1998) verdient besondere Beachtung. Eine Bank hatte drei Klienten den Kauf eines Gebäudes finanziert, ein Geschäft, das schliesslich in Verlusten endete. Die Klage der Klienten, die diese mit der Begründung vorbrachten, die Bank hätte sie auf die Risiken aufmerksam machen müssen, wies das Bundesgericht ab, weil man, falls kein Beratungsvertrag vorliege, nur ausnahmsweise auf eine Vertrauenshaftung zurückgreifen dürfe, nämlich nur dann, wenn die Bank die Risiken der geplanten Geschäftes gekannt habe und annehmen musste, die Klienten sähen diese nicht. Zudem muss es sich um bankspezifische Risiken und Gefahren handeln, für die die Bank professionell zuständig ist. Zur Vertrauenshaftung bedarf es eines Sonderverhältnisses, das einen Vertrauenskontakt herstellt, das nicht weniger bestimmt ist als das damit verbundene Vertragsverhältnis¹⁷.

In der Tat ist die Vertrauenshaftung vor allem im professionellen Bereich der Auskunft- und Raterteilung und der Erstellung von Expertisen zuhause¹⁸. Ist der Auskunft erteilende Dritte selbst in den Vertrag involviert und am Zustandekommen des Vertrages interessiert, so ist das Vertrauen der Vertragsparteien in den Dritten schutzbedürftig und schutzwürdig. Sie ist es aber nicht, wenn die Beratung nur im Hinblick auf potenzielle Geschäfte oder einen allgemeinen Geschäftsgang erfolgt. Die Vertrauenshaftung deckt nur einen kleinen, besonders gearteten Teil der professionellen Beratung.

¹⁵ BGE 123 III 220; JT(Journal des Tribunaux); 124 III 297, BGE 8. Juni 1998 unveröffentlicht, (SJ 1999 I 113,117); BGE 23 Juni 1998 unveröffentlicht (siehe SJ 1999 I 205,207); BGE 124 III 363.

¹⁶ BGE 4 C. 280/1999 (28. 1. 2000) 10: Der Beizug des Geologen diene offensichtlich dazu, die plankonforme Bauwerkerrichtung sicherzustellen und aus den Baurbeiten resultierende Gefahren für die umliegenden Grundstücke zwecks Absicherung des Bauherrn abzuwenden. Die rein räumliche und nicht auf persönlichen Verhältnissen beruhende Nähe des Klägers zum Bauherrn reicht für deren Einbezug in den Schutzbereich des Geologenvertrags nicht aus.

¹⁷ Dazu MOSER/BERGER, Vertrauenshaftung auch im Bankgeschäft – Zur Haftungsgrundlage und zu den Grenzen von Aufklärungspflichten, AJP, 1999, 541 ff.

¹⁸ BGE 121 III 350 ff.

3. Die Vertrauenshaftung im ausservertraglichen Kontakt?

Im zweiten Leitfall, dem Ringerfall (*Grossen vs FSLA, Fédération Suisse de Lutte Amateur*)¹⁹ hat das Bundesgericht die Vertrauenshaftung auf einen ausservertraglichen Fall ausgedehnt. Die Entscheidung bildet den eigentlichen Stein des Anstosses, der in der schweizerischen Lehre besonderen Widerstand erregte. Trifft es nämlich zu, dass der Vertrauensschutz auch Sonderverhältnisse im ausservertraglichen Bereich erfassen soll, dann ist in der Tat zu überlegen, ob die Vertrauenshaftung nicht einen dritten eigenständigen Haftungstyp zwischen vertraglicher Haftung und der Haftung für unerlaubtes Verhalten darstellt.

Der Ringer namens *Grossen*, Mitglied eines lokalen Sportverbandes, hatte sich gemäss den vom nationalen Verband aufgestellten Kriterien für internationalen Wettkampf qualifiziert und sich zur Teilnahme am internationalen Wettkampf gemeldet. Doch wurden, wider Erwarten, aufgrund nachträglicher Intervention von dritter Seite, die Selektionskriterien so geändert, dass sie der Ringer *Grossen* nicht mehr zu erfüllen vermochte. *Grossen* schied aus. Er klagte gegen den nationalen Sportverband auf Ersatz des ihm durch die Vorbereitungen auf den Wettkampf entstandenen Schadens, insbesondere den Lohnausfall während der Trainingszeit.

Das Bundesgericht stellt klar, dass zwischen dem Ringer *Grossen* und dem Sportverband gar kein vertragliches Verhältnis bestehe und daher keine vertragliche Haftung des Verbandes geltend gemacht werden könne²⁰. *Grossen* stand als Mitglied des lokalen Sportklubs in keinem Mitgliedsverhältnis zum nationalen Verband. Jedoch verfügte der Verband über eine monopolartige Stellung, die ihm erlaubte, einseitig Selektionskriterien aufzustellen und exklusiv die Vertretung der Sportler im internationalen Bereich wahrzunehmen. Die Sportler waren ihm machtlos ausgeliefert.

Das Bundesgericht leitet aus der monopolartigen Stellung eine Vertrauenspflicht des Verbandes ab, die hier verletzt worden sei. Der Kontakt zwischen *Grossen* und dem nationalen Sportverband sei so eng, dass sich die Anwendung der Vertrauenshaftung rechtfertige, obwohl weder ein vertragliches Verhältnis, noch ein damit verbundener vertraglicher Kontakt vorliege.

Das Bundesgericht versucht eine Analogie zwischen dem Fall *Swissair* und dem Fall *Grossen* zu erstellen, weil auch dort der Fall weder eine vertraglichen, noch eine deliktische Grundlage habe. Die einzige Bedingung sei, dass das Ver-

¹⁹ Vertrauenshaftung für Auskunft siehe BeK/KRAMER, Allg.Einl. in das Schweiz.OR, N 166f; SCHWENZER, Schweiz.OR Allg.T, n° 50.24.

²⁰ BGE 121 III 355

halten der Muttergesellschaft Vertrauen in ganz bestimmte Erwartungen erweckt und dann treuwidrig enttäuscht habe.

Das Bundesgericht übersieht einen wesentlichen Unterschied, nämlich, dass zwar zwischen der Swissair und dem Geschädigten kein Vertrag, wohl aber ein über die ICR vermittelter vertraglicher Rahmenkontakt bestand, der im Falle *Grossen* eben fehlte. Darum hinkt der Vergleich in mehrerlei Hinsicht. Die Sonderverbindung, auf die sich das Vertrauen bezieht, ist von unterschiedlicher Art. Im Gegensatz zur Swissair, die in die Realisierung der Verträge ihrer Tochterfirma sehr wohl ihr Interesse und Kapital investiert hatte, erwartete der Sportverband zwar die Teilnahme nationaler Sportler, aber nicht die Teilnahme des Ringers *Grossen*, den sie durch einen anderen ersetzt wissen wollte. Die Sonderverbindung im Falle Swissair ist derjenigen im Falle *Grossen* entgegengesetzt, zwischen Swissair und WIBRU bestanden komplementäre, spezifische Interessen und eine vertragsorientierte Kontaktlage. Im Fall *Grossen* standen sich das generelle Interesse des Sportverbandes und das besondere Interesse des Sportlers unverbunden gegenüber. Von einem vertragsartigen Kontakt kann keine Rede sein. Wo kein Sonderverhältnis vorliegt, gibt es keine Sonderverpflichtung und auch keinen besonderen Vertrauensschutz.

Die nachträgliche Änderung der generellen Selektionsbedingungen ist nichts weniger als eine missbräuchlichen Ausnutzung der Monopolstellung des Verbandes, in der Absicht, einen Kandidaten gezielt ausschalten und durch einen anderen Bewerber zu ersetzen. Ein persönliches Vertrauensverhältnis zwischen dem nationalen Sportverband und *Grossen* gab es nicht. Verletzt wurde das Vertrauen in die generellen Zulassungsbedingungen, und zwar in einer gegen die guten Sitten verstossender Weise, die eine deliktischen Haftung nach OR Art. 41 Abs. 2 rechtfertigt²¹.

4. Der Vertrauenskontakt als quasi vertragliches Verhältnis

Grundlage der Vertrauenshaftung liegt somit im besonderen Kontaktverhältnis, das auch Dritte in einen Vertragsrahmen einbinden kann. In diesem Sinne erweitert und verallgemeinert die Vertrauenshaftung die Haftung für *culpa in contrahendo*. Dem Vertrauensprinzip unterstellt, erfasst die Vertrauenshaftung

²¹ So auch SCHWENZER. Schweiz. OR, Allg.T, n° 52.03, CH.CHAPPUIS, Les règles de la bonne foi entre contrat et délit, (Anm. 1), 237. Dem abgewiesenen Bewerber hätte sich auch auf Art. 8 OR stützen können, der das Preisausschreiben regelt. Wettbewerbsbedingungen stehen in Analogie zum Preisausschreiben, die keinen Vertragsabschluss voraussetzen. Wer jedoch Wettbewerbsbedingungen nachträglich ändert, muss wie beim Preisausschreiben nach Art. 8 OR die Kosten ersetzen, die dem Bewerber im Hinblick auf die bereits erlassenen Wettbewerbsbedingungen entstanden sind, dazu Berner Kommentar/SCHMIDLIN zu Art. 8 OR N 71 f.

auch Dritte, die nicht am Vertrag beteiligt sind, aber für ihr Verhalten eine Vertrauensschutzpflicht zu übernehmen haben.

Um die Art des Verhältnisses dieser aussen stehenden Kontaktpartner näher zu umschreiben, reicht es jedoch nicht aus, auf die *culpa in contrahendo* zu verweisen. Diese ist, wie das Bundesgericht zu Recht betont, die besondere Erscheinungsform einer allgemeinen Rechtsfigur²². Will man diese nicht der Neukonstruktion eines einheitlichen gesetzlichen Vertrauensschutzverhältnisses anvertrauen, wird man unter den traditionellen Vertragsfiguren Umschau halten müssen. Dafür bietet sich die Figur des quasi-Kontraktes an, der seit den Zeiten des justinianischen Institutionenlehrbuches in der Vertragsterminologie nützliche Dienste leistete.²³

Quasi-Kontrakte sind vertragliche Schuldverhältnisse, die nicht auf einem Vertragskonsens beruhen, wie beispielsweise die auftraglose Geschäftsführung – dem klassischen *quasi contractus* – die sich aber der Interesselage und Struktur gemäss an eine spezifische Vertragsregelung, etwa das Mandat, anlehnen²⁴.

Kontaktpartner sind als Dritte keine Vertragsparteien. Sie wollen gar keinen Vertrag schliessen, noch geben sie vor, einen Vertrag schliessen zu wollen. Sie erwecken in der Gegenpartei Vertrauen, um darauf hinzuwirken, dass sich das Geschäft zwischen den Vertragspartnern realisiert. Sie stehen in der Kontaktzone, aus der heraus sie auf den Vertragsabschluss kausal einwirken. Sie geben Informationen, Expertisen, oder ihren Namen, ihr Ansehen im Hinblick auf die Realisierung eines bestimmten Vertrages, für den sie sich stark machen. Ohne sich am Vertrag als Partner zu beteiligen, werden sie in der Regel zu den Verhandlungen einverständlich und bereitwillig zugezogen.

Vertrauensschutz im Vertragskontakt können in diesem besonderen Sinn als quasi-vertragliche Pflicht bezeichnet werden. Diese Pflicht betrifft ein nebengeordnetes Verhalten beim Zustandekommen und in der Abwicklung des Vertrages. Sie betrifft aber keine vertragliche Hauptpflicht, und unterscheidet sich auch vom vorvertraglichen, der *culpa in contrahendo* unterstellten Verhalten, das einem wirklichen oder vorgeblichen Vertragsabschluss gilt.

Ordnen wir die Vertrauensschutzpflichten dem quasi-vertraglichen Bereich zu, so gelten für sie grundsätzlich auch die vertraglichen Haftungsregeln.

²² BGE 120 II 336, auch Walter, (Anm. 1) 281

²³ Inst. Iustin., 3,13,2; 3, 27 siehe dazu KASER, Das römische Privatrecht, Zweiter Abschnitt, 1975, 361.

²⁴ Die Figur des quasi-Kontraktes war freilich nicht für solche vorvertragliche oder den Vertrag begleitende Kontaktverhältnisse vorgesehen, sondern für vertragsähnliche Verhältnisse, denen es am Konsens ermangelt. Auch im Gemeinen Recht hat sich diese Bedeutung erhalten: quasi Kontrakte sind: Ungerechtfertigte Bereicherung, conditiones, auftraglose Geschäftsführung, Versionstatbestände; dazu COING, Europäisches Privatrecht, Band 1, Älteres Gemeines Recht, 1985, 492 ff. Da die Quasikontrakte aber nur negativ definiert sind, Inst. 3,27: *non proprie quidem ex contractu nasci intelleguntur, sed tamen, quia non ex maleficio substantiam capiunt, quasi ex contractu nasci videntur*, hindert nichts, sie mit der nötigen Spezifizierung auch für diese vertragsähnlichen Kontaktobligationen heranzuziehen.

Selbstverständlich sind diese der besonderen Vertragskontaktlage und der Stellung des Dritten anzupassen. Vertragliche Haftung ist durch drei Regeln bestimmt: die allgemeine zehnjährige Verjährungsfrist, strenge Haftung für Erfüllungsgehilfen, Umkehr der Beweislast für Verschulden bei Nicht- oder Schlechterfüllung. Von diesen drei Regeln dürfen die ersten beiden ohne Bedenken auch auf die Haftung für quasi-vertraglichen Vertrauensschutz übertragen werden. Die Verletzung von vertraglichen Kontaktpflichten Dritter einer anderen Verjährung zu unterstellen als die vertraglichen Pflichtverletzungen ist nicht sinnvoll, ebenso wird man die Gehilfenhaftung nach gleichen Massstäben regeln, weil Vertragskontakt, Vertragsabschluss und Vertragsabwicklung ineinander greifen²⁵.

Eine Anpassung drängt sich nur für die Beweislastregelung bei nicht- oder nichtgehöriger Erfüllung des Vertrages auf. Die im Gesetz vorgesehene Umkehr der Beweislast erlaubt der geschädigten Partei, lediglich das Bestehen des Vertragsschadens vorzuweisen und die Gegenpartei mit dem Nachweis mangelnden Verschuldens zu belasten. Diese Regel ist dem Kontaktschutz anzupassen. Da der Dritte keine vertraglichen Leistungspflichten, sondern nur vertragliche Schutzpflichten verletzt, die im Kontaktverhältnis begründet sind, wird der Geschädigte zwar nicht das Verschulden des Dritten, wohl aber den durch die Vertrauensverletzung kausal entstandenen Schaden begründen müssen. Es obliegt dem Dritten nachzuweisen, das ihn hierfür kein Verschulden trifft.

5. Die Vertrauenshaftung im dogmengeschichtlichen Zusammenhang

Die Ausdehnung der Vertrauenshaftung auf das Vorfeld des Vertragskontaktes, der sich auch auf Dritte erstrecken kann, ist keine dogmatische Auswucherung²⁶. Sie gibt Antwort auf ein echtes Problem, das in Entwicklung der modernen Vertragsabschlussformen entstanden ist. Noch immer bestimmen Offerte und Annahme den Aufbau des Vertragsabschlusses, so wie er in die pandektistischen Zivilrechtskodifikationen Eingang gefunden hat. In Wirklichkeit lassen sich aber die vertraglichen Vorbereitungs- und Abschlussphasen nur noch mit Mühe mit diesem punktuellen, bipolaren Schema vereinbaren. Der Vertragsabschluss kann das Ergebnis von Verhandlungen sein, in denen die Parteien zu ihrer Beratung auch Dritte beiziehen. Zudem ist im Vertrags-

²⁵ Dazu CH.CHAPPUIS, La règle de la bonne foi, 241 s.; BaK/WIEGAND Einl. zu Art. 97-109 OR N 6; insb. Auch BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allg. Teil, 1988, 287; zur allgemeinen Auffassung in der schweizerischen Lehre, siehe auch BeK/SCHMIDLIN zu Art. 31 OR N 141 ff

²⁶ Siehe oben Anm. 3.

text, den die Parteien vereinbaren, häufig kaum mehr ersichtlich, wer anbietet und wer annimmt, klar ist nur – und dies genügt –, dass sich die Parteien einig sind. Vorfeldvereinbarungen, Punktationen, Letter of Intent, Verhandlungsvertrag, Rahmenvertrag, Vorvertrag sind Einbruchsstellen oder Erweiterungen, die in das gesetzliche Vertragsabschlussschema nicht richtig passen wollen. Wie sollte dieses vielfältige und mehrgliedrige Zusammenwirken in modernen Vertragsabschlüssen auf die Vertrags- und Vertrauenshaftung keine Folgen haben?

Dogmengeschichtlich betrachtet²⁷, zeichnet sich eine mehrphasige Entwicklungslinie ab, in die sich die moderne Vertrauenshaftung einfügt.

Im Vertragstypensystem des römischen und frühen gemeinen Recht ist der Konsensualvertrag vorerst in die besonderen *actiones* und *vestita* eingehüllt, in der die Vertragspflichten der Parteien nach dem *dare facere oportere ex fide bona*, nach der in guter Treue zu erbringenden Leistung eines jeden spezifischen Vertrag bestimmt werden. Die Bindung der Vertragsparteien ist eng begrenzt und persönlich. Sie entsteht im Augenblick der Einigung, genauer: des Einig-seins, des *consensus*; was diesem voraus liegt, liegt ausserhalb des Vertrages. Eine eigentliche rechtliche Vertragsabschlussregelung gibt es nicht und darum ist auch für eine Vertrauenshaftung kein Raum. Immerhin haben schon die römischen Juristen erkannt, dass ein Treubruch im Vorfeld eines konsensualen Vertrages vertragliche Folgen auslösen kann, die selbst bei gescheitertem Vertrag eine Vertragsklage rechtfertigen. So kann der *dolus in contrahendo* mit der *actio empti*, etwa der Kaufklage, sanktioniert werden²⁸.

Erst im Naturrecht (auf kanonistischen Spuren) konsolidierte sich der freie Konsens. Er löste sich von der *actio* und dem *vestitum* und wurde Gegenstand einer eigenen Vertragsabschlusslehre. Kern des Vertrages ist der Versprechenswille: ist das Versprechen angenommen, kann es nicht mehr zurückgenommen werden, weil es dem Versprechenden gar nicht mehr gehört. Es bindet den Versprechenden an sein Versprechen, dessen Erfüllung der Annehmende als sein erworbenes Recht fordern kann. Der Vertrag ist ein Rechtserwerbsakt, der für eine vorvertragliche Vertrauenshaftung keinen Raum frei gibt. Auch verbietet die strenge Relativität der Vertragsobligation, Dritte in die Vertragshaftung einzubeziehen. Noch gilt die gemeinrechtliche Regel, *res inter alios acta aliis nec pro-*

²⁷ Siehe dazu SCHMIDLIN, Die Vertragsmodelle im europäischen Vertragsrecht, in diesem Band; ferner BeK/SCHMIDLIN, Einl. zu Art. 3-10 OR, Dogmengeschichte des Vertragschlusses, N 1-35 mit weiterer Literatur.

²⁸ Licinius Rufus D 18,1,70; Modestinus D 18,1,62,1; Inst. 3,23,5; ferner besonders deutlich Ulpian D 11,7,8,1: «Si locus religiosus pro puro venisse dicetur, praetor in factum actionem in eum dat ad quem ea res pertinet: quae actio et in heredem competit, cum quasi ex empto actionem contineat – Wenn vorgetragen wird, ein geweihtes Stück Land sei als profanes verkauft worden, gewährt der Prätor demjenigen, den der Erwerb betrifft, gegen jenen (Verkäufer) eine actio in factum. Und diese actio steht auch gegen einen Erben zu, weil sie auf der Analogie zum Anspruch aus einem Kaufkontrakt beruht». Siehe HUWILER, Textbuch zum Römischen Privatrecht, 1998, 244 f.

desse nec nocere potest, weil, wie art. 1165 des französischen Code civil festhält, Verträge nur zwischen den Vertragsparteien Wirkung haben: *Les conventions n'ont de l'effet qu'entre les parties contractantes*.

Auch das Pandektenrecht hat an diesem Dogmen nicht gerüttelt, es ging sogar noch einen Schritt darüber hinaus. Der Vertrag ist nicht mehr Annahme eines Leistungsversprechens, sondern Austausch der wechselseitigen Willenserklärungen. Der Vertrag begründet ein vertragliches Rechtsverhältnis. Gegenstand der Offerte und Annahme ist der Vertragsabschluss selbst, der sowohl vom Gläubiger wie vom Schuldner angeboten werden kann. Ihr Konsens ist die Vereinigung des Willens, den jeder selbstherrlich und selbstverantwortlich in den Vertrag einbringt. Der Wille des Einzelnen dominiert, fehlt in der Erklärung der Wille, so entsteht kein Vertrag, denn *der Wille muss als das einzig Wichtige und Wirksame gedacht werden*²⁹. Wo kein Vertrag entsteht, besteht auch keine vertragliche Haftung, weder zwischen den Parteien und schon gar nicht mit Dritten. Das Willensprinzip ist für die Vertrauenshaftung unempfindlich.

Die Wendung brachte die Anerkennung des Vertrauensprinzips, die dem Vertrag das gab, was er seinem Wesen nach ist: ein Akt der Kommunikation, in dem jede Partei ihren Willen im gemeinsamen Vertragswillen, im Willenskonsens mit der anderen vereinigt. Der gemeinsame Wille, der den Vertrag begründet, untersteht dem Vertrauensprinzip: der Vertrag ist in dem Sinne gültig, den die Parteien ihm in guten Treuen zulegen durften und zugelegt haben. Nach dem Vertrauensprinzip ist der Wille desjenigen zu schützen, der effektiv auf den gemeinsamen Willen in guten Treuen vertraut hat³⁰.

Als Schutzregel erlaubt es das Vertrauensprinzip, auch das vorvertragliche Verhalten in den Vertrag einzubeziehen und den vertraglichen Kontaktbereich einer angemessenen Vertrauenshaftung zuzuführen. *Die Unbilligkeit und praktische Trostlosigkeit*, die Jhering der Willentheorie vorwarf, war damit überwunden³¹. Was die römischen Juristen als *dolus in contrahendo* erfassten, erweiterte Jhering zur *culpa in contrahendo*, zu einem allgemeinen Haftungsmassstab für den Vertrauensschaden, ein Schaden, der auch dann zu ersetzen ist, wenn der Vertragskontakt zu keinem Vertragsabschluss geführt hat. *Culpa in contrahendo* ist keine Sonderfigur, sondern, wie das Bundesgericht anerkennt³², eine allgemeine Rechtsfigur, die das Vertragsverhandlungsverhältnis zum Gegenstand einer Vertrauenshaftung macht. Willenserklärungen sind nicht abstrakte Mitteilungen, sie sind auch Elemente des äusseren Kontaktes. Sie begründen im ver-

²⁹ SAVIGNY, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 3 1840, 258.

³⁰ Zur schweizerischen Lehre des Vertrauensprinzips siehe die Darstellung im BeK/SCHMIDLIN, Vorb. zu Art. 23/24, N 187 ff.

³¹ JHERING, *Culpa in contrahendo* oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen, in Jherings Jahrbücher, 4, 1861, 1 ff, 2.

³² BGE 120 II 336.

traglichen Verhandlungsbereich gegenseitiges Vertrauen und erzeugen auch nach abgeschlossenem Vertrag rechtliche Verhaltenspflichten. Diese Pflichten ergeben sich aus dem Zusammenwirken der Parteien oder auch Dritter im Vertragskontakt, dessen Ziel und Zweck der Vertrag selbst ist. Darum sind diese Pflichten grundsätzlich spezifischer, und nicht allgemeiner Natur, vertrags- und nicht deliktsbezogen. Sie gelten auch für Dritte, die ja nicht selbst Vertragspartei werden, sondern nur an der Realisierung des Vertrages mitwirken wollen und daher von diesem betroffen sind.

Vertrauenshaftung im Vertragskontakt ist eine quasi-vertragliche Haftungsebene, die den veränderten Gegebenheiten des modernen Vertragslebens entspricht. Sie erlaubt den vielgestaltigen Vertragsverhandlungen in der vernetzten Welt unter einen angemessenen Vertrauensschutz zu stellen und den Vertragsabschluss in all seinen Formen – vom blitzartigen Bankautomatengeschäft bis zu weit gezogenen Fusionsvertrag – eine angemessene Haftungsgrundlage zu geben, die alle jene Beteiligten erfasst, deren Vertrauen schützenswert ist.

Nun liegt die Leitentscheidung *Swissair BGE* schon zehn Jahre zurück, doch ist die Diskussion über die Vertrauenshaftung noch nicht beendet. Nicht weniger als zehn veröffentlichte BGE sind darüber ergangen: BGE 121 III 350, 123 III 220, 124 III 297, 124 III 363, 128 III 324, 130 III 345, 131 III 337, 133 III 449 und eine noch viel grössere Zahl ergeben die unveröffentlichten Entscheidungen. Zahlreich sind die Veröffentlichungen und Stellungnahmen zu diesem Thema, darunter die grosse Monographie von Peter Loser, *Die Vertrauenshaftung im Schweizerischen Schuldrecht*, 2006. Kein Lehrbuch darf sich über dieses Problem hinwegsetzen, ohne es mindestens zu erwähnen. Zustimmung und Ablehnung halten sich ungefähr die Waage.

Mein Beitrag mag zeitlich in mancherlei Hinsicht überholt sein, nicht aber in dogmengeschichtlicher Hinsicht. Diese rechtfertigt es auch, die Rezensionsabhandlung hier einzufügen. Im Fall *Swissair* kommt das Problem der Vertrauenshaftung in exemplarischer Weise zur Sprache. Die Entscheidung BGE 120 II 331 ff gehört zu den Leuchtpunkten der Rechtssprechung, auch weil das darin enthaltene dogmatische Problem angemessen behandelt und – rarissime – in kompetenter Weise auf die Dogmengeschichte bezogen wird.

Ein zusammenfassendes statement zur die Vertrauenshaftung stammt aus der Hand Hans Peter Walters: *La responsabilité fondée sur la confiance et le devoir d'information*, in *Journée de la responsabilité civil 2008: La responsabilité pour l'information à titre professionnel*, 2008. 153-174. H.P.Walter, der gewichtigste Vertreter einer spezifischen Vertrauenshaftung, weist zurecht darauf hin, dass man zwischen der Begründung einer Vertrauenspflicht, die, wie im *Swissair* Fall, auch ausserhalb eines Vertrags stehenden Dritten auferlegt wer-

den kann, und der Erfüllung oder Nichterfüllung dieser Rechtspflicht zu unterscheiden habe. Die Nichterfüllung der Vertrauenspflicht unterstehe den allgemeinen Regeln der Obligationsverletzung Art. 97 OR, die Begründung der Vertrauenspflicht hingegen beruhe wesentlich auf Art. 2 ZGB, dem allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben. Meines Erachtens reicht aber Art. 2 ZGB nicht aus, um eine besondere Verpflichtung aussenstehender Dritter zu begründen. Diese muss auf einem zusätzlichen Kriterien beruhen. Verlangt wird nicht, dass der Dritte in den Vertrag eintrete, verlangt wird hingegen, dass er auf die Vertragsentstehung (kausal) einwirken will und tatsächlich eingewirkt hat und dass ohne sein Zutun der Vertrag nicht zustande gekommen wäre. Art. 2 ZGB wandelt sich in diesem spezifischen Nahekontakt zu einer quasivertraglichen Pflichtgrundlage. Auf dieses kausale Einwirken des Dritten geht H. P. Walter wenig ein und die Berufung auf Art. 2 ZGB bleibt zu allgemein. Im Rahmen von Gutachten, Expertisen und Beratungen, den Hauptfällen dieser Haftung, bedeutet dies, dass der auskunftgebende Dritte die Vertragsbegründung herbeiführt, ohne selbst am Abschluss beteiligt zu sein. Auch wenn er nicht Vertragspartei werden will, ist sein Einwirken für das Zustandekommen des Vertrages zwischen den Vertragsparteien kausal. Im Falle Swissair handelte es sich nicht nur um eine Auskunftspflicht, sondern um eine absichtlich vernachlässigte Aufklärungspflicht: Die Swissair wäre verpflichtet gewesen, ihr Verhältnis zur vertragschliessenden Partei offen zu legen. Davon unterscheidet sich der Ringerfall, weil dort die Teilnahmebedingungen für den Wettkampf allgemein ausgeschrieben und nicht einem besonderen Kandidaten mitgeteilt worden waren und daher auch kein Sonderverhältnis begründeten. Art. 2 ZGB kommt nur bei einem Sonderverhältnis zum Zuge, weil sich erst dann das Kontaktverhältnis in ein quasi-vertragliches Rechtsverhältnis verwandelt.

IX. Quelques remarques sur la responsabilité fondée sur la confiance en tant que responsabilité de contact quasi contractuel

La responsabilité fondée sur la confiance en tant que responsabilité de contact quasi contractuel se concentre autour de deux questions qui s'entrelacent. La première touche au rapport spécifique formant le support de la responsabilité fondée sur la confiance, la deuxième porte sur la nature juridique de cette responsabilité dont on ne sait s'il faut l'attribuer à l'ordre contractuel ou délictuel. Peut-être est-ce le manque de démarcation entre ces deux problèmes et l'emploi d'une terminologie tâtonnante et provisoire qui conduisent à des positions trop rigides ou trop vagues.

Incité par la forte divergence des prises de position autour de cette nouvelle forme de responsabilité et par le débat animé qui s'en est suivi, j'aimerais proposer ces quelques notes¹.

La dénomination de responsabilité fondée sur la confiance ou *Vertrauenshaftung* cache un subtil renversement de l'ordre des choses. Elle suggère que c'est l'intensité de la confiance elle-même qui crée, dans une situation concrète, un lien de responsabilité. En réalité, c'est l'inverse : la responsabilité est la conséquence d'une situation particulière qui exige la protection de la confiance. Autrement dit, on confond effet et cause. Rien de surprenant donc que la discussion se soit durcie dans deux positions dogmatiques opposées : l'une rejette sèchement ce nouveau type de responsabilité, déplorant son manque de fondement, l'autre, presque enthousiaste, y voit une ouverture du principe de la confiance créant une nouvelle responsabilité qui s'intercalerait entre responsabilité délictuelle et contractuelle².

On a affirmé à juste titre que la confiance est un état subjectif omniprésent³ qui se répand comme l'air et qui, en tant que tel, ne peut être l'objet d'une pro-

¹ Voir à ce propos, Die Vertrauenshaftung im vertraglichen Kontakt. Neue Wege in der Schweizerischen Rechtsprechung, surtout l'appendice final, dans le présent volume, p. [142-143], ainsi que La stipulazione e la sua estensione ai terzi : La responsabilità nel contatto contrattuale, Atti del Congresso internazionale Aristec, Rome, 1999, 121 ss.

² BaK/BUCHER CO art. 1, n° 89 ss ; BaK/WIEGAND préL. CO art. 97-109, n° 11 ; BeK/KRAMER, Introduction générale à CO art. 1, n° 150 ss ; en particulier WALTER, Vertrauenshaftung im Umfeld des Vertrages, RJB 1996, 273 ss ; WICK, Vertrauenshaftung im schweizerischen Recht, PJA 1995, 1270 ss ; WIEGAND, Formungültigkeit und Vertrauenshaftung, Bemerkungen zu einem bemerkenswerten Urteil des Bundesgerichtes, recht 1999, 225 ss ; ID., Von der Obligation zum Schuldverhältnis, Recht 1997, 85 ss ; SCHWENZER, Rezeption deutschen Rechtsdenkens im schweizerischen Obligationenrecht, Schuldrecht, Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, 1999, 59 ss ; CH. CHAPPUIS, La responsabilité fondée sur la confiance, SJ 1997, 165 ss ; id., Les règles de la bonne foi entre contrat et délit, Mélanges Schmidlin, 1998, 227 ss.

³ SJ 1996, I 113, 117.

tection juridique. Même l'art. 2 du Code civil ne proclame pas un principe universel de la protection de la confiance, mais édicte une norme d'application pour *l'exercice des droits et l'accomplissement des devoirs* présupposant un rapport de droit préexistant⁴. De même, la responsabilité fondée sur la confiance présuppose une situation de fait concrète qui crée un rapport spécifique entre les parties. Ce sont les rapports de faits qui, soumis à une évaluation normative, définissent les limites exactes de cette nouvelle responsabilité se greffant sur eux.

Les deux cas de référence devenus *leading cases* sont ATF 120 II 331 ss, *Swissair v. Wibru* (cas *Swissair*) et ATF 121 III 350 ss, *Grossen v. Fédération suisse de lutte amateur* (cas *Grossen*). Inutile de les exposer encore une fois⁵. Tous les deux traitent le cas d'un tiers qui a causé un dommage à un autre auquel il était lié par un rapport de confiance.

Dans le cas *Swissair*, le Tribunal fédéral (TF) admet que la société mère assumait une position prééminente dans l'arrière-plan de l'activité de sa filiale IGR Holding Golf and Country Residences S.A. (IGR), confirmant le sérieux du contrat pour lequel *Wibru* s'était engagé. *Swissair* a manqué à son devoir d'information lorsqu'elle s'est retirée des affaires d'IGR sans avertir *Wibru*. C'est ainsi qu'elle a abusé de la confiance suscitée précédemment chez *Wibru*.

Le rapport entre *Wibru* et *Swissair* mérite une attention particulière.

Tout d'abord, *Swissair* n'est pas entrée directement dans le contrat entre IGR et *Wibru*. Elle n'avait ni l'intention ni le désir de s'y mêler, son unique intérêt était que des contrats comme celui entre les deux parties IGR et *Wibru* se réalisent. L'échange des prestations contractuelles concernait les parties, la présence de *Swissair* se limitant aux contacts contractuels autour des clients de *Wibru*. Ceux-ci ont permis à IGR de faire croire à ses clients qu'elle-même était intimement liée à *Swissair* et que celle-ci avait investi son nom et son argent dans cette affaire.

Ensuite, la présence de *Swissair* a été un facteur décisif qui a motivé la conclusion du contrat entre *Wibru* et IGR. L'influence de *Swissair* a eu un effet causal aussi bien sur la conclusion du contrat que sur le dommage qui a résulté de la violation de la confiance créée.

⁴ A juste titre, CH. CHAPPUIS, Les règles de la bonne foi entre contrat et délit [cf. note 2], 232; SCHWENZER, *Schweizerisches Obligationenrecht*, 5^e édition, 362, n° 50.22. Le Tribunal fédéral n'a pas accepté la doctrine développée par Max Keller sur la *bona fides* en tant que norme protectrice générale: KELLER/GABI, *Das schweizerische Schuldrecht*, tome 2, *Haftpflichtrecht*, 1988, 40; id., *Ist eine Treu und Glauben verletzende Schädigung widerrechtlich?*, *recht* 1987, 136 ss; REY, *Rechtliche Sonderverbindung und Rechtsfortbildung*, *Festschrift M. Keller*, 1989, 231 ss; ATF 124 III 297; ATF 121 III 250, 354; également ATF 108 II 305.

⁵ Voir l'étude *Vertrauenshaftung im vertraglichen Kontakt*, dans le présent volume.

Finalement, et ceci est le point le plus important, Swissair s'est mise dans les confins du contrat concret entre Wibru et IGR et un contact de confiance s'est noué entre Wibru et Swissair. Au moment où celle-ci s'est retirée de cette affaire, elle aurait dû se rendre compte que ce contact avait acquis une concrétisation spécifique pour tous ceux qui étaient devenus clients d'IGR. Swissair savait ou aurait dû savoir qu'IGR se trouvait en face de clients qui s'étaient engagés en vertu de la confiance qu'elle, Swissair, avait éveillée.

Un intérêt concret à la réalisation du contrat, une influence causale sur la conclusion du contrat et un rapport de contact spécifique et concret au contrat conclu, voici les trois éléments qui constituent le fait de la confiance.

Ce n'est qu'au moment où ces trois conditions sont accomplies que le principe de la confiance entre en jeu. Ce principe protecteur domine la conclusion du contrat⁶; par conséquent, il doit être appliqué aussi au contact contractuel, protégeant tous ceux qui y participent : la partie qui a subi des dommages à cause d'un tiers avec lequel elle était liée par un contact spécifique de confiance doit être protégée si, de bonne foi, elle s'est effectivement fiée à celui-ci.

Le Tribunal fédéral considère l'élargissement de la protection de la confiance comme une généralisation de la responsabilité pour *culpa in contrahendo*⁷. Cependant, entre la responsabilité fondée sur la confiance éveillée par un tiers et la responsabilité précontractuelle pour *culpa in contrahendo*, une différence caractéristique demeure. La *culpa in contrahendo* ne s'applique qu'aux parties qui sont entrées dans la phase de la conclusion du contrat. Si elles n'ont pas encore conclu le contrat, elles avaient au moins l'intention de le faire. Même celui qui feint seulement de vouloir le faire provoque chez l'autre la confiance comme s'il le voulait effectivement.

La confiance créée par un tiers ne concerne pas l'acte de la conclusion du contrat qui reste l'affaire des parties contractuelles ; cette confiance concerne la réalisation du contrat sans que le tiers y soit admis comme partie. Ainsi, Swissair n'a jamais voulu devenir partie contractuelle de Wibru qui avait conclu un contrat avec IGR. Voilà la différence qui sépare la responsabilité fondée sur la confiance de la responsabilité pour *culpa in contrahendo*.

Si, malgré cette différence, nous admettons que la responsabilité fondée sur la confiance a une nature contractuelle, nous le faisons pour la simple raison qu'elle se déploie entièrement dans le cadre des contacts contractuels. En effet, ces contacts se sont créés dans le dessein de réaliser un contrat, l'influence du tiers est (causalement) décisive pour la conclusion du contrat, et les rapports de contact entre le tiers et les parties contractuelles sont aussi spécifiques qu'entre ces dernières.

⁶ Bek/SCHMIDLIN, notes préliminaires à CO art. 23-27, n° 187.

⁷ ATF 120 II 336 ; aussi WALTER, Vertrauenshaftung im Umfeld des Vertrages [cf. note 2], 281 s.

Si l'on essaie d'appliquer ces critères au deuxième cas qui a attiré notre attention, le cas du lutteur Grossen, on se heurte à une difficulté capitale. Le Tribunal fédéral la signale lui-même : aucun contact contractuel n'existait entre Grossen et la Fédération suisse de lutte amateur. Contrairement à Swissair qui avait un intérêt direct à la réalisation du contrat entre IGR et Wibru, la Fédération n'avait aucun intérêt spécifique à la candidature de Grossen. Disposant d'une position de monopole pour le choix des participants, elle a changé après coup arbitrairement les conditions de sélection dans l'intention de se débarrasser d'un candidat indésirable. Un lien de confiance entre la Fédération et Grossen ne s'est jamais établi.

La Fédération a abusé de son pouvoir de sélection d'une manière arbitraire et dolosive créant un dommage à Grossen. Elle a fait preuve d'un comportement malhonnête, contraire aux bonnes mœurs, violant également les règles de la bonne foi, ce qui l'a rendue responsable selon l'art. 41 al. 2 du Code des obligations (CO)⁸. Un recours à la responsabilité fondée sur la confiance ne s'imposait pas.

On aurait pu d'ailleurs trouver une solution plus simple et certainement préférable. La sélection des candidats sur la base des conditions édictées par la Fédération peut être considérée comme un concours public réglé par l'art. 8 CO. Dans cet article, la loi même prévoit une indemnisation du dommage créé par la violation de la confiance, due à un changement inattendu des conditions – inutile de recourir à la responsabilité fondée sur la confiance, qui doit être réservée aux cas de contacts contractuels⁹.

L'application de la nouvelle responsabilité fondée sur la confiance à un cas non contractuel lui enlève son support précis et défini. En effet, la confiance sur laquelle on s'appuie devient floue et insaisissable. Une responsabilité fondée sur la confiance risque de dissoudre les limites entre les devoirs spécifiques protégeant la confiance aux confins du contrat et les devoirs généraux envers tout un chacun, caractéristiques du domaine délictuel. Ce n'est pas l'intensité de la confiance en tant que telle qui crée une situation spécifique, au contraire, c'est la situation spécifique qui exige la protection de la confiance engagée.

D'ailleurs, dans ATF 4 C.280/1999 (28.1. 2000), le Tribunal fédéral a lui-même dénié une responsabilité fondée sur la confiance à un géologue qui avait bien expertisé un terrain à construire, mais qui l'avait fait uniquement pour le maître d'œuvre et non pour le voisin qui a par la suite subi le dommage du glissement du terrain¹⁰. Entre le voisin et le géologue, il n'y avait eu aucun rap-

⁸ Voir SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allg. Teil, 299, n° 52.03.

⁹ BeK/SCHMIDLIN CO art. 8, n° 71 s.

¹⁰ ATF 4C.280/1999 (28.1. 2000), 10 : *Der Beizug des Geologen diene offensichtlich dazu, die planktonforme Bauwerkerrichtung sicherzustellen und aus den Baurarbeiten resultierende Gefahren für die umliegenden Grundstücke zwecks Absicherung des Bauherrn abzuwenden. Die rein räumliche und nicht*

port de contact contractuel et le lien extérieur de voisinage ne pouvait équivaloir au rapport contractuel. Dans ATF 124 (1998) III 363, le Tribunal fédéral a précisé que, lors de l'achat spéculatif d'un immeuble financé par un prêt bancaire, la banque en tant que tiers n'est pas responsable de la débâcle qui peut s'en suivre, sauf si elle connaissait concrètement et spécifiquement le risque de l'affaire¹¹.

Les décisions négatives font justement ressortir les limites de la responsabilité fondée sur la confiance qui ne dépassent pas les contacts contractuels¹².

Si l'on accepte que le fondement de la responsabilité fondée sur la confiance consiste dans le rapport de contact qui entoure le contrat, la meilleure solution pour dénommer cette forme de responsabilité serait de reprendre le terme de responsabilité quasi contractuelle.

Cette ancienne figure du quasi contrat, introduite par les Institutions de Justinien¹³, s'avère utile pour régler les cas limitrophes du contrat. Autrefois, on rangeait sous cette figure des rapports qui, à cause du consentement manquant, ne pouvaient être acceptés comme contrats mais méritaient tout de même une protection contractuelle. Les cas typiques étaient la gestion sans mandat et les *condictiones*, auxquelles le droit commun a ajouté quelques cas spécifiques de l'action *de in rem verso*¹⁴.

La responsabilité fondée sur la confiance représente un cas particulier puisque son fondement repose sur des rapports de contact noués entre un tiers et des parties contractantes. Si ce tiers veut bien entrer en contact avec ces parties, il n'a pourtant aucune intention de devenir partie contractante. Il est intéressé à la réalisation du contrat, mais pas aux prestations contractuelles. Cependant, ce contact est cause d'une confiance décisive pour la conclusion et le déroulement du contrat et il se déploie entièrement dans les confins du contrat. C'est pour cette raison qu'il doit être soumis au principe de la confiance de la même manière qu'un comportement contractuel. C'est aussi pour cette raison qu'il crée une responsabilité quasi contractuelle fondée sur la confiance.

auf persönlichen Verhältnissen beruhenden Nähe des Klägers zum Bauherrn reicht für deren Einbezug in den Schutzbereich des Geologenvertrags nicht aus.

¹¹ Voir MOSER/BERGER, Vertrauenshaftung auch im Bankgeschäft – Zur Haftungsgrundlage und zu den Grenzen von Aufklärungspflichten, PJA 1999, 541 ss.

¹² Voir ATF 124 III 297 ss; ATF 123 III 220; ATF 29. 1. 1996 (Bulletin CEDIDAC septembre 1996, 1 s.).

¹³ Institutiones 3,13,2 et 3,27; voir aussi KASER, Das römische Privatrecht, Zweiter Abschnitt, 1975, 361.

¹⁴ Voir COING, Europäisches Privatrecht, tome 1, Älteres Gemeines Recht, 1985, 492 ss. Puisque les quasi contrats ne sont définis que d'une façon négative, rien n'empêche de les adapter aux contacts contractuels: ils ne naissent pas proprement dit du contrat, mais ils ne prennent pas non plus leur substance d'un comportement délictuel: Institutiones 3,27: *Non proprie quidem ex contractu nasci intelleguntur, sed tamen, quia non ex maleficio substantiam capiunt, quasi ex contractu nasci videntur.*

Définir cette responsabilité comme quasi contractuelle permet de la concevoir comme une figure complémentaire s'élargissant au contact précontractuel, analogue à la figure de la *culpa in contrahendo*. Ainsi nous évitons de construire une troisième voie de responsabilité autonome. Cette responsabilité ne repose pas sur la confiance tout court qui ne peut créer son propre support concret, elle repose sur les contacts contractuels qui, dans certaines conditions spécifiques, donnent lieu à une responsabilité quasi contractuelle fondée sur la confiance incluant aussi des tiers.

N'oublions pas que le contrat n'est pas seulement un acte d'échange de déclarations de volonté réciproques et concordantes formant la volonté commune, mais aussi le résultat de prises et d'échanges de contacts, de pourparlers et de négociations où des tiers jouent souvent un rôle décisif. Le schéma abstrait bipolaire d'offre et d'acceptation que connaissent nos codes civils est entouré depuis longtemps de toute une gamme d'actes précontractuels : accords préliminaires, contrat cadre, *letter of intent*, contrat de négociations, etc., qui attestent qu'une pondération de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité quasi contractuelle (dans son sens spécifique) a toute sa place. La responsabilité fondée sur la confiance concerne les contacts dans les confins du contrat. Elle permet de revaloriser les multiples formes du contact sous l'aspect de la confiance et de créer une base juridique adéquate au monde interconnecté.

X. Vom Substanzirrtum zum Grundlagenirrtum. « Saurer Wein, Trompetengold und falsches Silber » (Ulpianus D 18,1,9,2)

1. Ulpianus D 18,1,9,2. Saurer Wein oder Weinessig. Der Substanzirrtum Ulpians – ein Vorläufer des Grundlagenirrtums?
2. Die Subjektivierung der Substanzirrtums im französischen Recht
3. Der Substanzirrtum als qualitativer Identitätsirrtum im deutschen Recht
4. Vom Substanzirrtum zum Grundlagenirrtum im schweizerischen Recht

Die Erörterung des Substanzirrtums durch Ulpian in D.18,1,9,2 führt sogleich zum Kern des Problems: was geschieht, wenn sich die Parteien über die Identität des Gegenstandes geeinigt haben, dieser aber von anderer Substanz ist, als sich die irrende Partei vorgestellt hat. Ulpian und Marcellus erörtern diese Frage an den handfesten Beispielen von Trompetengold, saurem Wein und falschem Silber. Kaum eine Kontroverse der römischen Juristen hat ein derartiges Echo gefunden, es reicht von der Glosse bis an die Schwelle der Kodifikationen. Noch Pothier formuliert den *erreur de substance* in seinem *Traité des obligations* – der Vorlage des art. 1114 CC – in Anlehnung an Ulpian¹. Auch Savigny widmet Marcellus und Ulpian in seinem *System des heutigen Römischen Rechts* eine eingehende Diskussion². Dem Digestenfragment im Vorfeld der Kodifikationen nachzugehen, ist instruktiv.

1. Ulpianus D 18,1,9,2. Saurer Wein oder Weinessig. Der Substanzirrtum Ulpians – ein Vorläufer des Grundlagenirrtums?

D 18,1,9,2 – Ulpianus libro vicensimo octavo ad Sabinum. « Inde quaeritur, si in ipso corpore non erratur, sed in substantia error sit, ut puta si acetum pro vino veneat, aes pro auro vel plumbum pro argento vel quid aliud argento simile, an emptio et venditio sit. Marcellus scripsit libro sexto digestorum emptionem esse et venditionem quia in corpus consensus est, etsi in materia sit erratum. ego in vino quidem consentio, quia eadem prope ousia est, si modo vinum acuit: ceterum si vinum non acuit, sed ab initio acetum fuit, ut embamma, aliud pro alio venisse videtur. in ceteris autem nullam esse venditionem puto, quotiens in materia erratur ».

¹ Siehe Anm. 5

² Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, 1840. Bd. 3., §§ 136-138

«Im Anschluss stellt sich die Frage, ob ein Kauf gültig sei, wenn ein Konsens über den Gegenstand besteht, nicht aber über die Substanz des Gegenstandes, zum Beispiel wenn Essig für Wein, Kupfer für Gold, Blei für Silber oder Silberähnliches verkauft wird. Marcellus schreibt im 6. Buch der Digesten, ein Kauf bestehe, weil der Konsens den Gegenstand deckt, auch wenn man sich im Stoff irrt. Bezüglich des Weines stimme ich zu, weil Wein, wenn er nur sauer wurde, von fast gleicher Wesensart (*ousia*) ist. Andernfalls, wenn der Wein nicht sauer, sondern von Anfang Essig war, wie im Fall von Essigtunke, so ist anzunehmen, dass das eine für das andere verkauft worden ist. In den übrigen Fällen halte ich den Kauf für nichtig, so oft man sich über die Materie irrt.»

Die Kontroverse zwischen Ulpian und Marcellus ist scharf und klar. Marcellus lässt einen Irrtum über die materielle Substanz des Gegenstandes nicht gelten, wenn über den Gegenstand selbst eine eindeutige Einigung erzielt wurde. Sofern dessen *corpus* feststeht, liegt gar kein Irrtum vor. Es besteht kein Anlass, die dahinter liegenden Qualitätserwartungen der Parteien, auch wenn sie substanzieller Art sind, in Betracht zu ziehen. Diese sind im Falle des Kaufes im Rahmen der Mängelregelung zu berücksichtigen, welche die Interessen der Parteien ausreichend schützt.

Diese einfache Erläuterung vermag offensichtlich Ulpian nicht zu überzeugen. Wer Essig für Wein, Kupfer für Gold und Blei für Silber kauft, irrt sich nicht über eine Qualität der Sache, sondern über die Substanz des Gegenstandes selbst. In diesen Fällen komme kein Vertragskonsens zustande, meint Ulpian, weil trotz äusserer irrtumsfreier Identifikation des Gegenstandes ein *aliud pro alio* verkauft wurde.

Ulpian erörtert vorerst an Beispielen, wann ihm das Verhältnis zwischen Qualität und Gegenstand problematisch erscheint. Vorerst nimmt er den Essigfall vor, der in der Tat besondere Aufmerksamkeit verdient. Ist Essig saurer Wein? Dafür spricht, dass er von gleicher Materie ist und da die Materie, nach vulgärstoischer Auffassung³, die Ulpian mit dem *eadem prope ousia* referiert, die Sache ausmacht, wird man Marcellus hier zustimmen müssen. Die Gegenstandsbestimmung ist eindeutig und zwar sowohl hinsichtlich des *corpus* wie auch dessen substanzieller Materie, denn auch der saure Wein ist noch Wein. Das Beispiel der Essigtunke ist für Marcellus überhaupt nicht relevant, weil ja ein Konsens über das *corpus* des Gegenstandes vorliegt. Gerade damit findet sich Ulpian nicht ab. Der Kern des Problems betrifft nicht die äussere Identität von Substanz und Materie. Ulpian stimmt daher Marcellus auch nur für den Fall zu, dass es sich um denselben Wein handelt, der nachträglich sauer wurde, denn eine nur nachträgliche Verschlechterung führt zu keinem *aliud pro alio*.

³ M. SCHERMAIER, *Materia*, Zur Naturphilosophie im klassischen römischen Recht, 1992, 80 ff, insb. 113.

Wurde hingegen von Anfang an statt Wein Essig angeboten – und zwar nicht als schlechter Wein, sondern als eine besonders bestimmte Art von Essig, nämlich Embamma⁴, so liegt nach Ulpian ein anderer Sachverhalt vor. Die substantielle, naturhafte Gleichheit der Materie *eadem prope ousia* darf gegen diesen Substanzunterschied nicht angeführt werden. Auch eine substantiell gleiche Materie kann sehr wohl Gegenstand eines *aliud pro alio* werden, dann nämlich, wenn ein Gegenstand vorliegt der trotz der naturhaften Identität nicht Gegenstand des vertraglichen Konsenses war, in unserem Beispiel, wenn der Käufer eben nicht Essig, sondern Wein kaufen wollte.

Der Käufer identifiziert die Sache nach diesem Gesichtspunkt, der für ihn den Ausschlag gab und der für Käufe dieser Art auch allgemein gilt. Trotz substantieller Gleichheit ist der Kauf von Essig etwa anderes als der Kauf von Wein. Dafür greift Ulpian zu seiner griffigen Regel, *aliud pro alio venire* und wartet mit weiteren Beispielen auf, die das *aliud pro alio venire* einschränken und klären. *Pro alio venire* bedeutet nicht etwas anderes verkaufen, sondern es für etwas anderes verkaufen als es ist. Im Geschäftsverkehr wird man Essig nicht für Wein, Kupfer nicht für Gold, Blei nicht für Silber verkaufen und kaufen. Ulpian klassiert diese Fälle als Irrtum, eben weil der Käufer Gold oder Silber kaufen wollte und stattdessen irrigerweise Kupfer oder Blei einkaufte. Darin liegen ein subjektives und ein objektives Moment, subjektiv, der Wille Gold oder Silber zu kaufen, objektiv, Kupfer ist nicht Gold und Blei ist nicht Silber.

Was aber erlaubt es, das eine oder andere Moment als substantiell zu betrachten, liegt der Irrtum substantiell in der subjektiven Erwartung, wie die französische Lehre annimmt, oder ist er objektiv in der fehlerhaften Annahme einer den Gegenstand bestimmenden Qualität begründet, von der die deutsche Lehre ausgeht, oder ist in diesen Beispielen schon vorweggenommen, was in Art. 24. Abs. 1 Ziff. 4 OR eingeführt wurde, wonach der Grundlagen- oder Substanzirrtum einen bestimmten Sachverhalt betrifft, der nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als notwendige Grundlage des Vertrages betrachtet werden darf?

2. Die Subjektivierung des Substanzirrtums im französischen Recht

Der Code Civil begnügt sich zur Regelung des Irrtums im Vertrag mit zwei Artikeln: art. 1109 und art. 1110; der erste spricht die Grundregel aus: es liegt kein Vertragskonsens vor, wenn das Einverständnis irrtümlich gegeben, mit Gewalt erzwungen oder durch Betrug erlangt wurde; daran anschliessend re-

⁴ Vgl. Bei H. GEORGES, Ausführliches lateinisch-deutsches Handwörterbuch, reprint 8. Aufl. 1976, unter *embamma*.

gelt art. 1110 die zwei besonderen Fälle des Substanz- und Personenirrtum: *L'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet.*

Die Einfachheit der Regelung verdeckt freilich, dass sich in ihr zwei verschiedene Irrtumsarten verbergen, die in der Lehre als *erreur obstacle*, als vertragsverhindernder Irrtum, und *erreur qui vicie la volonté*, als vertragsbehindernder Irrtum unterschieden werden. Diese Unterscheidung entspricht nicht gelehrter Schulweisheit, sondern muss aus der französischen Vertragsauffassung verstanden werden, die auf der gemeinrechtlichen, von Pothier dominierten Lehre beruht. Pothier hält in seinem *Traité des obligations* eingangs fest: *L'erreur est le plus grand vice des conventions: car les conventions sont formées par le consentement des parties; et il ne peut pas y avoir de consentement lorsque les parties ont erré sur l'objet de leur conventions. Non videntur qui errant consentire, L.116, § 2 de Reg.jur.; L 57 de Oblig.et act.*

Als erste Gruppe behandelt Pothier die üblichen bekannten Irrtumsarten: Geschäftsirrtum, Gegenstandsirrtum und Quantitätsirrtum, die den Konsens zerstören und daher einen Vertrag nicht zustande kommen lassen. Bei der zweiten Gruppe wendet sich Pothier vorerst dem Substanzirrtum zu, den er vom bloss akzidentellen Motivirrtum unterscheidet. Dem Substanzirrtum stellt er den Personenirrtum zur Seite, bei dem es sich ebenfalls um einen Irrtum in der Motivation handelt. Diese beiden Irrtumsarten üben eine unterschiedliche Wirkung aus: die erste Irrtumsart zerstört den Konsens, so dass kein Vertrag entsteht, die zweite hingegen lässt den Vertrag entstehen, gibt dem Irrenden jedoch die Möglichkeit, diesen zu annullieren. Dieser Unterschied berechtigt dazu, die erste Irrtumsart unter die den Konsens verhindernden – *erreur obstacle* –, die zweite unter die den Konsens behindernden – *erreur vice de consentement* – zusammenzufassen.

Zum Substanzirrtum⁵ gibt der § 3. De l'erreur, im *Traité Pothiers*, einen authentischen Kommentar: *L'erreur annule la convention, non seulement lorsqu'elle tombe sur la chose même, mais lorsqu'elle tombe sur la qualité de la chose que les contractants ont eu principalement en vue, et qui fait la substance de cette chose. C'est pourquoi si, voulant acheter une paire de chandeliers d'argent, j'achète de vous une paire de chandeliers que vous me présentez à vendre, que je prends pour des chandeliers d'argent, quoiqu'ils ne soient que de cuivre argenté; quand même vous n'auriez eu aucun dessein de me tromper, étant dans la même erreur que moi, la convention sera nulle, parce que l'erreur dans laquelle j'ai été détruit mon consentement; car la chose que j'ai voulu acheter est une paire de chandeliers d'argent; ceux que vous m'avez présentés à vendre étant des chandeliers de cuivre, on ne peut pas dire que ce soit la chose que j'ai voulu acheter. C'est ce que Julien décide en une espèce à peu près semblable, en la*

⁵ R.J. POTHIER, *Traité des obligations*, Pemièrre partie, chap. 1, sct.1, art. 3.n.18 (Œuvres de Pothier, t.1.1824, 20-22).

loi 41, § 1, ss. eod. tit., et Ulpian en la loi 9 § 2, ss. eod. tit., lorsqu'il dit : Si aes pro auro veneat, non valet.

Der Text Ulpians, D 18, 1, 9, 2, wird von Pothier als eine Art von résumé übernommen und das gängige dictum *aes pro auro* gibt die Quintessenz der Regel *alio pro alio* wieder. Was Pothier hier vornimmt, ist jedoch keine schulmässige Erläuterung der romanistischen Lehre. Die Zitate sind denn auch nur angefügt, gleichsam als bestätigendes *pro nota*, dem damaligen Zitierstil gemäss. Mehr Aufmerksamkeit verdient die neue Konzeption des Substanzirrtums, die Pothier mit der ihm eigenen Eleganz vorzüglich zum Ausdruck bringt: *l'erreuer ... tombe sur la qualité de la chose que les contractants ont eu principalement en vue, et qui fait la substance de cette chose*. Der Substanzirrtum ist nicht der Irrtum über die Sachsubstanz, sondern Irrtum über eine Qualität, die deshalb substantziell ist, weil sie die Parteien hauptsächlich im Blick hatten und sie zugleich objektiv die Sache bestimmt: ein Konsens über den Gegenstand besteht, wenn der Gegenstand den bestimmten Erwartungen der Parteien entspricht. Die Substanz der Sache muss im Rahmen des vertraglichen Willens geprüft werden: *la qualité de la chose que les parties ont eu principalement en vue*, der Vertragsgegenstand ist in der Optik des Vertragswillens zu bestimmen, denn nur so ist er vom Konsens gedeckt.

Freilich knüpft auch Pothier diesen Konsens zusätzlich an die Sachsubstanz, notwendigerweise, um die Abweichung des Irrtums von der Realität zu begründen. Wie Ulpian zieht Pothier zur Verdeutlichung und Abgrenzung Beispiele heran. Das Silber oder Versilberte Ulpians wandelt sich zu Kerzenleuchtern: silberne oder versilberte. Vertraglich entscheidend ist aber nicht ihre Substanz *in rerum natura*, sondern der Umstand, dass beim Vertragschluss von Silberleuchtern die Rede war und es den Parteien auf diese Qualität des Silbers wesentlich und hauptsächlich ankam. Das Silber macht subjektiv die substantzielle Qualität aus, ohne die der Vertrag nicht geschlossen worden wäre.

Darin sind die Redaktoren des Code civil Pothier gefolgt, auch wenn dies in der Kurzformel des art. 1110 CC kaum mehr hörbar ist. Vielleicht war ihnen die Undeutlichkeit der verkürzten Aussageweise nicht einmal bewusst, auf jeden Fall zählt Bigot de Préameneu den Substanzirrtum nunmehr zu den Motivirrtümern: die Substanz sei dann wesentlich, *si les parties ont voulu en faire dépendre leur engagement*⁶. Und auch im Vortrag vor dem Corps législatif wurde der Substanzirrtum mit dem bestimmenden Motif, dem *motif déterminant de l'engagement*, gleichgesetzt⁷.

Die französische Lehre hat somit den Substanzirrtum aus der Sachsubstanz in die Willenssubstanz übertragen und in einen substantziellen Motivirrtum

⁶ BIGOT DE PRÉAMNEAU, P.A.Fenet, Recueil complet des travaux préparatoires, 1831, Bd. 13, 223.

⁷ P.A.FENET, a.O.417.

tum umgedeutet. Das Problem des Irrtums verlagert sich auf die schwierige Grenze zwischen dem blossen und dem wesentlichen Motivirrtum. Zwar verlangt Pothier, dass der Irrtum nicht nur subjektiv substanziell sein müsse, sondern sich auf eine Eigenschaft zu beziehen habe, die die Substanz der Sache ausmacht: *qui fait la substance de la chose*. Aber trotz der Rückkoppelung an den *error in substantia* war der entscheidende Wechsel vom objektiven zum subjektiven Substanzirrtum vollzogen.

Es versteht sich, dass die Rechtssprechung den Art. 1110 CC als General Klausel behandeln musste, in die sich über eine Zickzackkasuistik nur schwer klare Linien einziehen liessen⁸. Grundsätzlich folgt die französische Rechtsprechung der subjektiven Sicht der Gesetzesredaktoren und zeigt daher keine grosse Hemmung, einen Substanzirrtum auch dort anzunehmen, wo er gar nicht die Sache selbst betrifft, sondern Eigenschaften, die dieser nicht einmal materiell zugehören: die Authentizität eines Kunstwerkes, die Brauchbarkeit des Objektes für den von beiden Parteien oder auch nur von der irrenden Partei verfolgten Zweck, künstliche Perlen statt natürliche Perlen, die Stilepoche eines Möbelstücks usw.⁹. Der Gerichtshof von Rennes hat dies in einer handbuchreifen Erläuterung zusammengefasst: *non pas tel ou tel élément nécessairement matériel, mais bien la qualité caractéristique qui a été déterminante du consentement*¹⁰.

Aus dieser subjektiven Betrachtungsweise des Substanzirrtums als eines Motivirrtums versteht sich auch die subjektive Bewertung des Irrtums durch die Rechtsprechung: Nach französischer Auffassung ist nur der entschuld bare Irrtum beachtlich. Wer den Irrtum hätte vermeiden können, weil er sich gerade über diejenigen Eigenschaften, auf die es ihm ankam, selbst hätte ins Bild setzen können, der darf sich, zumindest bei grober Fahrlässigkeit, nicht auf seinen Irrtum berufen oder hat bei geringerem Verschulden die Schadenersatzfolgen zu tragen¹¹.

Den *erreur obstacle* hingegen bezieht die französische Lehre direkt auf den Vertragskonsens. Es fehlt grundsätzlich die Unterscheidung zwischen Konsens- und Willensmangel, weil die in der späteren pandektistischen Lehre gebildete Figur der Willenserklärung nicht übernommen wurde. Darum fehlt im französischen Recht die Möglichkeit, das Konsensproblem auf die Übereinstimmung der gegenseitigen Erklärungen zu beziehen und davon das Problem des mangelhaften inneren Willens zu trennen. Der Vertragskonsens ist ein Wil-

⁸ Siehe auch K.ZWIEGERT, H.KÖTZ, Einführung in die Rechtsvergleichung, Bd.II, Institutionen, 2. Aufl. 1984, 114 ff; ferner H.MAZEAUD/F.CHABAS, Leçons du droit civil, obligations, 5. Aufl. 1991, n. 163.

⁹ H.MAZEAUD/F.CHABAS, a. O. n. 163.

¹⁰ Gaz.Pal. 1929, 2,396.

¹¹ J.GHESTIN, Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat, 1988, 397 ss, 430 ss, K.ZWIEGERT/H. KÖTZ, a. O. 115, BEK/B.SCHMIDLIN, Vorb. zu 23/24 OR N 108.

lenskonsens; der *erreur obstacle* schliesst die Einigung aus und verhindert von vorneherein den Vertragsabschluss. Hingegen kommt in dem vom Irrtum lediglich behinderten Vertrag ein Konsens sehr wohl zustande, nur krankt dieser am Irrtum über eine subjektiv wesentliche Eigenschaft substanzieller oder personeller Art. Soll der Irrtum berücksichtigt werden, so bedarf es einer Vertragsaufhebung durch die vom Irrtum behaftete Partei. Diese Vertragsaufhebung ist im Gesetz selbst geregelt, für den *erreur obstacle* braucht nach französischer Auffassung hingegen nichts Besonderes vorgesehen zu werden, denn das Bestehen oder Nichtbestehen eines Vertrages ist in Art. 1108 hinreichend bestimmt.

3. Der Substanzirrtum als qualitativer Identitätsirrtum im Deutschen Recht

Der Substanzirrtum hat auch das Pandektenrecht in Unruhe versetzt. Der lange Streit um den Qualitätsirrtum, der schliesslich zu Abs. 2 § 119 BGB führte, belegt dies. Dogmatisch ist die Frage noch immer nicht einheitlich beantwortet, noch immer stellt die Zivilrechtslehre eine ganze Reihe von Lösungen vor: Richtigkeitsgewähr (Schmidt-Rimpler), subjektive Geschäftsgrundlage (Larenz), die geschäftlichen Eigenschaftsirrtümer (Flume), die Risikoverlagerung (Kramer) usf¹².

Ausgangspunkt ist Savignys Lehre von der Willenserklärung, in der Savigny mit rigoroser Schärfe drei Momente auseinander hält: den Willen, die Erklärung und die Übereinstimmung von Wille und Erklärung. Irrtum ist folglich die mangelnde Übereinstimmung des Willens mit der Erklärung, die dazu führt, dass zwar eine Erklärung, aber kein entsprechender Willen vorliegt¹³. Daher kennt Savigny auch nur eine Art von Irrtum: den Erklärungsirrtum. Bezieht sich der Irrtum auf einzelne Teile des Willens, so betrifft er die Natur, die Personen oder die Sache als Gegenstand des Rechtsverhältnisses. Für den eigentlichen Substanzirrtum gibt es keinen Raum¹⁴.

Jedoch kann diese geschlossene Deduktion auch Savigny nicht darüber hinweghelfen, dass dem Irrtum über die Eigenschaften in gewissen Fällen die Bedeutung eines wesentlichen Irrtums beigelegt werden muss. Dies sei dann der Fall, meint auch Savigny, wenn die Eigenschaften einer Sache dem *error in corpore* gleich wirken, und diese Fälle seien aufzusuchen und womöglich auf eine gemeinsame Regel zurückzuführen. Die entsprechende Regel entwickelt

¹² Zusammenfassung bei BeK/B.SCHMIDLIN, zu Art. 23/24 N 80-88; E.Kramer, Münchner Kommentar zum BGB, 4. Aufl. Allg.T, zu § 119, N 104 ff.

¹³ F.C.V.SAVIGNY, System des heutigen Römischen Rechtes, Bd. 3, 1840, 99.

¹⁴ F.C.V.SAVIGNY, a. O. 26.

Savigny an einfachen, den einschlägigen Digestenfragmenten entnommenen Beispielen, die ihm, ohne auf die Texte einzugehen, zu einer dogmatischen Verbindungslinie zwischen Substanz- und Identitätsirrtum verhelfen müssen¹⁵.

Diese Verbindung ist Savigny zwar nicht geglückt, geglückt ist ihm aber etwas weit Wichtigeres, nämlich, an die Stelle der realen Sachsubstanz die durch den Geschäftsverkehr bestimmte Sachsubstanz zu stellen: der Irrtum über eine Sache ist wesentlich, wenn durch die irrig vorausgesetzte Eigenschaft, nach den im wirklichen Verkehr herrschenden Begriffen, die Sache zu einer anderen Art von Sachen gerechnet werden müsse, als wozu sie wirklich gehört. Nicht die Verschiedenheit des Stoffs gibt den Ausschlag, sondern die völlige Ungleichartigkeit der gehandelten Ware.¹⁶

In einer Fussnote geht Savigny auf das Weinessigbeispiel ein. *Wer Wein kauft, will nicht eine in diesem Fass enthaltene Flüssigkeit überhaupt, sondern sein Gedanke ist zunächst und hauptsächlich auf Wein gerichtet ... Römisch lässt sich dies so ausdrücken: es ist eine species gekauft, aber unter der stillschweigenden Bedingung, dass sie zu einem bestimmten genus gehöre. Ist also unter der Hülle des Fasses Essig statt Wein verborgen, so wird der Fall ebenso behandelt, wie wenn beim Kauf eines Sklaven unter der Hülle seines Gewandes, oder unter der Hülle des gemeinsamen Namens, ein anderes Individuum verborgen wäre als dasjenige, woran der Käufer denkt*¹⁷.

Die Rückführung des erweiterten Substanzirrtums auf einen Identitätsirrtum und somit auf einen Erklärungsirrtum überzeugt wenig. Der Irrtum liegt gar nicht in der Erklärung, sondern, wie Savigny selbst betont, in der darin enthaltenen Willensbedingung, dass die Sache der Art nach Wein und nicht Essig sei. Nur in der Folge erweist sich, dass etwas Irriges bezeichnet wurde. Gewiss ist diese Erklärung hinfällig, was aber den Irrtum zu keinem Erklärungsirrtum macht. Er bleibt das, was er ist, ein wesentlicher substanzieller Motivirrtum. Immerhin kommt zum Ausdruck, dass die Wesentlichkeit des Motivs zwar einem objektiven Kriterium zu unterstellen ist, aber nicht einem ontologischen – was schon Ulpian abwies –, sondern einem juristischen: die Sache muss nach dem Kriterium des allgemeinen Geschäftsverkehrs einer anderen Art von Sachen zugezählt werden. Der Motivirrtum wird daher erst substanziell, wenn er objektiv auch nach den allgemeinen Verkehrsvorstellungen relevant ist.

Die Pandektisten führten die Lehre ihres Meisters Savigny « über den ächten und unächten Irrtum » wie auch über den Substanz- und Identitätsirrtum weiter. Doch vermochten sie die Schwierigkeiten nicht auszuräumen, die nun

¹⁵ F.C.V.SAVIGNY, a. O. 276 ff.

¹⁶ F.C.V.SAVIGNY, a. O. 283.

¹⁷ F.C.V.SAVIGNY, a. O. 283 Anm. I.

einmal die kühne Erweiterung vom *corpus* zur *substantia*, vom Identitätsirrtum zum Qualitätsirrtum, mit sich bringen musste. Die dogmatische Trennung zwischen relevantem Erklärungsirrtum und irrelevantem Motivirrtum verhinderte eine angemessene Lösung. Den Gipfel erreichte diese Lehre in Zitelmanns These: *Wenn das Object einmal feststeht, dann muss ich alle Eigenschaften desselben mit in den Kauf nehmen, dann kann meine Absicht nicht mehr beabsichtigen, dass dieses individuelle Object so oder so sei, diese oder jene Eigenschaft habe. Das ist logisch und psychologisch Nonsens, denn was ist, ist bereits, kann also nicht mehr werden*¹⁸.

Eine derartige Logik wird unglaublich, wenn man bedenkt, dass der Irrtum nicht in der Differenz von Vorstellung und Sache, sondern in der Differenz von richtiger und falscher Vorstellung der Sache besteht¹⁹. Die Vorstellung über die Eigenschaften einer Sache können sich wohl als derart irrig erweisen, dass sie der Eigenschaften wegen zu einer anderen Art von Sachen gehört. In diesem Sinne hat auch Savigny einen Identifikationsirrtum aufgrund irrig angenommener Eigenschaften zugelassen, nur sah er sich gezwungen aus systematischen Gründen diesen in einen Erklärungsirrtum umzudeuten.

Gerade damit quälte sich der Gesetzgeber des BGB. Schon in den ersten Entwürfen fand der Qualitätsirrtum Aufnahme in den Gesetzestext, allerdings noch ganz nach der Vorstellungsweise Savignys als Erklärungsirrtum über Art und Gattung d. h. als Erklärungsirrtum über gattungsbildende Eigenschaften der Sache. Auch wenn man sich sehr wohl bewusst war, dass man damit einen Motivirrtum als wesentlichen Irrtum anerkannte, suchte man diesen stets als einen Erklärungsirrtum auszugeben. Grundsätzlich blieb man dabei, der Eigenschaftsirrtum gehöre zu den unbeachtlichen Motivirrtümern. Nicht zu Unrecht bemerkte Otto v. Gierke kritisch: *wenig Freunde werden wohl die überaus doktrinären und verkünstelten Bestimmungen des fünften Teiles über die Willensmängel machen*²⁰.

Der Versuch den Eigenschaftsirrtum einem objektiven Kriterium zu unterstellen, erwies sich als schwierig. Es blieb nichts anderes übrig, als über die Grenzen der Willenserklärung hinauszugehen, und das Geschäft als ein Ganzes zu betrachten, weil man dann auch solche Eigenschaften der Person oder Sache berücksichtigen konnte, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden, wie dies Art 119 II BGB vorsieht²¹. Drückt das « *gilt als* » eine gesetzliche Fiktion aus, um den Anschein des Erklärungsirrtums zumindest in der Rege-

¹⁸ E. ZITELMANN, Irrtum und Rechtsgeschäft, 1879, 439, 459; dazu auch M. SCHERMAIER, Die Bestimmung des wesentlichen Irrtums von den Glossatoren bis zum BGB, 2000, 517 ff.

¹⁹ BeK/B. SCHMIDLIN, Art. 23/24 OR, N 7.

²⁰ OTTO V. GIERKE, Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Recht (veränderte und vermehrte Ausgabe der in Schmollers Jahrbuch erschienenen Abhandlung, 1889, zit. nach SCHERMAIER, Die Bestimmung des wesentlichen Irrtums, a. O. 636).

²¹ BGB § 119 II: Als Irrtum über den Inhalt der Erklärung gilt auch der Irrtum über solche Eigenschaften der Person oder Sache, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden.

lung zu wahren? Der Substanzirrtum muss die subjektive Grundlage des Vertrages betreffen und somit subjektiv wie objektiv relevant sein (Larenz). Larenz kehrt zu den Beispielen von Silber und falschem Silber Ulpians und zu den Kerzenleuchtern Pothiers zurück, die diesmal nicht silbern oder versilbert, sondern antik oder neu sind. Das Alter eines solchen Objektes, wenn es Grundlage des Vertrages ist, sei wohl subjektiv wie objektiv erheblich, da es sich um eine im Verkehr als wesentlich angesehene Eigenschaft handle²². Andere betrachten das «gilt» des Gesetzes nicht als Fiktion, sondern einfach als Erklärungsbezeichnung, die nun einmal nicht alle Eigenschaften umfassen könne, sondern auch jene voraussetze, die im Verkehr zum Sollbestand der Sache gehören. (Schmidt-Rimpler)²³. Origineller ist die Lösung Flumes, der den Irrtum über Eigenschaften dem Identitätsirrtum zurechnet. Die Identität des Vertragsgegenstandes sei nicht nur das bezeichnete Objekt, so wie es *in natura* ist, sondern so, wie es von den Parteien für das Rechtsgeschäft vorgesehen sei und für sie sein soll. Seins- und Sollenserwartungen seien nicht zu trennen. Wenn der Gegenstand nicht den subjektiv und objektiv berechtigten Erwartungen entspricht, kann ein Irrtum vorliegen²⁴. Kramer schliesslich möchte § 119 II BGB nicht auf die Eigenschaftsirrtümer beschränken, sondern alle Fälle von Fehlvorstellungen über tatsächliche, geschäftsrelevante Umstände einbeziehen²⁵. Darum nähert er ihn im Wesentlichen dem Grundlagenirrtum des schweizerischen OR an. Doch benützt er nicht die Kriterien des Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4, vielmehr soll die Irrtumsrelevanz durch das Prinzip des Vertragsrisikos ergänzt werden: Das Risiko des Irrtums sei von dem zu tragen, der ihn veranlasst habe. Die Berufung sei also nur zulässig, wenn der nicht irrende Partner den Irrtum veranlasst oder bemerkt habe und daher das Risiko des Vertrages mittrage. Dieses neue Kriterium ist im Grunde nicht ganz so neu, sondern schliesst die Irrtumsregelung wieder an die naturrechtliche Lehre an, die im österreichischen ABGB Gesetz wurde und sich seither mit bemerkenswertem Erfolg verbreitet hat. *De lege lata* ist dieser Lösung mit der Grundwertung des § 119 BGB nicht zu vereinen: Danach haben beide Parteien das Scheitern des Vertrages auf sich zu nehmen, wenn der Irrtum die Schwere eines nach den gesetzlichen Kriterien wesentlichen Irrtums erreicht hat. Das Ungleichgewicht der Rechtsfolgen wird durch den Schadenersatz ausgeglichen²⁶.

²² K.LARENZ, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, § 20, II b) Aufl. 3. Aufl. 1975. In den neuen Überarbeitungen des Larenz'schen Lehrbuches – das an Umfang gewonnen, an Stil aber verloren hat, sind die Beispiele ins Bedeutungslose verkürzt: falsche Vorstellung über einen «Martini» Weinbrand statt Apéro, siehe K.LARENZ, Allg.T. fortgeführt von M.Wolf, 8. Aufl. 1997, § 36 N 66.

²³ W.SCHMIDT-RIMPLER, Eigenschaftsirrtum und Erklärungsirrtum, Festschrift H.Lehmann, 1956, 213 ff, 220 ff, dazu BeK/B.SCHMIDLIN, zu Art. 23/24 OR, N 83 f.

²⁴ W.FLUME, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Das Rechtsgeschäft, II, 1965, 458.

²⁵ E.KRAMER, Münchner Kommentar zum BGB zu § 119, Rdnr. 110 ff.

²⁶ Dazu in diesem Band, die Abhandlung Die Standfestigkeit der schweizerischen Irrtumsregelung nach Art. 23/24 OR.

4. Vom Substanzirrtum zum Grundlagenirrtum in schweizerischen Recht

Das schweizerische Irrtumsrecht steht im Gefolge des Pandektenrechts, das bei Erlass des altOR auch in der Irrtumslehre dominierte. Es überrascht nicht, dass sowohl der Art. 19 altOR wie auch der Art. 23/24 OR wiederholen, was damals in allen Pandektenlehrbüchern gelehrt wurde: die Einteilung der Irrtumsarten hat nach den Kategorien des *error in objecto*, *in persona*, *in negotio* zu erfolgen, wozu schliesslich altOR 19 in Ziff. 3 auch den *error in substantia* aufnimmt und zwar in wortwörtlicher Anlehnung an die Definition Savignys: *Der Irrtum ist insbesondere ein wesentlicher ... 3. wenn die irrig vorausgesetzten Eigenschaften der Sache so erheblich sind, dass dieselbe, je nachdem diese Eigenschaften vorhanden sind oder fehlen, im Verkehr zu einer ganz verschiedenen Gattung oder Art von Gütern gerechnet wird.*

Auch im Art. 19 Ziff. 3 liegt daher der eigenartige Zwitter von Erklärungs- und Substanzirrtum vor, den Savigny eingeführt hatte, nämlich ein Erklärungsirrtum aufgrund des Irrtums über die artbildende Eigenschaft der Sache. Erst Eugen Huber gelang es, den verengten Pseudosubstanzirrtum durch den neuen, in Art. 24 I Ziff. 4 OR definierten Grundlagenirrtum auszuwechseln²⁷. Freilich gewann Artikel 24 OR dadurch nicht viel an Klarheit, denn wenn die Aufzählung der hauptsächlichen Irrtumsarten Ziff. 1-3 bestimmen soll, was als wesentlicher Irrtum zu gelten habe, hätte man dergleichen auch in Ziff. 4 erwarten müssen. Ziff. 4 gibt jedoch kein Beispiel, sondern stellt die allgemeinen Kriterien des wesentlichen Grundlagenirrtums auf. In der Kommission hatte man noch über einen an das deutsche BGB angelehnten Irrtumsartikel debattiert, aber Huber wollte von einer deutschen Lösung nichts wissen und setzte seine Auffassung des Grundlagenirrtums durch. Wie weit er dabei von der Lehre Windscheids über die Voraussetzung inspiriert war, mag offen bleiben. Viel wichtiger ist die Umwandlung des Substanzirrtums in einen wesentlichen Motivirrtum, so wie er in Ziff. 4 in mustergültiger Weise definiert ist²⁸.

Die Rechtssprechung zum Irrtumsrecht, zeigt, dass der Substanzirrtum zur Axe der ganzen Irrtumsregelung geworden ist; fast alle Irrtumsfälle werden unter seinem Gesichtspunkt beurteilt. Woran liegt dieses klare Übergewicht²⁹?

Indem Huber den Grundlagenirrtum nicht mehr in die Kategorienreihe: *negotium*, *persona*, *corpus*, *quantitas*, *substantia* einordnet, sondern allgemeine Be-

²⁷ Bundes Archiv, Bern, Gesetze IV 76, Votum des Referenten Huber; ASten.Bull. Nat. R. 1909, 475, Votum Huber.

²⁸ BGB 95 II 41; BeK/B.SCHMIDLIN zu Art. 23/24 OR N 61.

²⁹ BEK/B.SCHMIDLIN zu Art. 23/24 OR N 402, N 89 ff.

stimmungskriterien entwickelte, beantwortete er zugleich die Frage des Art. 23 OR, nämlich, was im allgemeinen als wesentlicher Irrtum anzusehen ist.

Die vom Gesetz in Art. 23 OR verlangte Wesentlichkeit der irrigen Vorstellung, wird in Art. 24, 1 Ziff. 4 zur subjektiv notwendigen *conditio sine qua non*, zu einer negativen Schranke und bedeutet, dass der Irrende ohne sie den Vertrag nicht geschlossen hätte. Was die Gegenpartei von dem irrig angenommenen Umstand meint, spielt bei der Bewertung keine Rolle, denn der Irrtum betrifft die Willensbildung der einzelnen Partei und nicht das gemeinsame Konsensverständnis.

Die Wesentlichkeit konkretisiert sich als objektive Voraussetzung mit der Anforderung, dass nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr ein sich Irrender bei Kenntnis der wahren Sachlage den Vertrag nicht geschlossen hätte. Im Ausdruck «Geschäftsverkehr» sind alle Umstände eingeschlossen, selbst solche, die ausserhalb des Vertrages liegen, wie etwa die Bebaubarkeit eines Grundstückes beim Immobilienkauf, die Echtheit eines Kunstgegenstandes im Kunsthandel sofern diese konkret Vertragsgrundlage waren. «Treu und Glauben im Geschäftsverkehr», im französischen Gesetzestext mit «loyauté commerciale» ausgedrückt, bedeutet zudem, dass der Irrtum in Hinsicht auf das besondere, vorliegende Geschäft zu betrachten sei, weil Geschäfte zwischen erfahrenen Berufsleuten oder unerfahrenen Laien nicht unter denselben Umständen getätigt werden, und Massengeschäfte nicht ohne weiteres massgeschneiderten Individualverträgen gleich zu setzen seien.

Das Erfordernis der Erkennbarkeit der Bedeutung, die der Irrende dem falsch vorgestellten Sachverhalt beimisst, wird im Gesetz zwar nicht genannt, ergibt sich aber aus der Umschreibung in Ziff. 4 «Treu und Glauben im Geschäftsverkehr». Zu ihr gehört eine redliche Berücksichtigung der anderen Vertragspartei, denn auch der nicht Irrende muss zumindest in der Lage sein, die Bedeutung des irrigen Umstands zu ermessen.

Die drei Kriterien des Grundlagenirrtums entsprechen dem Kriterium des wesentlichen Irrtums nach Art. 23 OR und lassen sich ohne Mühe auch auf den im Gesetz besonders geregelten Erklärungsirrtum übertragen. Der Bewertung der Vertragsgrundlage nach «Treu und Glauben im Geschäftsverkehr» kommt auch die Qualifizierung des Vertrages nach Vertragsart, Objekt, Person und Leistungsumfang gleich. Diese stellen nichts anderes dar als «namentlich» typisierte Erklärungselemente, die zudem nach Art. 2 OR zu den Hauptpunkten des Vertrages zählen. Art. 23 OR erlaubt es, jeden Erklärungsirrtum über Hauptpunkte im Sinne des Art. 2 OR als wesentlich zu betrachten. Ein Irrtum über derartige Hauptpunkte ist von vornherein subjektiv und objektiv ein Element der Geschäftsgrundlage. Der Erklärungsirrtum über Hauptpunkte des Vertrages untersteht daher den gleichen Kriterien wie der Grundlagenirrtum.

Die Unterscheidung zwischen Erklärungs- oder Motivirrtum bleibt hingegen für das Beweisthema von Bedeutung. Im Falle eines Erklärungsirrtum,

bei dem sich die eine oder beide Parteien über wesentliche Punkte der Vertragserklärung geirrt haben, kann sich der Irrende damit begnügen, nachzuweisen, dass er in einem Hauptpunkt des Vertrages etwas anderes gewollt als erklärt hat. Die subjektive und objektive Kausalität wird dann vermutet. Es liegt an der Gegenpartei, sie zu entkräften. Beim Grundlagenirrtum hingegen hat der Irrende selbst nachzuweisen, dass seine irrige Motivation subjektiv und objektiv nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr in erkennbarer Weise erheblich waren.

Ob der Irrtum den Erklärungsvorgang erfasst hat, oder ob er schon die Motivation des Vertragschlusses missleitete, ist daher eine sekundäre Frage. In beiden Fällen ist der irrumsbelastete Vertrag dem Irrenden nicht zuweisbar, weil der irrig geschlossene Vertrag für ihn keinen Sinn und keinen Zweck hat und dies ihm auch der Vertragspartner und jeder redliche Dritte zugestehen würde. Das Bundesgericht hielt schon in einem uralten Entscheid fest, dass in einem weiteren Sinn jede Vorstellung über den Inhalt des Erklärten ein Motiv zur Abgabe der Erklärung und daher jeder Irrtum letztlich ein Motivirrtum sei (BGE 34 II 523,531).

Beachtung verdient, dass das Unidroit in der Irrtumsregelung diesen Weg konsequent eingeschlagen hat: 3.4: *Irrtum ist die fehlerhafte Annahme betreffend Tatsachen oder das Recht, wie sie bei Vertragsabschluss bestehen*. Der Irrtum über Tatsachen ist qualifizierter Motivirrtum: der Irrtum muss so (3.5.1) *bedeutsam sein, dass eine vernünftige Person in der gleichen Lage wie die irrende Partei bei Kenntnis des wahren Sachverhaltes den Vertrag zu wesentlich anderen Bedingungen oder überhaupt nicht abgeschlossen hätte*.

Diese Regelung kennt nur mehr eine Art von Irrtum, den wesentlichen Motivirrtum mit der Folge, dass die Qualifizierung durch das aufgestellte Kriterium von *der allgemeinen Vernünftigkeit in der gleichen Lage* notwendig zu einer Auflösung des objektiven Kriteriums führt³⁰. Art. 3.5.1 gibt eine Anweisung, den Irrtum darnach zu bewerten, was eine vernünftige Person in der gleichen Lage getan haben würde, was offensichtlich zur Annahme eines hypothetischen Willens zwingt. Der Rückbezug auf die sachlich objektive Grundlage des Geschäftsverkehrs aber entfällt. In schweizerischer Sicht ist hingegen das vernünftig, was man nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr von jedemmann erwarten darf.

³⁰ UNIDROIT: 3,4; 35 I; das Neue an der Betrachtungsweise des Unidroit wie auch der PRINCIPLES OF EUROPEAN CONTRACT LAW: 4,103 liegt nicht in der Unterscheidung der Irrtumsarten, nicht einmal in der Unterscheidung zwischen objektiv wesentlichem oder unwesentlichem Irrtum, sondern in der konsequenten Anwendung des Vertrauensprinzips, das eine Anfechtung überhaupt nur dort erlaubt, wo die nicht irrende Partei das Vertragsvertrauen nicht beansprucht oder nicht beanspruchen darf. Dazu auch M.WOLF, Willensmängel und sonstige Beeinträchtigungen der Entscheidungsfreiheit in einem europäischen Vertragsrecht, in Europäische Vertragsvereinheitlichung und deutsches Rechts, 2000, 85 ff.

Eigentlich ist es geradezu unverständlich, warum die elegante Definition des Grundlagenirrtums in Art. 24 I Ziff. 4 OR in den modernen Referenzentwürfen zum gemeineuropäischen Vertragsrecht nirgends in Betracht gezogen wurde. Sie hat sich in der schweizerischen Rechtssprechung bewährt. Der vagen Umschreibung vom *reasonable man* – eine weitere Konzession (die wievielte) an angelsächsische Vorstellungen – steht diese Bewährung noch zuvor, falls sie überhaupt je einer gerichtlichen Entscheidung vorliegen wird. Ulpian hätte der schweizerischen Lösung zweifellos den Vorzug gegeben. Doch wer nimmt dies zur Kenntnis. Das Schweizerische Obligationenrecht und die schweizerische Lehre gehören, so wie der unbekannte Ulpian, zu dem wenig Gehörten in der Europäischen Union.

XI. *Fides servanda*. Die Nichtigkeit *ex tunc* und das vertragliche Liquidationsverhältnis

1. Die rechtsethische Grundlage des Vertragsrücktritts
2. Die juristische Regel
3. Die drei Modelle des Vertragsrücktritts in den modernen Zivilrechtskodifikationen
 - 3.1. Der Rücktritt vom Vertrag mittels der judiziellen Restitution. Die naturrechtliche Lösung des Code civil français
 - 3.2. Der Vertragsrücktritt durch Erklärung. Die Aufhebung des Vertrages mit Wirkung *ex tunc* nach der pandektistischen Lehre
 - 3.3. Der Rücktritt vom Vertrag als Liquidationsverhältnis
 - 3.4. Die Anfechtung des Vertrages wegen Willensmängel als Liquidationsverhältnis

Der Rücktritt vom Vertrag wegen Nichterfüllung stellt in der Dogmengeschichte eine hybride Besonderheit dar. Inhaltlich betrachtet verdankt die Regel ihren Ursprung dem kanonischen Recht, das sich hierfür auch auf einige dem Corpus Iuris entnommene Vorgaben stützte. Das Naturrecht hat diesen Grundsatz entgegen dem widerstrebenden gemeinen Recht zur allgemeinen Regel erhoben, im Code Napoléon erlangte sie schliesslich Gesetzesrang und seither findet sie sich in allen europäischen Zivilgesetzbüchern.

Das Paradox liegt darin, dass diese Regel, die im römischen Recht nie heimisch war, mit den Innominatkontrakten, mit der *restitutio in integrum*, mit der *actio redhibitoria* und der *lex commissoria* verknüpft wurde, mit dem seltsamen Ergebnis, dass sie sich trotz ihrer kanonischen Herkunft mit römischem Recht bekleidet. Dies bedarf einer kurzen Vorbemerkung.

1. Die rechtsethische Grundlage des Vertragsrücktritts

Die Möglichkeit, vom Vertrag zurückzutreten, widerspricht einer Kardinalregel des Vertragsrechts. Ulpian hat dies in einer für alle Zeiten vorbildlichen Weise ausgesprochen: D 2.14.1 pr: *quid enim tam congruum fidei humanae quam ea quae inter eos placuerunt servare*. Der Satz drückt das bis heute verbindliche Rechtsethos des europäischen Vertragsrechts aus.

Für das kanonische Recht hatte die Regel in der Tat vorerst einen rechtsethischen Sinn. Die Leistungsverweigerung oder Nichterfüllung eines abgegebenen Versprechens wurde einem Wortbruch, einer *perfidia*, gleichgestellt. Weil das kanonische Recht den blossen Konsens und daher ein aller *vestita* entkleidetes *pactum* zur Vertragsbegründung ausreichen liess, musste es notwendigerweise die Bindungskraft des blossen Vertragswillens in den Vordergrund stellen. Die Verletzung des vertraglichen Versprechens war moralisch eine Sünde und rechtlich ein Vertragsbruch. Es oblag dem kirchlichen Gericht in freier

Würdigung des Falles eine Busse auszusprechen oder zumindest auf einen Schadensersatz zugunsten des Verletzten zu erkennen¹.

Die vom kanonischen Recht verstärkte Versprechensbindung hatte ihre Kehrseite: *frangenti fidem fides non est servanda*, dem, der die Treue bricht, ist die Treue nicht zu halten. Das war die gefährliche Konsequenz, die zur Formulierung der Gegenregel führte: *Sed intellige fides est servanda servanti fidem, non fides servanti et contra fidem peccanti fides non est servanda*. Die generelle Folgerung, Vertragsuntreue erlaube die Vertragsauflösung, erschien nun freilich auch der kirchlichen Rechtspraxis für zu gefährlich. Es lag auf der Hand, dass dies im Eherecht oder in feudalen Treuverhältnissen zu fatalen Ergebnissen geführt hätte. Daher verlangt der Kanonist Huguccius, dass die Regelung in die Hand des Richters zu legen sei, um jeder Selbstjustiz zu wehren: *can. infidelis: Numquid vir potest eam expellere sua auctoritate: Cum nemo sibi jus dicere credo quod non debeat efficere sine iudicio ecclesiae*².

Nur im Rahmen des vertraglichen Leistungsaustausches konnte sie sich in angemessener Weise durchsetzen. Sie bedeutete hier, dass der getreue Vertragspartner berechtigt ist, sich vom Vertrag zu lösen und bereits Geleistetes zurückzufordern. Damit war die Sanktion der Nichterfüllung durch einen alternativen Grundsatz erweitert: dem verletzten Vertragspartner stand es frei, entweder für den Vertragsbruch Busse und Entschädigung zu verlangen oder, mit Berufung auf den Treubruch, sich vom Vertrag zu lösen.

Den Vertretern des Naturrechts musste dieser rechtsethische Grundsatz einleuchten. Pufendorf – Grotius folgend – zögert nicht, ihn klar auszusprechen: *Cum enim qui ex pacto aliquid alteri promittit, non absolute et gratis, sed intuitu eius quod alter se praestitutum recepit, promiserit; inde praestationes utrimque sibi invicem insunt per modum conditionis, quasi dictum foret: preestabo, si tu praestiteris prius. Iam autem quae conditioni superstruuntur ea non adparente corrui constat*³.

Der Grundsatz der Vertragstreue entspricht der natürlichen Pflicht zur *sociabilitas*: *Si quae autem inter homines ineuntur pacta illa sancte observanda esse, so-*

¹ Dazu G. BOYER, *Recherches historiques sur la résolution des contrats (Origines de l'Article 1184 C. Civ.)* 1924, S. 214 ff. Immerhin suchte schon das kanonische Recht eine positive Grundlage in der *condictio ex canone*, K.P. NANTZ, *die Entwicklung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. bis 18. Jahrhundert*, 1985, S. 52 ff.

² HUGUCCIUS, *can. Infidelis*. zit. nach BOYER, a.O. S. 238 Anm. 12 ter: Die Regel findet sich auch im *Liber Sextus* unter den *regulae iuris*, 75: *frustra fidem quis fidem postulat ab eo servari, cui fidem a se praestitam servare recusat*.

³ PUFENDORF, *Ius Naturae seu Gentium*, lib.5, c.11 § 9: Weil nämlich jemand einem anderen mit einem pactum etwas versprochen hat, nicht ohnehin und unentgeltlich, sondern im Hinblick, dass der andere annimmt, weil er selbst leisten wird; daher sind die Leistungen miteinander verbunden, in der Art einer Bedingung, so wie wenn man sagen würde: Ich werde dir leisten, wenn du mir zuvor leistest. Dann fällt das, was der Bedingung untersteht, wenn diese sich nicht erfüllt wird, dahin. K.O.SCHERNER, *Rücktrittsrecht wegen Nichterfüllung* (zit. *Rücktrittsrecht*), 1965, S. 98.

*ciabilis hominis natura requirit*⁴. Noch immer haftete der Vertragstreue das Pathos einer fast religiösen Bindung an, auch wenn der moraltheologische Aspekt des *peccatum* nicht mehr relevant war. Die Pflicht zur Vertragstreue erlaubte es, im Gegenzug sich bei Vertragsbruch von der untreuen Partei zu lösen.

Zur Begründung dieses Satzes greift Ch.Wolff direkt auf die wechselseitige Struktur des Vertrages zurück, die im Falle eines synallagmatischen Verhältnisses zur Lösung von der Gegenverpflichtung führe: *Si pacta mutuas praestationes continent, et unus paciscentium praestare nolit, quod debet; nec alter ad id praestandum tenetur, quod ipse debet, consequenter a pacto recedere licet, si alter recedit ... Quamobrem cum deficiente conditione promissio, adeoque etiam pactum pro non facto habeatur consequenter tu non ex eo obligeris*⁵.

In der Tat steht fortan das synallagmatische Verhältnis im Vordergrund. Es gewinnt bei zweiseitig verpflichtenden Verträgen, die auf einem wechselseitig conditionalen Leistungsverhältnis beruhen, einen spezifischen Sinn. Hat die eine Leistung ihren Grund in der Gegenleistung, so vermag dieser gleiche Grund bei einseitiger Leistungsverweigerung oder bei Leistungsunvermögen ein Rückleistungsverhältnis zu begründen. Dies ergibt sich aus der Symmetrie des Synallagmas. Grundlage ist die *bona fides*, die Vertragstreue, die notwendig auf Gegenseitigkeit angelegt, die Hingabe und wie die Rückgabe der Leistungen rechtfertigt. Genauer ausgedrückt, die mangelnde Vertragstreue des einen befreit die andere Partei von ihrer Leistungspflicht, verpflichtet sie aber ihrerseits, im Gegenzug alles zurückzugeben, was sie für ihre eigene Leistung erhalten hat. Rechtsethisch bewährt sich die gute Treue als Grundlage sowohl des Leistungs- wie des Rückleistungsverhältnisses.

2. Die juristische Gestalt der Regel im gemeinen Recht

Die leichtfertige Akzeptanz des Symmetriegrundsatzes durch das kanonische Recht und das Naturrecht, steht in klarem Gegensatz zur zögernden Aufnahme der Regel in das gemeine Recht.

Der Rückgriff auf die römischen Quellen erwies sich als zwiespältig und erlaubte keine Lösung. Diese war auch gar nicht zu erwarten, denn als generel-

⁴ PUFENDORF, *Ius Naturae seu Gentium*, I.3.c.4 § 2.

⁵ CH. WOLFF, *Ius naturae methodo scientifica pertractatum*, 1741, § 827: Wenn der Vertrag gegenseitige Leistungen vorsieht, und der eine nicht leisten will, was er leisten sollte, dann ist der andere nicht zu leisten verpflichtet und kann folgerichtig vom Vertrag zurücktreten. Daher wird wie bei einem Versprechen unter Bedingung auch ein pactum als nicht geschlossen angesehen und daher wirst du aus ihm nicht verpflichtet.

le Regel war dem römischen Recht der Rücktritt vom Vertrag unbekannt. Nur bei Einverständnis der Parteien galt unangefochten, dass der Vertrag « *re integra* » aufgelöst werden könne. Die Folgen der Nichterfüllung des Vertrages hingegen waren mit der Vertragsklage hinreichend abgesichert, etwa der *actio empti*, *locati*, *societatis*, die spezifische Lösungsregeln enthielten und die sich einigermassen auch für den Rücktritt vom Vertrag eigneten.

Im Zentrum der synallagmatischen Verträge steht der Kauf, gefolgt von der Miete; in einiger Distanz, schliessen sich die ungleichen zweiseitigen Verträge: *depositum*, *commodatum* und andere an. Zweifellos ist die Formel die Gaius für die konsensusalen Verträge verwendet, eindeutig auf den synallagmatischen Austausch ausgerichtet, Inst 3, 139: *in his contractibus alter alteri obligatur de eo quo alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet*. Aber ein allgemeines Rücktrittsrecht im Falle ausfallender Leistung erwähnt er mit keiner Silbe. Nur im Sonderrahmen der Mängelhaftung, in der *actio redhibitoria*, liessen die römischen Juristen, die enge aedilische Haftung durchbrechend, eine vertragliche Rückleistung *ex empto* zu. Die *restitutio in integrum* diente als Vorbild. Daneben entwickelten sie die Sonderpacta, etwa die *lex commissoria*, die Abmachung, die vorsah, dass die Zahlung bis zu einem bestimmten Termin zu erfolgen habe, andernfalls sollte der Vertrag dahinfallen. Das bereits Geleistete konnte mit einer *condictio* oder einer *actio praescriptis verbis* oder gar mit einer *vindicatio* zurückverlangt werden.

Die Diskussion unter den römischen Juristen über die Rückforderung der Leistung zeigt kein einheitliches Bild⁶. Die Auffassungen waren geteilt. Es überwog die Meinung, es sei eine *actio in factum* zu gewähren, eine Rückforderungsklage obligatorischer Art, angelehnt an die *restitutio in integrum*.

Es versteht sich von selbst, dass sich die unsichere Meinungslage auch auf die Glossatoren übertrug. Wie sollte man der undifferenzierten, moralischen Regel *frangenti fidei fides non est servanda* eine juristische Gestalt geben, die mit den römischen Quellen verträglich war? Für die Nominatverträge, die *pacta vestita*, kam ein allgemeines Rücktrittsrecht gar nicht in Frage, denn es widersprach ausdrücklich dem Codex, C 4,44,14⁷.

Bartolus erfand schliesslich für die Innominatkontrakte eine Lösung, die, so künstlich und konstruiert sie auch anmutet, den weiteren Weg öffnete. Bei Innominatkontrakten sollte ein Rücktritt zulässig sein, weil Leistung und Gegenleistung der Parteien sich wechselseitig bedingten, und zwar so, dass die noch zu erbringende Leistung des einen der finale Grund (*causa de futuro*) der erbrachten Leistung des anderen sei. Solange nicht beide Leistungen voll

⁶ VACCA, Risoluzione e sinallagma contrattuale nella giurisprudenza romana dell'età classica, in Il contratto inadempito, (III Congresso internazionale ARISTEC), 1998. S. 21 ss. Siehe D 19,1,11,3; D 19 1,11 5; D 19 1,13 pr.

⁷ C 4,44,14: ... non ex eo, quod emptor nor satis conventioni fecit, contractus irritus constituitur...

erbracht worden seien, sei ein Innominatkontrakt nicht perfekt und daher nach dem Grundsatz *cessante causa cessat effectus* einseitig lösbar⁸. Was immer diese Argumentation taugen mag, sie erlaubte es, die hierfür entsprechenden Klagen, die *actio praescriptis verbis* und *condictio causa data causa non secuta*, in das Abhängigkeitsverhältnis der Vertragsleistungen einzubeziehen und für den Vertragsrücktritt brauchbar zu machen.

Das gemeine Recht war einer Ausweitung dieses Grundsatzes auf das gesamte Vertragsrecht wenig geneigt. Nicht nur widersprach der Vertragsrücktritt dem Recht des Corpus Iuris, noch immer bestand eine Hemmung, die Schranke zwischen den Innominat- und den Nominatkontrakten aufzuheben, die dem Naturrecht wenig, dem Zivilrecht aber viel bedeuteten⁹.

Die Entwicklungswege des Rücktrittsrechts im gemeinen Recht folgten verschiedenen Richtungen. Eine feste Regelung verliehen ihr erst die grossen Zivilrechtskodifikationen, vorerst die naturrechtlichen, darnach die pandektistischen; es ist daher sinnvoll, die dogmatische Entwicklung rückwärts zu analysieren und direkt von den gesetzlichen Lösungen auszugehen.

3. Die drei Modelle des Vertragsrücktritts in den modernen Zivilrechtskodifikationen

Das erste Modell entstammt dem Rechtskreis des französischen Code civil. Der naturrechtlichen Dogmatik folgend, verwendet die französische Regelung die Figur der auflösenden Bedingung und verlangt ein richterliches Urteil, das, ähnlich wie im kanonischen Recht, den Vertrag auflöst und die Lage *quo ante* herstellt.

Pandektenrecht hat sich die Lösung schwerer gemacht. Die enge Verbindung des Leistungsstörungenrechts mit der Unmöglichkeitstheorie liessen ein Vertragsrücktrittsrecht nur auf Umwegen zu, wie es die Paragraphen im BGB § 326, §§ 346-356 bezeugen. Die schweizerische OR, auf dem älteren Dresdner Entwurf fussend, hatte im Art. 109 OR einen sichereren und zügigeren Weg gefunden. Der Rücktritt erfolgt durch einseitige Erklärung an den in Verzug gesetzten Schuldner. Die Folge ist der Eintritt der Nichtigkeit mit Wirkung *ex tunc*.

Die dritte moderne Lösung bewahrt für das Rücktrittsrecht den vertraglichen Zusammenhang: der Vertrag bricht nicht zusammen, noch verschwin-

⁸ Dazu die vorzügliche Darstellung bei BOYER, a. O., S. 308 ss.

⁹ So COCCÉJUS, *Jus civile controuv.*, 1740, I 18, Bd. 5, S. 33: *Si adversarius ex sua parte non implevit, alteri quoque inde discedere liceat? contractus irritus constituitur... Nam ex alterius perfidia non tollitur pactum, sed potius actione ex contractu adigitur ad implendum.* Siehe SCHERNER, Rücktrittsrecht, S. 30, S. 111.

det er in der Luft, sondern das Vertragsleistungsverhältnis wandelt sich in ein Vertragsrückleistungsverhältnis, das, dem Wortsinn einer *in integrum restitutio* gleich, den früheren, oder besser, den unversehrten Zustand wiederherstellt.

Die Umwandlung des Vertragsverhältnisses in ein nachvertragliches Liquidationsverhältnis ist keine beiläufige Korrektur, sondern entspricht dem Bemühen, das Vertrauensprinzip über den Vertragsabschluss hinaus auf das gesamte Leistungsverhältnis auszudehnen.

3.1. Der Rücktritt vom Vertrag mittels der judiziellen Restitution. Die naturrechtliche Lösung des Code civil français

Die Schwierigkeit des Code civil, den Grundsatz gesetzlich zu fassen, erkennt man schon an der seltsamen Einordnung des Rücktritts im vierten Kapitels: *Des diverses espèces d'obligations*, unter I. *Des obligations conditionnelles* §3: *Des conditions résolutoires*, wo sich art. 1184 im Besonderen mit der Vertragsaufhebung befasst. Das allgemeine Problem des Vertragsrücktritts wird als Sonderproblem der rückwirkenden Bedingung behandelt. Dies überrascht.

Art. 1184 stellt drei Grundsätze auf¹⁰:

1. Alle zweiseitigen synallagmatischen Verträge sind einer vom Gesetz präsumierten auflösenden Bedingung unterstellt.
2. Diese tritt nicht von Rechts wegen ein, der unbefriedigte Gläubiger hat die Wahl, entweder die Leistung zu erzwingen oder die Auflösung des Vertrages und Schadenersatz geltend machen.
3. Die Auflösung muss beim Gericht verlangt werden, das eine vorgängige eine Frist ansetzen kann.

Offensichtlich fasst art. 1184 zwei unterschiedliche Regelungen zusammen. Die eine knüpft den Rücktritt vom Vertrag an eine auflösende Bedingung, die als gesetzliche Präsumption allen synallagmatischen Verträgen unterstellt wird. Die andere verlangt eine richterliche Kontrolle des Rücktritts. Den Parteien soll der Weg zur Selbstjustiz verwehrt sein; über die *fides fracta* zu urteilen, ist Sache des Richters.

¹⁰ Code civil français, art. 1184 : *La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement.*

Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts.

La résolution doit être demandée en justice et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances.

Man hat die vom Gesetz präsumierte Auflösungsbedingung vorschnell als eine Anlehnung an die römische *lex commissoria* verstanden. Dies trifft für die Naturrechtslehre nicht zu. Die *lex commissoria* wird in der naturrechtlichen Diskussion gar nicht erwähnt¹¹. Sie entspricht nicht dem, was den Rücktritt vom Vertrag hätte begründen können: nämlich die Gegenseitigkeit des Leistungsverhältnisses, die Bindung und Auflösung rechtfertigen. Die römische *lex commissoria* diente dazu, die Zahlungspflicht des Käufers zu verschärfen und zwar mittels eines *pactum*, das die Zahlung bis zu einem festgelegten Termin vorsah – *ad diem* – und bei Ausbleiben der Zahlung den Verkäufer berechnigte, den Vertragsrücktritt zu erklären.

Hier hingegen geht es um die Auflösung des Vertrages, weil die Gegenleistung nicht erbracht worden ist und das synallagmatische Verhältnis rückgängig gemacht werden soll. Der Grund zur Vertragslösung liegt daher nicht in einer zusätzlichen Vereinbarung über die Zahlungsmodalität, sondern berührt direkt die wesentlichen Punkte des Vertrages. Grotius gebraucht den Begriff *conditio*: Bedingung. Er versteht die *conditio* als Willensbedingung im Sinne einer Voraussetzung, ohne die der Vertrag nicht bestehen kann. Der Schuldner wird nicht von seiner Verpflichtung frei, sondern der Vertrag fällt dahin, weil im Ergebnis die Grundbedingung zur Verpflichtung gar nicht bestand: *Defectu conditionis non vere liberatur promissor, sed eventus ostendit nullam esse obligationem ut quae non nisi sub conditione contracta erat*¹².

Mag sein, dass die wenig glückliche Erklärung, die Grotius beifügt, die irige Auffassung erleichtert hat, es handle sich um eine dem Vertrag zusätzlich beigelegte Bedingung, die ihm *per modum conditionis* zugehöre, so als sei sie ausdrücklich ausbedungen – *quasi expressum*¹³.

Domat drückt sich klarer aus, für ihn ist der die Auflösungsgrund des Vertrages der mangelnde Leistungswillen oder das mangelnde Leistenkönnen, das auch ohne auflösende Bedingung die Vertragsauflösung erlaubt: *qu'il n'y ait de clause résolutoire*¹⁴.

Auch Pothier ist kein Verfechter der stillschweigenden Bedingung,¹⁵: *Dans les contrats synallagmatiques ... on met souvent pour condition résolutoire de l'obligation que contracte l'un des contractants l'inexécution des engagements de l'autre ...*

¹¹ BOYER, a. O., S 379.

¹² GROTIUS, De Iure Belli ac Pacis, I.3, c.19, § 14.

¹³ GROTIUS, eod.l.: Nam unius eiusdemque contractus capita singula alia aliis inesse videntur per modum conditionis, quasi expressum esset, haec ita faciam si alter faciat quae promisit.

¹⁴ DOMAT. Lois civiles, Des engagements, I.1, sec.6, n.2: L'inexécution des conventions de la part d'un des contractants peut donner lieu à la résolution, soit qu'il ne puisse ou qu'il ne veuille exécuter son engagement, encore qu'il n'y ait pas de clause résolutoire, comme si le vendeur ne délivre pas la chose vendue.

¹⁵ POTHIER, Traité des obligations, nouv.éd. 1806, n 672.

quand même on aurait pas exprimé dans la convention, l'inexécution de votre engagement comme condition résolutoire de celui que j'ai contracté envers vous, néanmoins cette inexécution peut souvent opérer le résiliement du marché et conséquemment l'extinction de mon obligation.

Die Lehre von der auflösenden Bedingung findet sich hingegen bei Bourjon, der in diesem Punkt für den Code civil massgebend war¹⁶: *Cette résolution ... est fondée sur ce que c'est une condition tacite du contrat qu'il ne subsistera qu'autant que les parties exécuteront réciproquement leur engagement; c'est souveraine équité*: Ein Rücktritt ist zulässig, weil der Vertrag unter der stillschweigenden der Bedingung steht, dass die Parteien ihre gegenseitigen Verpflichtung erfüllen. So verlangt es die alles beherrschende Billigkeit.

Der Annahme einer ausdrücklichen oder stillschweigenden auflösenden Bedingung war bereits in der Formularpraktik der Notariate verbreitet. Die Rechtssprechung hatte schon vorher der vorleistenden Partei eine Art von dinglichem Rückforderungsrecht zugebilligt, das allerdings nur auf dem Klageweg durchgesetzt werden konnte¹⁷.

Geben wir der gesetzlich präsumierten Bedingung den eigentlichen Sinn zurück, so bedeutet sie nichts weniger, als das, was Grotius und, noch deutlicher, Pufendorf ausgesprochen haben: ist der Vertrag wechselseitig und im Hinblick auf eine Gegenleistung abgeschlossen, erbringt die eine Partei ihre Leistung nicht, so wird der Vertrag nicht aufgelöst – *solvitur* – sondern bricht zusammen – *abrumpitur* – so als hätte er nie bestanden. Dies ist die konsequente Folge der synallagmatischen Mechanik: *Praeterea non tam solvitur, quam abrumpitur obligatio alterius partis perfidia, adeoque quando unus non praestet, de quo convenit, neque alter tenetur id praestare, quod reciproce et intuitu praestationis alterius recepit. Cum enim qui ex pacto aliquid alteri promittit, non absolute et gratis sed intuitu eius, quod alter se praestitutum recepit, pomiserit; inde praestationes utrimque sibi invicem insunt per modum conditionis, quasi dictum foret; praestabo si tu praestiteris prius*¹⁸.

Eine derartig mechanistische Auflösung des Vertrages konnte nicht befriedigen und hätte auch entgegen der bisherigen Praxis den Gang zum Gericht unnötig gemacht. Vor allem missachtete sie die Treubindung, die *fides servanda*. Über die Verletzung dieser Treubindung durften die Parteien nicht selbst befinden, dafür war der Richter zuständig: *le contrat n'est point résolu de plein droit, la résolution doit être demandée en justice*, art. 1184 Code civil.

Der französische Richter verfügt auch heute noch über einen breiten Ermessensraum, um die Auflösung des Vertrages der Treubindung gemäss zu

¹⁶ BOURJON, Droit commun de la France, 1770, Bd.1, S. 485.

¹⁷ BOYER, a. O., S. 383; Scherner, a. O., S. 137.

¹⁸ PUFENDORF, Ius Naturae seu Gentium, I.5.c.11 § 9.

gestalten. Vorerst erlaubt ihm das Gesetz, dem Schuldner eine Notfrist zu gewähren. Dann steht es immer noch bei ihm, statt auf Auflösung des Vertrages auf Schadenersatz zu erkennen, was einer Leistungsminderung zugunsten des Gläubigers gleichkommt. Schliesslich steht auch die Möglichkeit der Vertragsauflösung mit oder ohne Schadenersatz offen. Der Richter hat dabei nicht nur das Faktum der ausbleibenden Leistung, sondern auch die Zurechnung des treuwidrigen Verhaltens zu überprüfen.

Das Urteil ist kein Feststellungs-, sondern ein Gestaltungsurteil, das den Vertrag mit konstitutiver Wirkung aufhebt, so als wäre er niemals geschlossen worden¹⁹. Der Richter kann auch auf eine Teilaufhebung erkennen oder, wie etwa bei Dauerverhältnissen, die Aufhebung nur *ex nunc* zulassen. Doch hat er den syllagmatischen Vertragsrahmen zu wahren, um die Leistungen im Gleichgewicht zu halten. Die Rückleistung braucht er nicht anzuordnen, sie ergibt sich aus dem aufgehobenen Vertragsverhältnis, das dem synallagmatischen oder bilateralen Verhältnis korrespondieren muss²⁰.

Wollen die Parteien den umständlichen Weg über die judizielle Auflösung vermeiden, müssen sie hierfür eine eigene Bedingungsklausel vorsehen. Dies ist zulässig, im Handelskauf sogar üblich, denn die judizielle Auflösung gehört dem dispositiven Recht an.

3.2. Der Vertragsrücktritt durch Erklärung. Die Aufhebung des Vertrages mit Wirkung *ex tunc* nach der pandektistischen Lehre

Die Vorgeschichte des Vertragsrücktritts § 326 BGB und die weiteren Verweise auf §§ 346 BGBff zeigen, wie schwer es dem Pandektenrecht fiel, ein Rücktrittsrecht systemgerecht in das Gesetzbuch aufzunehmen. Das Bedürfnis nach einem vertraglichen Rücktrittsrecht hatte sich vorerst nur im Handelsgesetzbuch und im Dresdener Entwurf durchgesetzt²¹.

Von vornherein stand fest, dass der Rücktritt vom Vertrag in der Eigenverantwortung der Parteien stehe und eine richterliche Auflösung nicht erforderlich sei. Doch die *in complexu* rezipierten römischen Quellen, die für das Pandektenrecht noch ein Stück positiven Rechts darstellten, enthalten keine allgemeine Regel dieses Inhalts. Die gesetzgebende Kommission war sich des-

¹⁹ MAZEAUD, Obligations, tome II, vol. I, 8^{ème} éd. xxxx, n.1101: La résolution ... opère rétroactivement, remplaçant les contractants dans la situation dans laquelle ils se trouvaient avant le contrat. Les obligations non exécutées s'éteignent, celles dont l'exécution a été accomplie donnent lieu à répétition. GHESTIN, La résolution pour inexécution (en droit français), in Il contratto inadempito, Atti Aristec, S. 130.

²⁰ GHESTIN, a. O., S. 110 ff, 129 ss.

²¹ Dazu vor allem LESER, Der Rücktritt vom Vertrag, 1975, S. 10.

sen bewusst und hielt im Protokoll ausdrücklich fest²²: « Wäre wirklich ein kurzes und allgültiges Prinzip so leicht zu finden, so würden wohl die klassischen römischen Juristen uns ein solches und nicht bloss Beispiele gegeben haben ».

Die naturrechtliche Lösung des Code civil fand kein Gehör, eine richterliche Auflösung des Vertrages wurde nicht erörtert. Hingegen traten nun die römische *lex commissoria* und die *actio redhibitoria* ins Blickfeld. Aus den regelartigen Aussagen in Paulus D 21, 1, 60: *Facta redhibitione omnia in integrum restituntur perinde ac si neque emptio neque venditio intercessit* und in Ulpianus D 21, 1, 23, 1: *uterque resoluta emptione nihil amplius consequatur quam haberet si venditio facta non esset*, entstand die Formel, dass in Ansehung der obligatorischen Rechtsbeziehungen unter den Parteien der Vertrag rückwärts als nicht geschlossen gelten solle²³. Sie sollte für die dogmatische Lösung den tragenden Grundsatz bilden.

Die *lex commissoria* und die *actio redhibitoria* wurden in der gesetzliche Regelung zu einem allgemeinen vertraglichen Rücktrittsrecht zusammengelegt. Die Sachrückleistung und ihre Risiken unterstellte man den Grundsätzen der Wandelung, den Rücktritt und seine Wirkungen lehnte man an die *lex commissoria* und an das damit verbundene nebenvertragliche *pactum* an. Für den Rücktritt galten die Regeln der auflösenden Bedingung, so wie sie das Pandektenrecht verstand. Der Vertrag sollte dahinfallen, rückwirkend, mit der Konsequenz, dass ein vertragsloser Zustand eintrat²⁴.

Dieser vertraglose Zustand befreite die Vertragsparteien von ihren Verpflichtungen und öffnete den Weg zur *restitutio in integrum*, zur Wiederherstellung des vorigen Zustandes. Unsicherheit bestand nur darüber, ob die obligatorische Rückleistung als *redhibitio* oder *condictio indebiti* zu bestimmen sei. Schliesslich wurde der Rücktritt als ein Unterfall der ungerechtfertigten Bereicherung behandelt, um die bereits eingetretenen Vermögensverschiebungen rückgängig zu machen²⁵.

Der erste Entwurf war darauf ausgerichtet, die Folgen der resolutiven Bedingung (ipso iure-Rückfall, dingliche Wirkung) abzuschwächen; daher wurde dem Rücktritt – in Anlehnung an die Wandelung – nur eine indirekte Wirkung auf den Vertrag zugemessen. Die zweite Kommission war hingegen mehrheitlich der Meinung, dass der Rücktritt den Vertrag kausal aufhebe. So

²² Protokolle der Kommission zur Beratung eines ADHGB (J.Lutz), 18589-1867, Teil II, S. 595.

²³ LESER, a. O., S. 31.

²⁴ LESER, a. O., S. 37. S. 167. Die Theorie der Wirkung ex tunc geht vor allem auf Örtmann zurück, Die Bedeutung der Rücktrittserklärung, in Seuffert, Bl. 69 (1904) S. 65.

²⁵ LESER, a. O., S. 154, S. 89, S. 292 « Einer der Hauptgründe für die Unsicherheit in der Handhabung des Rücktritts liegt in dem unklaren Charakter der Rückabwicklungsansprüche, die zwischen einer Anlehnung an die Ansprüche aus einem normalen Austauschvertrag, einer Anlehnung an die Bereicherungsansprüche, an die Vindikationsansprüche schwanken. Es geht zurück auf die Verschmelzung heterogener Elemente zu einer neuen Institution, die nicht ganze zu Ende gebracht wurde »

entschied man sich vorsichtshalber für eine offene Lösung, indem man die unbestimmte Umschreibung wählte, die empfangenen Leistung seien einander zurückzugewähren²⁶.

In dieser Diskussion tritt ein typischer Charakterzug des Pandektenrechtes hervor: Seit Savigny verstanden die Pandektisten den Vertrag als ein Rechtsverhältnis, das die Parteien souverän, unter Ausschluss des Richters, nach ihrem eigenen Willen gestalten dürfen. Leidet der Vertragskonsens an einem wesentlichen Mangel, kann der Vertrag von derjenigen Partei, deren Konsenswille mangelhaft ist, angefochten und mit rückwirkender Wirkung beseitigt werden.

Eine nachträgliche Auflösung des Vertrages, der nicht auf einem Willensmangel, sondern einem Willenswandel beruht, war im römischen und romanistischen Recht nicht zulässig. Um einen Ausweg zu finden, musste die Möglichkeit, unter den besonderen Voraussetzungen nachträglich den Rücktritt zu erklären, schon in den Abschlusswillen verlegt werden. Diese Schwierigkeit löste man mit dem Rückgriff auf die *lex commissoria*, indem man das dort vorgesehene Auflösungspactum, als Nebenvertrag stillschweigend schon in den Konsens bei Abschluss des Vertrages einbezog: der Vertrag sollte dahinfallen, wenn der Schuldner, in Verzug gesetzt, die Leistung aus zurechenbaren Gründen nicht erbringen konnte.

Nach dieser Lehre bildet die auflösende Bedingung einen wesentlichen und untrennbaren Bestandteil der Willenserklärung²⁷ und gehört damit zum gesetzlichen Inhalt des Vertrages. Als Potestativbedingung wird sie mit der Erklärung der berechtigten Partei wirksam und, weil sie Teil des Vertragskonsenses ist, wirkt sie auf den Zeitpunkt des Vertragsabschluss zurück.

Die Konstruktion ist konsequent, die Lehre hat mit Umsicht das romanistische Material zu einer allgemeinen Regel umgebildet. Die Frage ist nur, ob sie noch zu überzeugen vermag. Die Kritik liess nicht auf sich warten und die deutsche Dogmatik, an Konstruktionen und Theorien nie verlegen, hat sich mit dieser Lösung nicht abfinden wollen.

Die kritische Punkt lag weniger in der begrifflichen Fassung als in der Fixierung auf die Formel, « in Ansehung der obligatorischen Rechtsbeziehungen unter den Parteien soll der Vertrag rückwärts als nicht geschlossen gelten ». Die heutige Lehre hat sich von dieser Auffassung distanziert. Der Vertrag ist in erster Linie ein Akt der Kommunikation und des Leistungsaustausches. Begründung und Abwicklung unterstehen dem Vertrauensschutz und der vertraglichen Loyalität. Das vertragliche Vertrauen aufgrund der *bona fides* haben zu

²⁶ WUNNER, Die Rechtsnatur der Rückgewährpflichten bei Rücktritt und auflösender Bedingung mit Rückwirkungsklausel, AcP, 168, S. 431 f.

²⁷ LESER, a. O., S. 18 ff.

einem verstärkten Vertrauensschutz geführt, der sich auch in der vertraglichen Liquidation bei Vertragsrücktritt auswirkt.

3.3. Der Rücktritt vom Vertrag als Liquidationsverhältnis aufgrund vertraglichen Vertrauens

Der Zusammenhang zwischen Vertragsrücktritt und Vertrauensprinzip bedarf einer Erläuterung. Dass die Vertragsbegründung und die Vertragsaufhebung demselben Grundsatz unterstellt werden müssen, ergibt sich aus der Symmetrie der Vertrauensbindung. Nach dem Vertrauensprinzip gilt, dass ein Vertrag schon dann zustande kommt, wenn der Willenskonsens dem entspricht, was nach Treu und Glauben der übereinstimmenden Erklärung entnommen werden durfte.

Dem Vertrauenskonsens eignet normative Kraft. Er verleiht dem Vertrag Geltung, auch wenn nur eine der beiden Parteien sich darauf beruft. Das Vertrauensprinzip schützt diejenige Partei, die sich auf den normativen Sinn der Erklärung stützt, weil sie auf ihn in guten Treuen vertraut hat.

Was für den Vertragsabschluss gilt, gilt *mutatis mutandis* auch für die Vertragsumwandlung in ein Liquidationsverhältnis. Das synallagmatische Verhältnis ist seiner Natur nach auf Reziprozität angelegt. Das im Vertragsabschluss erweckte Vertrauen erstreckt sich auf den ganzen Vertrag, auch auf den Leistungsvollzug. Macht die leistende Partei geltend, dass sie auf das reziproke Leistungsverhältnis vertraut hat, und verlangt sie die Rückleistung, um den Vertrag zu beenden, so kann der nicht leistende Partner dagegen nichts einwenden. Die Beendigung des Vertragsverhältnisses wird ihm auferlegt, weil das Vertrauen desjenigen Vertragspartners, der zur Leistung bereit ist oder schon geleistet hat, zu schützen ist. Dieses umfasst sowohl das *dare* und als auch das *restituere* der vertraglichen Leistung.

Das vertragliche gegenseitige Leistungsverhältnis wandelt sich in ein gegenseitiges Rückleistungsverhältnis, das den Vertrag nicht aufhebt, sondern den Richtungssinn des Synallagmas umdreht: die eine Partei wird von ihrer Verpflichtung frei, die andere muss das Erhaltene zurückleisten. Dasselbe Vertrauen, das den Vertrag begründet, begründet auch die Vertragsliquidation, denn der gemeinsame Wille, den reziproken Vertrag einzugehen, trägt auch das vertragliches Rückleistungsverhältnis oder nach der neuen Terminologie: das vertragliche Liquidationsverhältnis.

Für dieses Liquidationsverhältnis braucht es keinen neuen Vertragskonsens, denn wer einen Vertrag eingeht, im Vertrauen auf den Austausch der Leistungen, darf auch darauf vertrauen, dass er seine Leistung zurück erhält, falls der Empfänger seine Gegenleistung nicht erbringen kann. Das ist der volle Sinn des synallagmatischen *do ut des*. Rückleistung bedeutet Rücktritt vom Ver-

trag mit der Verpflichtung der beiden Parteien mittels einer *in integrum restitutio* den Vertrag zu liquidieren und den unversehrten Zustand herzustellen, wie er ohne das Vertragsverhältnis bestehen würde. Dazu bedarf es lediglich der Feststellung, dass der Schuldner nicht leistet, und der Erklärung des Gläubigers, aufgrund des enttäuschten Vertrauens den Vertrag beenden zu wollen. Fällt die Leistung der einen Partei aus, aus Gründen, die sie zu vertreten hat, so ist es der anderen erlaubt, den Rücktritt zu erklären. Die nicht leistende Partei darf hierzu die Zustimmung nicht verweigern, weil das Vertrauensprinzip dies gar nicht zulässt. Die Rücktrittsmöglichkeit ist integraler Teil des Vertrauenskonsenses, mit dem der Vertrag zustande kommt.

In dieser vom Vertragsvertrauen ausgehenden Sicht erscheint eine judizielle Aufhebung des Vertrages unnötig. Für eine richterliche Aufhebung des Vertrages besteht kein Bedürfnis. Die beiden Parteien sind in dem zu schützen, was sie im Vertrag begründet haben: im Leistungsaustausch, der auch die Rückleistung einschliesst. Das Rückabwicklungsverhältnis ist daher von gleicher vertraglicher Natur.

Unnötig ist die Krücke einer von Gesetzes wegen präsumierten auflösenden Bedingung, mit der das Vertragsverhältnis unnötig belastet wird. Dass das funktionale Synallagma eines Austauschvertrages das Hin und Her des *do ut des* der Leistung in sich schliesst, hat schon Grotius als eine rechtliche Wesensbedingung, als *conditio*, bezeichnet.

Unangemessen ist es aber auch eine rückwirkende Auflösung des Vertrages analog zur Anfechtungswirkung nach § 142 I BGB²⁸. Der Rücktritt bei mangelnder Leistung ist keine Vertragsvernichtung. Der Zurücktretende macht nur geltend, zu was ihn der gemeinsamen Konsens berechtigt: bei Ausfall der Leistung den Vertragsinn umzukehren und das vertragliche Leistungs- in ein postvertragliches Rückleistungsverhältnis umzugestalten. Dagegen kann die Gegenpartei nicht einwenden, der Vertrauensschutz liesse dies nicht zu.

Das auf das gegenseitige Vertrauen ausgerichtete vertragliche Liquidationsverhältnis erlaubt die konsequente Lösung einer ganzen Reihe von Problemen. Vor allem kommt sie ohne die Fiktion einer *ex tunc* wirkenden Vertragsaufhebung aus und schafft eine Basis, um Schadenersatz und Rückerstattung nach den gleichen Grundsätzen zu behandeln. Das vertragliche Liquidationsverhältnis zeigt hier klare Vorteile. Grundsätzlich sind die Parteien verpflichtet, alles zurückzuerstatten, in Natur oder wertmässig, was sie aus dem Vertrag erlangt haben: dies ist der volle Sinn der Rückgewähr. Das vertragliche Rückleistungsverhältnis schaltet sowohl die Kondiktions- als auch allfällige Vindikationsansprüche aus. Für Schadenersatzansprüche besteht nun eine vertragliche Grundlage: die Rückleistung erfasst den vollen Wertausgleich von Nutzen,

²⁸ WUNNER, a. O., S. 445.

Gewinn, Kosten und Verlusten, die bereits entstanden sind. Für sie gelten selbstverständlich die vertraglichen Verjährungsfristen.

Vertragsgerechter wirkt sich die vertragliche Liquidation auf den zufälligen Untergang der geleisteten Sache aus. Der zufällige Untergang ist vom Empfänger der Sache zu tragen – *casum sentit dominus* –, auf einen zufälligen Untergang kann er sich nicht berufen, weil die Verpflichtung zur wertmässigen Rückleistung des Empfangenen, auf die es im Liquidationsverhältnis allein ankommt, davon nicht berührt wird.

Die Berufung auf den Wegfall der Bereicherung ist nicht zulässig, weil sich der Anspruch auf die empfangene Leistung richtet, die wenn nicht in Natur dann eben in Geld zurückgeleistet werden muss.

Ebenso ergibt sich die Verpflichtung, die Sache Zug um Zug zurückzuleisten, ganz von selbst, denn die Hin- und Rückleistung sind naturgemäss aufeinander bezogen. Auf die für die Leistung bestellten Sicherheiten kann der Gläubiger allerdings nicht mehr zurückgreifen, weil diese die Leistung sichern, nicht aber den Rücktritt, noch die Rückabwicklung, die lediglich zur Wiederherstellung der Situation quo ante führen²⁹.

3.4. Die Anfechtung des Vertrages wegen Willensmängel als Liquidationsverhältnis

«In der Lehre wird zudem mit guten Gründen die Auffassung vertreten, nicht nur im Falle des verzugsbedingten Rücktritts vom Vertrag, sondern auch bei dessen Unverbindlichkeit wegen Willensmängel sei von einem vertraglichen Rückabwicklungsverhältnis auszugehen, welches auf dem ursprünglichen formalen Konsens gründe» meint das Bundesgericht in BGE 129 III 328 und in der Tat wäre dieser Lösung den Vorzug zu gebe.

Das Bundesgericht verweist auf die Ausführungen im Berner Kommentar zu Art. 31 OR³⁰, deren wichtigste Passage hier angefügt sei: Die Bedenken, die man gegen die Gleichsetzung von Vertragsrücktritt und Anfechtung wegen Willensmängel hegt, betreffen den Umstand, dass die Willensmängel schon bei Vertragsabschluss entstehen, während der Rücktritt vom Vertrag erst bei Leistungsstörungen erfolgt. Man neigt dazu, im Willensmangel ein Hindernis der Vertragsentstehung zu sehen, der, wenn er geltend gemacht wird, die Wirkungslosigkeit des Vertrages *ex tunc* offen legt. Doch ist diese Vorstellung

²⁹ Diese neue Konzeption hat sich in der deutschen und schweizerischen Lehre und Rechtsprechung überwiegend durchgesetzt. Hierfür die eindrückliche Entscheidung des Schweizerischen Bundesgerichtes, BGE 114 II 157 ss. Jetzt erneut BGE 129 III 320 ff.

³⁰ BeK/SCHMIDLIN zu Art. 31, NN 16 ff, NN 56 ff und N 97. Zu diesem Problem siehe die Abhandlung: Le sort du contrat résolu ou annulé: l'effet ex tunc ou la restitution postcontractuel, in diesem Band.

falsch. Auch die Anfechtung wegen Willensmangels setzt einen gültig geschlossenen Vertrag voraus, der für beide Parteien gilt, sofern die eine auf ihn wirklich vertraut hat und die andere ihn aus Vertrauensgründen annehmen muss.

Berufung auf Willensmängel und Rücktritt vom Vertrag beruhen auf einem Gestaltungsrecht, das zwar unterschiedlich Gründe hat, aber von gleicher Art ist und gleichartige Folgen auslöst: einseitige Berufung mit Vertragsaufhebung *ex tunc*. Ob diese auf einen Willensmangel oder auf eine Leistungsstörung zurückgeht, ist für die daraus entstehende Interessenlage ohne Bedeutung. Von Bedeutung aber ist, dass der geschlossene Vertrag vertragskonform aufgelöst wird – mit Wirkung *ex tunc* und daher nicht in beziehungslose Vindikations- und Kondiktionsansprüche zerfällt.

XII. Le sort du contrat résolu ou annulé: l'effet *ex tunc* ou la restitution post-contractuelle

1. La résolution et l'invalidation du contrat selon le même principe : *in integrum restitutio*
2. L'*in integrum restitutio* judiciaire du droit romain
3. La nullité du contrat selon le Code civil français et l'ABGB autrichien, et l'annulation du contrat selon le BGB allemand et le Code des obligations suisse
 - 3.1. La nullité de plein droit et la nullité relative selon le Code civil français et l'ABGB autrichien.
 - 3.2. La nullité relative selon le BGB allemand et le Code des obligations suisse
4. La restitution *ex tunc*: une création doctrinale
5. Le rapport de liquidation post-contractuel : une nouvelle conception

1. La résolution et l'invalidation du contrat selon le même principe : *in integrum restitutio*

Dans le droit contractuel, la figure de la rétroactivité *ex tunc* a pris place à deux endroits : dans la résolution du contrat pour cause d'inexécution ou de mauvaise exécution et dans l'invalidation du contrat pour vice de volonté. Dans les deux cas, la dissolution du contrat renvoie les parties à la case départ. L'effet rétroactif *ex tunc* paraît être une conséquence nécessaire de l'annulation. Touché par une baguette magique, le contrat s'envole, entraînant aussi les conséquences contractuelles dans le néant. Ne survit alors que l'obligation de répéter les prestations faites aux conditions de la répétition de l'indu ou de la revendication.

Dans le cas de la résolution du contrat selon l'art. 107 du Code des obligations suisse (CO), la règle de l'annulation avec effet rétroactif *ex tunc* est de plus en plus remise en question. Si elle est encore défendue dans les manuels traditionnels¹, elle se voit pourtant concurrencée par une nouvelle conception du contrat lui préférant une solution plus douce : au lieu de casser le contrat *ex tunc*, on le transforme en un rapport de liquidation post-contractuel. Le devoir initial de prestation devient un devoir de restitution, l'obligation contractuelle d'exécution se transforme en l'obligation de rétablir l'état antérieur au contrat par le retour des prestations, soit en nature, soit, au moins, en contre-valeur pécuniaire. On évite ainsi les difficultés auxquelles les actions en revendication et celles de la répétition de l'indu sont confrontées. Les avantages de cette nou-

¹ V. TUHR/ESCHER, OR-AT II., p.155 ss; v. BÜREN, OR-AT, p.380; ENGEL, Traité des obligations, p.494 s.; GUHL/MERZ/KOLLER, OR, p. 209, 240; ZÜK/OSER/SCHÖNENBERGER, CO art. 109, n° 2; BeK/BECKER, CO art. 109, n° 1 ss; ATF 61 II 255 ss.

velle doctrine sont aujourd'hui reconnus². Dans ATF 114 II 152 ss et ATF 129 II 326 s., le Tribunal fédéral s'est également prononcé en faveur d'un rapport post-contractuel de liquidation³.

Il est permis dès lors de se demander s'il ne serait pas plus approprié de considérer l'annulation pour vice de volonté comme une transformation en un rapport de liquidation et de renoncer là aussi à la fiction de l'effet rétroactif *ex tunc*. Jusqu'à présent, cette question n'a été posée qu'avec hésitation et la réponse était en général négative. Elle est incompatible avec la théorie de l'inefficacité originaire unilatérale qui s'est infiltrée, par accident, lors de la révision de 1911 dans la doctrine suisse tout en restant d'ailleurs contestée. Aujourd'hui, l'art. 1 CO est unanimement soumis au principe de confiance qui oblige à considérer un contrat comme valable même s'il est entaché d'un vice de volonté jusqu'à ce que la partie concernée fasse valoir son droit formateur d'annuler le contrat. Cela signifie nécessairement que le contrat est valable jusqu'au moment où la partie victime d'un vice de volonté décide de l'annuler.

Dans cette perspective, l'annulation pour vice de volonté et la résolution du contrat se rapprochent sensiblement. Si la première concerne un contrat mal formé lors de sa conclusion, tandis que la seconde s'applique à une prestation inaccomplie ou mal accomplie, les deux produisent pourtant le même effet: la dissolution d'un contrat qui existe. Seul un contrat valable peut être annulé en vertu de l'art. 31 CO; de même, seul un contrat efficace peut être résolu en vertu de l'art. 107 CO. Ainsi, pour les deux cas, se pose la même question: l'annulation et la résolution du contrat contraignent-elles à effacer la base contractuelle *ex tunc*, ou serait-il plus approprié de transformer les devoirs d'exécuter en un rapport de liquidation?⁴

Un regard sur l'histoire du droit européen contractuel montre qu'une telle conception n'est pas nouvelle.

² Du point de vue comparatiste, LESER, *Der Rücktritt vom Vertrag*, Tübingen 1975; en outre BUCHER, OR-AT, p. 378; GAUCH/SCHLUEP, OR-AT I, n° 1570 ss; GAUCH, in: *recht*, 1989, p. 124 s.; SCHENKER, *Die Voraussetzungen und Folgen des Schuldnerverzugs im schweizerischen Obligationenrecht*, Diss. Fribourg 1998, p. 260 ss; SUTER, *Rechtsnatur und Rechtsfolgen des Vertragsrücktritts*, Diss. Zurich 1992, p. 88 ss; GLASL, *Die Rückabwicklung im Obligationenrecht*, Diss. Zurich 1992, p. 32 ss.

³ ATF 114 II 152 ss, 157: *Die neuere Lehre [...] ist auch sachlich gerechtfertigt, weil sie ohne Fiktion einer Rückwirkung auskommt und die Auseinandersetzung zwischen den Vertragsschliessenden erleichtert, ihnen insbesondere die Möglichkeit verschafft, den Schadenersatz und Rückerstattungsanspruch nach den gleichen Grundsätzen zu behandeln.*

⁴ Voir à ce sujet mon exposé dans le *Berner Kommentar*, n° 14-66 sur l'art. 31 CO, que j'ai inséré sous le titre *Dogmengeschichte zur Anfechtungswirkung ex tunc und zur in integrum restitutio*.

2. *L'in integrum restitutio* judiciaire du droit romain

L'institution clé qui traduit le mieux l'idée directrice du rapport de restitution entre les parties après annulation pour vice de volonté se trouve dans l'Edit du préteur : *in integrum restitutio*, le principe du rétablissement de l'état intègre (et non pas antérieur). Le préteur avait en effet promis en cas de dol ou de crainte fondée une voie de retour par une forme judiciaire de restitution. Il accordait l'*actio quod metus causa* et l'*actio doli* et les pourvoyait d'une clause arbitrale. Cette clause permettait au défendeur d'éviter une condamnation, à condition qu'il restituât de plein gré à son adversaire tout ce qu'il avait obtenu par le contrat conclu sous dol ou sous crainte fondée⁵. S'il refusait indûment cette restitution, il risquait d'être condamné. Cette condamnation pénale avait des conséquences graves pour le condamné qui était contraint de payer une forte amende allant du simple au quadruple en faveur de la victime et de subir la censure d'*ignominiosus* qui l'expulsait du rang des citoyens honnêtes. Le sens de cette action n'était pas de revenir à l'état antérieur par une annulation brutale du contrat *ex tunc*, mais de rétablir sur la base de la *restitutio in integrum* l'état intègre par le retour des prestations échangées, par le paiement des dommages et intérêts et même, dans certains cas, par la reconstitution des actions perdues.

Restitutio in integrum signifie donc restitution de ce qui a été reçu et annulation de tous les droits et créances issus d'une affaire dolosive ou conclue sous la menace. La solution ingénieuse et simple du préteur profitait de la structure particulière du droit romain distinguant entre le *ius civile* inviolable et le droit prétorien conciliateur. Il n'était pas dans le pouvoir d'un *praetor* ni d'un autre magistrat d'annuler rétroactivement un contrat fondé sur le droit civil. Le droit civil ne se laissait pas réduire à néant par une intervention prétorienne. Pour contourner l'impasse, le préteur mettait l'auteur du dol ou de la menace devant l'alternative d'être condamné à une amende pénale avec une note d'infamie ou de rétablir l'état intègre. A cet effet, le préteur insérait dans la formule de l'action la clause *neque ea res arbitrio iudicis restituetur*. Le contrôle de la restitution par le juge-arbitre permettait de fixer le montant de la restitution en argent lorsqu'une prestation en nature n'était plus possible. Ainsi, ce procédé ingénieux de la *restitutio in integrum* offrait une garantie suffisante pour le retour au statut *quo ante*⁶.

⁵ Voir KASER, Zur in integrum restitutio, im besonderen wegen metus und dolus, SZ 94, 1977, p. 116; KUPISCH, In integrum restitutio und vindictio utilis bei Eigentumsübertragungen im klassischen römischen Recht, Berlin 1974, p. 123 ss; HARTKAMP, Der Zwang im römischen Privatrecht, Amsterdam 1971, p. 192 ss; ZIMMERMANN, The Law of Obligations, Cape Town 1990, p. 656 s.; KASER/HACKE, Das römische Zivilprozessrecht, Munich 1966, p. 431 ss; HONSEL/MAYER-MALY/SELB, Römisches Recht, 4^e éd., Berlin 1987, p. 554.

⁶ KUPISCH, l.c., p. 227 ss; KASER, SZ 94, 1977, p. 110, 116; ZIMMERMANN, l.c., p. 656.

Pour la crainte fondée, le prêteur prévoyait de surcroît une *actio in rem*, qui était dirigée contre tout tiers profitant de la prestation même si celui-ci n'était pas impliqué dans l'acte illicite (Ulpianus D. 4,2,9,8: *Cum autem haec actio in rem sit scripta nec personam vim facientis coerceat, sed adversus omnes restitui velit quod metus causa factum est.*).

On comprend aisément que l'obligation de restituer insérée dans la formule de l'action était de nature obligataire et que l'effet quasi réel de cette action n'était qu'une exception au cas où elle concernerait des tiers. Il est significatif que l'objet de la prestation effectuée ou à effectuer en vertu du contrat conclu sous la menace était toujours considéré comme élément du patrimoine du demandeur auquel il devait être restitué bien que, d'un strict point de vue (civil), il appartint au cocontractant (Modestinus, D. 41,1,52: *Rem in bonis nostris habere intellegimur, quotiens possidentes exceptionem aut amittentes ad recipendam eam actionem habemus*⁷).

Ce qui valait en cas de dol ou de menace ne valait pas en cas d'erreur essentielle. La *restitutio in integrum* en était exclue. En effet, l'erreur essentielle n'était pas perçue comme un simple vice de volonté mais comme un obstacle empêchant la genèse du consentement: *errantis voluntas nulla*⁸. Si des prestations avaient déjà été fournies, elles l'avaient été sans cause et, de ce fait, la *vindicatio* ou la *condictio* pouvaient être exercées avec succès. L'absence de distinction entre le consentement contractuel et les vices de volonté s'avéra fatale. Elle fermait l'accès à une appréciation autonome du sens normatif du contrat et empêchait les juristes romains de lui conférer, malgré l'erreur, une validité sur la base du principe de confiance. La voie vers un rapport post-contractuel de restitution au sens de l'*in integrum restitutio* était barrée, et pour longtemps, puisque le droit commun et le droit jusnaturaliste consolidèrent encore la conception des jurisconsultes romains.

3. La nullité du contrat selon le Code civil français et l'ABGB autrichien, et l'annulation du contrat selon le BGB allemand et le Code des obligations suisse

3.1. La nullité de plein droit et la nullité relative selon le Code civil français et l'ABGB autrichien

En droit commun, et avant tout dans l'*Usus modernus Pandectarum*, l'abolition du système romain des actions et des moyens procéduraux menaçait la survi-

⁷ Voir KUPISCH, l.c., p. 224.

⁸ A ce sujet voir ci-dessus Bek/SCHMIDLIN, *Remarques préliminaires*, CO art. 23-27, n° 9 s.

vance de l'*in integrum restitutio*. La différenciation entre la validité d'un contrat selon le droit civil et son invalidation sur la base du droit prétorien n'était en particulier pas au goût du rationalisme juridique de l'Ecole du droit naturel. Pour les jusnaturalistes, la validité ou la nullité du contrat devait dépendre uniquement du maintien du consentement et de la libre formation de la volonté. Le consentement constituait l'élément essentiel de chaque contrat ; par conséquent, un contrat dont la conclusion manquait de consentement était nul. Pour en résoudre les conséquences, les jusnaturalistes s'étaient ralliés aux juristes-canonistes qui avaient développé la doctrine du consensualisme, avant tout en droit du mariage, en remplaçant l'*in integrum restitutio* par l'action en nullité civile, la *querela nullitatis*. Un mariage manquant de consentement était nul de plein droit, toutefois l'apparence d'un droit et le *favor negotii* exigeaient que cette nullité soit prononcée par le juge. Puisque l'exercice de cette action était réservé à la partie ayant causé l'acte nul, la nullité acquérait un caractère relatif⁹. La question ultérieure de savoir s'il suffisait au juge de constater que l'acte était nul de plein droit ou s'il devait le rendre nul par son jugement restait en suspens.

Cette incertitude ne permettait pas de résoudre le problème délicat de la délimitation des effets d'un contrat fondé sur une volonté viciée ou une volonté nulle. Les trois principes romains *errantis voluntas nulla, tamen coactus volui et nihil consensui tam contrarium est ... quam vis atque metus* ne se conformaient pas à la conception abstraite du droit naturel et exigeaient une application différenciée de la nullité¹⁰. Voici la raison pour laquelle on ne renonça pas à confier au juge lui-même la tâche de prononcer la nullité du contrat, comme le droit canon l'avait fait pour l'action en nullité du mariage et le droit romain pour la gestion de l'*in integrum restitutio*. Malgré l'adhérence au principe d'une nullité de plein droit en cas de vice de volonté, on ne donnait l'action en justice qu'à la partie victime d'un consentement vicié ou nul, créant ainsi une nullité relative et laissant une marge considérable d'appréciation au juge concernant les effets de la nullité de plein droit ou de l'annulabilité.

Cette marge de manœuvre se reflète encore dans l'art. 1117 du Code civil français : *La convention contractée par erreur, violence ou dol n'est point nulle de plein droit ; elle donne seulement lieu à une action en nullité et en rescision*. Le Code civil français mentionne deux actions particulières : l'action en nullité, qui, originellement, sanctionnait la nullité initiale d'un contrat selon les Coutumes et Ordonnances, et l'action en rescision, qui permettait de faire annuler un contrat entaché d'un vice par une lettre de rescision accordée par la Chancellerie¹¹. La

⁹ RUSCH, Drohung und arglistige Täuschung bei Verkehrsgeschäften, Diss. Zurich 1948, p. 136.

¹⁰ A ce sujet aussi ZIMMERMANN, l.c., p. 660 s.

¹¹ PLANIOL/RIPERT, Traité de droit civil français d'après la méthode de Zacchariae, 5^e éd., Paris 1942, p. 146, n. 587.

première action était ainsi exercée pour faire prononcer la nullité de plein droit reconnue par les Coutumes et appliquée là où le contrat manquait d'un élément constitutif comme d'un objet déterminé, d'une cause licite ou de la capacité de conclure un contrat (art. 1108 CC), alors que la seconde action était fondée sur les vices de volonté qui n'annulaient pas le contrat mais le rendaient vicié ou malade (art. 1110 CC). Pour ces derniers, on remontait au droit romain qui prévoyait pour le cas du dol et du *metus* la restitution *in integrum*. Cependant, puisque le droit romain n'avait pas force de loi dans les pays de Coutumes, il fallait solliciter une lettre de rescision de la Chancellerie royale qui octroyait l'action.

La doctrine française moderne continue à répartir l'action en nullité sur ces deux formes d'action tout en se rangeant à l'opinion de Windscheid¹². Fort de son esprit dogmatique, Windscheid interprétait l'action en rescision comme une action en nullité relative et l'action en nullité comme une déclaration de la nullité de plein droit. L'action en nullité (relative) et l'action en rescision, nullité de plein droit ou nullité relative *ex tunc*, conduisent ainsi, selon la doctrine actuelle, au même résultat : le contrat est finalement nul.

De toute façon, la voie par une action en justice s'avère toujours nécessaire et utile, indépendamment du fait qu'elle concerne une nullité de plein droit ou une nullité viciant le contrat, puisque dans les deux cas il faut lui enlever l'apparence de sa validité. En effet, s'il s'agit d'une nullité relative, il appartient au juge d'annuler le contrat sur la demande d'une des parties, s'il s'agit d'une nullité de plein droit, c'est encore au juge de se prononcer sur la revendication et sur la répétition de l'indu¹³. La doctrine française est restée assez vague à propos de la nature et de l'étendue de cette répétition parce qu'il n'y a pas de nécessité de la qualifier, étant donné que les parties sont tenues de restituer tout ce qu'elles ont reçu directement sur la base du jugement¹⁴.

Bien que l'ABGB ne le prévoie pas expressément, le droit autrichien exige également que l'on se prévale des vices du consentement par voie d'une action en justice¹⁵. Pourtant, le § 877 de l'ABGB autrichien se contente, en cas de consentement défectueux, d'une obligation générale de restitution, sans en préciser la nature juridique. Il faut conclure de la terminologie inspirée du droit naturel que le contrat est nul. La libre détermination de la volonté appartient

¹² PLANIOL/RIPERT, *l.c.*, p. 146, n. 587.

¹³ FERID/SONNENBERGER, *Das Französische Zivilrecht*, Heidelberg 1986, tome 1, n° 1, F, p. 941 ss; GHESTIN, *Les obligations, le contrat : Formation*, 3^e éd., Paris 1993, n° 920.

¹⁴ MAZEAUD/CHABAS, *Leçons de droit civil*, tome 2, 8^e éd., Paris 1992, p. 306. Selon JOSSEAND, *Cours de droit civil positif français*, 2^e éd., Paris 1932-1933, n° 338, l'action en rescision n'était promise que s'il existait des dommages non négligeables au patrimoine.

¹⁵ KOZIOL/WELSER, *Grundriss des bürgerlichen Rechts*, tome 1, 9^e éd., Vienne 1992, p. 132; en outre, EHRENZWEIG, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Allgemeiner Teil*, Vienne 1951, p. 234; GSCHNITZER dans *Klangkommentar IV/1*, Vienne 1968, p. 136.

aux éléments constitutifs du contrat qui, comme le précise le § 869 ABGB, doit être déclaré d'une manière libre, sérieuse et compréhensible – *frei, ernstlich bestimmt und verständlich*. Si ces conditions ne sont pas réunies, aucun contrat ne peut en naître – *so entsteht kein Vertrag*.

Toutefois, depuis Joseph Unger, porte-parole du droit pandectiste en Autriche, la doctrine s'accorde à penser que cette nullité doit être comprise au sens d'annulabilité entendu par Savigny et qu'elle entraîne l'annulation *ex tunc* du contrat¹⁶. Le jugement reconnaît la nullité du contrat et le constat de nullité justifie la restitution des prestations. Aujourd'hui on ne s'attache plus à la nécessité de faire prononcer la nullité relative par le juge. En effet, il n'est pas essentiel que la nullité relative soit prononcée dans le cadre du procès. Le jugement n'invalide pas le contrat même, mais reconnaît la cause de nullité relative dont la partie autorisée se prévaut pour la faire valoir. Somme toute, le jugement se prononce sur l'admission ou le refus du droit formateur d'invoquer la nullité relative.

3.2. La nullité relative selon le BGB allemand et le Code des obligations suisse

Il revient à Savigny d'avoir surmonté l'opposition entre nullité civile et annulation prétorienne des contrats par l'*in integrum restitutio* judiciaire en le transportant sur le niveau du droit matériel et d'avoir clairement défini la relation entre ces deux notions. Savigny distingue entre l'invalidité complète d'un acte juridique, qu'il nomme nullité, et l'invalidité incomplète, qu'il définit comme l'annulabilité du rapport de droit¹⁷. Dans le cas de l'annulabilité, l'initiative de l'invalidation appartient à la personne concernée car, comme le dit Savigny, le rapport de droit n'est annulé que si la personne autorisée à le faire le veut et agit en conséquence. Si elle s'abstient d'agir, le rapport de droit initial est maintenu. Savigny nie expressément la nécessité d'une *querela nullitatis* par voie d'action ; en principe une simple déclaration suffit¹⁸.

Les causes de l'annulabilité peuvent être simultanées ou postérieures à la naissance du rapport de droit. L'annulabilité simultanée entraîne la nullité *ex tunc* de l'acte juridique, comme c'est le cas pour chaque contrat conclu sous

¹⁶ RUSCH, l.c., p. 141 ; PFERSCHKE, Die Irrtumslehre des Oesterreichischen Privatrechts, Graz 1891, p. 139 s. ; KRAINZ/PFAFF/EHRENZWEIG, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, 5^e éd., Vienne 1913, tome I, p. 266 ; UNGER, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Leipzig 1859, tome 2, p. 153.

¹⁷ SAVIGNY, System des heutigen Römischen Rechts, Berlin 1840, tome 4, p. 536 ss.

¹⁸ SAVIGNY, l.c., tome 4, p. 540 ss ; différemment HARDER, Die historische Entwicklung der Anfechtbarkeit von Willenserklärungen, AcP 173, 1973, p. 213.

l'emprise de la contrainte ou du dol, tandis que l'invalidité postérieure conduit, elle, à l'annulation *ex tunc*.

Savigny ne s'exprime cependant pas encore avec autant de clarté. Seul Windscheid réussit à définir le rapport précis entre annulation et nullité. Il soutient que l'acte juridique vicié et annulable produit, certes, l'effet juridique voulu, mais qu'il n'en est pas moins entravé dans son efficacité qu'un acte nul. Seulement, cette entrave reste sous-jacente aussi longtemps qu'elle n'est pas rendue effective par l'acte d'annulation. L'annulation n'est pas la raison de la nullité, celle-ci est fondée sur l'entrave déjà existante, de telle sorte qu'il suffit que l'annulation la dévoile. Ce voile enlevé, la nullité prend le devant, mais, puisque la cause de cette nullité existait déjà, cachée et sous-jacente, elle apparaît maintenant comme nullité *ex tunc*¹⁹. Dévoiler la nullité *ex tunc* est un droit formateur réservé à celui auquel la loi l'accorde. La loi ne le donne qu'à la victime d'un vice de volonté en tant que droit d'annulation relatif, tandis que le manque de consentement est la cause d'une nullité de plein droit invocable par les deux parties.

L'apport conceptuel de Windscheid est considérable. Il a anticipé la solution du § 142 BGB, selon laquelle le rapport de droit, une fois annulé, doit être considéré comme initialement nul. Dans les travaux préparatoires du BGB se trouve l'explication suivante :

Unter Anfechtbarkeit wird diejenige Ungültigkeit verstanden, kraft deren einem Rechtsgeschäfte die Gültigkeit nicht sofort, sondern erst dann – dann aber auch rückwärts – entzogen wird, wenn eine darauf bezügliche Willenserklärung von dem hierzu Berechtigten abgegeben wird. Das anfechtbare Rechtsgeschäft steht unter einer auflösenden Gesetzesbedingung, deren Eintritt besonderer Bestimmung zufolge rückwirkende Kraft hat. Solange es nicht angefochten ist, besteht das Rechtsgeschäft. Erfolgt die Anfechtung, so wird das Rechtsgeschäft hinsichtlich der gewollten rechtlichen Wirkungen so angesehen, als ob es nicht vorgenommen worden wäre.²⁰

Cette explication met en évidence la structure de la rétroactivité de l'annulation *ex tunc*; l'acte juridique est valable mais reste soumis à la condition potestative légale de l'annulation. Si l'annulation est exercée, ses effets se reportent au moment où l'acte a été frappé par le défaut et au moyen d'une fiction légale, il est considéré comme n'ayant jamais existé.

Le Code des obligations suisse suit également cette conception. Les premiers projets (P1 à P3) consacrent les règles de l'annulabilité que Munzinger a transcrites mot à mot de l'art. 139 al. 1 du projet de Dresdes sur le P 1 de l'art. 86 al. 1. Ce ne sont que les propositions de modifications de F. v. Wyss qui ont conduit à la conception bien connue donnant au droit suisse une solution

¹⁹ WINDSCHEID, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9^e éd. de Th. Kipp, tome I, Frankfurt a.M. 1906, p. 423 ss, en particulier p. 426 ss.

²⁰ Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, éd. Mugdan, Berlin 1899, tome 1, p. 473.

particulière. F. v. Wyss essaie de fonder la nullité originaire unilatérale par une comparaison avec l'acte juridique boiteux (*negotium claudicans*) d'un incapable dont parlait déjà Savigny. Mais cette analogie ne peut convaincre ; le manque de discernement est une incapacité subjective de la personne même mais ne touche pas à sa capacité d'accomplir des actes juridiques qui seuls sont affectés par les vices de volonté²¹.

L'introduction de la nullité originaire unilatérale (*einseitige Unverbindlichkeit*) n'a créé qu'une nouvelle notion, juste bonne à compliquer le problème doctrinal. F. v. Wyss ne veut pas comprendre que le vice de volonté ne rend l'acte que potentiellement nul et que l'actualisation de cette possibilité appartient à l'acte d'annulation déclaré par celui qui en a le droit. L'idée de Windscheid a au moins le mérite d'être bien plus précise : ce vice de volonté est un vice « simultané » à la formation du contrat, c'est pour cela qu'il provoque l'effet *ex tunc*. F. v. Wyss interprète à tort la déclaration de ne pas vouloir maintenir le contrat dont parle l'art. 31 al. 2 CO comme une simple prise en dépôt contre la ratification qui, le délai échu, se produit *ex lege*²².

4. La restitution ex tunc : une création doctrinale

On ne peut pas nier que la figure de la nullité *ex tunc* est une création fort doctrinale. Elle est née du principe de volonté, prédominant dans le droit des Pandectes et illustré par le principe directeur de Savigny : la volonté doit être considérée comme le seul élément important et efficace, *der Wille muss als das einzig Wichtige und Wirksame gedacht werden*, par définition cette volonté est liée à sa manifestation²³. Windscheid souligne que, par conséquent, l'idée d'une volonté séparée située derrière la déclaration n'existe pas²⁴. Ainsi, la volonté qui fait défaut entraîne nécessairement l'annulation de l'existence de la déclaration de volonté. La déclaration s'épanouit, les effets, si elle en a déjà produits, disparaissent avec effet rétroactif.

Est-ce l'unique solution possible et, surtout, est-ce la bonne solution ?

La conception du contrat fut renouvelée à l'aide du principe de la confiance. S'il est vrai que l'accord – la volonté réciproque, concordante et réelle des parties – constitue toujours le modèle du contrat consensuel, il est aussi vrai que la divergence entre la déclaration et la volonté réelle d'une des parties

²¹ SAVIGNY, I.c., tome 4, p. 542.

²² V. WYSS, *Bemerkungen zum Commissionalentwurf erster Lesung eines Schweizerischen Obligationenrechts*, Berne 1877, p. 72 ; à propos de cette controverse, voir BeK/SCHMIDLIN, CO art. 23-24, n° 105 ss.

²³ SAVIGNY, I.c., tome 3, p. 258.

²⁴ WINDSCHEID, *Gesammelte Reden und Abhandlungen*, Leipzig 1904, p. 341.

ne conduit plus forcément à la nullité²⁵; tout au contraire, en vertu du principe de la confiance, les déclarations de volonté concordantes peuvent conserver leur validité. Il en est ainsi lorsque la confiance de la partie qui s'est effectivement fiée au sens qu'elle a dû et pu donner à la déclaration mérite d'être protégée selon le principe de la confiance, bien que l'autre partie se trouve en désaccord. Le contrat est alors parfait selon l'art. 1 CO parce qu'il existe des déclarations de volonté réciproques et concordantes conformément au principe de la confiance²⁶.

Les vices de volonté n'empêchent pas la formation du contrat selon l'art. 1 CO. La volonté viciée n'est prise en considération que dans les cas exceptionnels prévus par la loi aux art. 23 ss, 28 ss CO, qui permettent à la victime de déclarer vouloir se départir du contrat. La loi ne se prononce pas sur la nature de cette nullité. Le texte légal ne favorise aucune position doctrinale, mais il règle simplement les conséquences juridiques du fait de « se prévaloir des vices du consentement » sans référence à une nullité *ex tunc* rétroactive comme nous la trouvons dans le § 142 BGB allemand.

Admettons que le contrat soit valable en dépit du vice de volonté, et qu'il déploie ses effets conformément au principe de confiance, admettons, en outre, que les vices de volonté justifient le droit formateur d'annuler le contrat afin de rétablir l'état antérieur, est-il alors nécessaire de recourir à la figure artificielle d'une inefficacité originaire mais unilatéralement invocable ou à la nullité *ex tunc* par effet d'invalidation? En cas d'erreur selon les art. 23 ss CO, la loi ne décrète rien à ce propos mais déclare simplement que la partie en erreur essentielle n'est pas obligée d'exécuter le contrat et de fournir la prestation, et l'art. 31 CO permet à la victime d'un vice de volonté, erreur, dol ou crainte fondée, de déclarer ne pas maintenir le contrat et de retenir la prestation.

Nous voilà devant la question initiale, à savoir si, pour les vices de volonté, il ne serait pas préférable de remplacer l'effet *ex tunc* par un rapport de liquidation comme dans le cas de la résolution du contrat en vertu de l'art. 107 CO. N'apporterait-il pas une solution plus équitable, plus transparente et moins artificielle que la nullité *ex tunc*?

Cette question mérite bien réflexion, étant donné que la situation juridique est la même dans les deux cas : l'invalidation pour vice de volonté selon l'art. 31 CO présuppose un contrat valable aussi bien que la résolution du contrat selon l'art. 107 CO. La loi accorde dans les deux cas un droit formateur légal dont le but est le même : annuler le contrat, permettre de restituer les prestations déjà faites et rétablir la situation antérieure par le paiement des dommages et inté-

²⁵ BeK/KRAMER CO art. 1, n° 37 ss, n° 126; GAUCH, Das Menschenbild im Recht, Fribourg 1990, p. 184 s.; ID., in : Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht, Zurich 1982, p. 347 s.; ZÜK/JÄGGI CO art. 1, n° 210.

²⁶ BeK/SCHMIDLIN, *Remarques préliminaires*, CO art. 23-27, n° 187 ss.

rêts. Si, dans le cas d'inexécution ou de mauvaise exécution, on admet le retour au point de départ sur la base d'un rapport post-contractuel de liquidation, pourquoi cette voie ne serait-elle pas préférable en cas d'invalidation pour vice de volonté? Là aussi le rapport de liquidation sera la conséquence du droit formateur d'invalidation transformant l'obligation d'exécution en une obligation de restitution dans un rapport post-contractuel comparable à une *in integrum restitutio*.

Du point de vue doctrinal, cette solution présente l'avantage d'éviter la contradiction que comporte la solution d'invalidation du contrat avec effet *ex tunc*. Elle a déjà été soulevée il y a longtemps par Simonius et, après lui, par Jäggi²⁷ qui tous deux insistent sur le fait qu'il est en effet peu convaincant de conférer au contrat une validité normative conformément à l'art. 1 CO et d'effacer ensuite avec effet *ex tunc* ce consentement à cause d'un vice de volonté comme si rien n'avait jamais existé.

L'introduction d'un rapport de liquidation post-contractuel éviterait cette impasse. Le contrat ne disparaîtrait pas mais se maintiendrait en tant que rapport aux obligations renversées, les obligations d'exécuter se transformeraient en obligations de restitution. Quant à la liquidation du rapport contractuel, le contrat garderait son efficacité, comme disait déjà Gierke, juste pour révoquer ses effets déjà déployés²⁸.

Rien ne justifie le rejet *a limine* de régler l'invalidation pour vice de volonté à l'aide du rapport de liquidation admis déjà en cas de résolution du contrat. Pourquoi la considérer, de parti pris, comme inapplicable²⁹. Au fond, elle n'est ni nouvelle ni insolite. Elle peut même se prévaloir d'avoir trouvé dans l'*in integrum restitutio* du droit romain un précurseur qui la légitime. La transformation de l'*in integrum restitutio* en une nullité *ex tunc* rétroactive que l'on doit à la dogmatique pandectiste ne peut plus convaincre du moment que l'on a intégré le principe de la confiance.

Cette conception permettrait une simplification et une clarification dogmatiques notables. On aboutirait à une réglementation uniforme de la résolution du contrat soit pour inexécution ou mauvaise exécution, soit par invalidation pour vice de volonté et, en outre, on pourrait y intégrer le cas spécial de la restitution par l'action rédhibitoire. Dans tous ces cas, le contrat se transformerait en un rapport de liquidation contraignant les parties à restituer ce qu'elles ont

²⁷ SIMONIUS, Über die Bedeutung des Vertrauensprinzips in der Vertragslehre, in : Festgabe der Basler Juristischen Fakultät zum schweizerischen Juristentag, Bâle 1942, p. 274, 280 ss ; JÄGGI, Vertrauensprinzip und Gesetz, in : Festgabe für August Simonius, Bâle 1955, p. 153, 157 s.

²⁸ GIERKE, Deutsches Privatrecht, vol. 3, Leipzig 1936, p. 308 : *Eine Rückgängigmachung seiner bisherigen Wirkung gerichtete Wirkungskraft*; ATF 61 II 255, 257.

²⁹ GLASL, l.c., p. 251 ; GAUCH, in : recht, 1989, p. 127 ; KNELLWOLF, Zur Wirkung des Rücktritts, RDS/ZSR I, 1990, p. 406 s.

reçu pour rétablir la situation antérieure. Le but du rapport de liquidation est dans les trois cas le même : *in integrum restitutio*. La nullité absolue serait réservée aux cas où le contrat n'a pu se former. Elle resterait la conséquence du manque de consentement contractuel selon l'art. 1 CO, du manque de forme selon l'art. 11 CO ou d'impossibilité initiale, d'illicéité et de contrariété aux bonnes mœurs selon l'art. 20 CO qui parle à juste titre de nullité. Ainsi, la figure de la nullité *ex tunc* ne subsisterait que pour le cas de l'impossibilité subséquente non fautive selon l'art. 119 al. 1. Même ce cas particulier exige une analyse plus spécifique. Si l'impossibilité subséquente non fautive libère le débiteur de fournir la prestation, puisque l'impossible n'est pas dû, il ne faut pas en déduire que le rapport contractuel entier disparaisse. La loi même s'y oppose. C'est en vertu du rapport contractuel synallagmatique que le cocontractant est libéré de la contre-prestation. C'est encore en vertu de ce rapport de liquidation qu'il est obligé de restituer tout ce qu'il a déjà reçu comme prestation. On ne sera ainsi plus contraint de dévier sur une obligation subsidiaire d'enrichissement illégitime dont l'art. 119 al. 2 fait mention.

Cette nouvelle conception s'accorde aussi mieux avec les règlements de la Convention de Vienne pour le contrat de vente international (CISG). La responsabilité pour les défauts de la chose y est assimilée à la responsabilité pour inexécution en violation du contrat et permet de déclarer le contrat résolu (art. 49 CISG). Cette résolution amène à la liquidation post-contractuelle. Cependant, quant à l'alternative: défaut de la chose ou erreur sur une qualité essentielle de la chose, un problème subsiste. En effet, si l'on persiste à prétendre que les vices de volonté entraînent la nullité *ex tunc*, ceux-ci doivent donc être soumis aux règles sur la nullité contractuelle. La nullité contractuelle n'est pas réglée par la Convention de Vienne qui exclut expressément ce problème dans l'art. 4. Les tentatives de démontrer que l'on peut étendre la Convention de Vienne aux vices du consentement par le biais du règlement exclusif des défauts de la chose ont, jusqu'à présent, peu convaincu³⁰. Si l'on remplaçait la nullité rétroactive suite à l'annulation pour vice de volonté par un rapport post-contractuel de liquidation, on éviterait le problème de concurrence entre les deux règlements. L'art. 4 de la CVIM ne s'appliquerait pas et le problème de concurrence n'existerait plus.

³⁰ SCHLECHTTRIEM/HERBER, Kommentar zu Art. 4 CISG, Rdn. 13; en outre, BeK/SCHMIDLIN, CO art. 23-24, n° 296 ss: *Die Abgrenzung zwischen der Irrtumsanfechtung und der Nichterfüllung wegen Sachmängeln nach Wiener Kaufrecht (CISG)*.

5. Le rapport de liquidation post-contractuel : une nouvelle conception

Remplacer une figure dogmatique aussi enracinée que l'annulation rétroactive par un rapport de liquidation ne se justifie que si cela entraîne des avantages sensibles. Doctrine et jurisprudence sont acquises à cette nouvelle conception. Le Tribunal fédéral s'est prononcé clairement en sa faveur dans ATF 114 II 152,157³¹. Elle permet, dit-il, d'abolir la rétroactivité fictive, elle facilite le dénouement du contrat entre les parties et elle donne la possibilité de traiter les dommages et intérêts et la restitution selon les mêmes règles. Certes, la décision du TF concernait le cas d'une résolution du contrat selon l'art. 107 CO, mais il n'existe aucune raison sérieuse de traiter différemment les conséquences de l'invalidation pour vice de volonté puisqu'elles reposent sur une situation identique³². Le Tribunal fédéral s'est prononcé d'une façon favorable à l'élargissement de ce principe³³.

En principe, le rapport de liquidation oblige les deux parties à restituer, en nature ou par l'équivalent en argent, toutes les prestations faites sur la base du contrat. Cette obligation de restitution exclut aussi bien les prétentions fondées sur la revendication que sur l'enrichissement illégitime. Le rapport de liquidation exige une compensation totale, incluant non seulement les dommages-intérêts, les profits et les gains déjà obtenus, mais également les frais et les pertes déjà survenus³⁴.

Le rapport de liquidation s'avère équitable avant tout en cas de perte fortuite d'une chose déjà fournie. En vertu du principe *casum sentit dominus*, la perte fortuite de la chose doit être supportée par celui qui a accepté la chose en exécution du contrat. Il ne peut pas se prévaloir du cas fortuit puisque l'obligation de restituer l'équivalent de la chose en argent, dont dépend le rapport de liquidation, n'est pas touchée.

Le rapport de liquidation contractuel empêche les partenaires de faire valoir l'*exceptio* de l'art. 64 CO et de déclarer ne plus être enrichis. Le devoir de

³¹ ATF 129 II 326.

³² ATF 114 II 154, voir n. 3 ; WIEGAND, Die Leistungsstörungen, recht, 1984, p. 13 ss.

³³ ATF 129 III 328 : *In der Lehre wird zudem mit guten Gründen die Auffassung vertreten, nicht nur im Falle des verzugsbedingten Rücktritts vom Vertrag, sondern auch bei dessen Unverbindlichkeit wegen Willensmängel sei von einem vertraglichen Rückabwicklungsverhältnis auszugehen, welches auf dem ursprünglichen formalen Konsens gründe*; avec référence au BeK/SCHMIDLIN, CO art. 31, n° 16 ss, n° 56 ss et n° 97. Voir aussi l'étude Fide servanda dans le présent volume, p. xxx.

³⁴ BaK/WIEGAND, CO art. 109, n° 4 ss ; WIEGAND, in : recht 1989, p. 103, 111 ; GAUCH/SCHLUEP, OR-AT I, n° 1570 ss ; GAUCH, System der Beendigung von Dauerverträgen, Fribourg 1968, p. 207 ss ; BUCHER, OR-AT, p. 378 ; GLASL, l.c., p. 59 ss ; SCHENKER, Die Voraussetzungen und Folgen des Schuldnerverzugs im schweizerischen Obligationenrecht, Diss. Fribourg 1988, p. 260 ss ; SUTER, Rechtsnatur und Rechtsfolgen des Vertragsrücktritts, Diss. Zurich 1991, p. 88 ss.

restituer ne concerne pas l'enrichissement mais la prestation reçue. Si la prestation ne peut être rendue en nature, elle doit être remplacée par son équivalent en argent.

De même, pour les rapports obligationnels bilatéraux, l'obligation de restituer la prestation trait pour trait va de soi, car ce qui vaut pour l'exécution conformément à l'art. 82 CO vaut également pour le rapport de liquidation. Cependant, il faut prendre garde à ce que la liquidation ne soit pas source de droits de rétention absolus³⁵. Les dispositions concernant la demeure ou les règles sur l'exécution défectueuse ou sur la violation positive du contrat sont évidemment applicables par analogie aux irrégularités d'exécution survenant dans le cadre du rapport de liquidation. Comme le principe du dédommagement pécuniaire est valable pour la restitution, il n'est pas possible de se prévaloir d'une impossibilité non fautive.

Il est évident que les sûretés données ne sont, en raison de leur nature accessoire, constituées que pour la prestation, et non pas pour la restitution qui doit être effectuée par les parties contractantes.

Cette nouvelle conception n'a rien de visionnaire³⁶. L'analyse historique comparatiste confirme que la figure de la nullité *ex tunc* ne répond nullement à une nécessité impérieuse. Comme tous les principes de droit, elle est née dans un contexte historique. Elle ressort d'une transplantation de l'*in integrum restitutio*, issue de la juridiction prétorienne, dans le droit privé matériel, par les jusnaturalistes d'abord, qui en ont récupéré la notion de nullité relative, par l'Ecole pandectiste ensuite, qui, elle, a introduit la fiction dogmatique de résolution ou de l'invalidation avec effet *ex tunc* dissolvant le contrat. Le rapport de liquidation écarte des excroissances artificielles et rejoint l'idée directrice originale de l'*in integrum restitutio* mieux adaptée aux besoins de la résolution et de l'annulation du contrat.

³⁵ A ce sujet GLASL, l.c., p. 198.

³⁶ Contrairement à GAUCH, in : recht 1989, p. 127.

XIII. Der Einheitstatbestand der Bereicherungsregel nach Art. 62 OR im europäischen Umfeld

1. Die Generalklausel der Bereicherung im Entwurf zum Schweizerischen OR
2. Der Einheitstatbestand der Bereicherung nach der Lehre F.C. von Savignys
 - 2.1. Der Begriff der Vermögenszuwendung
 - 2.2. Der rechtfertigende, resp. der mangelnde Grund der Zuwendung
 - 2.3. Die funktionale Beziehung zwischen Entreicherung und Bereicherung
3. Der komparatistische Zusammenhang im Europäischen Bereicherungsrecht
4. *Haec conditio ex bono et aequo introducta quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur revocare consueverit.* Pap. D 12.6.66

1. Die Generalklausel der Bereicherung im Entwurf zum Schweizerischen OR

Unter den europäischen Zivilgesetzbüchern ist das Schweizerische OR das einzige, das für das Bereicherungsrecht eine Generalklausel aufgestellt hat. Der erste Titel des OR, in drei Abschnitte gegliedert: Die Entstehung durch Vertrag, durch unerlaubte Handlungen, aus ungerechtfertigter Bereicherung, setzt an die Spitze dieses letzten den Artikel 62 I OR: *Wer sich auf Kosten eines anderen in ungerechtfertigter Weise bereichert hat, ist verpflichtet, die Bereicherung zurück zu erstatten.*

Diese Zurückhaltung mag verwundern, denn die allgemeine Regel D. 12, 6,14: *Iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiores* steht wie ein Leitvers über der gemeinrechtlichen Diskussion. Jedoch änderte die Akzeptanz dieses Grundsatzes nichts daran, dass sich die Bereicherungsregelung schon damals in viele Unterarten auflöste. Die Zivilgesetzbücher geben das Spiegelbild der Zersplitterung wieder. Nur das Schweizerische OR hat dem Bereicherungsrecht im Allgemeinen Teil einen eigenen Abschnitt gewidmet, und ihm damit die gleiche Dignität zuerkannt wie den Obligationen aus Vertrag und aus Delikt¹.

¹ Dazu vor allem die verdienstvolle Abhandlung, B. HUWILER'S, Zur Anspruchsgrundlage der Obligation aus ungerechtfertigter Bereicherung im Schweizerischen Obligationenrecht, Liber Amicorum Schulin, 2002, 42 ff, 60 f, (zit. HUWILER), die den Ausgangspunkt meiner eigenen Untersuchung bildet. Ferner auch L. R. KAUFMANN-BÜTSCHLI, Grundlagenstudien zur ungerechtfertigten Bereicherung in ihrer Ausgestaltung durch das schweizerische Recht, Diss. iur. Bern, 1983, (zit. KAUFMANN-BÜTSCHLI) insb. 33 ff.

Dies verdient besondere Beachtung und nötigt dazu, auf die Vorarbeiten zum OR einzugehen, denn schon die von Walther Munzinger und Heinrich Fick stammenden ersten Entwürfe enthalten die erwähnte Dreiteilung: Obligationen aus Vertrag, aus unerlaubter Handlung und aus Bereicherung. Jedoch ist den Materialien nicht zu entnehmen, was die Autoren zu dieser Systematik bewogen hat. Aufschluss darüber gibt dagegen der dritte Entwurf, der Paul Friederich von Wyss zur Bearbeitung übertragen wurde. Der Autor nahm sich seiner Aufgabe in vorbildlicher Weise an und legte in gesondert veröffentlichten Redaktionsvorschlägen (Motive, S.8-19) die Gründe dar, die für die Eingliederung der Bereicherung in den Allgemeinen Teil sprechen².

Das Bereicherungsrecht habe sich, so hält er eingangs fest, von den Kategorien und Formen des römischen Rechts ebenso emanzipiert wie die Vertrags- und Deliktsobligationen im ersten und zweiten Teil des OR. Bekanntlich knüpfe das römische Recht seine Aktionen und mittels derselben die Obligationen durchaus an bestimmte Tatbestände und lasse daher eine Verallgemeinerung nur innerhalb bestimmter Grenzen zu, im Gegensatz zur modernen Anschauung, der gemäss der Vertrag als solcher und die unerlaubte schädigende Handlung als solche verpflichten würden (S. 8).

In analoger Weise will Paul Friederich von Wyss auch das Bereicherungsrecht behandeln. Es liege kein Grund vor, die Symmetrie der beiden ersten Titel aufzugeben und die römische Kasuistik beizubehalten. An die Spitze gehöre vielmehr der allgemeine Grundsatz, dass die ungerechtfertigte Bereicherung eine Verbindlichkeit zu deren Rückerstattung begründe. Sache der folgenden Artikel sei es, dieses Prinzip näher zu präzisieren, zu begrenzen und durchzuführen (S. 9).

Schon das römische Recht habe den *condictiones sine causa* einen gemeinsamen Verpflichtungsgrund unterlegt, sei aber wegen der Bindung an die Klageformeln zu keiner allgemeinen Bereicherungsklage gelangt. Da wir hingegen einen allgemeinen Vertrags- und Deliktsgrund kennen, so obläge es uns, auch einen allgemeinen Bereicherungsgrund zu konstruieren. Diese Verallgemeinerung bedeute keineswegs, dass jeder beliebige Vermögensvorteil Gegenstand einer Rückforderung werden könne. Dies sei nur dann der Fall, wenn er auf rechtlich erheblichen Momenten beruhe. Windscheids klassische Ausführungen über das Verfahren hätten den Weg gezeichnet (S. 9)³.

² Redaktions-Vorschläge des Herrn Prof. Dr. PAUL FRIEDERICH VON WYSS (1877); Motive zu der auf Grund der Commissionsbeschlüsse vom September 1877 barbeiteten neuen Redaktion des allgemeinen Theiles des Entwurfes zu einem schweizerischen Obligationenrechte (1877) 8 ff. (zit. Motive). Zur Geschichte auch R.EUGSTER, Die Entstehung des schweizerischen Obligationenrechts vom Jahre 1883, (Diss. Zürich, 1926) 75 ff. Zu Paul Friederich von Wyss, siehe HUWILER, Anm. 114; ferner KAUFMANN-BÜTSCHLI, 15 ff.

³ B. WINDSCHEID, Die Lehre von der Voraussetzung, 1850, 1 ff. DERS., Lehrbuch der Pandekten I, 4. Aufl., 1875, § 97; HUWILER, 68 ss.

Damit räumt Paul Friederich von Wyss mit den gemeinrechtlichen Quasiverträgen und der *actio de in rem verso* auf. Schon die blossе Tatsache der rechtlosen Bereicherung begründe die Rückforderung (S. 9). Bereicherung und Gewinn würden daher nicht bloss den Erwerb konkreter Sachen, sondern auch alle Vermögensvorteile erfassen, die mit der Verminderung des einen Vermögens und mit der Vermehrung des andern in einem direktem sachlichen Zusammenhang stünden, so dass der Abbruch des einen, für den andern ein Zuwachs geworden sei (S11). Paul Friederich von Wyss setzt folgenden Grundsatz an die Spitze des Bereicherungsrechtes: *a: Wer ohne rechtmässigen Grund auf Kosten eines Anderen bereichert ist, hat dem Benachteiligten seinen Gewinn herauszugeben.* (S. 10)

Halten wir als erstes fest: Der Zweck der Bereicherungsklage liegt somit nicht in der Rückforderung einer fehl gelaufenen Leistung oder eines grundlosen Aufwandes, sondern in der Klage auf Rückgabe dessen, was sich im Vermögen des Bereicherten befindet und als fremdes Gut oder Geld, als *aes alienum*, ohne rechtmässigen Grund, dorthin gelangt ist⁴. Es ist daher zurückzugeben. Schon die blossе Tatsache der rechtlosen Bereicherung begründet diese Rückleistungspflicht⁵.

Als zweites entfällt die Unterscheidung zwischen Leistungs- und Eingriffskondiktion. Rechtlos sei eine Bereicherung dann, wenn aufgrund einer unerlaubten, ungültigen oder bloss eingebildeten Verpflichtung geleistet worden, oder etwas gar gänzlich wider den Willen des bisherigen Inhabers in dessen Vermögen gelangt sei. Zwar schwankt Paul Friederich von Wyss in der Wahl des Begriffes und fügt hinzu, dass der Ausdruck *auf Kosten* etwas zu weit gehe, *aus dem Vermögen* aber zu eng sei. Entscheidend ist offenbar, dass es sich um einen Vermögenszuwachs handelt, der, wenn er gerechtfertigt sein soll, sich zumindest auf den Willen dessen stützen kann, von dem her sich der Vermögenszuwachs herleitet.

Paul Friederich von Wyss greift hierfür die von Windscheid stammende Voraussetzungslehre auf, die es erlaube, die Bereicherungsvarianten über denselben Nenner zu setzen (S 11,12). In allen diesen Fällen erfolge die Leistung unter einer fest bestimmten Voraussetzung, ohne die sie nicht gewollt worden wäre. Sei diese Einschränkung dem Empfänger erkenntlich geworden, so müsse der Erwerb als unrechtmässig gelten, weil dem Recht der vollzogenen Wil-

⁴ Zum *aes alienum* siehe D 50,16, 213,1: *aes alienum est, quod nos aliis debemus; aes suum est, quod alii nobis debent.* D 50,16.39,1: *Bona intelliguntur, quae deducto aere alieno supersunt.* Auch D 15,1,27,8: *... liberare aere alieno.* Die Vorstellung, die sich damit verbindet, vermeint den Wert, der ein Vermögen passiv belastet.

⁵ PAUL FRIEDERICH VON WYSS, Motive, 10: *Die blossе Tatsache der rechtlosen Bereicherung soll den Anspruch begründen, freilich nicht auf den vollen Ersatz, sondern auf die Erstattung des grundlosen Gewinnes.*

lenshandlung kein grösserer Erfolg beigemessen werden dürfe, als ihn der Handelnde gewollt habe.

Ohne einer subtilen Kasuistik zu verfallen, fügt Paul Friederich von Wyss der Generalklausel daher präzisierende Regeln bei: *Art. b Insbesondere tritt diese Verbindlichkeit dann ein, wann die Umstände, deren Dasein oder Eintritt der Zuwendung eines Vermögensvorteiles zur erklärten Voraussetzung dienten, nicht dagewesen, oder nicht eingetreten oder nachträglich weggefallen sind* (S. 12).

Der schweizerische Gesetzgeber hat die Lehre von der Voraussetzung nicht übernommen. Der von Paul Friederich von Wyss entworfenen Art.b wurde zum heutigen Art. 62 II OR umgebildet, der anstelle der Voraussetzung wieder die drei Gründe aufnimmt: *Art. 62 II OR: Insbesondere tritt diese Verbindlichkeit dann ein, wenn jemand ohne jeden gültigen Grund oder aus einem nicht verwirklichten oder nachträglich weggefallenen Grund eine Zuwendung erhalten soll.*

An der grundsätzlichen Konzeption der ganzen Regelung hielt man fest. Die Bereicherung besteht in einer Vermögenszuwendung, die in ungerechtfertigter Weise erlangt wurde. Ungerechtfertigt ist die Zuwendung immer dann, wenn ein Vermögensteil wider den Willen des bisherigen Inhabers das Vermögen eines anderen mehrt, gleichgültig, ob dies durch Leistung, Eingriff oder Zufall, durch Rechts- oder Tathandlungen erfolgt: die blossе Tatsache, einen Vermögensvorteil in dieser Weise erworben zu haben, verpflichtet zur Rückleistung.

Schliesslich ist ein Drittes festzuhalten: die *condictio indebiti*, die freiwillige, aber irrtümliche Leistung ist schon in der allgemeinen Bereicherungsregel enthalten. Die *condictio indebiti* setzt, wie alle anderen Arten der Bereicherung, eine Vermögensmehrung des Bereicherten voraus, allerdings mit der Besonderheit, dass sie freiwillig erbracht worden ist. Doch beruht die Freiwilligkeit auf einem Irrtum, welcher der Leistung die Freiwilligkeit nimmt. Wer die Leistung zurückerfordert, hat deshalb nicht nur die Nichtexistenz der Schuld, sondern auch den die Zahlung motivierenden (subjektiven) Irrtum nachzuweisen. Durch den Nachweis des Irrtums erweist sich die Zahlung als eine fehl gelaufene Leistung, die im Grund gar keine ist und, so meint Paul Friederich von Wyss (S13), auch nicht als Präsumption einer konkludent anerkannten Schuld angesehen werden darf. Die besondere Beweislage bei der freiwilligen, aber irrigen Zahlung bedingt einen dritten Artikel: *Art c: Wurde freiwillig eine vermeintliche Schuld gezahlt oder anerkannt, so ist die Rücknahme nur dann statthaft, wann der Benachteiligte sich in nachweisbarem Irrtum befand.*

Diese einheitliche Betrachtungsweise der ungerechtfertigten Vermögenszuwendung und Vermögensaneignung rechtfertigt es, die Bereicherungsregel in eine Generalklausel zu fassen, die der schweizerische Gesetzgeber aufgrund der Vorarbeit der Redaktion durch v.Wyss in Art. 62 OR formuliert hat. Der Text entfernt sich nur stilistisch vom Vorschlag v.Wyss.

Paul Friederich von Wyss bekennt offen, dass dieser Gesetzeskonzeption die Lehre Windscheids zugrunde liegt (S. 10, 14 nota**). Zudem dürfte auch das Bündnerische Civilgesetzbuch von 1876 einigen Einfluss ausgeübt haben (S. 9 nota*) Conradin v. Planta hat darin ebenfalls eine Generalklausel an die Spitze des Bereicherungsrechtes gesetzt und ihm einen Platz im Allgemeinen Teil des Obligationenrechtes eingeräumt⁶. In seinen Erläuterungen verweist von Planta ausdrücklich auf die Autoritäten der Historischen Rechtschule: Savigny und Puchta.

Ist die Generalklausel im OR demnach wirklich ein Sieg des Pandektenrechts, errungen auf dem Nebenschauplatz der Schweizerischen Gesetzgebung? Die Frage darf so nicht gestellt werden, weil das Pandektenrecht gar keine einheitliche Lösung vorlegen konnte. In Thibaut's Pandektenrecht findet die Bereicherung noch keine selbständige Darstellung, vielmehr wird der Gegenstand, so wie es in naturrechtlichen Lehrbüchern üblich war, in verschiedenen Zusammenhängen behandelt. Vangerow bezeichnet die Kondiktion als Quasivertrag, als dem Vertrag verwandtes Obligations-Verhältnis, Dernburg hält sich an die einzelnen traditionellen *condictiones*, *condictio furtiva*, *indebiti*, *ob causam*, *sine causa*, ohne sich um ihre einheitliche Grundlage zu kümmern⁷.

Der Begründer der neuen Bereicherungslehre ist Savigny, auf den auch der einheitliche Begriff Bereicherung zurückgeht und dem wir im *System des heutigen römischen Rechts* und im *Obligationenrecht* das Beste zu diesem Thema verdanken. Puchta und Windscheid haben seine Lehre weiterentwickelt. Sie alle sind die Autoritäten, die *auctores*, der gesetzlichen Regelung des OR und des vorausgehenden Bündnerischen Zivilgesetzbuch.

Die schweizerische Regelung hat sich in diesem grösseren Zusammenhang entwickelt. Sie ist kein helvetischer Sonderweg, sondern steht in den Fussangeln des Pandektenrechts und folgt der Linie Savignys. Darum lohnt es sich, bei den dogmatischen und historischen Voraussetzungen dieser Lösung etwas zu verweilen, die, wie Savigny meint, *die Bereicherung auf ein sehr einfaches Prinzip zurückführt, welches durch die blosse organische Bildungskraft fast ohne Eingriff der Gesetzgebung die Mannigfaltigkeit der Erscheinung zusammenfasst*⁸.

⁶ HUWILER, 63; A.CAVIGELLI, Entstehung und Bedeutung des Bündner Zivilgesetzbuches von 1861, 1994, 217 f.

⁷ A.F. THIBAUT, System des Pandekten-Rechts, Bd. 2, 8. Aufl., 1834, § 631; K.A.VON VANGEROW, Lehrbuch der Pandekten, 3. Aufl., 1852, 367 ff, H.DERNBURG, Pandekten, 4. Aufl., 1894, Bd. 2, 367 ff.

⁸ F.C. VON SAVIGNY, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. 5, 1841, (zit.SAVIGNY, System), 511.

2. Der Einheitstatbestand der Bereicherung nach der Lehre F.C.von Savigny's

Schon die römischen Juristen unterschieden zwischen dem, was in unserer Sachherrschaft steht: *dominium*, und dem, was zu unserem Vermögen zählt, *in bonis esse*. In der Tat, auch wenn Eigentum und Vermögen in der Regel zusammengehören, können sie in Grenzlagen doch auseinander fallen: Es gibt Vermögen, das nicht in Eigentum besteht, sondern *in actionibus, petitionibus et persecutionibus* (Ulp D 50, 16, 49) und es gibt Eigentum, das nicht oder nur zum Teil zum Vermögen des Eigentümers zählt, wie etwa Miteigentum oder fiduziarisches Eigentum. Das Eigentum ist der Bereich der *vindicatio*, des Rechts an der Sache, das gegen jeden nicht berechtigten Besitzer geltend gemacht werden kann. Das Vermögen ist der Bereich der Kondiktionsklage, die das Vermögen als ideelle Werteinheit erfasst und vom Schuldner ein *dare oportere*, die Zahlung einer Wertsumme verlangt. *Vindicatio* und *condictio* sind ihrer Natur nach komplementäre Einrichtungen⁹.

Was die römischen Juristen mittels der Klageformen unterschieden, setzt Savigny in materielle Rechtsverhältnisse um. Die Kondiktion ist der Ersatz für die verlorene Vindikation der Sache. Dieser Verlust tritt dann ein, wenn, wie beim Darlehen, das Geld nicht als Sachsubstanz, nicht als Münze, sondern als Wertgegenstand in das Vermögen des Borgers eingeht und folglich, bei Fälligkeit des Darlehens, auch lediglich als Wertsumme geschuldet ist¹⁰. Es befindet sich im Vermögen, zählt zu den *bona* des Schuldners, aber nur als Geldsumme, die an den Gläubiger zurückzuzahlen ist. Die Rechtslage ist die eines ungerechtfertigten Habens, die aber keinen Zugriff auf die Sache erlaubt, sondern dazu zwingt, auf den Schuldner zu greifen, der den Geldwert aus dem Vermögen zurückzuzahlen hat.

Die römischen Juristen kennen den Ausdruck *aes alienum* und meinen damit Geld, das zwar dem Schuldner gehört, im schuldnerischen Vermögen aber doch fremd d. h. einem anderen geschuldet ist. Savigny greift diesen Ausdruck auf, der bildhaft verdeutlicht, dass der Grund der Rückforderung durch die *condictio* unmittelbar auf dieser Fremdheit beruht¹¹. Das *aes alienum* löst eine Rückgabepflicht aus. Es ist selbst der Grund dieser Leistungspflicht und bedarf

⁹ Das ist die grundsätzliche Auffassung SAVIGNY'S, System, Beilage X, Ziff.V, 514: *Überall also erscheint die condictio als der Ersatz, der anstatt der verlorenen Vindication eintritt und dasselbe ausschliessende, alternative Verhältnis zwischen den Klagen findet sich auch in anderen Rechtsverhältnissen, ausser dem Darlehen, wieder.*

¹⁰ SAVIGNY, System, 512 ff.

¹¹ SAVIGNY, System, 514 nota c: *... Damit hängt auch der Ausdruck aes alienum zusammen, L.213 § 1 de V.S. (50,16) Aes alienum est, quod nos aliis debemus » nämlich das Geld welches aus fremdem Vermögen in unser Eigentum gekommen ist, und wieder einmal in des Gebers Eigentum zurück kehren soll.*

keiner zusätzlichen schuldrechtlichen, weder vertraglichen noch deliktischen, Stützung.

Das Darlehen bildet für Savigny das Hauptbeispiel der Umwandlung einer Sachrückgabe in eine Wertrückleistung. Das Darlehen verwandelt seinem Zweck gemäss die reale Sachsubstanz in einen materiellen Wert. Dies bereitet keine Schwierigkeiten. Schon immer stellte in der römischen Vermögensordnung der Vermögenswert einer Sache die Kehrseite ihrer realen Substanz dar. Darum endet sogar der Vindikationsprozess in einer Verurteilung auf den Wert der Sache: *quanti ea res est*. Und darum zeichnet die *condictio* auf der Vermögensseite den Schattenriss der *vindicatio* ab.

Dieselbe Situation stellt sich auch in anderen Rechtsverhältnissen ein, ausser der des Darlehens, meint Savigny¹², nämlich immer dann, wenn etwas *aus meinem Vermögen anders als durch meinen Willen in fremdes Eigentum übergeht, sei es, dass der andere durch seine Handlungen oder durch zufällige Umstände auf meine Kosten bereichert wurde*. Hier erscheint das Grundbild, von dem Savigny spricht, das schon durch seine organische Bildungskraft die mannigfaltigen Erscheinungen der Bereicherung zusammenfasst.

Dieses einfache Prinzip bedarf auch nach Savigny der Konkretisierung durch sorgfältig nach den verschiedenen Falllagen ausgearbeitete *conditiones* und durch die dogmatische Fixierung der Begriffe. Drei Hauptelemente sollen hier erörtert werden:

1. Der Begriff der Vermögenszuwendung
2. Die *causa*, resp der Mangel der *causa*
3. Der funktionale Zusammenhang zwischen der Bereicherung und der Entreichung.

2.1. Der Begriff der Vermögenszuwendung

Für den Akt der Bereicherung hat Savigny die neue Lehre von der Vermögenszuwendung aufgestellt. *Zur Ausbildung dieser praktisch sehr wichtigen Lehre gehörte es, dass man nicht bei dem Fall der Veräusserung des Eigentums stehen blieb, sondern auch alle anderen Erweiterungen eines fremden Vermögens, namentlich durch Obligationen, mitaufnahm und so zu dem abstrakten Begriff der Vermögenszuwendung oder Bereicherung gelangte*¹³.

Von der Vermögenszuwendung spricht das Schweizerische Gesetz noch in Art. 62 II OR. Zwar ist dieser Begriff wegen seiner gefährlichen Allgemeinheit wenig beliebt. Andreas von Tuhr definiert ihn als eine Handlung, durch welche jemand einem anderen einen Vermögensvorteil verschafft: eine Ver-

¹² SAVIGNY, System, Ziff. VIII, 523.

¹³ SAVIGNY, Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts, Bd. II, 1853, 261.

grösserung des Vermögens (*lucrum emergens*) oder eine Abwendung einer Vermögensminderung (*damnum cessans*)¹⁴. Doch der eigentliche Sinn der Vermögenszuwendung wird erst deutlich, wenn wir sie von zwei Begriffen abgrenzen, mit denen sie immer wieder vermenget wird. In der Regel bestehen Zuwendungen in dinglichen Verfügungen und schuldrechtlichen Leistungen, doch, so befremdend es klingen mag, im strengen Sinne ist die Zuwendung weder mit der dinglichen Verfügung, noch der schuldrechtlichen Leistung deckungsgleich.

Die dingliche Verfügung überträgt ein absolutes, gegen alle wirksames Ausschlussrecht. Kraft seiner dinglichen Natur wirkt sie *erga omnes*. Das erworbene Recht erlaubt dem Inhaber, mit der Sache zu schalten und zu walten, wie ihm gut dünkt. Vor allem kann er die Sache von jedermann zurückzufordern, der sie ihm unberechtigt vorenthält. Die Drittwirkung oder Aussenwirkung ist das Entscheidende der dinglichen Rechtsposition. Die Innenwirkung, kraft derer sich der Eigentümer die Sache vermögensmässig zueignet und seinem Vermögen inkorporiert, ist dadurch noch nicht bestimmt. Bei Miteigentum erhält er nur eine ideelle Quote, bei fiduziarischem oder bei Darlehenseigentum, ist er um soviel bereichert als er belastet ist.

Die Zuwendung darf auch nicht mit der Leistung verwechselt werden: Die Leistung setzt eine Schuldpflicht voraus, vertraglicher oder ausservertraglicher Art. Eine Leistung wird daher als Erfüllung einer Schuld erbracht und besteht in einem der Forderung gemässen Verhalten des Schuldners. Ist der Gegenstand der Leistung vermögensrechtlicher Natur, so wird er in der Folge auch das Vermögen des Gläubigers mehren, was in der Regel, aber nicht notwendig eintritt. Die Zuwendung hingegen stellt nicht auf das Verhältnis von Schuld und Leistung ab, auf das *vinculum iuris*, sondern allein auf die Vermögensmehrung des Gläubigers. Mehrt die Leistung das Vermögen des Gläubigers, so ist sie auch eine Zuwendung, aber nicht weil die Leistung eine Schuldpflicht erfüllt, sondern aufgrund des blossen Faktums der willentlichen Vermögensmehrung.

Die Zuwendung bewirkt einen *derivativen Erwerb* von Vermögensgut, das aus dem Vermögen des Zuwendenden in das Vermögen des Erwerbenden übergeht. Aufgrund welcher Handlungen dies geschieht, ist gleichgültig: es kann mittels verfügender, verpflichtender Rechtsgeschäfte geschehen, aber

¹⁴ A.V.TUHR, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. II/2, 1918, 49 ff, bes. 53 ff, ferner A.V.THUR/PETER, Allgemeiner Teil des des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, 3. Aufl. 1979, (zit. Allg. Teil) 189 f. HUWILER, 74, verweist auf die spätere Ausbildung dieser Lehre durch I.E. BEKKER, System des Heutigen Pandektenrechts, Bd. II, 1889, § 100, 145 ff. Die Meinung, dass die Zuwendung kein finales Moment enthalte, so Huwiler l.c., wird weder von v.Tuhr noch von Bekker vertreten. Ohne das willentliche Moment müssten auch Zufalls- oder Eingriffsbereicherungen als Zuwendungen betrachtet werden, was sie aber offensichtlich nicht sind. Zuwendungen sind derivative Vermögenserwerbungen, die einen Zuwendungswillen notwendig voraussetzen.

auch durch Tathandlungen, z. B. Verarbeitung, Vermischung, und Verbindung von Sachen, oder durch ihren Verbrauch¹⁵. Gewiss tritt bei solchen Handlungen die Wirkung kraft Gesetzes ein, darum gelten sie auch nur dann als Zuwendung, wenn dies von den Beteiligten gewollt ist. Zuwendungen können sich sogar ohne Mitwirkung des Erwerbenden vollziehen, zum Beispiel dadurch, dass ein Dritter ihm einen Vorteil verschafft, ohne dass dieser selbst tätig wird. Natürlich steht es dem Erwerbenden immer frei, diesen Vorteil anzunehmen oder abzuweisen.

Damit erlangt die Zuwendung feste Konturen: die Zuwendung erfasst lediglich die vermögensrechtliche, ideelle Seite der derivativen Wertmehrung. Sie ist eine dem Willen des Zuwendenden gemässe Verschaffung eines Vermögensvorteils, den der Zuwendungsempfänger in sein Gesamtvermögen inkorporiert. Das ist der Grundtatbestand des Im-Vermögen-habens, des *apud aliquem esse*¹⁶, das noch nichts darüber aussagt, ob die Zuwendung auch gerechtfertigt oder begründet ist. Der Tatbestand ist diesbezüglich neutral, er beruht auf der Mehrung des Vermögens durch willentlichen, derivativen Erwerb von Vermögensgut, das aus einem anderen Vermögen stammt oder zumindest auf Kosten eines anderen erworben wurde.

2.2. Der rechtfertigende, resp. der mangelnde rechtfertigende Grund der Zuwendung

Die grosse Wendung in der Vermögenskonzeption, der die *condictio* zum Durchbruch verhalf, brachte die Regel, dass keine Zuwendung im Vermögen des Bereicherten bleiben darf, es sei denn, sie sei durch einen rechtlichen Grund gerechtfertigt. Die Vermögensordnung erhielt neben der Eigentumsordnung das unentbehrliche juristische Klagemittel und damit eine zumindest subsidiäre Eigenständigkeit: die Kondiktion ergänzt und verlängert auf der Vermögensebene die Vindikation. Wie derjenige, der den Besitz einer Sache verloren hat, diese als Eigentümer vom unberechtigten Besitzer zurückfordern darf, so steht dem Entreicherten gegen den durch die Zuwendung Bereicherten eine Rückforderung des Vermögenswertes zu. Diese Rückforderung ist zulässig, weil für die Vermögenszuwendung kein Rechtfertigungsgrund besteht.

¹⁵ Dazu auch v.TUHR/PETER, Allg.Teil, 199. Schon bei Pomponius findet sich die subtile Unterscheidung bei der Entstehung des Miteigentums durch Vermengung homogener Sachen zwischen einem willentlichen oder einem zufälligen Vorgang. Entgegen Gaius D 41,1,7,8 hält Pomponius dafür, dass Miteigentum nur bei willentlicher, nicht aber bei zufälliger Vermengung entstehe, so dass nur im ersten Fall die Teilungsklage zum Zuge käme, während im zweiten Fall die Teile vindizierbar bleiben würden, siehe Ulpian D 6,1,3,2 und vor allem Ulpian D 6,1,35 pr.

¹⁶ Ulpian D 12,5,6: *Perpetuo Sabinus probavit, veterum opinionem existimantium id quod ex iniusta causa apud aliquem sit, posse condici: in qua sententia etiam Celsus est.*

Der schweizerische Gesetzestext spricht in der deutschen Fassung von Erwerb in *ungerechtfertigter Weise*, in der französischen und italienischen hingegen von grundlosem Erwerb, *sans cause, senza causa*¹⁷. Trotz der schwankenden Terminologie ist klar, dass der mangelnde Grund der Vermögenszuwendung für alle Unterfälle derselbe ist. Die durch die Zuwendung bewirkte Vermögensmehrung des einen auf Kosten eines anderen muss einen rechtfertigenden Grund haben. Alles, was in ein Vermögen übertragen wurde und sich nun beim Bereicherten befindet, muss wegen seiner derivativen Herkunft in gerechtfertigter Weise erlangt worden sein.

Die Frage nach dem rechtfertigenden Grund zwingt dazu, diesen nach den Arten der Zuwendung zu differenzieren. Zuwendungen können, wie bereits erwähnt, mittels verpflichtender oder verfügender Rechtsgeschäfte oder auch durch Tathandlungen erfolgen. Der Rechtsgrund des Vermögenserwerbs muss folglich nach diesen verschiedenen Zuwendungsarten unterschieden werden.

Besteht die Zuwendung in einer rechtsgeschäftlichen Leistung, so benützt man hierzu die im Allgemeinen zwar zutreffende, wenn auch nicht vollständige Dreiteilung in *causa solvendi, credendi* und *donandi*, die aus der pandektistischen Dogmatik stammt¹⁸. Hier gerade ist die doppelte Funktion des Leistungsgrundes zu beachten. Leistung ist die Erfüllung einer Schuldpflicht und Leistung kann zugleich eine Vermögenszuwendung beim Leistungsempfänger bewirken. Die Leistung spielt sich auf der schuldrechtlichen Ebene ab, während die Zuwendung in das allgemeine Vermögensrecht gehört.

Als Erfüllung einer Schuldpflicht, einer vertraglichen oder gesetzlichen, bedeutet Leistung: Erbringung eines geschuldeten Verhaltens. Der Rechtsgrund dieses Verhaltens liegt im Schuldverhältnis, das als *causa* die Forderung wie die Leistung begründet. Ist die Leistung erfüllt, erlischt die Forderung und das Schuldverhältnis löst sich auf. Der Zweck des Schuldverhältnisses ist erreicht, der Schuldner ist befreit, der Gläubiger befriedigt¹⁹. Nach erbrachter Leistung befindet sich der Leistungsgegenstand im Vermögen des Gläubigers, darin wirkt auf der Vermögensebene die Erfüllung fort. Modern ausgedrückt: das erfüllte Schuldverhältnis ist der Rechtsfortwirkungsgrund für die neue Vermögenslage. Die Erfüllung, die im Schuldverhältnis ihren Grund hatte, rechtfertigt auch die durch sie bewirkte Vermögensmehrung.

¹⁷ KAUFMANN-BÜTSCHLI, 233, HUWILER, 72.

¹⁸ A.V.TUHR/PETER, Allg. Teil, 200f; in den römischen Quellen ist dieser Terminus so nicht zu finden; zu dieser Gliederung, D.REUTER/M.MARTINEK, Ungerechtfertigte Bereicherung, in Handbuch des Schuldrechts Bd. 4, 1983, 89 ff; ferner B. KUPISCH, in Über das römische Recht hinaus, Beiträge zum Zivilrecht, 2002, (zit. Beiträge), Leistungskondition bei Zweckverfehlung, 197 f.

¹⁹ Dazu B. KUPISCH, Leistungskondition bei Zweckverfehlung, insb. Die instrumentale Funktion des Erfüllungszwecks, Beiträge, 195 ff; ferner DERS., Zum Rechtsgrund i. S. des § 812 BGB bei der Erfüllung, II. der Anspruch als Rechtsgrund, Beiträge, 220.

Wählt der Zuwendende als Weg und Mittel der Vermögenszuwendung ein Rechtsgeschäft, so hat er die entsprechenden rechtsgeschäftlichen oder vertraglichen Regeln einzuhalten. Auch als Zuwendungsakt hat das Rechtsgeschäft, z. B. Kaufvertrag, Schenkung, seinen Grund im rechtsgeschäftlichen (gemeinsamen oder einseitigen) Willen, der das Rechtsverhältnis samt den entsprechenden Rechten und Forderungen begründet. Davon ist aber der subjektive Zuwendungswille zu unterscheiden, nämlich der Wille des Zuwendenden, dem anderen vermittels des Rechtsgeschäfts eine Vermögenszuwendung (*solvendi, credendi, donandi causa*) zu machen. Entspricht diese Zuwendung dem, was der Zuwendende gewollt hat, dann befindet sich diese in gerechtfertigter Weise im Vermögen des Erwerbers. Entspricht diese Zuwendung nicht der Intention des Zuwendenden, so steht es ihm frei, das Rechtsgeschäft nach den hierfür vorgesehenen Gesetzesbestimmungen anzufechten und ihm seine objektiven rechtsgeschäftlichen Wirkungen zu nehmen. Falls der Leistungsgegenstand noch vorhanden ist, wird er ihn vindizieren. Andernfalls kann er die bereits eingetretene Bereicherung kondizieren. Nach der Aufhebung des Rechtsgeschäftes befindet sich die Vermögenszuwendung in ungerechtfertigter Weise im Vermögen des Erwerbers.

Für Savigny ist jede Bereicherungslage mit einem Irrtum verbunden, sei es, dass sie *entweder gleich anfangs auf Irrtum beruht oder hinterher ihren Grund, also ihre Wahrheit verliert und in Irrtum übergeht. Die wichtigen Fälle dieser Art lassen sich unter dem gemeinsamen Namen des datum ob causam bringen, wobei die causa als eine irrite, ungegründete gedacht werden muss. Dahin gehören die Fälle der conditio indebiti, ob causam datorum, sine causa, ob injustam causam*²⁰. Die Zuwendungsabsicht versteht Savigny subjektiv als Grundlosigkeit der gemachten Vermögenszuwendung. Dieser Mangel ist gewiss einem Motivirrtum gleichzusetzen, der aber deshalb erheblich ist, weil er nicht zur rechtsgeschäftlichen Motivation, sondern als Mangel des Zuwendungswillens zum Tatbestand der Bereicherung gehört.

Die *conditio indebiti* ist diesbezüglich überhaupt kein Sonderfall, ein Sonderfall ist sie lediglich hinsichtlich des Beweisthemas. Denn wer freiwillig erfüllt, muss auch noch nachweisen, dass seine willentliche Leistung keinen eigentlichen Zuwendungswillen enthielt und die freiwillig entstandene Bereicherung darum ungerechtfertigt d. h. ohne subjektiven Willen entstanden ist²¹. Die Subjektivität des Grundes hat es ermöglicht, auch die *conditio ob rem*, nämlich den direkt mit einer Leistung verbundenen subjektiven Zweck, zu berücksichtigen. Das bekannte Beispiel der Hingabe einer Mitgift, die, wenn die Ehe-

²⁰ SAVIGNY, System, V, Ziff.VII, 52.

²¹ SAVIGNY, Bd.V, Conditionen VII, 521 P.Fv.WYSS, Motive, 13 f.; I.SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allg.Teil, 2003, Nr. 56.07, 351; E.BUCHER, Allg.Teil. (2. Aufl. 1988), § 34, IV, 668.

schliessung nachträglich nicht zustande kommt, kondiziert werden kann, war bekanntlich schon den römischen Juristen geläufig²².

Gewiss, die Subjektivität des vermögensrechtlichen Zuwendungsgrundes bereitet einige Sorgen. Ist er überhaupt hinreichend begrenzbar und bestimmbar? Ufert er nicht in beliebige Motive aus? Dieser Sorge galt gerade Windscheids Bemühen, den subjektiven Irrtum durch die objektive Voraussetzung zu ersetzen, d. h. die Berufung auf eine mangelnde Willenscausa nur dann zuzulassen, wenn sie eine objektive Voraussetzung des Zuwendungsgeschäftes betrifft, ohne welche man nicht gewollt haben würde, wenn man um die mangelnde Voraussetzung gewusst hätte²³. Diese Auffassung klingt im Entwurf des Art.b von Paul Friederich v.Wyss nach (S.12): *Art.b Insbesondere tritt diese Verbindlichkeit nicht ein, wann die Umstände, deren Dasein oder Eintritt der Zuwendung eines Vermögensvorteiles, zur erklärten Voraussetzung dienten, nicht dagewesen, nicht eingetreten oder nachträglich weggefallen sind*²⁴. Doch fand der schweizerische Gesetzgeber an dieser Formulierung keinen Gefallen und ersetzte ihn durch die einfachere Version: *Inbesondere tritt diese Verbindlichkeit dann ein, wenn jemand ohne jeden gültigen Grund oder aus einem nicht verwirklichten oder nachträglich weggefallenen Grund eine Zuwendung erhalten hat*. Der Willkür ist dadurch hinreichend gewehrt, dass der subjektive Grund in der Billigkeit, im *aequum et bonum*, seine Grenze findet²⁵.

Die negative Umschreibung des Bereicherungstatbestandes als eine Bereicherung ohne Grund, erlaubte es schon Savigny, nicht nur die grundlose Vermögenszuwendungen, sondern auch grundlose Vermögensaneignungen unter den Tatbestand der ungerechtfertigten Bereicherung zu stellen. *Auch dasjenige aber kann kondiziert werden, sagt Savigny, was aus meinem Vermögen anders als durch meinen Willen in fremdes Eigentum übergeht, sei es dass der Andere durch seine Handlung oder durch zufällige Umstände auf meine Kosten bereichert werde*²⁶. Das ist Savignys Kurzfassung des Einheitstatbestandes der Bereicherung, und er reicht noch immer aus, der Bereicherung eine einheitliche Basis zu geben. *Die condictio sine causa umfasst demnach verschiedenartige Fälle: solche, die so dem freien*

²² Ulpian D 23,3,7,3; Callistratus, D 23,3,8; Ulpian D 23,3,9 pr.

²³ B.WINDSCHEID, Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung, 1850, 1; Huwiler, 68 f.

²⁴ Zur subtilen Unterscheidung zwischen dem wirklichen d. h. dem geäusserten, und dem eigentlichen d. h. unter einer Voraussetzung gegebenen Willen, siehe HUWILER, 58 f.

²⁵ So richtig KAUFMANN-BÜTSCHLI, insbes. die Zusammenstellung der Doktrin und Rechtssprechung, 72 ff. Schon Johann Caspar Bluntschli anerkennt den Grundsatz der Billigkeit, auch wenn sich im Zürcherischen Obligationenrecht von 1856, wie schon im Dresdner Entwurf keine Generalklausel findet. Dazu KAUFMANN-BÜTSCHLI, 26 ff.

²⁶ SAVIGNY, System, Bd.V Ziff.VIII, 523.

*Willen des gegenwärtigen Klägers, also einem Datum beruhen, solche die durch blossen Zufall, oder auch durch die Handlung des Beklagten herbeigeführt sind*²⁷.

Die Unterscheidung zwischen ungerechtfertigtem Erwerb mittels Leistungskondiktion und der Eingriffskondiktion und Zufallskondiktion ist nicht vorrangig. Dies war dem deutschen Gesetzgeber des BGB noch bewusst, als er in § 812 des BGB zwischen Leistungskondiktion und Kondiktion aus anderen Gründen unterschied. Der die *Kondiktion begründende Tatbestand* erfordere, lesen wir in den Motiven, lediglich *einen unmittelbar zwischen dem Benachteiligten und dem Bereicherten eingetretenen Vorgang*²⁸, worunter die rechtsgeschäftliche Tätigkeit, Eingriffe und Zufälle fallen dürften.

Der Einheitstatbestand der Bereicherung bewährt sich somit auch im Hinblick auf den Rechtfertigungsgrund, die *causa*. Ungerechtfertigt ist eine Vermögensmehrung immer dann, wenn sie gegen, ohne oder aufgrund eines irrigen Willens d. h. *sine causa* erfolgt ist. Selbst derjenige, der Eigentum an der Sache erlangt hat, kann den Wert der erlangten Sache nicht seinem Vermögen einverleiben, sie bleibt darin immer *aes alienum* und bewirkt ein ungerechtfertigtes *ex iniusta causa apud aliquem esse* (Ulp D 12,5,6)²⁹. Es fehlt ihr der rechtfertigende Grund: der Wille des Zuwendenden.

Vermögen umschliesst den Güterkreis, sagt Savigny, der dem subjektiven Willen unterworfen sind³⁰. Diesem Für-sich-haben-wollen entspricht der Bereich der subjektiven Rechte. Vermögen ist nur dann in gerechtfertigter Weise erworben, wenn der Erwerb im Einverständnis mit dem Zuwendenden erfolgt ist. Sonst liegt es grundlos beim Bereicherten und muss als *aes alienum* zurückerstattet werden.

²⁷ SAVIGNY, System, Bd.V Ziff.VIII, 524; so auch ibid. 110. *So geschieht es in der Tat, wenn mein Eigentum den andern bereichert, nicht in Folge meines gewährten Vertrauens, wohl aber in Folge einer irrigen Handlung (condictio indebiti), oder in Folge eigenmächtiger Handlung des Bereicherten, oder auch eines blossen Zufalls.*

²⁸ Motive, zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchers für das Deutsche Reich, Bd. 2: Recht der Schuldverhältnisse, 1888, 830.

²⁹ Ulpian D 12,5,6 siehe FN 16.

³⁰ SAVIGNY, System I, 339: *Durch beide Arten von Rechte also, Eigentum wie Obligationen, wird die Macht der berechtigten Person nach aussen, über die natürlichen Grenzen ihres Wesens hin, erweitert. Die Gesamtheit der Verhältnisse nun, welche auf diese Weise die Macht eines einzelnen erweitern, nennen wir das Vermögen desselben und Gesamtheit der darauf bezüglichen Rechtsinstitute das Vermögensrecht. Ferner Anm. b ... die durch das Dasein jener Recht uns zuwachsende Macht, das was wir durch sie auszurichten im Stande sind oder vermögen.* Dazu HUWILER, 53 Anm. 60

2.3. Zwischen Entreicherung und Bereicherung besteht eine funktionale Beziehung

Wiederum ergibt sich die Grundregel aus der Eigenart der Vermögensbereicherung: Die Rechtspflicht zur Rückleistung ist nicht die Folge einer ungültigen Leistung oder einer fehl gelaufenen Verfügung; der unmittelbare Grund der Rückleistung ist das im Vermögen des Bereicherten befindliche Gut, das demjenigen zurückzugeben ist, zu dessen Vermögen es zählt. Dies ist der unmittelbar Entreicherte oder zumindest derjenige, auf dessen Kosten die Bereicherung erfolgte³¹. Die Rückforderungsklage steht daher immer demjenigen zu, der die Zuwendung legitimieren kann. Hat er es nicht getan, so ist die Bereicherung unberechtigt und kann zurückgefordert werden.

Dieser Grundsatz gilt nicht nur für die Leistungskondiktion, sondern in gleicher Weise für Eingriffs- oder Zufallskondiktion. In beiden fehlt der Vermögensmehrung die Legitimation. Gegenstand der Bereicherung ist all das, was ohne legitimierenden Willen des Entreicherten in das Vermögen eines anderen gelangt, vorerst vorhandenes Vermögen, also Vermögensteile, Sachen, Geld u. s.f., ferner aber auch das, was der Entreicherte hätte gewinnen können, das aber, ohne sein Einverständnis, ein anderer für sich realisiert hat³². Z.B. der Bereicherte zieht Mietzins aus einer dem Entreicherten gehörenden Sache, die dieser nicht vermietete, noch vermietet hätte. Der vermögensmässigen Zuordnung nach ist der gewonnene Mietzins demjenigen Vermögen zuzuweisen, in dem sich die genutzte Sache befindet und dem diese Bereicherung entgeht³³.

Die Unmittelbarkeit des Verhältnisses zwischen Bereicherung und Entreicherung ist nicht auf das Leistungsverhältnis bezogen – bei der Eingriffskondiktion besteht gar keines – sondern auf die Vermögenslage, die aus dem Leistungs- oder Eingriffsvorgang resultiert und in der die beiden Vermögen funktional verbunden sind.

Dieser Vermögenszusammenhang bewährt sich auch in zwei Sonderfällen, in denen Bereicherung und Entreicherung über die mittelbare Leistung eines Dritten entsteht. Das Schweizerische OR kennt dafür keine Sonderregelung.

³¹ Diese Unterscheidung ist nicht ohne Bedeutung, denn nicht immer entspricht der Bereicherung auf der einen Seite eine spiegelbildliche Entreicherung auf der anderen, die Bereicherung dient nicht nur der Rückschiebung ungerechtfertigt verschobenen Vermögens. Es kommt auf die Zuordnung erworbenen Vermögens an, ist dies auf Kosten eines anderen geschehen, so ist es ihm zuzuordnen, auch wenn es nicht direkt aus seinem Vermögen stammt, wohl aber seinem Vermögen zugerechnet werden muss. HUWILER, 66, auch KAUFMANN-BÜTSCHLI, 230, ferner W.SCHLUEP, Über Eingriffskonditionen, *Mélanges Piotet*, 1990, 181 ff, I.SCHWENZER, (FN 21) 347 (Nr. 55.09).

³² Dazu schon PAUL-FRIEDERICH v.WYSS, *Motive*, 10,11; E.Bucher, OR. AT. 658 umschreibt das Verhältnis als sachlicher Zusammenhang. So auch KAUFMANN-BÜTSCHLI, 211 ff.

³³ BGE 119 II 437,442; W.SCHLUEP, (FN 31) 179 ff; I.SCHWENZER, OR. AT., Nr. 55.09, 348; BaK/SCHULIN Art. 62 Nr 19; *Commentaire Romand/PETITPIERRE*, art. 62 CO n° 11-13.

Wohl aber hat ihnen das deutsche BGB zwei besondere Paragraphen gewidmet, § 816 und § 822. Der erste regelt den Fall, in dem ein Nichtberechtigter über einen erworbenen Gegenstand unentgeltlich und zum Nachteil des Berechtigten zugunsten eines gutgläubigen Erwerbers verfügt. Obwohl die Sache über den vermittelnden Dritten und dank des gesetzlichen Gutgläubenserwerbs in das Eigentum des Erwerbers gelangt, so entsteht dennoch ein unmittelbarer Bereicherungsanspruch des entreicherten Ersten gegen den nun bereicherten Dritten. Weil der Unberechtigte an dem erworbenen Gegenstand kein Recht erlangt und ihn auch nicht in sein Vermögen einbringen kann, wird das Vermögen des unberechtigt Verfügenden davon gar nicht berührt, die Verfügung vermehrt direkt das Vermögen des bereicherten Dritten. Grössere Schwierigkeiten bereitet der zweite Fall, in dem jemand schenkungsweise an einen Dritten überträgt, was er als Bereicherung empfangen hat. Die Übertragung erfolgt somit über einen vorausgehenden, vermittelnden Erwerb des Schenkers. Auch hier wirkt dieser Erwerb im Vermögen des Erwerbenden nicht fort, weil sich dieser die Leistung vermögensmässig gar nicht zueignet, sondern unentgeltlich einem Dritten zuwendet.

Diesen beiden Lösungen, die schon das gemeine Recht kannte, folgt auch das schweizerische Recht³⁴. Schwierigkeiten entstehen erst, wenn man die Bereicherung, anstatt sie auf den unmittelbaren Vermögenszusammenhang zu beziehen, in die sie bewirkenden Leistungen zerlegt. Dann wird der vermögensrechtliche Zusammenhang zwischen dem Entreicherten und dem mittelbar Bereicherten und daher auch der Durchgriff über den Vermittelnden hinweg auf den bereicherten Dritten zum Problem. Eigentum geht erst dann in das Vermögen des Erwerbenden ein, wenn er sich auch den Vermögenswert der Sache zueignen will. Im Falle des unberechtigt Verfügenden kann dieser den Vermögenswert seinem Vermögen gar nicht inkorporieren und ist daher auch nicht befugt, den Vermögenswert einem Dritten zuzuwenden. Der bereicherte Dritte erlangt die Bereicherung nach dem Willen des Verfügenden, doch unberechtigtweise und zu Lasten des Ersten. Anders liegen die Verhältnisse im Falle des weiterschenkenden Erwerbers. Dieser könnte die geschenkte Sache sehr wohl in sein Vermögen einbeziehen, er tut es aber nicht, weil er sie unentgeltlich weitergegeben hat und damit bekundet, dass er sie nicht in sein Vermögen inkorporieren will. Der Dritte erwirbt den Vermögenswert direkt vom dem wirklich entreicherten Ersten, über die vermittelnde Leistung des Schenkenden. Auf jeden Fall hat dies nichts mit der Beständigkeit des Vertrauens zu tun, wie das BGE meint³⁵, sondern lässt sich nur begründen, wenn man klar zwischen dem Eigentumserwerb am übereigneten Gegenstand und der vermögensrechtlichen Bewegung von einem Vermögen in das andere unterscheidet.

³⁴ Zur Schweizerischen Lösung siehe v.TUHR/PETER, Allg.Teil, 515 ff E.BUCHER, OR. AT. 678; KAUFMANN-BÜTSCHLI, 250 ff; I.SCHWENZER, OR. AT. Nr. 58.16, 366.

³⁵ BGE 110 II 228, 233 f.

Auf diesem Weg sind auch alle Fälle der Anweisung zu lösen. Bei der Anweisung geht die Vermögenszuwendung vom Anweisenden aufgrund des Valutaverhältnisses direkt an den Anweisungsempfänger, der diese auch als Zahlung des Anweisenden und nicht des Angewiesenen entgegennimmt. Ist das Valutaverhältnis ungültig, so fehlt in der Regel auch der Zuwendungswille des Anweisenden und daher ist er direkt zur *condictio* zugelassen³⁶.

Das Testfeld für die Dreiecksverhältnisse in der Anweisung ist der Fall des Doppelmangels geworden, bei dem sich die Frage stellt, was geschieht, wenn sich nach vollzogener Anweisung sowohl das Valuta- wie auch das Deckungsverhältnis als ungültig erweisen³⁷.

Die Lösung in den drei verbundenen Leistungsverhältnissen zu suchen, wie dies in der deutschen Lehre immer wieder versucht wird³⁸, führt in eine ausweglose Situation. Betrachtet man die Kondiktion als Rückforderung der erbrachten Leistungen, so kann der Angewiesene seine Zahlung vom Anweisenden nicht zurückfordern, denn wegen des ungültigen Valutaverhältnisses hat der Angewiesene für den Anweisenden gar nicht wirksam zahlen können. Darum ist dieser auch gar nicht leistungsbereichert. Mit dem Zahlungsempfänger wiederum steht der Zahlende in keinem Leistungsverhältnis, das eine bereicherungsrechtliche Rückzahlung rechtfertigen könnte. Seine Zahlung hat er irrtümlich aufgrund einer nicht bestehenden Anweisung erbracht. Der Doppelmangel führt an einen toten Punkt. Um ihn zu überwinden, will man – so ein letzter Vorschlag – dem Angewiesenen gegen den Zahlungsempfänger eine Kondiktion *aus anderen Gründen* zuerkennen, die ihm subsidiär bei leerlaufender Leistungskondiktion zu Verfügung stehe³⁹. Es braucht Mut, eine solche dogmatische Konstruktion ernst zu nehmen.

Betrachtet man das Dreiecksverhältnis nicht als Leistungsdreieck, sondern unter dem Gesichtspunkt der Vermögenszuwendungen und deren vermögens-

³⁶ Im schweizerischen Recht unstrittig. BaK/SCHULIN Art. 62 OR Nr 61 ff, insb. 71 ff, Commentaire Romand (PETITPIERRE) art. 62 CO insb. n°. 21 ff; ferner Siehe v. TUHR/PETER, Allg.T., 477 f Anm. 27 und 28; H.G.KOPPENSTEINER/E.KRAMER, Ungerechtfertigte Bereicherung, 2. Aufl. 1988, 27 f; I.SCHWENZER, (FN 21) Nr 56.18 ff, 355.

³⁷ B.KUPISCH, Gesetzespositivismus im Bereicherungsrecht, Zur Leistungskondiktion im Drei-Personenverhältnis, 1978, 21 f, 81 ff; DERS., Rechtspositivismus im Bereicherungsrecht, Beiträge, 263; DERS., Bankanweisung und Bereicherungsrecht, Beiträge, 81 ff.

³⁸ K.LARENZ/CANARIS, Lehrbuch des Schuldrechts, Bes.Teil, 14. Aufl. 1988, Bd. II, 2, § 70, 204 f; D.MEDICUS, Schuldrecht Bes.Teil, 17. Aufl, 1996, Rdn. 726 ff, 357, KOPPENSTEINER/KRAMER, (FN 36), § 6, II, 38.

³⁹ J.ESSER/WEYER, Schuldrecht II, 2, 8. Aufl, 2000, § 50, IV. Bereicherung, 1983, D.MEDICUS, Bürgerliches Recht, 17. Aufl. 1996, Rdn. 727; K.LARENZ/CANARIS, Lehrbuch des Schuldrechts, Bes.Teil, 14. Aufl. 1988, Bd. II, 2, § 70, III, b-d, 214 f; KUPISCH, Beiträge, Rechtspositivismus im Bereicherungsrecht, 276. Diese Verwendung des Subsidiaritätsprinzips ist der schweizerischen Lehre fremd. Subsidiär ist der Bereicherungsanspruch bezüglich vertraglicher, deliktischer oder realer Ansprüche.

rechtlichen Fortwirkung nach der erfolgten Zahlung, so ergibt sich ein viel einfacherer Lösungsweg.

Erstens steht fest, dass der Anweisungsempfänger durch denjenigen Betrag bereichert ist, den der Anweisende ihm über die Zahlung des Angewiesenen zuwenden wollte. Entfällt der rechtfertigende Grund, so steht dem Anweisenden die Kondiktion offen. Die Zahlung liegt als *aes alienum* im Vermögen des Empfängers und zwar aufgrund der vom Angewiesenen für ihn vorgenommenen Zahlung. Das ungültige Deckungsverhältnis geht den Zahlungsempfänger nichts an und ändert auch nichts daran, dass er die Zahlung dem Anweisenden zuzurechnen hat.

Ist zugleich das Deckungsverhältnis des angewiesenen Zahlers ungültig, so steht zweitens fest, dass der Angewiesene sich an den Anweisenden halten kann, um vom Anweisenden die für ihn an den Empfänger geleistete Zahlung als Bereicherung zurückzuverlangen. Der Angewiesene hat an den Empfänger geleistet, zwar ohne gültige Deckungscausa, aber doch mittels einer Zuwendung, die dieser für den Anweisenden vornahm und die der Empfänger als Zahlung des Anweisenden entgegennahm (nach deutscher Terminologie: im Empfängerhorizont stand der Anweisende). Dass das Valutaverhältnis mangelhaft war, kann dem Angewiesenen nicht zugerechnet werden, weil es ihn gar nicht berührt. Seine Zahlung wirkt sich als Bereicherung des Anweisenden aus, für den er auf Grund der Anweisung auch wirklich gezahlt hat. Diese Zahlung wirkt im Vermögen des Anweisenden fort, und, da sie wegen des mangelhaften Deckungsverhältnisses ohne Rechtsgrund erfolgt ist, steht dem Angewiesenen die Kondiktion gegen den Anweisenden zu. Natürlich richtet sich diese direkt auf den Vermögenswert und nicht etwa auf Abtretung der (risikobelasteten) Forderung gegen den Anweisungsempfänger.

Reiht man die Rückforderungen in ihren funktionalen Bereicherungsablauf, so wird (vorerst) der Anweisende die für ihn erfolgte grundlose Zahlung kondizieren, während der Angewiesene (darnach) vom diesem und nicht vom Empfänger seine Zahlung zurückverlangt. Dies entspricht dem Richtungssinn der Vermögenszuwendungen, die schon die römischen Juristen, ohne theoretisches Aufheben, in einfachster Weise für den Fall, in der die Anweisung an einen Schuldner der Umgehung des Schenkungsverbotes zwischen Eheleuten dienen sollte, so formuliert haben D 39,5,21,1: *nam ... earum rerum gestum ordinem futurum, ut pecunia a te a debitore tuo, deinde a te ad mulierem perveniret*⁴⁰.

Ob, wie und wann der Anweisende beim Empfänger die Bereicherung herausfordert, braucht den Angewiesenen überhaupt nicht zu kümmern, der Anweisende ist schon mit vollzogener Zahlung an den Anweisungsempfänger bereichert. Bei ungültigem Valutaverhältnis entsteht die Bereicherungsforderung sogleich als Aktivum im Vermögen des Anweisenden. Die Zahlung des

⁴⁰ Dazu auch B. KUPISCH, Der Gedanke des « als ob », Beiträge, 320 ff.

Angewiesenen an den Empfänger hat vermögensrechtlich kein eigenes Gewicht. Sie ist ohne Grund, nicht weil dieser ungültig wäre, sondern weil die Zahlung gar keinen eigenen Grund hatte. Sie wirkt im Vermögen des Empfängers als Zuwendung des Anweisenden fort und im Vermögen des Anweisenden als Zuwendung des Angewiesenen, eine Vermögenswirkung zwischen dem zahlenden Angewiesenen und dem Empfänger gibt es nicht⁴¹.

3. Der komparatistische Zusammenhang im Europäischen Bereicherungsrecht

Die eigentliche Bedeutung der Generalklausel des schweizerischen OR erhält erst im grösseren Zusammenhang des europäischen Zivilrechtes Gewicht. Sie steht der französischen Lehre der Quasi-Kontrakte und der *actio in de rem verso* entgegen und nimmt zugleich Distanz zur neueren deutschen Lehre von der Leistungs- und Eingriffskondiktion.

Der Rückgriff des französischen Rechts auf die Quasi-Kontrakte – Randsplitter der justinianischen Institutionen – bedeutet, dass die Bereicherung als ein Rückleistungsmechanismus im Rahmen der rechtsgeschäftlichen Obligationen verstanden wird⁴². Die quasi-vertragliche Konstruktion beruht auf einer analogen Übertragung der *negotiorum gestio* und des *mutuum* auf Bereicherungsfälle. Dies ist die klassische französische Lehre, für die Pothier verantwortlich zeichnet⁴³. Die Möglichkeit, die Bereicherung parallel zur Vindikation auf der vermögensrechtlichen Ebene zu regeln, war endgültig vom Tisch. In der Tat, konstruiert man die Rückgabe der Bereicherung mit Hilfe der Konträrklage der *negotiorum gestio* oder der Darlehensklage, so muss man das Rückleistungsverhältnis einem vertraglichen Schuldverhältnis angleichen. Darum ist es nur konsequent, wenn art. 1235 CC erklärt: *tout paiement suppose une dette, ce qui a été payé sans être dû est sujet de répétition*. Die quasi-vertragliche Rückleistungspflicht ist auf schuldrechtliche Sach- und Geldleistungen beschränkt,

⁴¹ B.KUPISCH, Anweisung und wirtschaftliche Betrachtungsweise im geltenden Recht, Beiträge, 325 ff, bezeichnet diese Durchgangsbewegung als wirtschaftliche Leistungsbewegung. Dagegen ist nichts einzuwenden, auch wenn die Bezeichnung *wirtschaftlich* keinen rechtlichen Sinn hat. Besser und einfacher ist es, sie im Gegensatz zur Leistungsbewegung als Vermögensbewegung zu bezeichnen. Dies hat noch den Vorteil, den Gegensatz zwischen der vermögensrechtlichen und der leistungsrechtlichen Vermögensbewegung klarzustellen. Es geht in der Tat nicht um den wirtschaftlichen Sinn der Güterbewegung, sondern um ihre korrekte vermögensrechtliche Abwicklung.

⁴² Dazu die vorzügliche Darstellung bei, PH.RÉMY, Les restitutions dans un système de quasi-contrats: l'expérience française, Atti del congresso *Aristec*, 2005, 73 ss.

⁴³ J.R.POTHIER, Traité des obligations, éd.Bugnet, 1848, Section II: Des autres causes des obligations § 1 Des quasi-contrats, n°113 f; ferner Traité du contrat du mandat, Appendice, Du quasi-contrat *negotiorum gestio*, n°167 ss; Traité du prêt de consommation et des matières qui y ont rapport, Ille partie, Du quasi-contrat appelé *promutuum* et de l'action *condictio indebiti*, n°132 s.

erfasst aber nicht Dienstleistungen und Zuwendungen tatsächlicher Art. Dafür wurde mit dem *Arrêt Boudier* eine dritte Klage eröffnet, die *actio de in rem verso*⁴⁴. Doch führt dieser zusätzliche Klageweg zu keiner ausgewogenen Dreiteilung, weil die *actio de in rem verso* auf keinem Quasikontrakt beruht und auch gar nicht für schuldrechtliche Rückleistungen vorgesehen war, sondern allgemein der Restitution von Vermögensaufwand dienen sollte.

Eigentlich hätte die Zulassung der *actio de in rem verso*, in der Weise wie sie im *Arrêt Boudier* formuliert wurde, das System der Quasikontrakte aus den Angeln heben können. Die Ansätze zu einer allgemeinen Lösung auf der Vermögensebene finden sich in der Doktrin des 19. Jahrhunderts bei Toullier und insbesondere bei Aubry und Rau, die noch immer bemerkens-, und überlegenswert sind⁴⁵. Sie verbinden den Eigentumsersatz mit dem Vermögenswert. Die Rückforderung würde dann nicht dazu dienen, eine unberechtigte Leistung im Rahmen eines Quasikontrakts zurückzuholen, sondern, in Parallele zur Vindikation, mittels einer quasidinglichen Rückforderung an die Bereicherung zu gelangen. Mit ihr sollte wertmässig das ausgeglichen werden, was unentgeltlich in das Vermögen eines anderen gelangt war.

Die französische Praxis und Lehre sind aber auf dem Weg der Quasikontrakte verblieben. Das hat seinen Grund nicht nur in der traditionsbewussten Doktrin und ihrer gesetzlichen Verfestigung im CC, sondern auch im beharrenenden Gewicht der Rechtsprechung. Ist ihr dies vorzuwerfen, ist dieser Weg der schlechtere? Mag die Spezialisierung der *condictiones* nach quasivertragsrechtlichen oder quasidinglichen Elementen dogmatisch ziemlich fragwürdig sein, praktisch hat sie nach französischer Auffassung doch die Nähe zu spezifischen ökonomischen oder sozialen Bereicherungsgebieten für sich, in denen sie sich offenbar bewährt: die *condictio indebiti* im Bereich des Zahlungsverkehrs der Geldinstitute, die *negotiorum gestio* im Bereich beruflicher Geschäftsführung, die *actio de in rem verso* im Bereich der familiären Vermögenskontakt⁴⁶.

Auch vom Deutschen BGB und der deutschen Lehre setzt sich die schweizerische Lehre und Rechtsprechung ab; gewiss etwas verunsichert und zurückhaltend. Der Gesetzgeber des BGB hat sich zu keinem generellen Tatbestand der Bereicherung durchringen können, sondern ist auf halbem Weg stehen geblieben. Das BGB teilt die Bereicherungen in zwei Gruppen ein: in die Leistungs- und Eingriffskondiktion (die Kondiktion aus anderen Gründen) und behandelt sie nicht im Allgemeinen, sondern im Besonderen Teil. Die allgemeine Bestimmung des § 812 I BGB war vorerst nur als ergänzende und zusammenfassende Schlussregel gedacht und wurde erst aufgrund der Kritik

⁴⁴ ARRÊT BOUDIER: Cass.req. 15 juin 1892, DP 1892.1.596, 281,n. Patureau-Miran.c.Boudier.

⁴⁵ C.B.M. TOULLIER, Le droit civil français suivant l'ordre du Code, 5. Aufl. 1838) II, (n° 19 et 20) 26; AUBRY ET RAU, Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae, 5. Aufl., Bd. 9, 593 f.

⁴⁶ PH. RÉMY, (FN. 42), II. L'action de in rem verso, 84 ss.

Gierkes, der auf den Eingangsartikel des OR hinwies, auch im BGB an die Spitze gesetzt⁴⁷.

Diese undeutliche Regelung ist Hauptgrund für die Diskussion, welche die deutsche Lehre schon seit langem beschäftigt. Die ältere Lehre hielt an einem einheitlichen, auf die Billigkeit gestützten Tatbestand der Bereicherung fest, allerdings unter Zulassung einiger Ausnahmen. Die neuere, von Wilburg und v. Caemmerer entwickelte Theorie hingegen lehnt eine Einheitslösung entschieden ab⁴⁸. Leistungs- und Eingriffskondiktion stehen auf unterschiedlichen Grundlagen: die Leistungskondiktion ist eine Rückleistung rechtsgeschäftlicher Art, während die Eingriffskondiktion als eine Korrektur der Rechtsfortwirkung gestörten Eigentums verstanden wird. Die Grundlage der Bereicherung in der Billigkeit zu suchen, hielt man für überflüssig und überholt⁴⁹.

Die von Wilburg und v. Caemmerer etablierte Zweispurigkeit hat zu einem Übermass an Theoriebildungen und Theorieumbildungen geführt, in denen sich niemand mehr zurecht findet⁵⁰. Hartnäckig hält man daran fest, die *causa* der Leistungskondiktion sei in dem nicht erreichten Zweck zu suchen, die nicht die Gültigkeit der Leistung, wohl aber das Behaltendürfen der Leistung in Frage stelle. Daher rücke Leistungskondiktion in die Nähe einer rechtsgeschäftlichen Anfechtung, die auf die Rückgabe der Leistung ziele. Die Eingriffskondik-

⁴⁷ Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. II: Recht der Schuldverhältnisse, 1888, 851f; dazu HUWILER, inbs. 78, Anm. 255 und 256. In der heutigen deutschen Lehre gibt es gewichtige Stimmen, die sich für einen einheitlichen Bereicherungstatbestand aussprechen: B. KUPISCH, Einheitliche Voraussetzungen des Bereicherungsanspruches – ein Missgriff des Gesetzgebers?, Beiträge, 125 ss; schon E. WOLF, Lehrbuch des Schuldrechtes, Bd. II, 1978, § 19 V a 2 446.

⁴⁸ W. WILBURG, Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht, Kritik und Aufbau, 1934; E. V. CÄMMERER, Bereicherung und unerlaubte Handlung, in Festschrift f. E. Rabel, Bd. I, 1954, 333f. Zu der heutigen Beurteilung dieser Standardwerke aus der Sicht der schweizerischen Lehre vom Einheitstatbestand der Bereicherung, siehe die zutreffende Kritik bei HUWILER, 75 ff. Auch die schweizerische Lehre steht unter dem Einfluss dieser Zweiteilung. Unglücklich insbes. BGE 123 III 107 E 3a, der die Sonderregeln Art. 63 I (und wohl auch Art. 62 II) nicht der allgemeinen Regel Art. 62 I unterstellen will. So leider auch E. BUCHER, Allg. Teil § 34 IV c, 667. Dagegen HUWILER, 41 ff. Die einheitliche, alle Bereicherungsfälle umfassende Regel verlangt, dass alle Vermögensmehrungen, die sich in ungerechtfertigter Weise d. h. ohne legitimierenden Rechtsgrund, im Vermögen des Bereicherten befinden, dem Entreicherten zurückzuerstatten sind. Im Falle der Leistungskondiktion bedeutet dies: der Entreicherte hat das Fehlen des konkreten rechtsgeschäftlichen Grundes, der die Vermögenszuwendung rechtfertigen sollte, nachzuweisen, in den Fällen der Eingriffskondiktion genügt der Nachweis, dass die Bereicherung von demjenigen nicht legitimiert wurde, auf dessen Kosten der Eingriff erfolgte. Im Grunde sind dies nur zwei unterschiedliche, der Vermögensmehrung angepasste Beweisthemen. Dies rechtfertigt sie unter diesem Gesichtspunkt zu unterscheiden und gesondert darzustellen. Alles, was darüber hinaus geht, ist nicht von Gutem.

⁴⁹ So W. WILBURG, aO. 19: Für den Bereicherungsanspruch als fertiges Recht aber sind Billigkeit und Gerechtigkeit ausgediente Helfer; so auch E. V. CÄMMERER, Grundprobleme des Bereicherungsrechts. Ges. Schriften, Bd. 1, 1968, 370, 375.

⁵⁰ So schon K. LARENZ, 11. Aufl. 1977, Vorwort; KUPISCH, (FN 37), 9; KOPPENSTEINER/KRAMER, (FN 36) 20. U. a. m. Die Diskussion leidet zudem in der deutschen Lehre noch an dem Home-made Problem der abstrakten Eigentumsübertragung, die durch die Bereicherung ausgeglichen werden muss.

tion, die hier nicht hineinpasst, sei hingegen in einer gestörten Eigentumsfortwirkung zu suchen⁵¹. Der Begriff der Vermögenszuwendung, die der kluge Savigny eingeführt hatte, wird durchgehend mit dem Leistungsbegriff gleichgesetzt⁵². Die Bereicherung wird als schuldrechtliches Leistungs- und Rückleistungsverhältnis, nicht als vermögensrechtliche Zuwendung verstanden. Dies führt schliesslich zu merkwürdigen Vorstellungen. Wie soll man etwa verstehen können, dass in die schuldrechtliche Leistungspflicht noch eine subtile, einseitige finale Leistungszweckbestimmung der Zuwendung hineinzudenken ist, die dann, wenn sie nicht erreicht wird, die bereicherungsrechtliche Rückleistungspflicht auslöst? Die *causa* der Leistung liege eben vorn, nicht hinten, werde nicht in Rücksicht auf die Verbindlichkeit, sondern in Voraussicht des angestrebten Erfolges geleistet; die zukunftsorientierte Zweckvorstellung der leistenden Partei sei massgeblich, *causa* sei weniger Grund als vielmehr Absicht⁵³. Bereicherung wird zum Annex schuldrechtlicher Abwicklungsansprüchen, die bei Darlehen, Leihe, Verwahrung, beim Rücktritt und bei der Wandlung entstehen. Gerade das ist die *conductio*, die Bereicherungsklage nicht; sie gehört in das Recht der Vermögenszuwendungen, wo sie die Alternative zur Vindikation bildet.

4. Haec conductio ex bono et aequo introducta quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur revocare consuevit. Pap. D 12.6.66

Das europäische Bereicherungsrecht erscheint wie ein unübersehbares Geleisnetz. Man weiss nicht mehr, wohin man es schieben soll: auf die Geleise der Quasikontrakte, der *actio de in rem verso*, der Leistungs- oder Eingriffskonditionen, der *conductio indebiti*, oder auf das andere, das noch dazu erfunden wurde. Und dennoch, die grundsätzliche Weisung *nemo cum alterius detrimento locupletior fieri* scheint doch so einfach, dass sie im unmittelbaren Rechtsempfinden spontane Zustimmung findet.

⁵¹ E.V.CÄMMERER, Bereicherung und unerlaubte Handlung, aO.342: die Leistungskondition als Rückabwicklung von Leistungen nach Erledigung des Kausalverhältnisses. Dazu auch zu Recht HUWILER, aO 76 f.

⁵² Für alle: P.SCHLECHTRIEM, Schuldrecht, Bes.Teil, N 722: *Leistung als bewusste, zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens*.

⁵³ D.REUTER/M.MARTINEK, Ungerechtfertigte Bereicherung, 1983, 88, H.EHMANN, Über den Begriff des rechtlichen Grundes im Sinne des § 812, NJW 1969, 401, noch komplexer, DERS., Zur Causa-Lehre, JZ 14, 2003, 702 ff; ferner H.WEITNAUER, Zweck und Rechtsgrund der Leistung, in Ungerechtfertigte Bereicherung, Symposium f. Detlef König, 1984, 25 ff; dagegen B.KUPISCH, Leistungskondition bei Zweckverfehlung, zum causa-Problem im Zivilrecht, Beiträge, 187 f; ferner DERS., Der BGH und die Lehre vom subjektiven Rechtsgrund, Beiträge, 233 ff, 238.

Die römischen Juristen sind nicht unschuldig an dieser Verwirrung. Eine Klage für eine Rechtslage zu erfinden, wo kein Delikt, kein Vertrag und kein Eigentum, sondern lediglich eine grundlose Vermögensmehrung vorliegt, ist kein leichtes Unternehmen. Sie griffen zu der aus den *legis actiones* stammenden *condictio*, die sie zu einer eigentlichen Vermögensrückforderungsklage umdeuteten: *Haec condictio ex bono et aequo introducta quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur revocare consuevit*, (Papinianus D 12.6.66)⁵⁴. Bereicherung hat sich aus Gründen der Billigkeit durchgesetzt, um eine Vermögenslage zu berichtigen, die aus dem Gleichgewicht geraten ist. Dies ist die Funktion der *condictio*. Windscheid hat hierzu – ob historisch richtig oder nicht – eine treffliche Bemerkung gemacht: *Die Bereicherung ist eben nicht stricti iuris, aber stricti iudicii*⁵⁵.

Ursprünglich war die *condictio* zur Rückforderung, einer *certa res* oder *certa pecunia* bestimmt und zwar aufgrund der blossen (vom Kläger zu beweisenden) Tatsache, dass sich im Vermögen des Schuldners eine Geldsumme oder eine bestimmte Sache befand, die, weil *data* (Darlehen), *expensilata* (als Darlehen umgebucht) oder *stipulata* (förmlich versprochen) dort nicht bleiben durfte, sondern zurückzugeben sind. Mit der *vindicatio* konnte man nur körperliche Sachen, aber weder ausgeliehenes Geld, noch Saatgetreide zurückfordern. Dazu bedurfte es einer Schuldklage – eines *dare oportere* – um das *im Grunde* fremde Gut – das *aes alienum* – aus dem Vermögen des Schuldners herauszubekommen. Zum Beweis, dass es *im Grund fremd* war, genügte aber die blosser Tatsache, es gegeben, gestundet oder geliehen zu haben, denn damit war das Faktum der Fremdzugehörigkeit erwiesen⁵⁶.

Den klassischen Juristen bot die *condictio* so die Möglichkeit, eine Bereicherungsklage zu schaffen, die keinen Delikts-, noch einen Vertragsgrund, sondern allein den erwiesenen Tatbestand der Fremdzugehörigkeit verlangte. Als fremd galt ein Gut allerdings nur dann, wenn es in unbilliger Weise in das andere Vermögen gelangt war. Die Klage wurde *ex aequo et bono* eingeführt und zeigt, wie sich in der römischen Jurisprudenz ein neues Billigkeitsbewusstsein

⁵⁴ HUWILER, 45.

⁵⁵ B. WINDSCHEID, Lehrbuch der Pandekten, Bd. 2, 9. Aufl., ed. Kipp, 886 Anm. 1.

⁵⁶ Einen unmittelbaren Einblick in die Handhabung und Funktion der *condictio* gibt Cicero selbst, der diese Klage im Rahmen seiner Rede *pro Roscio comoedo* entwickelt, 4,14: ... *pecunia petita est ... haec pecunia necesse est aut data aut expensa lata aut stipulata. Datam non esse Fannius confitetur, expensum latam non esse codices Fanni confirmant, stipulatam non esse taciturnitas testium concedit. Die Klage lautet auf eine bestimmte Geldsumme; diese Summe wurde weder bar gezahlt, noch schriftlich umgebucht, noch förmlich versprochen, nicht bezahlt wie Fannius selbst eingesteht, nicht kreditiert wie die Bücher beweisen, nicht stipuliert wie aus dem Schweigen der Zeugen hervorgeht. Demnach verlangt die *condictio* vom Kläger nicht mehr, als das Faktum nachzuweisen, dass sich ein Vermögenswert als ein *aes alienum* im Vermögen des Beklagten befindet, ein fremdes Gut, das dem Kondizierenden zusteht. Gezahltes, kreditiertes (*litteris*) oder stipuliertes Geld sind sich als Vermögenswerte gleich. Scheitert der Beweis dieses Faktums, so wird die Klage, wie Cicero verlangt, abgewiesen. Siehe auch B. SCHMIDLIN, Droit privé romain, Bd. 2, 2010, 27 f.*

durchsetzte⁵⁷. Die Klage verlangte deshalb eine kasuistische Ausmessung dessen, was als billig oder unbillig zu gelten hatte.

Die *conductio* zielt, wie die römische *conductio certi* oder *incerti*, strikt auf eine fest bestimmte oder fest bestimmbare Bereicherung, deren Umfang aus dem Schnitt der Vermögen vor und nach der Bereicherung resultiert. Nicht die Zuordnung der Vermögenselemente, sondern nur die Grundlage der Rückforderung beruht auf der Billigkeit, auf der *aequitas*, die im aristotelischen Sinne eine Korrektur an der objektiven Rechtslage immer dann verlangt, wenn sich diese mit der legitimen subjektiven Interessenlage nicht deckt.

Die Billigkeit entzieht der Rückforderung alles Willkürliche, Zufällige und Egoistische. Nicht jeder mangelnde Rechtsgrund und nicht jeder mangelhafter Zuwendungswille berechtigt zum Ausgleich. Ein Ausgleich ist nur dann legitimiert, wenn die Vermögenslage in einen äusseren rechtlichen Zustand geraten ist, dem keine innere Berechtigung entspricht. Zu einer inneren Berechtigung genügt, damals wie heute, schon eine Naturalobligation oder eine sittliche Pflicht⁵⁸. Sie unterliegen keiner Rückforderung, ebenso wenig wie die Erfüllung verjährter Forderungen, weil sich die objektive äussere Rechtslage und die sittliche Billigkeit hier nicht widersprechen.

Die *aequitas* erweist sich als das normative Element der Vermögensordnung. Nicht das blosse neutrale *factum* der fehlgelaufenen Leistung, noch der verfehlt Zweck begründet die Rechtspflicht der Rückleistung, sondern die in das Vermögen des Bereicherten in unbilliger Weise inkorporierte Wertmehrung. Als inkorporierter Wert kann dieser nicht vindiziert, sondern nurmehr kondiziert werden. Die der Vermögensordnung immanente normative *aequitas* erzeugt eine klagbare Verpflichtung des Bereicherten, das fremde Gut, das *aes alienum*, demjenigen zurückzugeben, der es zurückfordert und dem es billigerweise zusteht.

Wer wie Wilburg glaubt⁵⁹, dass für den Bereicherungsanspruch Billigkeit und Gerechtigkeit als Helfer ausgedient hätten, hat die gesamte Dogmengeschichte gegen sich. Bereicherungsausgleich erfolgt als Rückgabe der ungerechtfertigt inkorporierten Vermögensmehrung. Eine gesetzlich gültig entstandene, aber unbillige Rechtslage soll durch den Wertausgleich nach dem Grundsatz der *aequitas* berichtigt werden.

⁵⁷ Siehe HUWILER, 43 ff mit weiteren Hinweisen.

⁵⁸ Ulpian D 44,7,10 insb. 46,1,16 4...*soluta pecunia repeti non potest*; OR Art. 63 II.

⁵⁹ Siehe Anm. 49.

XIV. An der Stelle eines Nachwortes

En guise de postface

FRIEDERICH CARL VON SAVIGNY,

Aus der Vorrede zum System des heutigen römischen Rechts¹

... Die geschichtliche Ansicht der Rechtswissenschaft wird völlig verkannt und entstellt, wenn sie häufig so aufgefasst wird, als werde in ihr die aus der Vergangenheit hervorgegangene Rechtsbildung als ein Höchstes aufgestellt, welchem die unveränderte Herrschaft über die Gegenwart und Zukunft erhalten werden müsse. Vielmehr besteht das Wesen derselben in der gleichmässigen Anerkennung des Wertes und der Selbständigkeit jedes Zeitalters, und sie legt nur darauf das höchste Gewicht, dass der lebendige Zusammenhang erkannt werde, welcher die Gegenwart an die Vergangenheit knüpft, und ohne dessen Kenntnis wir von dem Rechtszustand der Gegenwart nur die äussere Erscheinung wahrnehmen, nicht das innere Wesen begreifen. In besonderer Anwendung auf das Römische Recht geht die geschichtliche Ansicht nicht, wie von vielen behauptet wird, darauf aus, demselben eine ungebührliche Herrschaft über uns zuzuwenden; vielmehr will sie zunächst in der ganzen Masse unseres Rechtszustandes dasjenige auffinden und feststellen, was in der Tat Römischen Ursprungs ist, damit wir nicht bewusstlos davon beherrscht werden; dann aber strebt sie, in dem Umkreis dieser Römischen Elemente unsres Rechtsbewusstseins dasjenige auszuscheiden, was davon in der Tat abgestorben ist, und nur durch unser Missverständnis ein störendes Scheinleben fortführt, damit für die Entwicklung und heilsame Einwirkung der noch lebendigen Teile jener Römischen Elemente um so freier Raum gewonnen werde.

JEAN-ETIENNE-MARIE PORTALIS,

Discours préliminaire du premier projet de Code civil

... Nous avons fait, s'il est permis de s'exprimer ainsi, une transaction entre le droit écrit et les coutumes toutes les fois qu'il nous a été possible de concilier leurs dispositions, ou de modifier les unes par les autres, sans rompre l'unité du système et sans choquer l'esprit général. Il est utile de conserver tout ce qu'il n'est pas nécessaire de détruire: les lois doivent ménager les habitudes, quand ces habitudes ne sont pas des vices. On raisonne trop souvent comme si le genre humain finissait et commençait à chaque instant, sans aucune sorte de communication entre une génération et celle qui la remplace. Les générations en se succédant, se mêlent, s'entrelacent et se confondent. Un législateur

¹ F.C.VON SAVIGNY, System des heutigen römischen Rechts, 1840. Bd. 1, Vorrede XIV f.

isolerait ses institutions de tout ce qui peut les naturaliser sur la terre, s'il n'observait avec soin les rapports naturels qui lient toujours, plus ou moins, le présent au passé, et l'avenir au présent, et qui font qu'un peuple à moins qu'il ne soit exterminé ou qu'il ne tombe dans une dégradation pire que l'anéantissement, ne cesse jamais, jusqu'à un certain point, se ressembler à lui-même. Nous avons trop aimé, dans nos temps modernes, les changements et les réformes : si, en matière d'institution et de lois, les siècles d'ignorance sont le théâtre des abus, les siècles de philosophie et de lumières ne sont que trop souvent le théâtre d'excès²

IMMANUEL KANT

Metaphysik der Sitten, Rechtslehre³

Das allgemeine Recht ist nur ein einziges

Freiheit (Unabhängigkeit von eines anderen nötiger Willkür) sofern sie mit jedes anderen Freiheit nach einem allgemeinen Gesetz zusammen bestehen kann, ist dieses einzige, ursprüngliche jedem Menschen kraft seiner Menschheit zustehende Recht.

² P.A. FENET, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, 1827(repr.1968), t.1, 481 f

³ IMMANUEL KANT, Metaphysik der Sitten, Rechtslehre, B. Allgemeine Einteilung der Rechte, Studienausgabe, Suhrkamp Bd. 8, 345

Erstveröffentlichung

Alle Veröffentlichungen sind überarbeitet, die Literatur habe ich, soweit sie mir zuänglich und hilfreich war, weitergeführt. Je remercie Anouchka Offenstein et Anne Schmidlin pour la correction diligente et soignée des textes français.

Gibt es ein gemeineuropäisches System des Privatrechts. Eine allgemeinen Betrachtung « über den Beruf unserer Zeit zu einer europäischen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft » in « Vers und droit privé européen commun ? – Skizzen zum gemeineuropäischen Privatrecht, Beiheft zur Zeitschrift für Schweizerisches Privatrecht, Heft 16, 1994, 33 ss

Die Vertragsmodelle des europäischen Privatrechts: Das naturrechtliche Modell der Versprechensübertragung, das pandektistische Modell der vereinigten Willenserklärung, in Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, 1999, 187 ss

Le sort du contrat résolu ou annulé: l'effet *ex tunc* ou la liquidation du contrat par la *in integrum restitutio*, Mélanges pour C.A. Cannata, 1999, 333 ss

La responsabilité fondée sur la confiance en tant que responsabilité de contact quasi contractuel, Journée de la responsabilité civile, 2000, 177 ss

Der Rücktritt vom Vertrag: Von der Nichtigkeit *ex tunc* zum vertraglichen Liquidationsverhältnis, Festschrift Th. Mayer-Maly, 2002, 677 ss

Vertrauenshaftung im vertraglichen Kontakt, Neue Wege in der Schweizerischen Rechtsprechung, Festschrift F. Bydlinski, 2002, 415 ss

Der Einheitstatbestand der Bereicherungsregel des Art. 62 OR im europäischen Umfeld, Festschrift Kramer, 2004, 663 ss

« *Le consentement de la partie qui s'oblige* » et « *la cause licite dans l'obligation* ». L'art. 1108 du Code civil français selon la doctrine de Pothier, Festschrift Huwiler, 2007, 591 ss

Der allgemeine Schuldvertrag und die Vertragstypen. Das römische Nominatprinzip und seine Erweiterung durch die *actio praescriptis verbis*, unter dem Titel « Das Nominatprinzip und seine Erweiterung durch die *actio praescriptis verbis* – zum aktionenrechtlichen Aufbau der römischen Konsensualverträge », in Zeitschrift der Savigny-Stiftung f. Rechtsgeschichte, Rom.Abt. Bd 124, 2007, 53 ss

Die nicht aufgeführten Titel sind Erstveröffentlichungen.

Liste des ouvrages

Alberini, Adrien 2010

Le transfert de technologie en droit communautaire de la concurrence

Mise en perspective avec les règles applicables aux accords de recherche et développement, de production et de distribution

Baddeley, Margareta 1994

L'association sportive face au droit

Les limites de son autonomie

Baddeley, Margareta (éd.) 1999

La forme sociale de l'organisation sportive

Questions de responsabilité
Actes de la Journée de Droit du sport de la Faculté de droit de l'Université de Genève 25 mars 1999

Bellanger, François (éd.) 2000

L'Etat face aux dérives sectaires

Actes du colloque du 25 novembre 1999

Bernard, Frédéric 2010

L'Etat de droit face au terrorisme

Bino, Maria-Antonella 2006

Hospitalisation forcée et droits du malade mental

Etude de droit international et de droit comparé

Botoy Ituku, Elangi 2007

Propriété intellectuelle et droits de l'homme

L'impact des brevets pharmaceutiques sur le droit à la santé dans le contexte du VIH / SIDA en Afrique

Cattaneo, Daniele 1992

Les mesures préventives et de réadaptation de l'assurance-chômage

Prévention du chômage et aide à la formation en droit suisse, droit international et droit européen

Chaix, François 1995

Le contrat de sous-traitance en droit suisse

Limites du principe de la relativité des conventions

Chappuis, Christine 1991

La restitution des profits illégitimes

Le rôle privilégié de la gestion d'affaires sans mandat en droit privé suisse

Chatton, Gregor T. 2005

Die Verknüpfung von Handel und Arbeitsmenschenrechten innerhalb der WTO

Politisches Scheitern und rechtliche Perspektiven

Chavanne, Sylvie 1993

Le retard dans l'exécution des travaux de construction

Selon le Code des obligations et la norme SIA 118

Converset, Stéphanie 2009

Aide aux victimes d'infractions et réparation du dommage

De l'action civile jointe à l'indemnisation par l'Etat sous l'angle du nouveau droit

Curat, Philippe 2006

Les crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale

Défago Gaudin, Valérie 2006

L'immeuble dans la LP : indisponibilité et gérance légale

Donatiello, Giuseppe 2010

Responsabilité du débiteur : de la délégation à l'organisation de l'exécution des obligations

Codifications supranationales récentes (CVIM, Principes d'UNIDROIT, Principes européens) et Code des obligations suisse

Droz, Johan 2008

La substitution dans le contrat de mandat

Ducrot, Michel 2005

La procédure d'expulsion du locataire ou du fermier non agricole : quelques législations cantonales au regard du droit fédéral

Dunand, Jean-Philippe 2000

Le transfert fiduciaire : «Donner pour reprendre»

Mancipio dare ut remancipetur
Analyse historique et comparatiste de la fiducie-gestion

Dupont, Anne-Sylvie 2005

Le dommage écologique

Le rôle de la responsabilité civile en cas d'atteinte au milieu naturel

Favre-Bulle, Xavier 1998

Les paiements transfrontières dans un espace financier européen

Fehlbaum, Pascal 2007

Les créations du domaine de la parfumerie : quelle protection?

Foëx, Bénédicte 1997

Le contrat de gage mobilier

Gafner d'Aumeries, Sonja 1992

Le principe de la double incrimination

En particulier dans les rapports d'entraide judiciaire internationale en matière pénale entre la Suisse et les Etats-Unis

Garibian, Sévane 2009

Le crime contre l'humanité au regard des principes fondateurs de l'Etat moderne

Naissance et consécration d'un concept

Garrone, Pierre 1991

L'élection populaire en Suisse

Etude des systèmes électoraux et de leur mise en œuvre sur le plan fédéral et dans les cantons

Gerber, Philippe 1997

La nature cassatoire du recours de droit public

Mythe et réalité

Gonin, Luc 2011

L'obsolescence de l'Etat moderne

Analyse diachronique et contextuelle à l'exemple de l'Etat français

de Gottrau, Nicolas 1999

Le crédit documentaire et la fraude

La fraude du bénéficiaire, ses conséquences et les moyens de protection du donneur d'ordre

Grant, Philip 2000

La protection de la vie familiale et de la vie privée en droit des étrangers

- Grodecki, Stéphane 2008
L'initiative populaire cantonale et municipale à Genève
- Guibentif, Pierre 1997
La pratique du droit international et communautaire de la sécurité sociale
Etude de sociologie du droit de la coordination, à l'exemple du Portugal
- Gutzwiller, Céline 2008
Droit de la nationalité et fédéralisme en Suisse
- Hack, Pierre 2003
La philosophie de Kelsen
Epistémologie de la *Théorie pure du droit*
- Henzelin, Marc 2000
Le principe de l'universalité en droit pénal international
Droit et obligation pour les Etats de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité
- Hottelier, Michel 1990
L'article 26 CEDH et l'épuisement des voies de recours en droit fédéral suisse
- Hottelier, Michel 1995
Le Bill of Rights et son application aux Etats américains
Etude de droit constitutionnel des Etats-Unis avec des éléments comparatifs de droit suisse
- Issenhuth-Scharly, Ghislaine 2009
Autonomie individuelle et biobanques
Etude de droit comparé (droit européen, droit français, droit suisse)
- Jeanneret, Yvan 2002
La violation des devoirs en cas d'accident
Analyse critique de l'article 92 LCR
- Jeandin, Nicolas 1994
Le chèque de voyage
- Jung, Anne 2008
Jeremy Bentham et les mesures de sûreté en droit actuel : Suisse et Belgique
- Junod Moser, Dominique 2001
Les conditions générales à la croisée du droit de la concurrence et du droit de la consommation
Etude de droit suisse et de droit européen
- Junod, Valérie 2005
Clinical drug trials
Studying the safety and efficacy of new pharmaceuticals
- Kastanas, Elias 1993
Les origines et le fondement du contrôle de la constitutionnalité des lois en Suisse et en Grèce
- Lampert, Frank 2000
Die Verlustverrechnung von juristischen Personen im Schweizer Steuerrecht unter besonderer Berücksichtigung des DBG und StHG
- Languin, Noëlle/ Liniger, Miranda/Monti, Brigitte/ Roth, Robert/Sardi, Massimo/ Strasser, François Roger 1994
La libération conditionnelle : risque ou chance?
La pratique en 1990 dans les cantons romands
- Languin, Noëlle/Kellerhals, Jean/ Robert, Christian-Nils 2006
L'art de punir
Les représentations sociales d'une 'juste' peine

- Lempen, Karine* 2006
Le harcèlement sexuel sur le lieu de travail et la responsabilité civile de l'employeur
 Le droit suisse à la lumière de la critique juridique féministe et de l'expérience états-unienne
- Manai, Dominique* 1999
Les droits du patient face à la médecine contemporaine
- Mandofia Berney, Marina* 1993
Vérités de la filiation et procréation assistée
 Etude des droits suisse et français
- Marchand, Sylvain* 1994
Les limites de l'uniformisation matérielle du droit de la vente internationale
 Mise en œuvre de la Convention des Nations Unies du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises dans le contexte juridique suisse
- Martenet, Vincent* 1999
L'autonomie constitutionnelle des cantons
- Morand, Charles-Albert (éd.)* 1991
Les instruments d'action de l'Etat
- Morand, Charles-Albert (éd.)* 1992
Droit de l'environnement : mise en œuvre et coordination
- Morand, Charles-Albert (éd.)* 1992
La légalité : un principe à géométrie variable
- Morand, Charles-Albert (éd.)* 1995
Aménagement du territoire et protection de l'environnement : la simplification des procédures
- Morand, Charles-Albert (éd.)* 1996
La pesée globale des intérêts
 Droit de l'environnement et de l'aménagement du territoire
- Moreno, Carlos* 2002
Legal Nature and Functions of the Multimodal Transport Document
- Morin, Ariane* 2002
La responsabilité fondée sur la confiance
 Etude critique des fondements d'une innovation controversée
- Oberson, Xavier* 1991
Les taxes d'orientation
 Nature juridique et constitutionnalité
- Ordolli, Stiliano* 2008
Histoire constitutionnelle de l'Albanie des origines à nos jours
- Papaux van Delden, Marie-Laure* 2002
L'influence des droits de l'homme sur l'osmose des modèles familiaux
- Peter, Henry* 1990
L'action révocatoire dans les groupes de sociétés
- Pont Veuthey, Marie-Claire* 1992
Le pouvoir législatif dans le canton du Valais
- Rohmer, Sandrine* 2006
Spécificité des données génétiques et protection de la sphère privée
 Les exemples des profils d'ADN dans la procédure pénale et du diagnostic génétique
- Sambuc Bloise, Joëlle* 2007
La situation juridique des Tziganes en Suisse
 Analyse du droit suisse au regard du droit international des minorités et des droits de l'homme

Scartazzini, Gustavo 1991

Les rapports de causalité dans le droit suisse de la sécurité sociale

Avec un aperçu des différentes théories de la causalité

Schneider, Jacques-André 1994

Les régimes complémentaires de retraite en Europe: Libre circulation et participation

Etude de droit suisse et comparé

Schröter, François 2007

Les frontières de la Suisse : questions choisies

Soma, Abdoulaye 2009

Droit de l'homme à l'alimentation et sécurité alimentaire en Afrique

Stieger-Chopard, Arlette 1997

L'exclusion du droit préférentiel de souscription dans le cadre du capital autorisé de la société anonyme

Etude de droit allemand et de droit suisse

Tanquerel, Thierry 1996

Les voies de droit des organisations écologistes en Suisse et aux Etats-Unis

Tevini Du Pasquier, Silvia 1990

Le crédit documentaire en droit suisse

Droits et obligations de la banque mandataire et assignée

Tornay, Bénédicte 2008

La démocratie directe saisie par le juge

L'empreinte de la jurisprudence sur les droits populaires en Suisse

Trigo Trindade, Rita 1996

Le conseil d'administration de la société anonyme

Composition, organisation et responsabilité en cas de pluralité d'administrateurs

Voinov Kohler, Juliette 2006

Le mécanisme de contrôle du respect du Protocole de Kyoto sur les changements climatiques : entre diplomatie et droit

Vulliétty, Jean-Paul 1998

Le transfert des risques dans la vente internationale

Comparaison entre le Code suisse des Obligations et la Convention de Vienne des Nations Unies du 11 avril 1980

Werly, Stéphane 2005

La protection du secret rédactionnel

Wisard, Nicolas 1997

Les renvois et leur exécution en droit des étrangers et en droit d'asile

Zellweger, Tobias 2008

Les transports collectifs de personnes dans l'agglomération franco-genevoise : Etude de droit transfrontalier

Recueils de textes

(anciennement «Série rouge»)

Auer, Andreas/ 2001

Delley, Jean-Daniel/

Hottelier, Michel/

Malinverni, Giorgio (éd.)

Aux confins du droit

Essais en l'honneur du Professeur Charles-Albert Morand

Cassani, Ursula/Roth, Robert/

Sträuli, Bernhard (éd.) 2009

Montrer la justice, penser le droit pénal

Colloque en l'honneur du Professeur Christian-Nils Robert

Chappuis, Christine/ 2006

Foëx, Bénédicte/Thévenoz, Luc (éd.)

Le législateur et le droit privé

Colloque en l'honneur du professeur

Gilles Petitpierre

Dufour, Alfred/Rens, Ivo/ 1998

Meyer-Pritzl, Rudolf/

Winiger, Bénédicte (éd.)

Pacte, convention, contrat

Mélanges en l'honneur du Professeur

Bruno Schmidlin

Flückiger, Alexandre (éd.) 2010

**Emouvoir et persuader pour
promouvoir le don d'organes ?**

L'efficacité entre éthique et droit

Foëx, Bénédicte/ 2007

Hottelier, Michel/Jeandin, Nicolas (éd.)

Les recours au Tribunal fédéral

Foëx, Bénédicte/Thévenoz, Luc (éd.) 2000

**Insolence, désendettement et
redressement**

Etudes réunies en l'honneur de Louis

Dallèves, Professeur à l'Université de

Genève

Kellerhals, Jean/ 2002

Mani, Dominique/Roth, Robert (éd.)

Pour un droit pluriel

Etudes offertes au Professeur

Jean-François Perrin

Knapp, Blaise/Oberson, Xavier (éd.) 1997

**Problèmes actuels de droit
économique**

Mélanges en l'honneur du Professeur

Charles-André Junod

Reymond, Jacques-André 1998

De l'autre côté du miroir

Etudes récentes

Schönle, Herbert 1995

Droit des obligations et droit bancaire

Etudes

Thévenoz, Luc/Reich, Norbert (éd.) 2006

Droit de la consommation/

Konsumentenrecht/Consumer Law

Liber amicorum Bernd Stauder

Ouvrages collectifs

**Présence et actualité de la constitution
dans l'ordre juridique**

Mélanges offerts à la Société suisse des

juristes pour son congrès 1991

à Genève. 1991

Problèmes actuels de droit fiscal

Mélanges en l'honneur du Professeur

Raoul Oberson 1995

Trigo Trindade, Rita/Peter, Henry/

Bovet, Christian (éd.) 2009

Economie Environnement Ethique

De la responsabilité sociale et sociétale

Liber Amicorum Anne Petitpierre-Sauvain

Droit civil

Baddeley, Margareta (éd.) 2007

**La protection de la personne par
le droit**

Journée de droit civil 2006 en l'honneur

du Professeur Martin Stettler

Baddeley, Margareta/ 2009

Foëx, Bénédicte (éd.)

La planification du patrimoine

Journée de droit civil 2008 en l'honneur

du Professeur Andreas Bucher

Perrin, Jean-François/ 2008
Chappuis, Christine
Droit de l'association
3^e édition

Trechsel, Alexander/Serdült, Uwe 1999
Kaleidoskop Volksrechte
Die Institutionen der direkten
Demokratie in den schweizerischen
Kantonen 1970–1996

Démocratie directe

Arx, Nicolas von 2002
Ähnlich, aber anders
Die Volksinitiative in Kalifornien und
in der Schweiz

Auer, Andreas (éd.) 1996
**Les origines de la démocratie directe
en Suisse / Die Ursprünge der
schweizerischen direkten Demokratie**

Auer, Andreas (éd.) 2001
Sans délais et sans limites?
L'initiative populaire à la croisée des
chemins
Ohne Fristen und Grenzen?
Die Volksinitiative am Scheideweg

Auer, Andreas/ 2001
Trechsel, Alexander H.
Voter par Internet?
Le projet e-voting dans le canton de
Genève dans une perspective
socio-politique et juridique

Delley, Jean-Daniel (éd.) 1999
**Démocratie directe et politique
étrangère en Suisse/
Direkte Demokratie und
schweizerische Aussenpolitik**

Schuler, Frank 2001
Das Referendum in Graubünden
Entwicklung, Ausgestaltung, Perspektiven

Trechsel, Alexander 2000
Feuerwerk Volksrechte
Die Volksabstimmungen in den
schweizerischen Kantonen 1970–1996

Droit et Histoire

(anciennement «Droit et Histoire»,
«Les grands jurisconsultes» et
«Grands textes»)

Dufour, Alfred/Roth, Robert/ 1994
Walter, François (éd.)
**Le libéralisme genevois, du Code civil
aux constitutions (1804–1842)**

Dufour, Alfred (éd.) 1998
**Hommage à Pellegrino Rossi
(1787–1848)**
Genevois et Suisse à vocation
européenne

Dufour, Alfred (éd.) 2001
Rossi, Pellegrino
Cours d'histoire suisse

Dufour, Alfred 2003
**L'histoire du droit entre philosophie
et histoire des idées**

Dunand, Jean-Philippe 2004
Keller, Alexis (éd.)
Stein, Peter
Le droit romain et l'Europe
Essai d'interprétation historique,
2^{ème} éd.

Hottelier, Michel (éd.) 2010
Fazy, James
De l'intelligence collective des sociétés
Cours de législation constitutionnelle

Manai, Dominique 1990
Eugen Huber
Jurisconsulte charismatique

Monnier, Victor (éd.) 2002
Bonaparte et la Suisse
Travaux préparatoires de l'Acte de
Médiation (1803)
(Préfacé par Alfred Kölz)

Monnier, Victor 2003
Bonaparte, la Suisse et l'Europe
Colloque européen d'histoire
constitutionnelle pour le bicentenaire
de l'Acte de médiation (1803–2003)

Quastana, François/ 2008
Monnier, Victor (éd.)
Paoli, la Révolution Corse
et les Lumières
Actes du colloque international organisé
à Genève, le 7 décembre 2007

Reiser, Christian M. 1998
Autonomie et démocratie dans les
communes genevoises

Schmidlin, Bruno/ 1991
Dufour, Alfred (éd.)
Jacques Godefroy (1587–1652) et
l'Humanisme juridique à Genève
Actes du colloque Jacques Godefroy

Schmidlin Bruno 2011
Der Vertrag im europäischen Zivilrecht,
Studien
Le contrat dans le droit civil européen,
études

Winiger, Bénédicte 1997
La responsabilité aquilienne romaine
Damnum Iniuria Datum

Winiger, Bénédicte 2002
La responsabilité aquilienne
en droit commun
Damnum Culpa Datum

Droit de la propriété

Foëx, Bénédicte/ 2007
Hottelier, Michel (éd.)
Servitudes, droit de voisinage,
responsabilités du propriétaire
immobilier

Foëx, Bénédicte/ 2009
Hottelier, Michel (éd.)
La garantie de la propriété à
l'aube du XXI^e siècle
Expropriation, responsabilité de l'Etat,
gestion des grands projets et protection
du patrimoine

Hottelier, Michel/ 1999
Foëx, Bénédicte (éd.)
Les gages immobiliers
Constitution volontaire et réalisation
forcée

Hottelier, Michel/ 2001
Foëx, Bénédicte (éd.)
L'aménagement du territoire
Planification et enjeux

Hottelier, Michel/ 2003
Foëx, Bénédicte (éd.)
La propriété par étages
Fondements théoriques et questions
pratiques

Hottelier, Michel/ 2005
Foëx, Bénédic (éd.)
**Protection de l'environnement
et immobilier**
Principes normatifs et
pratique jurisprudentielle

Droit administratif

Bellanger, François/ 2002
Tanquerel, Thierry (éd.)
Les contrats de prestations

Tanquerel, Thierry /
Bellanger, François (éd.) 2002
L'administration transparente

Droit de la responsabilité

Chappuis, Christine/ 2005
Winiger, Bénédic (éd.)
Le préjudice
Une notion en devenir
(Journée de la responsabilité civile 2004)

Chappuis, Christine/ 2007
Winiger, Bénédic (éd.)
Les causes du dommage
(Journée de la responsabilité civile 2006)

Chappuis, Christine/ 2009
Winiger, Bénédic (éd.)
**La responsabilité pour l'information
fournie à titre professionnel**
(Journée de la responsabilité civile 2008)

Etier, Guillaume 2006
Du risque à la faute
Evolution de la responsabilité civile
pour le risque du droit romain au droit
commun

Winiger, Bénédic (éd.) 2008
**La responsabilité civile européenne
de demain**
Projets de révision nationaux et
principes européens
Europäisches Haftungsrecht morgen
Nationale Revisionsentwürfe und
europäische Haftungsprinzipien
(Colloque international à l'Université de
Genève)

Winiger, Bénédic 2009
**La responsabilité aquilienne au
19^{ème} siècle**
Damnum iniuria et culpa datum

