

---

Karin Müller  
Jörg Schwarz  
(Herausgeber)

# **Auf zu neuen Ufern!**

**Festschrift für Walter Fellmann**



Stämpfli Verlag

© Stämpfli Verlag AG Bern

---

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek  
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z.B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2021  
[www.staempfliverlag.com](http://www.staempfliverlag.com)

ISBN 978-3-7272-7808-2

Über unsere Online-Buchhandlung [www.staempflishop.com](http://www.staempflishop.com)  
ist zudem folgende Ausgabe erhältlich:

E-Book ISBN 978-3-7272-2875-9



© Stämpfli Verlag AG Bern

---

# Nichts

## (Nichts im Recht)

PETER GAUCH\*

### Inhalt

Wie es zum Thema kam	Die «unerlaubten Handlungen»
Der Aspekt des Art. 1 Abs. 2 ZGB	Weitere Aspekte
Das Phänomen der Vertragslücken	Und ein Ende

### *Wie es zum Thema kam*

1. WALTER FELLMANN ist ein juristischer Ausnahmekönner: Ein erfolgreich praktizierender Anwalt, ein viel publizierender Rechtswissenschaftler und ein dozierender Universitätslehrer – alles in einer Person! *Drei* Festschriften hätte er verdient: eine praktische, eine rechtstheoretische und eine didaktische. Jetzt bekommt er immerhin *eine*.

Als ich angefragt wurde, ob ich etwas zu dieser Festschrift beitragen möchte, habe ich ohne Zögern zugesagt. Ich tat dies mit Freude, nachdem ich mit WALTER FELLMANN seit vielen Jahren in freundschaftlicher Kollegialität verbunden bin. Einmal, als ich Fünfzig geworden und in einem Urlaubssemester war, hatte mich der um sechzehn Jahre jüngere WALTER sogar in den Haftpflichtvorlesungen vertreten, was den Studierenden durchaus zum Vorteil gereichte. Aber auch sonst hat das Leben uns beide zusammengeführt, zum Beispiel in einer Arbeitsgruppe zur Vorbereitung der damals erst noch geplanten Luzerner Rechtsfakultät.

Auf die spontane Freude, mit der ich meinen Beitrag versprochen hatte, folgte dann allerdings eine lange Zeitspanne, während der ich den Beginn meiner Schreibarbeit hinausschob. Je weniger Lebenszeit einem mit zunehmendem Alter verbleibt, desto mehr Zeit nimmt man sich, um das Notwendige in Angriff zu nehmen. Diesen Satz habe ich irgendwo gelesen. Und so verhielt es sich exakt auch mit mir und meinem versprochenen Beitrag. Ja, es kam noch schlimmer:

---

\* *Herrn BLaw GREGOR JORDI, Mitarbeiter am Freiburger Lehrstuhl von Professor Dr. HUBERT STÖCKLI, sage ich herzlichen Dank für seine Mithilfe bei der Fertigstellung des Textes und bei der Zähmung meines bockig-neuen Computers.*

2. Als ich endlich mit dem Schreiben beginnen wollte, hatte ich *keine Ahnung, was ich schreiben sollte*. Wie sehr ich mich auch anzustrengen begann, es gelang mir nicht, ein passendes Thema zu finden. Ich versuchte es beim morgendlichen Spazieren mit FINBAR,<sup>1</sup> während der täglichen Lektüre der ungebetenen E-Mails, am Nachmittag vor dem Computer, am Abend vor dem Fernseher und dann noch vor dem Einschlafen um 22 Uhr. Aber es blieb dabei: *Es kam mir einfach nichts in den Sinn, das ich schreiben könnte*, abgesehen vielleicht von der einen oder anderen Binsenweisheit der Jurisprudenz oder von einem Bundesgerichtsentscheid, der mir missfiel, was zu veröffentlichen ich schon wegen der Nutzlosigkeit eines Widerspruchs für überflüssig hielt.<sup>2</sup>

a. Meine *desolate Unfähigkeit, ein Thema zu finden*, belastete mich schwer. Sie sei, so tröstete mich ein schreibgewandter Kollege, das Symptom einer psychischen Schreibkrise, wie sie bisweilen selbst *ihn* befallte, wenngleich ihm das Schreiben im Allgemeinen doch leicht von der Hand gehe. Und eine Kollegin versuchte mich zu ermutigen, indem sie mir erzählte, dass auch *sie*, obwohl viel jünger als ich und noch mitten im Wissenschaftsbetrieb, nicht selten zum Schreiben gezwungen sei, auch wenn sie gerade *nichts* zu schreiben wisse. Das sei eine Folge des wissenschaftlichen Publikationszwanges, der eine Fülle von Zwangspublikationen kreierte. Man betrachte doch einmal (so meinte sie) die Hypertrophie der juristischen Veröffentlichungen, mit denen wir überzogen würden! Schon RUDOLF VON JHERING habe bekanntlich postuliert, dass man der Schreiberi zu Leibe rücken und das Übel in vernünftige Grenzen einschliessen müsse,<sup>3</sup> und dies wohlverstanden, obwohl der rechtswissenschaftliche Output zur damaligen Zeit unermesslich geringer gewesen sei als heutzutage.

Weder der Trost des schreibgewandten Kollegen noch die Erzählung der viel jüngeren Kollegin halfen mir weiter. Ich sass vor einer Formatvorlage mit *nichts*, und ich war drauf und dran, den Initianten der geplanten Festschrift höflichst mitzuteilen, dass ich *nichts* beitragen werde, weil ich mangels Ideen *nichts* beizutragen vermöge. Den Brief, der dies mit vielen Entschuldigungen mitteilen sollte, hatte ich im Kopf bereits vorformuliert, – da kam mir im letzten Moment der Gedanke, dass schon viel über *nichts* geschrieben wurde, kaum aber etwas über *nichts* im Recht, weshalb das Letztere ein mögliches Thema wäre, über das ich schreiben könnte.

---

<sup>1</sup> FINBAR ist unser Familienhund. Ihn namentlich zu erwähnen, mag mir erlaubt sein, nachdem gemeinhin bekannt ist, wie wichtig für WALTER FELLMANN seine drei (!) Hunde sind.

<sup>2</sup> Eine Praxisänderung des Bundesgerichts herbeizuführen, ist ein Glücksfall im Leben eines Rechtsgelehrten. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts gilt sogar der Gerichtssatz, dass die Gründe für eine Praxisänderung «umso gewichtiger sein [müssen], je länger die als falsch oder nicht mehr zeitgemäss erachtete Rechtsanwendung gehandhabt worden ist» (BGE 135 I 82, mit weiteren Hinweisen).

<sup>3</sup> Die einschlägige Stelle fand ich bei VON JHERING, Scherz und Ernst, S. 105.

b. Zunächst war der Gedanke, einen Beitrag über *nichts im Recht* zu schreiben, nur schwach vorhanden, verbunden mit dem Zweifel, ob ein solches Thema überhaupt in eine Festschrift passen würde. Ein Richter, der kürzlich dank seiner Parteizugehörigkeit in das Amt gewählt worden war, riet mir unmissverständlich, *nichts* über *nichts* zu schreiben, da eine solche Schreibe mir nichts als Arbeit bereite, für die Praxis jedoch nichts Brauchbares hervorbringe. Dennoch aber entschied ich mich «nach reiflicher Überlegung»<sup>4</sup>, das Thema vom *Nichts* aufzugreifen, um damit auch meinerseits etwas zur Festschrift für WALTER FELLMANN beizutragen. Den letzten Zweifel an der Tauglichkeit des Themas überwand ich, als mir in den Sinn kam, dass die Mathematiker es eines Tages sogar fertiggebracht hatten, eine eigenständige Zahl aus der Null zu machen, die für mich selber nichts anderes als der Ausdruck des totalen Nichts ist. Meine geistige Bezugnahme auf die Mathematik war gewiss weit hergeholt, diente mir aber gleichwohl zur Verstärkung des Willens, zum *Nichts* im Recht einen Beitrag zu verfassen. Und ausserdem: Warum sollte ich das nicht tun, nachdem das Nichts sogar zum Themenkreis gehört, der die Metaphysik und die Ontologie beschäftigt?<sup>5</sup> Dass es überdies ein von JANNE TELLER verfasstes Jugendbuch mit dem deutschen Titel «*Nichts*» gibt, hat mich dagegen in keiner Weise beeinflusst, ist doch kaum anzunehmen, dass der Festschrift-Geehrte sich nebst seiner juristischen Alltagslektüre auch noch mit Pubertärliteratur befasst.

c. Die nächste Schwierigkeit auf dem Weg zu meinem Beitrag tat sich auf, als ich erkannte, wie umfangreich das von mir gewählte Thema war. *Der Stoff, der sich mir eröffnete, war gewaltig*. Obwohl ich meine Sicht auf die schweizerische Rechtslandschaft beschränkte, kam mir von überallher das *Nichts* entgegen. Das zwang mich dazu, meinen Blickwinkel massiv einzuengen und mich damit zu begnügen, dem Nichts im Recht nur unter wenigen, exemplarisch ausgewählten Aspekten nachzugehen.

#### *Der Aspekt des Art. 1 Abs. 2 ZGB*

3. Bei der Auswahl, die ich zu treffen hatte, schwang sich *die Bestimmung des Art. 1 Abs. 2 ZGB* sogleich auf den ersten Platz. Das lag auf der Hand. Denn diese Bestimmung gehört einerseits zu den Glanzstücken der schweizerischen Gesetzgebung, was den Studierenden der Jurisprudenz schon in den unteren Semestern beigebracht wird. Und andererseits darf vermutet werden, dass die hierzu lande agierenden Juristen den Wortlaut der Bestimmung jedenfalls in den Grundzügen kennen. Zur Sicherheit sei aber dennoch angefügt, dass Art. 1 Abs. 2 ZGB

<sup>4</sup> Ein Ausdruck, der normalerweise von Leuten verwendet wird, die nichts überlegt haben: insbesondere von Autoritäten zur Mitteilung negativer Entscheide.

<sup>5</sup> Vgl. dazu <<https://de.wikipedia.org/wiki/Sein>>.

wie folgt lautet: «Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll das Gericht nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die es als Gesetzgeber aufstellen würde.»

**a.** Die zitierte Bestimmung des Art. 1 Abs. 2 ZGB ist von «übergreifender» Bedeutung. Sie greift, wie Art. 1 ZGB überhaupt,<sup>6</sup> über das Privatrecht des Bundes hinaus, indem sie grundsätzlich auch auf andere Rechtsgebiete Anwendung findet,<sup>7</sup> auf das Strafrecht jedoch lediglich mit der Einschränkung, dass «eine Strafe oder Massnahme ... nur wegen einer Tat verhängt werden [darf], die das Gesetz ausdrücklich unter Strafe stellt» (Art. 1 StGB).<sup>8</sup>

Inhaltlich befasst sich die Bestimmung des Art. 1 Abs. 2 ZGB mit dem *Fall, da das [nach Art. 1 Abs. 1 ZGB] ausgelegte Gesetz auf eine Rechtsfrage, die der Regelung bedarf, keine Antwort gibt*, weil im Gesetz etwas ungeregelt geblieben ist, das der Gesetzgeber «hätte regeln sollen» (BGE 140 III 213). Oder anders ausgedrückt: Zu einer Rechtsfrage, die es zu beantworten gilt, findet sich, wie Art. 1 Abs. 2 ZGB tatbestandsmässig voraussetzt, *nichts* in der geltenden Gesetzgebung. Dieses Nichts, das in der Abwesenheit einer zu erwartenden Gesetzesregel besteht, ist nach der geläufigen Rechtssprache eine (echte) Gesetzeslücke. So gesprochen, *wird aus dem Nichts ein Etwas*: eine Rechtsfigur, deren Wesenskern die neuere Dogmatik in einer «planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes» erblickt.<sup>9</sup> Was mit der «Planwidrigkeit» des Unvollständigen gemeint ist, wird freilich auch von juristisch Geübten nicht leichthin verstanden, weshalb selbst *sie* der gezielten Nachhilfe durch die einschlägigen Schriften der Methodenlehre bedürfen. Eine Lektüre der besagten Schriften ist aber auch sonst aufschlussreich. Sie vermittelt das Bild einer Rechtstheorie, der es mit viel Eifer gelungen ist, zum *Nichts*, das sie in der Gestalt der Gesetzeslücke erfasst, eine umfangreiche Dogmatik mit zahlreichen Begriffen, Differenzierungen und Kontroversen zu entwickeln.<sup>10</sup> All das erinnert an das chinesische Strategem Nummer 7, das in seiner deutschen Übersetzung etwa wie folgt heisst: «*Aus einem Nichts etwas erzeugen*»!<sup>11</sup>

<sup>6</sup> Art. 1 ZGB bezieht sich nach seiner systematischen Stellung zwar nur auf das Privatrecht des Bundes (vgl. STEINAUER, Rz. 40 ff./Rz. 76 ff.). Der erste Artikel des ZGB wird aber «als die grundlegende Methodennorm des schweizerischen Rechts regelmässig oft auch in anderen Rechtsgebieten herangezogen» (KRAMER, Methodenlehre, S. 48).

<sup>7</sup> Vgl. EMMENEGGER/TSCHECHTSCHER, N 92 und N 115 zu Art. 1 ZGB.

<sup>8</sup> So schon in meinem Aufsatz «Was zählt, ist einzig, was man gerade weiss», GAUCH, FS Steinauer, S. 5.

<sup>9</sup> Vgl. EMMENEGGER/TSCHECHTSCHER, N 344 ff. zu Art. 1 ZGB; KRAMER, Methodenlehre, S. 214.

<sup>10</sup> Vgl. dazu EMMENEGGER/TSCHECHTSCHER, N 344 ff. zu Art. 1 ZGB; KRAMER, Methodenlehre, S. 214 ff./216 ff.; BGE 145 III 171 ff.

<sup>11</sup> Vgl. dazu VON SENGER, S. 147.

b. Das *Strategem Nummer 7*, das ich soeben eingeflochten habe, lässt sich, wie alle 36 Strategeme der Chinesen, in vielfältiger Weise illustrieren. Ein weiteres Beispiel, in dem es darum geht, aus dem *Nichts* etwas zu erzeugen, ist die in Art. 1 Abs. 2 ZGB enthaltene *Anweisung an das Gericht*, «nach der Regel [zu] entscheiden, die es als Gesetzgeber aufstellen würde». Diese Anweisung aktualisiert sich, wenn es in einem konkreten Fall nicht nur an einer anwendbaren Gesetzesregel, sondern auch an einschlägigem Gewohnheitsrecht fehlt, also auch das Gewohnheitsrecht *nichts* zur Beantwortung einer sich stellenden Rechtsfrage beiträgt.

Unter den genannten Voraussetzungen überträgt Art. 1 Abs. 2 ZGB dem mit der Sache befassten Gericht die Aufgabe, die zu beantwortende Rechtsfrage nach einer von ihm selbst, jedoch «modo legislatoris», gebildeten Regel zu entscheiden, die an die Stelle der nicht vorhandenen Gesetzesregel tritt. Aus dem *Nichts* in der Gestalt der Gesetzeslücke entsteht auf diese Weise eine gerichtliche Regel. So verhält es sich auch, wenn die gesetzliche Regelung eines Tatbestandes eine «*Ausnahmelücke*» enthält, die das Gericht im Wege der «teleologischen Reduktion» dadurch ausfüllt, dass es die derart lückenhafte Regelung durch eine wertungsmässig erforderliche Einschränkung ihres Anwendungsbereiches ergänzt.<sup>12</sup> Soweit die «teleologische Reduktion» zur *Nichtanwendung* der betroffenen Gesetzesregel führt, bietet der Vorgang der Reduktion zugleich auch ein Beispiel für die umgekehrte Version des siebten Strategems, die sich darin äussert, dass «aus einem *Etwas* ein *Nichts* erzeugt» wird.<sup>13</sup> In der sonst reichhaltigen Literatur zur «teleologischen Reduktion»<sup>14</sup> wurde dieser Zusammenhang freilich noch nicht aufgezeigt.

c. Selbstverständlich wäre Art. 1 Abs. 2 ZGB völlig überflüssig, wenn das Gesetz gar keine Lücken aufweisen würde. Richtigerweise kann es jedoch keine Zweifel geben, dass das Gesetz «an allen Ecken und Enden lückenhaft ist», wie es ERNST A. KRAMER in seiner erfreulich lesbaren «Methodenlehre» formuliert.<sup>15</sup> Dazu kommt, dass das Gewohnheitsrecht sich in der Schweiz nur sehr schwach verbreitet hat. Mit Rücksicht auf diese Verhältnisse müsste man eigentlich erwarten, dass sich *die Rechtsprechung* häufig und in vielfältiger Weise der Lückenfüllung nach Art. 1 Abs. 2 ZGB bedient, um die zahlreichen Leerräume des Gesetzes auszufüllen. In Wirklichkeit aber sind Gerichtsentscheide, die sich offen zu einer gesetzlichen Lückenfüllung nach Art. 1 Abs. 2 ZGB bekennen,

<sup>12</sup> Vgl. dazu KRAMER, Methodenlehre, S. 250 ff.

<sup>13</sup> Vgl. dazu VON SENGER, S. 149.

<sup>14</sup> Statt vieler: EMMENEGGER/TSCHECHTER, N 392 ff. zu Art. 1 ZGB; KRAMER, Methodenlehre, S. 250 ff.; MANUEL JAUN, Die teleologische Reduktion im schweizerischen Recht, Diss. Bern, 2001.

<sup>15</sup> KRAMER, Methodenlehre, S. 209.

relativ selten.<sup>16</sup> In der amtlich veröffentlichten Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts finden sich ab 1954 nur etwa 19 Entscheide, in denen das Gericht dies getan hat.<sup>17</sup> Und auch sonst besteht der Eindruck, dass unsere Gerichte es häufig vorziehen, dem *Nichts* der Gesetzeslücke aus dem Weg zu gehen, indem sie das Gesetz in kreativer Grosszügigkeit so auslegen, wie wenn es eine Regel enthalten würde, wo es in Wirklichkeit *nichts* enthält.<sup>18</sup> Wollte man freilich auch die analoge Gesetzesanwendung durch die Gerichte als Lückenfüllung im Sinne des Art. 1 Abs. 2 ZGB begreifen, wie dies zur Zeit die (noch) herrschende Meinung befürwortet,<sup>19</sup> dann gäbe es erheblich mehr Entscheide mit gesetzlicher Lückenfüllung. Nach einer schon von EUGEN HUBER vertretenen Meinung ist die analoge Gesetzesanwendung jedoch kein Anwendungsfall der gesetzlichen Lückenfüllung (Art. 1 Abs. 2 ZGB), sondern ein solcher der Gesetzesanwendung nach Art. 1 Abs. 1 ZGB.<sup>20</sup> Nach dieser Meinung, die ich als adäquat empfinde,<sup>21</sup> liegt eine Gesetzeslücke nur dann vor, «wenn für einen gegebenen Fall das Gesetz keinen Rechtssatz enthält, der direkt oder auf dem Wege der Analogie [!] zur Anwendung gebracht werden dürfte».<sup>22</sup>

### *Das Phänomen der Vertragslücken*

4. Nach meiner Einlassung auf Art. 1 Abs. 2 ZGB will ich nun meinen Blick etwas erweitern. In einem nächsten Schritt wende ich mich den *Vertragslücken* zu. Damit gelange ich von den Gesetzeslücken zu den lückenhaften Verträgen.

<sup>16</sup> Vgl. dazu schon GAUCH, recht 2000, S. 94.

<sup>17</sup> Diese Zahl wurde von BLaw GREGOR JORDI, Mitarbeiter am Freiburger Lehrstuhl von Professor Dr. Hubert Stöckli, via Internetsuche ermittelt.

<sup>18</sup> Die methodische Rechtfertigung für ein solches Vorgehen mag unter anderem der «Pragmatische Methodenpluralismus» liefern, den das Bundesgericht propagiert. Danach obliegt es dem auslegenden Gericht, «die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis aus der ratio legis» zu finden, ohne an eine hierarchische Prioritätsordnung der Auslegungselemente gebunden zu sein (BGE 135 III 116; BGE 145 III 448, mit weiteren Hinweisen; zustimmend z.B. EMMENEGGER/TSCHECHSCHER, N 201 ff. zu Art. 1 ZGB; kritisch z.B. KRAMER, Methodenlehre, S. 143 f., und STEINAUER, Rz. 321).

<sup>19</sup> Statt vieler: KRAMER, Methodenlehre, S. 226 ff.

<sup>20</sup> Siehe HUBER, S. 354; so namentlich auch HUWILER, S. 14 ff.; STEINAUER, Rz. 382 ff./Rz. 392; ABEGG, S. 247 ff. (ausführlich zu HUBERS These: auf S. 253 ff.). Eine Art von «Zwischenmeinung» findet sich bei EMMENEGGER/TSCHECHSCHER, N 378 zu Art. 1 ZGB, vertreten. Danach gehört der Analogieschluss zwar zur «Auslegung» des Gesetzes nach Art. 1 Abs. 1 ZGB, dient aber gleichwohl zur Ausfüllung von Gesetzeslücken, wenn auch nicht im Sinne des Art. 1 Abs. 2 ZGB.

<sup>21</sup> So z.B. schon GAUCH, FS Steinauer, S. 6.

<sup>22</sup> HUBER, S. 354.

**a.** Wer mit Verträgen irgendwelcher Art zu tun hat, was auf WALTER FELLMANN fast täglich zutrifft, der erkennt sehr schnell: *Die jeweiligen Abreden der vertragschliessenden Parteien sind meistens unvollständig*, indem sie nicht alle Rechtsfragen regeln, die mit Rücksicht auf den konkreten Vertrag und dessen Abwicklung einer Regelung bedürfen. Somit gehört es zum «courant normal» des Rechtsalltags, dass sich zu der einen oder andern vertragsbezogenen Rechtsfrage keine Antwort und insoweit *nichts* in der getroffenen Vereinbarung der Parteien findet. Soweit dies zutrifft, spricht man von einer *Vertragslücke*, vorausgesetzt, dass die betreffende Frage nicht via zwingendes Gesetzesrecht geregelt ist.<sup>23</sup> Nach einer anderen Sprechweise, der hier nicht gefolgt wird, erfasst die Vertragslücke auch Fälle, in denen die von den Parteien unge-regelte Rechtsfrage durch zwingendes Gesetzesrecht geregelt wird.<sup>24</sup>

**b.** Dass es Vertragslücken gibt, ist unverkennbar. Deshalb ist nicht erstaunlich, dass das Phänomen auch vom Gesetzgeber beachtet wurde. Dementsprechend enthält das Gesetz *eine Menge dispositiver Vertragsbestimmungen*, die dazu dienen, bestehende Vertragslücken zu füllen und unvollständige Verträge auf diese Weise zu ergänzen. Nachdem aber das Gesetz nicht für alle möglichen Vertragslücken aller möglichen Verträge passende Dispositivregeln bereithält und bereithalten kann, ist es auch in dieser Beziehung lückenhaft (Art. 1 Abs. 2 ZGB).

Dem Gesagten zufolge kommt es in der Praxis häufig vor, dass es an einer anwendbaren Dispositivregel des Gesetzes fehlt, um damit eine im Einzelfall vorhandene Vertragslücke zu füllen.<sup>25</sup> Ein Gericht, das mit dem konkreten Fall befasst ist, hat es alsdann mit einem *zweifachen Nichts in der Gestalt einer Doppellücke* zu tun. Das führt rechtlich zur Frage, wie das Gericht in einer derart verzwickten Konstellation, in der sich eine Gesetzeslücke mit einer Vertragslücke paart, zum Entscheid ansetzen soll. Darauf gibt das Gesetz keine direkte Antwort. In Betracht kommen jedoch zwei Möglichkeiten: Entweder füllt das Gericht die vorgefundene Gesetzeslücke mit einer «modo legislatoris» gebildeten Eigenregel (Art. 1 Abs. 2 ZGB), um damit anschliessend auch die Vertragslücke auszufüllen.<sup>26</sup> Oder das Gericht verzichtet auf einen solchen Umweg und füllt

<sup>23</sup> Z.B. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 1248; JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, N 547 zu Art. 18 OR.

<sup>24</sup> So z.B. KOLLER, Rz. 10.02.

<sup>25</sup> Pro memoria: Die Anwendbarkeit einer Dispositivregel setzt immer auch voraus, dass die zur Lückenfüllung infrage kommende Regel zum übrigen Vertragsinhalt passt (dazu: JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, N 588 zu Art. 18 OR).

<sup>26</sup> Das in Art. 1 Abs. 2 ZGB erwähnte Gewohnheitsrecht wird vorliegend vernachlässigt, nachdem Gewohnheitsrecht (im Unterschied zur blossen Verkehrsübung) im Gebiete des Vertragsrechts nur höchst selten vorkommt (vgl. DESCHENAUX, S. 47; LIVER, N 73 zu Art. 5 ZGB).

die Vertragslücke mit einer eigenen Regel, die es nach Massgabe des «hypothetischen Parteiwillens» bildet.<sup>27</sup> Den Vorzug verdient die zweite Möglichkeit, wenn auch mit dem Vorbehalt, dass es Sonderfälle geben kann, in denen sich ausnahmsweise die Füllung einer Vertragslücke mit einer zunächst «modo legislatoris» gebildeten Eigenregel des Gerichtes (Art. 1 Abs. 2 ZGB) rechtfertigt. Das trifft dann zu, wenn die vom Gericht zu bildende Regel über den konkreten Fall hinaus der Verallgemeinerung fähig ist.

Soweit die Lösung, wie sie hier als «richtig» befunden wird!<sup>28</sup> Wie aber verhält es sich, wenn das Gesetz eine Dispositivregel enthält, die sich zwar nicht unmittelbar, aber doch im Wege der Analogie zur Ausfüllung einer bestimmten Vertragslücke verwenden lässt? Folgt man zu Recht der schon von EUGEN HUBER vertretenen Meinung, wonach die analoge Anwendung des Gesetzes eine Gesetzesanwendung nach Art. 1 Abs. 1 ZGB ist, so liegt in einem solchen Fall keine Gesetzeslücke vor. Und das bedeutet, dass diesbezüglich das Problem der Doppellücke gar nicht erst aufkommt.

c. Wie zur Gesetzeslücke, so hat sich auch zur Vertragslücke eine *Rechtstheorie* entwickelt, der es gelungen ist, *zum Nichts in der Gestalt einer Lücke* eine umfangreiche Dogmatik samt verschiedener Kontroversen herauszubilden.<sup>29</sup> Diese Theorie befasst sich seit einiger Zeit sogar mit dem Problem der gerichtlichen Vertragsanpassung an «veränderte Verhältnisse», die sich dann stellt, wenn weder das Gesetz noch der vereinbarte Vertragsinhalt eine auf die eingetretene Änderung anwendbare Regel bereithält. In der neueren Lehre wurde richtigerweise erkannt, dass die gerichtliche Anpassung eines Vertrages an Veränderungen nichts anderes als ein Problem der vertraglichen Lückenfüllung ist.<sup>30</sup> Damit hat sich die Lehre zu Recht von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung emanzipiert, welche die Frage der gerichtlichen Vertragsanpassung überwiegend, wenn auch mit gewissen Ausnahmen, unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauches (Art. 2 Abs. 2 ZGB) angegangen ist.<sup>31</sup>

<sup>27</sup> Dazu: JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, N 559 ff./561 ff. zu Art. 18 OR.

<sup>28</sup> Zur dogmatischen Begründung siehe JÄGGI/GAUCH, N 535 f. zu Art. 18 OR; ausführlicher: JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, N 601 ff. zu Art. 18 OR; im Ergebnis (fast) gleich: TERCIER/PICHONNAZ, Rz. 1038; kritisch: WIEGAND, N 84 zu Art. 18 OR.

<sup>29</sup> JÄGGI/GAUCH, N 639 ff. zu Art. 18 OR; ebenso: JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, N 712 ff. zu Art. 18 OR; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 1247a ff.; WIEGAND, N 116 zu Art. 18 OR; KRAMER, N 208 ff. zu Art. 18 OR.

<sup>30</sup> So schon JÄGGI/GAUCH, N 639 ff. zu Art. 18 OR; ebenso: JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, N 712 ff. zu Art. 18 OR; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 1288 ff.; WIEGAND, N 116 zu Art. 18 OR; KRAMER, N 325 ff. zu Art. 18 OR; KRAMER, SJZ 110/2014, S. 276.

<sup>31</sup> Nachweise bei JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, N 720 f. zu Art. 18 OR, mit zugehörigen Fussnoten.

## Die «unerlaubten Handlungen»

5. Im Anschluss an die Gesetzes- und die Vertragslücken betrete ich nun ein Rechtsgebiet, zu dem WALTER FELLMANN eine Fülle von wissenschaftlichen Artikeln und reihenweise ganze Bücher veröffentlicht hat. Es handelt sich um das private Deliktsrecht, das bestimmte Obligationen durch «unerlaubte Handlungen» entstehen lässt, wie es der gesetzliche Titel zu den deliktsrechtlichen Grundbestimmungen der Art. 41 ff. OR zum Ausdruck bringt.

a. Im Ausdruck «unerlaubt», den der gesetzliche Titel verwendet, steht die Vorsilbe «un» für ein verneinendes «Nicht» und damit für ein *Nichts* im Sinne einer Negation. «Unerlaubte» Handlungen sind demzufolge *nicht* erlaubte Handlungen. Was das Gesetz im Einzelnen darunter versteht, bedarf freilich der Auslegung. In den Sachregistern verschiedener Bücher, die sich prominent (auch) mit Art. 41 ff. OR befassen, wird der gesetzliche Ausdruck «unerlaubte Handlung» aber nicht einmal aufgeführt.<sup>32</sup> Sicher jedoch ist: «Unerlaubt» und damit *nicht* erlaubt sind in erster Linie die «widerrechtlichen» Handlungen des Art. 41 Abs. 1 OR, nach dessen Wortlaut zum Ersatz verpflichtet wird, «wer einem andern widerrechtlich Schaden zufügt, sei es mit Absicht [oder] sei es aus Fahrlässigkeit».

b. Die «Widerrechtlichkeit», die Art. 41 Abs. 1 OR in das geltende Gesetz eingeführt hat, ist eine Haftungsvoraussetzung, die über den Anwendungsbereich des Art. 41 Abs. 1 OR hinaus grundsätzlich auch für die anderen Haftungsfälle des Deliktsrechts gilt. Somit ist sie von weitreichender Bedeutung, obwohl die Haftungsbestimmung des Art. 41 Abs. 2 OR ausnahmsweise vom Erfordernis der Widerrechtlichkeit absieht und gewisse Autoren dies auch für die Gefährdungs- und sonstigen verschuldensunabhängigen Deliktshaftungen tun wollen.<sup>33</sup> Trotz dem bedeutenden Stellenwert der deliktischen «Widerrechtlichkeit» – oder vielleicht gerade deswegen – hat sich jedoch für deren Verständnis noch kein allgemein anerkannter Begriff herausgebildet. Vielmehr gibt es hierzu eine «objektive», eine «subjektive» und mindestens noch eine «dritte» Theorie.<sup>34</sup> Derart ist die «Widerrechtlichkeit» des Art. 41 Abs. 1 OR ein Paradebeispiel dafür, dass es im positiven Recht praktisch *nichts* von Bedeutung gibt, das sich den juristischen Kontroversen entziehen könnte.

<sup>32</sup> So etwa bei FELLMANN/KOTTMANN; HONSELL/ISENRING/KESSLER; VITO ROBERTO; REY/WILDHABER. Anders bei OFTINGER/STARK.

<sup>33</sup> Nachweise bei FELLMANN/KOTTMANN, Rz. 274.

<sup>34</sup> Übersicht bei FELLMANN/KOTTMANN, Rz. 276 ff.; WERRO, Rz. 331 ff. Einlässlich und zustimmend zur subjektiven Theorie: BRUNO GABRIEL, Die Widerrechtlichkeit in Art. 41 Abs. 1 OR, Diss. Freiburg 1987.

6. Das Letztere gilt zum Beispiel auch für den *Schadensbegriff*, der seinerseits zu den Grundbegriffen des Deliktsrechts, ja überhaupt zum Begriffsarsenal des privaten Schadenersatzrechts gehört. Auch um diesen Begriff ranken sich zahlreiche Kontroversen.<sup>35</sup>

a. Stellen wir auf die ständig wiederholte *Formulierung des Bundesgerichts* ab, so umfasst der Schaden des privaten Schadenersatzrechts die folgenden Begriffsmerkmale: Er ist «die ungewollte Verminderung des Reinvermögens. Er kann in einer Verminderung der Aktiven, einer Vermehrung der Passiven oder in entgangenem Gewinn bestehen und entspricht der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen [des Geschädigten] ohne das schädigende Ereignis hätte.»<sup>36</sup>

Wie jeder Begriff,<sup>37</sup> so hat auch der zitierte Schadensbegriff, den das Bundesgericht für das Schadensrecht verwendet, die immanente Eigenschaft, «auszuschliessen» und zu «begrenzen».<sup>38</sup> Dementsprechend bestimmt der Begriff des Schadens immer auch, was *nicht* zum Schaden gehört. In der eigenen Begriffswelt verfangen, hält das Bundesgericht z.B. dafür, dass der entgangene Nutzen (BGE 126 III 393; 132 III 384), der entgangene Genuss (BGE 115 II 481; 127 III 405) oder nutzlos gewordene Aufwendungen (BGE 115 II 481 f.) von vornherein keine Schadenersatzansprüche begründen können, weil sie nicht sämtliche Begriffselemente der gerichtlichen Definition erfüllen.<sup>39</sup> Das bedeutet, dass die höchstgerichtliche Rechtsprechung einen ökonomischen Schaden in einen rechtlichen *Nichtschaden* verwandelt, so dass der tatsächlich Geschädigte nichts bekommt. Als ich diese Verwandlung einem Nichtjuristen der Philosophischen Fakultät erklären wollte, reagierte derselbe mit folgendem Zitat aus der Romanliteratur: «Da wird in sturen Bahnen gedacht, im Rahmen eines einzigen Wortes, und das Wort ist ein Käfig.»<sup>40</sup>

Obwohl ich das Bild vom Käfig – wie alles Negative, womit Nichtjuristen die Jurisprudenz überziehen – als leicht frivol empfinde, scheint mir das Käfig-Bild doch nicht völlig verquer zu sein. Beizufügen ist freilich, dass das Bundesgericht sich bisweilen auch flexibel zeigt. Zum Beispiel hat das Gericht den sogenannten «*Haushaltschaden*» auch insoweit als rechtlich ersatzfähigen Schaden aner-

<sup>35</sup> Siehe dazu FELLMANN/KOTTMANN, Rz. 70 ff.; WERRO, Rz. 46 ff.

<sup>36</sup> BGE 116 II 444; 120 II 298; 126 III 393; 127 III 75 f.; 129 III 332; 132 III 205; 132 III 323 f.; 142 III 27; 144 III 157.

<sup>37</sup> Vgl. dazu VON FOERSTER, S. 105.

<sup>38</sup> So schon mein Aufsatz «Grenzüberschreitung», GAUCH, FS Walter, S. 296.

<sup>39</sup> So schon GAUCH, FS Walter, S. 296.

<sup>40</sup> CONNIE PALMEN, Die Erbschaft, Diogenes Taschenbuch, Zürich 2003, S. 121.

kannt, als es an der eigenbegrifflich vorausgesetzten Verschlechterung im Vermögen der jeweils Anspruchsberechtigten fehlt.<sup>41</sup> Dergestalt wurde aus einem begrifflichen *Nichtschaden* ein gerichtlich anerkannter Schaden, den das Bundesgericht mit dem multifunktionalen Etikett eines «normativen Schadens» versah,<sup>42</sup> um die Abweichung von seinem eigenen Schadensbegriff dogmatisch zu überhöhen.

**b.** Der «normative Schaden» ist notabene ein Beispiel dafür, wie die juristische Fantasie immer wieder neue *Rechtsfiguren aus dem Nichts* erzeugt. So verhält es sich insbesondere, wenn es darum geht, aus dem Korsett überkommener Begriffe oder aus einem vorgefundenen (allenfalls nur eingebildeten) Normensystem auszurechnen, ohne an den Begriffen oder am System etwas zu ändern. Im vorliegenden Zusammenhang mag namentlich auch an die «Culpa in contrahendo», an die darüber hinausgreifende «Vertrauenshaftung» oder an den «Vertrag mit Drittschutzwirkung» erinnert werden. Der juristische Rückgriff auf diese Figuren dient der rechtfertigenden Erklärung, weshalb auf gewisse Haftungsfälle das für den Geschädigten günstigere Vertragsrecht statt des Deliktsrechts mindestens partiell zur Anwendung kommen soll.<sup>43</sup>

**c.** Einen Spezialfall bildet die «Positive Vertragsverletzung», die zu Beginn des letzten Jahrhunderts vom deutschen Anwalt HERMANN (SAMUEL) STAUB als neue Rechtsfigur erfunden wurde.<sup>44</sup> Obwohl von einem Teil der Rechtsgelehrten abgelehnt, hat sich diese Figur nach und nach auch in der Schweiz verbreitet. Von ihr wird hierzulande gelehrt, dass sie – zusammen mit den übrigen Vertragsverletzungen und den daraus fliessenden Ersatzforderungen – im allgemeinen Art. 97 Abs. 1 OR beheimatet und geregelt sei, soweit nicht einschlägige Sonderregeln vorgehen.<sup>45</sup> Diese Lehre ist sogar die «herrschende», obwohl sich dem Wortlaut des Art. 97 Abs. 1 OR *nichts* Derartiges entnehmen lässt, worauf namentlich auch PETER JÄGGI in seinem fundamentalen Aufsatz «zum Begriff der

<sup>41</sup> BGer Pra 1995, Nr. 172, S. 556 (Grundsatzentscheid); weiter z.B. BGE 127 III 405 ff., 132 III 384; aus der Lehre: FELLMANN/KOTTMANN, S. 99 ff.; HONSELL/ISENRING/KESSLER, § 8 N 79 f.; REY/WILDHABER, Rz. 303 ff.; GAUCH, FS Walter, S. 296 f.

<sup>42</sup> Vgl. BGer Pra 1995, Nr. 172, S. 556; ferner z.B. BGE 132 III 384.

<sup>43</sup> Von den genannten drei Figuren hat es die vertragliche Drittschutzwirkung allerdings noch nicht geschafft, vom Bundesgericht als rechtsrelevant anerkannt zu werden, weshalb sie nichts zum Inhalt der höchstgerichtlichen Rechtsprechung beiträgt.

<sup>44</sup> STAUB, S. 46 ff.

<sup>45</sup> Vgl. z.B. HUGUENIN, Rz. 846 ff.; FURRER/WEY, N 7 zu Art. 97–98 OR; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz. 2614 ff./2617; SCHWENZER, § 67 ff.; VON BÜREN, S. 383.

vertraglichen Schadenersatzforderung»<sup>46</sup> prägnant hingewiesen hat.<sup>47</sup> Dementsprechend scheint sich einmal mehr zu bestätigen, dass die Gesetzesauslegung eine «Kunst» ist, dem ausgelegten Gesetz etwas zu entnehmen, von dem *nichts* im Gesetze steht.

Mit einer derart «kunstvollen» Auslegung des Art. 97 Abs. 1 OR hat PETER JÄGGI sich jedoch nicht abgefunden. Im zitierten Aufsatz ist er sogar so weit gegangen, eine Spaltung des Schadenersatzrechts in «vertragliche» und «ausservertragliche» Schadenersatzforderungen generell abzulehnen, da sie mit nichts begründbar, sondern eine unnötige Erfindung ohne Rückhalt im Gesetze sei.<sup>48</sup> Diese Meinung hatte freilich von vornherein keine Chance, sich in der juristischen Wissensgemeinschaft durchzusetzen. Denn wäre sie durchgedrungen, dann hätte sich die standardisierte Aussage, wonach die «vertragliche» und die «ausservertragliche» Haftung die beiden grossen Haftungskategorien des privaten Unrechts sind,<sup>49</sup> ins *Nichts* aufgelöst. Und damit wären auch alle geistigen Anstrengungen um die Rechtsfigur der «Positiven Vertragsverletzung», um die «Anspruchskonkurrenz» und um andere Perlen der Jurisprudenz dem reinen *Nichts* anheimgefallen. Ein solcher Verlust aber lief den lieb gewonnenen Lehrensätzen der Mehrheit und ihrer menschlichen Vorliebe für den «status quo» zuwider. Dementsprechend blieben die Delikts- und die Vertragshaftung getrennt wie die beiden Königskinder der Volksballade, denen die falsche Nonne die Kerze ausblies.

---

<sup>46</sup> JÄGGI, S. 181 ff.

<sup>47</sup> Die prägnante Stelle lautet: «Art. 97 spricht nicht von «Vertragsverletzung», sondern von «Ausbleiben der Erfüllung» (Randtitel!), und nicht von Vertrag, sondern von «Verbindlichkeit», ohne Hinweis auf einen Rechtsgrund. Sodann handelt Art. 97 einzig von der Unmöglichkeit (der Erfüllung oder der richtigen Erfüllung), nicht auch vom Schaden aus einer möglichen, aber fehlerhaften Erfüllung» (JÄGGI, S. 182).

<sup>48</sup> Zur Verdeutlichung ein einschlägiges Zitat aus dem Aufsatz von PETER JÄGGI! Es lautet: Die Meinung der herrschenden Lehre, der Wortlaut von Art. 97 sei zu eng, «trifft nicht zu. Sie ist dadurch bedingt, dass die herrschende Lehre den Begriff der unerlaubten Handlung – mit dem sich die schreckhafte Vorstellung von «Delikt» verbindet – zu eng auffasst. Das hat sie gezwungen, innerhalb der «rechtswidrigen Handlungen» eine durchgehende Zweiteilung vorzunehmen und neben den «unerlaubten Handlungen» – die nur eine Art von «rechtswidrigen Handlungen» sein sollen – die «Vertragsverletzung» als selbständige Art rechtswidriger Handlungen zu «erfinden». Damit hat die Lehre die Einheit der Schadenstatbestände unnötigerweise gespalten und zwei (vermeintliche) Schadenersatzforderungen geschaffen: «vertragliche» und «ausservertragliche»» (JÄGGI, S. 182 f.).

<sup>49</sup> So z.B. GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz. 2933.

## Weitere Aspekte

7. Als ich mit meinen Erörterungen zum Nichts bis hierhergekommen war, hatte ich die für den Beitrag erlaubte Schreibmenge beinahe aufgebraucht, von meinem Thema aber noch fast nichts behandelt. Das irritierte mich, überraschte mich aber nicht. *Denn der Stoff, der sich mit dem Nichts im Recht auftut, ist einfach immens.* Das hatte ich eingangs angekündigt. Und das bestätigte sich immer stärker, je weiter ich mit meiner Arbeit fortschritt. Ja, es zeigte sich allein schon im Umstand, dass z.B. das ZGB und das OR den Ausdruck «*nichts*» 83 mal verwenden, das Wort «*nicht*» über 1586 mal benutzen und die negierende Vorsilbe «*un*» in den verschiedensten Kombinationen (z.B. in *unangemessen*, *unbillig*, *unentgeltlich*, *unerlaubt* oder *unklar*) gebrauchen.<sup>50</sup> Diesen sprachbezogenen Kontext möchte ich hier zwar in Erinnerung rufen, aber nicht weiter vertiefen. Stattdessen ziehe ich es vor, nachfolgend noch einige Aspekte des *Nichts*, die mir bei der bisherigen Schreibe spontan in den Sinn kamen, in platzsparender Kürze nachzuschreiben. Es sind dies drei Aspekte. Und sie betreffen:

a. *Die «Nichtigkeiten».* Wie es der Sprache ureigen ist, so hat auch der Ausdruck «*Nichtigkeiten*» verschiedene Bedeutungen. In einer *ersten (rechtlichen) Bedeutung* bezeichnet er Fälle, in denen ein Rechtsakt (z.B. eine hoheitliche Verfügung, eine Beschwerde, eine Ehe oder ein privates Rechtsgeschäft) nach Massgabe der anwendbaren Rechtsnormen *nichtig* ist. Die Nichtigkeit, um die es dabei geht, besteht in der (rechtlichen) *Unwirksamkeit* des betroffenen Rechtsaktes, wobei sich das *Nichts* in der Abwesenheit der mit dem Rechtsakt angestrebten Rechtswirkung äussert. Welches die genaue «*Nichtigkeitslage*» ist, hängt indes von den konkret anwendbaren Rechtsnormen ab. Illustrativ ist etwa die *Vertragsnichtigkeit* nach Art. 20 OR, die auch eine *blasse Teilnichtigkeit* sein kann (Art. 20 Abs. 2 OR). Mit dieser Nichtigkeit haben sich die Rechtsprechung und die Lehre in vielfältiger Weise beschäftigt.<sup>51</sup> In der Lehre wurde etwa postuliert, für Art. 20 OR sei ein «*flexibler Nichtigkeitsbegriff*» zu verwenden, der eine Anpassung der «*Nichtigkeitslage*» an die verschiedenartigen Nichtigkeitsgründe erlaube.<sup>52</sup> Sodann hat das Bundesgericht entschieden, die *unsittlich übermässige Vertragsbindung* des Art. 27 Abs. 2 ZGB vom Anwendungsbereich des Art. 20 OR auszuklammern und so der Nichtigkeitsfolge des Art. 20 OR zu entziehen (BGE 129 III 213 f.). Und was Art. 20 Abs. 2 OR im Speziellen betrifft, so wurde

<sup>50</sup> Die vorstehenden Angaben verdanke ich wiederum einer Internetabfrage von BLaw GREGOR JORDI, zit. in Fn 17.

<sup>51</sup> Vgl. statt vieler: BGE 129 III 213; 134 III 442 f., mit weiteren Hinweisen; ABEGG, S. 176 ff.; BUCHER, S. 241 ff.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 681 ff.; HUGUENIN/MEISE, N 52 ff. zu Art. 19/20 OR; KOLLER, S. 228 ff.; KRAMER, N 308 ff. zu Art. 19/20 OR.

<sup>52</sup> So: HUGUENIN/MEISE, N 55 ff. zu Art. 19/20 OR.

im vierten Viertel des letzten Jahrhunderts die Figur einer «modifizierte Teilnichtigkeit» erfunden,<sup>53</sup> die in der darauf folgenden Rechtsliteratur heimisch wurde.<sup>54</sup>

In einer *zweiten Bedeutung* steht das Wort «Nichtigkeit» für etwas, das unbedeutend = unwichtig ist. In diesem Sinne erinnert das Wort an das (angeblich) aus dem römischen Recht überlieferte Prinzip: «*De minimis [Minima] non curat praetor*»; oder etwas abgewandelt: «Kleinigkeiten sind *nichts*, worum der Richter sich kümmert!» Wie weit sich das besagte Prinzip in der heutigen Rechtsordnung und Rechtspraxis durchgesetzt hat, wäre näher zu untersuchen. Ein Niederschlag des Prinzips findet sich aber jedenfalls in Art. 8 Abs. 2 der geltenden Strafprozessordnung. Auch kann z.B. der Grundsatz der Verhältnismässigkeit den Rechtsanwendenden dazu anhalten, unbedeutende Sachverhalte (z.B. minime Verstösse gegen Bauvorschriften) ausser Acht zu lassen. Gleich verhält es sich, soweit anzuwendende Rechtssätze offene Tatbestandselemente wie «erheblich»/«unerheblich» oder «wesentlich»/«unwesentlich» enthalten oder auf das «Ermessen des Gerichts», auf «Treu und Glauben» oder auf «Recht und Billigkeit» verweisen.

**b.** *Die Mängel* im rechtlichen Sinne. Sie bedeuten, dass etwas *nicht* so ist, wie es rechtlich unter einem bestimmten Gesichtspunkt sein sollte. Durchforscht man die gesetzliche Rechtsordnung, so eröffnet sich ein riesiges Feld, worin das Gesetz sich mit Mängeln (von Rechtsgeschäften, von Sachen, Leistungen, Eingaben, Einträgen usw.) befasst. Musterbeispiele im privaten Schuldrecht sind die Sachmängel einer verkauften Sache oder eines hergestellten Werkes, die darin bestehen, dass die tatsächliche Beschaffenheit des gelieferten Gegenstandes in dieser oder jener Hinsicht von der vertraglichen Sollbeschaffenheit abweicht. Bei solchen Mängeln reduziert sich das *Nichts* auf die Abwesenheit einer vertraglich geforderten Eigenschaft. Die dazu entwickelte Gesetzgebung (Art. 197–210 + Art. 219 OR/Art. 367–371 OR) auferlegt dem Verkäufer und dem Werkhersteller zwar eine spezielle Vertragshaftung für die Mängel. Umgekehrt aber privilegiert das Gesetz die haftpflichtigen Verkäufer/Werkunternehmer in der Weise, dass es die aus ihrer Haftpflicht fliessenden Mängelrechte des Käufers/Bestellers einer stark verkürzten Verjährung unterstellt (Art. 210 + Art. 219 Abs. 3 OR/Art. 371 OR) und die betreffenden Rechte bei nicht rechtzeitiger Mängelrüge sogar erlöschen lässt (Art. 201 ff. OR/Art. 370 OR).

<sup>53</sup> Vgl. meinen Aufsatz «Modifizierte Teilnichtigkeit, Anmerkungen zu BGE 107 II 216 ff.», GAUCH, recht 1983, S. 95 ff.

<sup>54</sup> Siehe zunächst HÜRLIMANN, S. 74 ff., wo die Figur schon kurz nach ihrer Geburt auftaucht; dann z.B. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 703 ff., und KOLLER, Rz. 13.77 ff.

c. *Das Strategem Nummer 7.* Dieses Strategem («Aus einem Nichts etwas erzeugen») wurde in meinem Beitrag bereits aufgeführt, aber selbstverständlich ohne die rechtlichen Anwendungsbeispiele umfassend aufzuzählen. Ein bisher unerwähntes Beispiel, in dem aus einem Nichts etwas erzeugt wird, ist namentlich der Fall, da etwas (ein Sachumstand, eine Erklärung oder eine Rechtsfolge), das in Wirklichkeit nicht besteht oder nicht bestanden hat, rechtlich fingiert wird.<sup>55</sup> Gleich wie bei einer Fiktion verhält es sich, soweit von Gesetzes wegen eine zwar widerlegbare, aber unwiderlegte Vermutung für etwas eingreift, das es in Wirklichkeit nicht gibt oder nicht gegeben hat.

Fiktionen gibt es in verschiedensten Erscheinungsformen. Von praktisch hoher Bedeutung im Vertragsleben ist vor allem *die Genehmigungsfiktion infolge verspäteter Mängelrüge*, die das gesetzliche Kauf- und Werkvertragsrecht vorsehen (Art. 201 Abs. 2 und 3 OR/Art. 370 Abs. 2 und 3 OR). Im Umfang dieser Fiktion gilt die gelieferte Kaufsache oder das Werk auch insoweit als genehmigt, als es in Wirklichkeit an einer dahingehenden Erklärung des Käufers oder Bestellers fehlt, womit (in den Worten des Strategems 7) «aus einem Nichts etwas erzeugt» wird. Was sodann die Rechtsfolge der Genehmigung betrifft, so besteht sie grundsätzlich (d.h.: unter Vorbehalt von Ausnahmen) in der Verwirkung der Mängelrechte für die zu spät gerügten Mängel, was auf eine Umkehr des siebten Strategems (auf: «Aus einem Etwas ein Nichts erzeugen») hinausläuft. Das Letztere gilt überhaupt für alle Fälle, in denen eine Forderung oder ein anderes Recht durch Verwirkung erlischt. Aber auch sonst kann dem Rechtsinhaber ein ihm zustehendes Recht abhandenkommen, allenfalls nur im praktischen Ergebnis. So kann er ein Recht z.B. auch deswegen verlieren, weil er im Zivilprozess einen von ihm zu erbringenden Beweis für eine rechtsbegründende Tatsache (Art. 8 ZGB) schuldig bleibt und das Gericht infolgedessen zu seinem Nachteil entscheidet.

### *Und ein Ende*

8. Zwar könnte es noch weiter und weiter gehen mit dem Nichts im Recht; dies bis hin zur unendlichen Frage, wie sich Recht und Gerechtigkeit zu einander verhalten und inwieweit sie nichts miteinander zu tun haben. Irgendeinmal aber muss mein Beitrag zu einem Ende gelangen. Und der Moment hierfür ist jetzt gekommen, was allein schon die Rücksichtnahme auf den mit der Festschrift Geehrten und auf seinen mit der Festgabe verbundenen Lesezwang nahelegt.

Am Schlusse angelangt, bin ich überzeugt, dass WALTER FELLMANN in all dem Vielen, was er weiterhin unternimmt, auch dem Nichts im Recht begegnen wird.

<sup>55</sup> Vgl. dazu statt vieler: JUNGO, N 286 ff. zu Art. 8 ZGB; WALTER, N 438 zu Art. 8 ZGB.

Ich denke allein schon an seine Begegnungen mit der normativen Figur des «vernünftigen Menschen», an der sich Lehre und Rechtsprechung in mannigfacher Weise orientieren, obwohl es einen solchen Menschen in Wirklichkeit nicht gibt. Sollte ich mich im Letzteren allerdings täuschen und sollte WALTER FELLMANN im praktischen Leben auf einen solchen Menschen treffen, so würde er mich bestimmt benachrichtigen. Jedenfalls aber freue ich mich auf meine weiteren Kontakte mit ihm. Und gespannt erwarte ich seine künftigen Publikationen, von denen ich hoffe, dass ich sie verstehen werde, was jedoch nicht gewiss ist. Denn:

*«Nihil minus in nostra est potestate quam animus.»*

Nichts ist weniger in unserer Macht als unser Geist.

PETRUS ABAELARIUS (1079–1142)

*Literaturverzeichnis*

- ABEGG ANDREAS, Die zwingenden Inhaltsnormen des Schuldvertragsrechts, Diss. Freiburg, Zürich 2004
- BUCHER EUGEN, Schweiz. Obligationenrecht AT, Zürich 1988
- VON BÜREN BRUNO, Schweiz. Obligationenrecht, Allgem. Teil, Zürich 1964
- DESCHENAUX HENRI, Schweizerisches Privatrecht II, Basel 1967
- EMMENEGGER SUSAN/TSCHECHTSCHER AXEL, Berner Kommentar zu Art. 1–9 ZGB, Bern 2012 (zit. EMMENEGGER/TSCHECHTSCHER, N ... zu Art. 1 ZGB)
- FELLMANN WALTER/KOTTMANN ANDREA, Schweiz. Haftpflichtrecht I, Bern 2012
- VON FOERSTER HEINZ, Wahrheit ist die Erfindung eines Lügners, 3. Aufl., Heidelberg 1999
- FURRER ANDREAS/WEY RAINER, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht – Allgemeine Bestimmungen, Art. 1–183 OR, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. FURRER/WEY, N ... zu Art. 97–98 OR)
- GAUCH PETER, Argumente. Ein Geburtstagsbrief, in: recht 2000, Sondernummer für Wolfgang Wiegand, S. 87 ff. (zit. GAUCH, recht 2000)
- DERS., Grenzüberschreitungen im privaten Schadensrecht, in: Festschrift für HANS PETER WALTER, Bern 2005, S. 293 ff. (zit. GAUCH, FS Walter)
- DERS., «Modifizierte Teilnichtigkeit», Anmerkungen zu BGE 107 II 216 ff., in: recht 1983, S. 95 ff. (zit. GAUCH, recht 1983)
- DERS., Was zählt, ist einzig, was man gerade weiss, in: Festschrift (Mèlanges) für PAUL-HENRI STEINAUER, Bern 2013, S. 3 ff. (zit. GAUCH, FS Steinauer)
- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./EMMENEGGER SUSAN, Schweiz. Obligationenrecht, Allgem. Teil II, 10. Aufl., Zürich 2014
- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG, Schweiz. Obligationenrecht, Allgem. Teil I, 10. Aufl., Zürich 2014
- HONSELL HEINRICH/ISENRING BERNHARD/KESSLER MARTIN A., Schweiz. Haftpflichtrecht, 5. Aufl., Zürich 2013 (zit. HONSELL/ISENRING/KESSLER, § ... N ...)
- HUBER EUGEN, Recht und Rechtsverwirklichung, 2. Aufl., Basel 1925

- HÜRLIMANN ROLAND, Teilnichtigkeit von Schuldverträgen nach Art. 20 Abs. 2 OR, Diss. Freiburg 1984
- HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht, Zürich 2019
- HUGUENIN CLAIRE/MEISE BARBARA, Basler Kommentar zu OR I, 6. Aufl., Basel 2015 (zit. HUGUENIN/MEISE, N ... zu Art. 19/20 OR)
- HUWILER BRUNO, Privatrecht und Methode, recht, Studienheft 5, S. 14 ff.
- JÄGGI PETER, Vom Begriff der vertraglichen Schadenersatzforderung, in: Festgabe für Wilhelm Schönenberger, Freiburg 1968, S. 181 ff.
- JÄGGI PETER/GAUCH PETER, Zürcher Kommentar zu Art. 18 OR, 3. Aufl., Zürich 1980 (zit. JÄGGI/GAUCH, N ... Art. 18 OR)
- JÄGGI PETER/GAUCH PETER/HARTMANN STEPHAN, Zürcher Kommentar zu Art. 18 OR, 4. Aufl., Zürich 2014 (zit. JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, N ... zu Art. 18 OR)
- VON JHERING RUDOLF, Scherz und Ernst in der Jurisprudenz, 13. Aufl., Leipzig 1924
- JUNGO ALEXANDRA, Zürcher Kommentar zu Art. 8 ZGB, 3. Aufl., Zürich 2018 (zit. JUNGO, N ... zu Art. 8 ZGB)
- KOLLER ALFRED, OR AT, 4. Aufl., Bern 2017
- KRAMER ERNST A., Berner Kommentar zu Art. 19/20 OR, Bern 1991 (zit. KRAMER, N ... zu Art. 19/20 OR)
- DERS., Berner Kommentar zu Art. 18 OR, Bern 1986 (zit. Kramer, N ... zu Art. 18 OR)
- DERS., Juristische Methodenlehre, 6. Aufl., Bern 2019 (zit. KRAMER, Methodenlehre)
- DERS., Neues zur clausula rebus sic stantibus, in: SJZ 110/2014, S. 273 ff. (zit. KRAMER, SJZ 110/2014)
- LIVER PETER, Berner Kommentar zu Art. 1–10 ZGB, Bern 1962 (zit. LIVER, N ... zu Art. ... ZGB)
- OFTINGER KARL/STARK EMIL W., Schweiz. Haftpflichtrecht I, AT, 5. Aufl., Zürich 1995
- REY HEINZ/WILDHABER ISABELLE, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 5. Aufl., Zürich 2018
- ROBERTO VITO, Haftpflichtrecht, 2. Aufl., Bern 2018
- SCHWENZER INGEBORG, Schweiz. Obligationenrecht, AT, 7. Aufl., Bern 2016

VON SENGER HARRO, 36 Strategeme für Juristen, Bern 2020

STAUB HERMANN, Die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen, Festschrift für den 26. Deutschen Juristentag, Berlin 1902, S. 29 ff.

STEINAUER PAUL-HENRI, Le Titre préliminaire du Code civile, in: Pierre Tercier (Hrsg.), Traité de droit privé suisse, Band II/1, Basel 2009

TERCIER PIERRE/PICHONNAZ PASCAL, Le droit des obligations, 6. Aufl., Genf 2019

WALTER HANS PETER, Berner Kommentar zu Art. 1–9 ZGB, Bern 2012  
(zit. WALTER, N ... zu Art. ... ZGB)

WERRO FRANZ, La responsabilité civile, 3. Aufl., Bern 2017

WIEGAND WOLFGANG, Basler Kommentar OR I, 6. Aufl., Basel 2015  
(zit. WIEGAND, N ... zu Art. 18 OR)

