

---

# **Rechtsgeschichte II**

*(Geschichte des Privatrechts)*

Vorlesung an der Universität Bern  
Sommersemester 1999

Aufgezeichnet und bearbeitet von

*Marcel Küchler*

---

# Inhaltsverzeichnis

<b>§1 Einleitung und Übersicht</b>	<b>1</b>
1.1 Warum Rechtsgeschichte als Ausbildungsfach für Juristen	1
1.2 Welche Geschichte?	1
1.3 Die Geschichte des geltenden Rechts	1
1.4 Übersicht über die zu behandelnden Themen	2
<b>§2 Die territoriale Vereinheitlichung des Privatrechts</b>	<b>4</b>
2.1 Privatrechtseinheit als Funktion der bürgerlichen Gesellschaft	4
2.2 Zersplitterung als traditionelle Daseinsform des vorbürgerlichen Rechts	6
2.3 Vereinheitlichung des Privatrechts auf kantonaler Ebene im 19. Jahrhundert	8
2.4 Vereinheitlichung des Privatrechts auf Bundesebene im 19. Jahrhundert	12
<b>§3 Die Kodifikation des Privatrechts</b>	<b>16</b>
3.1 Zum Begriff der Kodifikation	16
3.2 Zur historischen Verwirklichung des Kodifikationsgedankens	18
3.3 Das ZGB als moderne Kodifikation des Privatrechts	26
<b>§4 Öffentliches Recht / Privatrecht</b>	<b>27</b>
4.1 Einleitende Überlegungen	27
4.2 Zur neuzeitlichen politischen und sozialen Geschichte der Dichotomie	29
4.3 Die Dichotomie in der Geschichte der Rechtswissenschaft	31
4.4 Folgen der Erstarrung der Dichotomie	32
<b>§5 Zivilrecht und Handelsrecht</b>	<b>33</b>
5.1 Auf der Suche nach einem Unterscheidungskriterium	33
5.2 Im Mittelalter: <i>Ius mercatorum</i> als Klassenrecht	35
5.3 Das staatliche Handelsrecht des Absolutismus	36
5.4 Das Handelsrecht des 19. Jahrhunderts	38
5.5 Zivil- und Handelsrecht in der Schweiz im 19. Jahrhundert	40
<b>§6 Deutsches, römisches, Naturrecht im heutigen Privatrecht</b>	<b>44</b>
6.1 Einleitung	44
6.2 „Deutsches“ Recht als soziales Recht?	45
6.3 Das ungelehrte Recht einer Naturalwirtschaft	48
<b>§7 Die Entdeckung des Rechtssubjekts – die allgemeine Rechtsfähigkeit als angeborenes Recht</b>	<b>52</b>
7.1 Die Situation bis zum 18. Jahrhundert	52
7.2 Das Aufkommen des Prinzips der allgemeinen Rechtsfähigkeit im 19. Jahrhundert	54
7.3 Soziale Geschichte der allgemeinen Rechtsfähigkeit: „From Status to Contract“	58
7.4 Rechtspolitische Würdigung	60
<b>§8 Der Vertrag</b>	<b>63</b>
8.1 Begriff und Grundtendenzen	63
8.2 Historische Entwicklung des Vertragsbegriffes bis zum 19. Jahrhundert	66
8.3 Die Entwicklung im 19. Jahrhundert	68
8.4 Rechtspolitische Würdigung der historischen Entwicklung	70

<b>§9 Die Schaffung neuer Rechtssubjekte: Die juristische Person</b>	<b>75</b>
9.1 Bemerkungen zum heutigen Begriff der juristischen Person	75
9.2 Zur älteren Geschichte der juristischen Person	76
9.3 Die doppelte Geschichte (auch) der juristischen Person	78
9.4 Die soziale Geschichte der juristischen Person	80
9.5 Die begriffsjuristische Geschichte der juristischen Person	85
9.6 Bemerkungen zur Geschichte der Aktiengesellschaft	87
<b>§10 Der alte und der neue Eigentumsbegriff</b>	<b>91</b>
10.1 Einleitung	91
10.2 Eigentumszersplitterung als Dominanz des Kollektiveigentums	91
10.3 Eigentumszersplitterung als Teilung des Eigentumsrechts nach Befugnissen	92
10.4 Eigentumszersplitterung als Teilung des Eigentumsrechts nach Sachteilen	95
10.5 Eigentumszersplitterung als Teilung des Eigentumsrechts nach Sachgruppen	95
10.6 Eigentumszersplitterung als Teilung des Eigentumsrechts nach Ständen	96
10.7 Zusammenfassung und Deutung der Entwicklung	96
<b>§11 Die Funktionalität des bürgerlichen Eigentumsbegriffs</b>	<b>101</b>
11.1 Abstraktheit dieses neuen Eigentumsbegriffs	101
11.2 Die Leugnung der Funktionslosigkeit	102
11.3 Die offene Funktionalität	104
11.4 Die versteckte Funktionalität	106
11.5 Schluss	109

## Literaturverzeichnis

- CARONI PIO, Quellen und Texte zur rechtshistorischen Vorlesung, 2 Bde., Bern 1998 und 1987 [zit. QUELLEN I bzw. II].
- CARONI PIO, Privatrecht: Eine sozialhistorische Einführung, Basel/Frankfurt a.M. 1988 [zit. CARONI, Privatrecht]
- CARONI PIO, Einleitungstitel des Zivilgesetzbuches, Basel/Frankfurt a.M. 1996 [zit. CARONI, Einleitungstitel].
- KASER MAX, Römisches Privatrecht, 16. Auflage, München 1992 [zit. KASER].
- KINDER HERMANN/HILGEMANN WERNER, dtv-Atlas zur Weltgeschichte, 2 Bde., 28. Aufl., München 1994 [zit. DTV-WELTGESCHICHTE].
- KÖLZ ALFRED, Neuere Schweizerische Verfassungsgeschichte, Ihre Grundlinien vom Ende der Alten Eidgenossenschaft bis 1848, Bern 1992 [zit. KÖLZ].
- KRÖSCHELL KARL, Deutsche Rechtsgeschichte, 3 Bde., Opladen [zit. KRÖSCHELL I bzw. II bzw. III].
- KUNZMANN PETER/BURKARD FRANZ-PETER/WIEDMANN FRANZ, dtv-Atlas zur Philosophie, 3. Auflage, München 1993 [zit. DTV-PHILOSOPHIE].
- MEIER-HAYOZ ARTHUR/FORSTMOSER PETER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 8. Aufl., Bern 1998 [zit. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER].
- MEYERS GROSSES TASCHENLEXIKON in 24 Bänden, 4. Auflage 1992 [zit. MTL].
- ROUSSEAU JEAN-JACQUES, Gesellschaftsvertrag, Reclam Stuttgart 1986 [zit. ROUSSEAU]
- SCHLOSSER HANS, Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte, Ein Studienbuch, 8., völlig Neubearb. und erw. Aufl., Heidelberg 1996 [zit. SCHLOSSER]
- SEELMANN KURT, Rechtsphilosophie, München 1994 [zit. SEELMANN]
- SENN MARCEL, Rechtsgeschichte – ein kulturhistorischer Grundriss, mit Bildern, Schemen, Register, Chronologie und Biographien, Zürich 1997 [zit. SENN].
- STÖRIG HANS JOACHIM, Kleine Weltgeschichte der Philosophie, Frankfurt a.M. 1993 [zit. STÖRIG].
- STRATENWERTH GÜNTER, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, Bern 1996 [zit. STRATENWERTH].
- TUOR PETER/SCHNYDER BERNHARD/SCHMID JÖRG, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 11. Auflage, Zürich 1995 [zit. TUOR/SCHNYDER/SCHMID].
- WIEACKER FRANZ, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2., neubearbeitete Auflage, Göttingen 1967 [zit. WIEACKER].

## **§1 Einleitung und Übersicht**

CARONI, Privatrecht, S. 17 ff.; CARONI PIO, Die andere Evidenz der Rechtsgeschichte, in: Juristenausbildung als Denkmalpflege?, Bern/Stuttgart/Wien 1994, S. 27 ff.; ders., Die historische Perspektive, in: Unipress 98, Bern Oktober 1998, S. 34 ff.; WIEACKER, S. 423 ff.; vgl. auch Rechtsgeschichte I, §1.

### **1.1 Warum Rechtsgeschichte als Ausbildungsfach für Juristen**

Der Grund, weshalb auch der Jurist, den man die Anwendung des geltenden Rechts lehrt, die Geschichte des Rechts kennen muss, liegt in der grundsätzlichen Zeitbehaftetheit allen Rechts. Der zeitliche Kontext ist für das Verständnis auch des geltenden Rechts von Bedeutung – es gibt kein Recht ausserhalb der Zeit. Die Geschichte liefert zusätzliche Auskünfte für den Umgang mit dem positiven Recht. Das Wissen bezüglich des Rechts bliebe ohne diese Fragment.

### **1.2 Welche Geschichte?**

Die Frage danach, welche Geschichte des Rechts gelehrt werden soll, mag zunächst seltsam anmuten, ja erstaunen: gibt es mehrere Geschichten? Schon mit der Frage entfernt man sich von der Annahme der Existenz einer einzigen, objektiven Geschichtsschreibung – der Beschreibung einer objektiv erkennbaren Vergangenheit.

Es ist dem Historiker nicht möglich, einen Standpunkt ausserhalb von Zeit und Raum einzunehmen (und sozusagen die Subjektivität wie ein Kleid abzulegen); jede Geschichtsschreibung ist nur aus der je eigenen Subjektivität, aus der je eigenen Position möglich. Die Bestrebung vor allem des 19. Jahrhunderts, jede geschichtliche Epoche aus sich selbst heraus zu beschreiben und zu bewerten<sup>1</sup>, muss von vornherein scheitern.

Jede Generation von Historikern entdeckt, ja schafft ihre eigenen Forschungslücken, die zu füllen ihr zum Anliegen wird. Jede Generation hat ihre eigenen Themen, die ihr als wichtig erscheinen. Themen und Lücken, die in der Vergangenheit gar nicht als solche wahrgenommen wurden. Deshalb ist es nur möglich, unsere Geschichte zu betreiben: mit den Schwerpunkten die heute bedeutungsvoll erscheinen, wobei die Geschichte des Professors und diejenige der Studenten bereits verschiedene sein mögen.

### **1.3 Die Geschichte des geltenden Rechts**

Die Geschichte eines geltenden Rechts, die Geschichte des hier und heute geltenden Privatrechts beinhaltet den besonderen Aspekt, dass es sich nicht einfach um die Rekonstruktion eines früheren, bereits abgeschlossenen Stücks Vergangenheit handelt (z.B. die Publizitätsformen der dinglichen Rechte im alten Ägypten). Man ist als Be-

---

<sup>1</sup> Insbesondere RANKE LEOPOLD VON (1795-1886): dt. Historiker, der neben dem Individualitätsprinzip (Eigenwert jeder Epoche) auch den Objektivitätsanspruch der Geschichtsschreibung vertrat. [Angaben aus MTL]

trachter persönlich betroffen vom Resultat der geschichtliche Entwicklung: Zwar ist der genaue Ursprung des geltenden Rechts nicht bekannt, jedoch führt der Weg zwingend in die Gegenwart. Hier gestalten diese überkommenen Regeln unser Leben mit.

Zwei Wege der Betrachtung eröffnen sich: Zum einen ist es möglich die geltende Ordnung als Summe ihrer einzelnen Regeln zu erfassen, d.h. durch die Betrachtung der Geschichte jeder einzelnen der 977 Regeln des ZGB die Geschichte des Ganzen zu erhalten. Dieser Weg erscheint jedoch als kaum gangbar; zuviel Zeit würde er in Anspruch nehmen.

Deshalb liegt es nahe, dem Lauf der Geschichte des Privatrecht als einem umfassenden Organisationsprinzip, als Einheit zu folgen. Von hier aus lässt sich die Geschichte und Bedeutung einzelner, herausragender Regeln ebenfalls erfassen. Dieser zweite Weg bietet zudem den Vorteil, Auskunft über das Werden der Einheit selbst zu erhalten, sie nicht nur als Resultat der jetzt geltenden Einzelregeln zur Kenntnis zu nehmen. Er erlaubt zu bestimmen, welche Elemente schon an der Quelle vorhanden waren, welche erst später in den Lauf der Geschichte mündeten und welche andern Elemente allenfalls auf dem Weg verloren gegangen oder ausgestossen worden sind. Denn auch die am Wegesrand liegen gebliebenen Elemente haben einen Einfluss auf das heute Bestehende. Dadurch, dass etwas nicht geworden ist, hat es das Werden des Bestehenden erst ermöglicht und ist insofern im Bestehenden dennoch enthalten.

## **1.4 Übersicht über die zu behandelnden Themen**

### **1.4.1 Die territoriale Vereinheitlichung des Privatrechts (§2)**

Ein erster Paragraph ist der Tatsache gewidmet, dass auf dem ganzen Gebiete der Schweiz ein einheitliches Privatrecht gilt. Dies ist das Ergebnis einer territorialen Vereinheitlichung, die – obwohl sie heute als selbstverständlich erscheint – erst seit relativ kurzer Zeit, seit 150-200 Jahren besteht.

Während Jahrtausenden herrschte die räumliche Zersplitterung des Rechts vor; es fragt sich deshalb, aus welchem Grund sich dies plötzlich änderte, wieso die damaligen Menschen mit der bestehenden Ordnung nicht mehr zufrieden waren.

### **1.4.2 Die Kodifikation des Privatrechts (§3)**

Aber nicht nur die räumliche Zersplitterung fand vor 150-200 Jahren ein Ende, sondern das Privatrecht wurde auch in einem einheitlichen Gesetzbuch, der sog. Kodifikation<sup>2</sup> erfasst. In dieser Zeit wurde das ganze Privatrecht von der Idee und Verwirklichung der Kodifikation zusammen gefasst und bestimmt.

Was uns heute wiederum als selbstverständlich erscheint, war früher anders: das Recht wurde über eine lange Zeit auf anderem Wege überliefert als durch einheitliche Gesetz-

---

<sup>2</sup> Gesetzbuch, das ein ganzes Rechtsgebiet „umfassend, möglichst vollständig, gedanklich und technisch einheitlich“ regelt. [LIVER, Allgemeine Einleitung zum Einleitungsband des Berner Kommentars, Bern 1962, N. 2. Zitiert nach CARONI, Privatrecht, S. 53.] Zu neuen Gegentendenzen vgl. z.B. WALTER HANS PETER, Splitterndes Privatrecht, in: recht 97, S. 1 ff.; SCHLOSSER, S. 225 ff.

bücher. Dies führt unweigerlich zur Frage, welches die Gründe der Kodifikation waren, und welche Werte damit verbunden wurden.

### **1.4.3 Öffentliches Recht / Privatrecht (§4)**

Und ebenso selbstverständlich wie die räumliche Einheit und die Kodifikation ist heute die Einheit des Privatrechts in Abgrenzung zum öffentlichen Recht. Allein schon die vorliegende Vorlesung bezeugt dies. Im Mittelalter hingegen waren Staat und Gesellschaft nicht als getrennte Ordnungen wahrgenommen worden, erst seit relativ kurzer Zeit geht man davon aus, dass das Privatrecht gewisse Werte enthalte, die im öffentliche Recht keine Geltung beanspruchen und umgekehrt.

### **1.4.4 Zivilrecht und Handelsrecht (§5)**

Innerhalb des Privatrechts wird das ZGB und das OR unterschieden, wobei oft zu dieser Unterteilung bemerkt wird, das ZGB enthalte das reine Privatrecht, während das OR das Handelsrecht beinhalte.<sup>3</sup>

### **1.4.5 Die Geschichte einzelner tragender Säulen der geltenden Ordnung (§6-§11)**

Sobald – wie oben dargestellt (1.3) – die Geschichte des Privatrechts als Einheit beschrieben ist, kann zur Betrachtung einzelner, tragender Regeln dieses Privatrechts übergegangen werden. Denn nicht allen Regeln des Privatrechts kommt die gleiche Bedeutung zu, einige könnten ohne grosse Verluste gestrichen werden.

- Rechtsfähigkeit und Rechtssubjektivität (§7);
- Juristische Personen (§9);
- Vertrag (§8);
- Eigentum (§10 f.).

---

<sup>3</sup> Diese Unterscheidung ist nur schon bezüglich des Sachenrechts, welches durch seine Funktion der Eigentumszuordnung zu bestimmten Wirtschaftssubjekten eine grosse Bedeutung auch für das Handelsrecht hat, nicht haltbar.

## §2 **Die territoriale Vereinheitlichung des Privatrechts**

### 2.1 **Privatrechtseinheit als Funktion der bürgerlichen Gesellschaft**

Fast instinktiv wird Rechtsvereinheitlichung aus unserer Sicht als Fortschritt angesehen (unten 2.1.1). Der Zustand des Rechts kann aber auch – wertungsneutral – als Funktion der jeweiligen Gesellschaft bzw. des jeweiligen Gesellschaftszustandes gesehen werden (unten 2.1.4).

#### 2.1.1 **Vereinheitlichung als Fortschritt?**

CARONI, Privatrecht, S. 25 f.

Aus unserer Sicht erscheint es nicht als willkürlich, wenn im 18./19. Jahrhundert die Vereinheitlichung des Rechts als Fortschritt betrachtet wurde, weil wir selbst diese als Fortschritt bewerten. Von den früheren Gesellschaften, welche kein einheitliches Recht kannten, als noch jedes Dorf, jede Stadt ihr eigenes Recht hatte, können wir uns kein rechtes Bild machen.

Im 18./19. Jahrhundert fragte man sich, wie es früher den Menschen bloss möglich war, die Situation eines derart zersplitterten Rechtszustandes zu ertragen. Insbesondere erschien die Rechtssicherheit unter einem zersplitterten Recht als nicht gegeben. In einem Dialog VOLTAIRES bemerkte ein Kläger über die Rechtszersplitterung: „Et n'est-ce pas une chose absurde et affreuse, que ce qui est vrai dans un village se trouve faux dans un autre? Par quelle étrange barbarie se peut-il que des compatriotes ne vivent pas sous la même loi?“<sup>4</sup>

Die Sichtweise, Rechtsvereinheitlichung als Fortschritt und als Garantie der Rechtssicherheit zu betrachten, wirft aber einige Fragen auf: Zum einen fragt sich, wieso plötzlich im 18./19. Jahrhundert die zersplitterte Rechtssituation als unerträglich empfunden wurde? Welche Einsicht – über die man früher offenbar nicht verfügte – lag diesem Empfinden zugrunde: oder hatten sich die Menschen früher einfach still leidend damit abgefunden? Klar zumindest ist, dass der Wunsch nach Rechtssicherheit ein *topos* des 19. Jahrhunderts ist, dem viele Dinge als nicht mehr zeitgemäss erscheinen liess. Und – als zweite Frage – es ist zwar gut erklärbar, weshalb in zentralistischen Staaten wie Frankreich oder Italien das Bedürfnis nach einem einheitlichen Recht entstehen und sich relativ schnell durchsetzen konnte; doch auch in der vielörtigen Eidgenossenschaft kam die Idee ungefähr gleichzeitig auf. Allerdings stand man einer Vereinheitlichung skeptisch gegenüber, sodass die Durchsetzung in der Schweiz längere Zeit in Anspruch nahm (das ZGB trat erst 1912 in Kraft!). War die Schweiz somit gegen den Fortschritt

---

<sup>4</sup> VOLTAIRE, Dialoge et entretiens philosophiques, II, Dialogue entre un plaideur et un avocat, in Œuvres complètes de Voltaire en 56 tomes, Paris 1817-1821, Zitat Band 28, S. 11. [zitiert nach CARONI, Privatrecht, S. 25]

eingestellt, wenn sie sich im Zweifel stets gegen die Vereinheitlichung aussprach (unten 2.1.2)?

### **2.1.2 Eine noch im 19. Jahrhundert ungeliebte Erscheinung (Vier Beispiele: 1847, 1856, 1865, 1872)**

CARONI, Privatrecht, S. 26 ff.

Im Zusammenhang mit den Beratungen zur Gründung des schweizerischen Bundesstaates im Jahr 1847 verlangten die Berner Abgeordneten (Vertreter eines mehrheitlich agrarischen Kantons!) die Aufnahme der Kompetenz des Bundes zur Gesetzgebung auf dem Gebiet des Handelsrechts. Liberale Wirtschaftskreise (u.a. die Vertreter des Handelskantons Zürich) und mit ihnen die Mehrheit der Abgeordneten sprachen sich jedoch vehement dagegen aus. Sie zogen den bestehenden Zustand einer Neuregelung vor, der Staat sollte sich weiterhin auf die Rolle eines Beobachters beschränken und die Initiative den Handeltreibenden überlassen.

1856 wollten wiederum die Berner eine Vereinheitlichung mittels Konkordats zumindest jenes Teils des Handelsrechts, welcher faktisch bereits europaweit einheitlich geregelt war: des Wechselrechts. Obwohl der Wechsel als der Weltbürger schlechthin galt, „der kein Vaterland, keine Sprache, keine Nationalität, keine Religion kennt und überall zu Hause ist, der grösste Trumpf des kommerziellen Zusammenhanges aller Völker auf dem Erdenrunde“<sup>5</sup>, traten nur Bern, Solothurn, Basel-Stadt und Schaffhausen auf die Vorlage ein. Angenommen wurde das Konkordat schliesslich nur von Bern unverändert.

Als 1865 – bei der ersten Revision der BV – der Bundesrat vorschlug, eine Bestimmung darin aufzunehmen, welche dem Bund die Kompetenz zum Erlass eines Handelsgesetzbuches bringen sollte, lehnten beide Räte diese ab.

Und schliesslich lehnte die Bevölkerung 1872 eine Verfassungsrevision ab, welche u.a. auch die entsprechenden Bundeskompetenzen zur Vereinheitlichung der Armee und des Zivilrechts gebracht hätte.

Offenbar litten die Leute nicht so sehr unter der Rechtszersplitterung, sondern waren vielmehr einer Vereinheitlichung gegenüber skeptisch eingestellt. Zum einen hatte dies finanzielle Gründe, weil man befürchtete, eine Zentralisierung würde mehr Kosten bringen. Dann war es auch so, dass, wenn jemand unter der Rechtszersplitterung gelitten hat, es stets nur einzelne waren, Gelehrte und Advokaten. Die breite Bevölkerung liess sich vom Gedanken der Rechtseinheit und den Vorteilen, welche die Wissenschaft daraus hätte ziehen können, nie besonders begeistern.

### **2.1.3 Uneinig waren auch die Juristen**

CARONI, Privatrecht, S. 29 ff.

Offenbar waren aber auch die Juristen untereinander uneins. Im Schweizerischen Juristenverein – der 1861 gegründet worden war – obsiegten zuerst die Konservativen, welche sich vorsichtig gaben und nicht vorschnell das Bestehende aufgeben wollten, was man später vielleicht bereue. Vertreten wurde diese Richtung von den damals be-

---

<sup>5</sup> CARONI, Privatrecht, S. 27.

sten Juristen: Schülern von SAVIGNY oder zumindest solchen, die der Historischen Schule nahe standen. Die Wende kam aber bereits 1868, als am Juristentag in Solothurn die Mitglieder des Vereins, angefeuert vom Referat des radikalen solothurnischen Bankdirektors SIMON KAISER, beschlossen, eine Petition an den Bundesrat zu richten, in welcher verlangt wurde, eine neuen Bestimmung zur Privatrechtsvereinheitlichung in die Verfassung aufzunehmen.

#### **2.1.4 Zersplitterung und Einheit: Daseinsform des Rechts in verschiedenen Gesellschaften**

CARONI, Privatrecht, S. 30 ff.

Rechtszersplitterung und Rechtseinheit können nicht für sich allein, als mögliche rechtliche Modelle eines Rechtszustandes betrachtet werden, ohne auf den jeweiligen gesellschaftlichen Hintergrund einzugehen. Denn auch der rechtliche Zustand ist immer eine Folge, eine Funktion der sozialen Situation und der politischen Ordnung einer Gesellschaft.

Die Rechtszersplitterung war in dem Augenblick nicht mehr akzeptabel, als sich die gesellschaftlichen Verhältnisse derart geändert hatten, dass ein uneinheitliches Recht auf die anstehenden Probleme und Fragen keine passenden Antworten mehr bereit hielt. Daraus ergab sich fast automatisch der Wunsch nach einer Vereinheitlichung des Rechts.

### **2.2 Zersplitterung als traditionelle Daseinsform des vorbürgerlichen Rechts**

CARONI, Privatrecht, S. 31 f.; Rechtsgeschichte I, 2.3 ff., 12.2.

Rechtszersplitterung ergibt sich zwangsläufig in einer vorindustriellen, naturalwirtschaftlichen, immobilen Gesellschaft, deren Mitglieder ihren angestammten Ort nie oder kaum je verlassen, keine Reisen unternehmen.<sup>6</sup> Die einzelnen Gruppen einer solchen Gesellschaft sind weitgehend autark, sie müssen all das, was sie zum Überleben brauchen selber produzieren. Sie sind wirtschaftlich und politisch isoliert, haben kaum eine Anknüpfung nach aussen zu andern Gruppen.

Und so wie die Gesellschaft zersplittert ist, ist es auch ihr Recht. Denn jede einzelne Gruppe produziert ihr eigenes, auf ihre Situation angepasstes Recht, welches das Zusammenleben der Gruppe ermöglicht. Die Rechtssicherheit entsteht hier zum einen dadurch, dass der Einzelne von Anfang an mit diesem Recht lebt und es kennt, und zum andern, dass er an der Ausübung dieses Rechts (Genossenschaftsversammlungen, Schöffengerichte) aktiv teilnimmt.

---

<sup>6</sup> Diejenigen gesellschaftlichen Gruppen, welche typischerweise Reisen unternehmen: die Kaufleute, organisieren sich selber, haben ein auf ihre Bedürfnisse abgestimmtes Gewohnheitsrecht; sie sind nicht auf eine staatliche Ordnung angewiesen.

### 2.2.1 Im Deutschen Reich

Im Deutschen Reich ist die Zersplitterung des Rechts auf die zunehmende Schwächung des Kaisers (und damit des Reiches) gegenüber den lokalen Gewalten, den Ständen zurückzuführen (vgl. dazu Rechtsgeschichte I, §4). Der Kaiser vermag gegen die Stände kein einheitliches Reichsrecht durchzusetzen (vgl. zu den Rechtsquellen im Reichsgebiet: Rechtsgeschichte I, §9).

### 2.2.2 In der Eidgenossenschaft

Auch in der Eidgenossenschaft der Orte war das Recht seit je kleinräumig zersplittert, da die Orte – bis 1798 – über eine umfassende Souveränität verfügten und ihr eigenes Recht erliessen. Teilweise war das Recht auch innerhalb der Orte weiter unterteilt, so kannte z.B. der Stand Graubünden 19 verschiedene Erbrechte.

Als Ausnahmen können diejenigen Städte gelten, in deren Territorien man vereinzelt einheitliches Recht vorfindet. Doch kam dies nicht daher, dass allgemein eine Rechtsvereinheitlichung gewünscht worden wäre; die Städte versuchten vielmehr im Zuge absolutistischer Bestrebungen (vgl. Rechtsgeschichte I, §5, 7.3.2, 8.3, 9.3.5) ihr Recht den Untertanengebieten aufzuzwingen. Die Untertanengebiete setzten sich dagegen oft (auch erfolgreich) zur Wehr (z.B. das Emmental gegen das Recht der Berner Patrizier).

### 2.2.3 Punktuelle Ansätze einer Vereinheitlichung

SENN, S. 95 ff.; Rechtsgeschichte I, §8, §13, 14.3.

Neben dieser Ausnahme kannte die alte Welt aber auch gewisse Vereinheitlichungen, die bei einer rein rechtlichen Betrachtung des damaligen Zustandes nicht ins Auge stechen. Einheitliches Recht wurde nämlich nicht nur durch Zusammenfassung und territoriale Vereinheitlichung des Rechts, d.h. mittels Kodifikation des Rechts erreicht.

So bedurften beispielsweise die Kaufleute schon früh einheitlicher Regeln, um ihre Geschäfte abwickeln zu können: denn wer Handel treibt, muss für seine Kalkulationen wissen, was ihn jeweils am Marktort erwartet. Für diese einheitlichen Regeln waren die Kaufleute aber nicht auf den Staat angewiesen, sondern sie entwickelten selbst ihre gemeinsamen, gewohnheitsrechtlichen Regeln (vgl. oben 2.1.2 und Fn. 6).

Die Städte kannten zwar alle ihr eigenes Recht (ihr Stadtstatut als Symbol der Autonomie von Kaiser und Reich), was auf den ersten Blick – wenn man die grosse Zahl von Städten in Betracht zieht – nach einer enormen Rechtszersplitterung aussieht. Doch orientierten sich die Städte an einigen wenigen Stadtrechtsmodellen: etwa Köln, Freiburg i.B. oder Lübeck. Dadurch entstehen sog. Stadtrechtsfamilien, innerhalb derer sich die Tochterstädte am Recht ihrer Mutterstädte orientieren und diese auch als Auskunftsstelle in heiklen Gerichts- und Rechtsfragen benutzen. Die Gerichte und juristischen Fakultäten der Mutterstädte entwickeln sich zu eigentlichen obersten Gerichtshöfen für die nach gleichem Recht organisierten Städte.

Und auch die Ausbreitung des gemeinen Rechts wirkt vereinheitlichend. Überall dort, wo das Rechtsquellensystem des gemeinen Rechts Gültigkeit hat, wirken die wissenschaftlich ausgebildeten Juristen auf eine einheitliche Auslegung der zur Verfügung stehenden lokalen Rechtsquellen hin, indem sie alles Recht nach den Methoden und

Begriffen des römischen Rechts auslegen und Differenzen zu unterdrücken suchen. Rechtspolitisch ist diese Entwicklung für das lokale Recht keineswegs gut, denn die am römischen Recht ausgebildeten Juristen betrachten allzu oft dieses Recht als blosser Abspaltung, Umwandlung oder gar Degenerationsstufe des ursprünglichen, klassischen römischen Rechts.<sup>7</sup>

#### **2.2.4 Die Entwicklung zur Rechtseinheit als der traditionellen Daseinsform des bürgerlichen Rechts**

Die neue, mobile Gesellschaft des 19. Jahrhunderts, deren Merkmale u.a. der freie Verkehr von Waren (Zollfreiheit) und Menschen (Niederlassungsfreiheit) sind, empfindet die rechtliche Zersplitterung – aus ihrer Sicht – zurecht als ein Hindernis. Sie passt nicht mehr in das bürgerliche kapitalistische und liberale Programm, das dem Markt einen möglichst grossen Raum zur Verfügung stellen will. Aber nicht nur das Bürgertum verspricht sich von der Rechtseinheit Vorteile, auch die Gewerkschaften und die Sozialdemokratie (Mobilität, einheitliche Schutzvorschriften usw.).

### **2.3 Vereinheitlichung des Privatrechts auf kantonaler Ebene im 19. Jahrhundert**

CARONI, Privatrecht, S. 33 ff.; TUOR/SCHNYDER/SCHMID, S. 1 ff.

Die Privatrechtskodifikation der Schweiz, das ZGB, hat eine überaus komplexe Vorgeschichte auf kantonaler Ebene. Fast alle Kantone hatten sich vorher schon ein bürgerliches Gesetzbuch gegeben und der Rechtszersplitterung innerhalb der Kantone ein Ende gesetzt.

#### **2.3.1 Die Versuche der Helvetik**

Die Geschichte der Kodifikation beginnt in der Zeit der Helvetik (1798-1803).<sup>8</sup> Art. 48 der Helvetischen Verfassung sah vor: dass „die bürgerlichen Gesetze jedes Kantons und die sich darauf beziehenden Gebräuche ferner den Gerichten zur Richtschnur dienen sollen, bis die gesetzgebenden Räte nach und nach gleichförmige bürgerliche Gesetze werden eingeführt haben.“ Dies bedeutete zwar das Ziel, eine Rechtsvereinheitlichung herbeizuführen, doch zugleich auch das Eingeständnis, dass sich dies nicht so schnell verwirklichen liesse. Doch neu war immerhin der Gedanke der Rechtsvereinheitlichung: vorher bestand eine nicht nur geduldete, sondern sogar offen deklarierte Zersplitterung des Rechts. Aber sie war die logische Folge eines zentralistischen Systems – das zwar die alte Eidgenossenschaft ersetzt hatte, aber den vorher souveränen Orten so sehr widerstrebte, dass es nur kurze Zeit überleben konnte –, welches die Kantone nur mehr als blosser Verwaltungseinheiten betrachtete. So erstaunt es kaum, wenn nach dem

---

<sup>7</sup> Hier ist auch der Ursprung des Mythos eines ursprünglichen gesamteuropäischen Privatrechts zu suchen.

<sup>8</sup> KÖLZ, S. 59 ff.

Ende der Helvetik die alten Gebräuche und Gesetze wieder in volle Geltung gesetzt wurden.<sup>9</sup>

Nach dem Ende der Helvetik setzt nahezu Stillstand ein. In der Zeit der Mediation und der Restauration<sup>10</sup> sind jene Kräfte am Werk, die für eine Kodifikation keine Grund sehen.

### 2.3.2 Die kantonalen Kodifikationen der Regenerationszeit

Dies ändert sich erst wieder in der Zeit der Regeneration (ab 1830)<sup>11</sup>, die in den meisten Kantonen zu einer liberalen Wende führt. Viele der liberalen Ideen und Visionen können nun verwirklicht werden: die (vorerst parlamentarische) Volksdemokratie, die Gewaltenteilung, die Volksbildung, Mobilität von Waren und Menschen und eben die Erneuerung des Privatrechts. Neu vor allem aufgrund der räumlichen Vereinheitlichung und einigen inhaltliche Neuerungen.

Die Rechtsvereinheitlichung auf kantonaler Ebene ist das Werk der Regeneration. In nahezu allen Kantonen führt sie zu einem eigenen Gesetzbuch. Diese pflegt man seit über 100 Jahren nach dem je zugrundeliegenden Modell in drei Gruppen einzuteilen: Diejenigen Gesetzbücher, welche den französischen Code civil als Vorbild gewählt haben, diejenigen, die dem österreichischen ABGB folgen, und zuletzt die Gruppe von Kantonen, die nach dem Vorbild des zürcherischen PGB ihr Recht kodifiziert haben.

Obwohl diese Einteilung eine erste Orientierung ermöglicht, überzeugt das Ergebnis doch nicht; denn die Einteilung nach Vorbildern oder Modellen führt zu Gruppen von Gesetzbücher, die untereinander eine oft nur minimale Übereinstimmung aufweisen. Nur schon der teilweise grosse zeitliche Abstand der Entstehung hat einen solchen Einfluss auf die unterschiedliche Ausgestaltung, dass oft Welten zwischen Gesetzbücher derselben Gruppen liegen.

Dies zeigt im Übrigen, wie sehr eine solche Übernahme von der Einstellung des Empfängers, und nicht vom Sender der Botschaft abhängt. Der Empfänger nimmt, was ihm einleuchtet, reduziert die Botschaft mittels der eigenen Kriterien. Die Kantone haben die Modelle nach ihren jeweiligen Bedürfnissen verwendet, weshalb es nicht erstaunlich ist, dass die Resultate sich unterscheiden.

### 2.3.3 Kantonale Gesetzbücher nach dem Modell des Code civil Frankreichs

Dem Modell des Code civil von 1804 schlossen sich die welschen Kantone an: die Waadt (1819), Tessin (1837), Fribourg (1850), Wallis (1853) und Neuchâtel (1855). Diese Gesetzbücher unterscheiden sich z.T. beträchtlich. Genf und der ehemalige Ber-

---

<sup>9</sup> Offenbar besteht zwischen der Verfassung und dem Zustand des Privatrechts ein enger Zusammenhang. Solange die Verfassung nicht die Bedingungen schafft, die Voraussetzung sind für die Vereinheitlichung des Privatrechts, kann diese nicht von Statten gehen. Die Helvetik hätte diese Voraussetzungen zwar geboten, doch fehlte die Zeit zur Verwirklichung; zudem standen andere Probleme mehr in Zentrum.

<sup>10</sup> KÖLZ, S. 156 ff.

<sup>11</sup> KÖLZ, S. 209 ff.

ner Jura gehörten 1804 zum französischen Staat und behielten den Code Napoléon auch nach der Aufnahme in die schweizerische Eidgenossenschaft (1815) bei. D.h. bis 1912 galt in Teilen der Schweiz das Recht des Code civil: in Genf mit einigen Änderungen, aber im Berner Jura so wie er 1804 erlassen worden war.

### **2.3.4 Kantonale Gesetzbücher nach dem Modell des österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch (ABGB)**

In diese Gruppe gehören (neben Solothurn [1848] und Aargau [1855]) insbesondere die Kantone Bern (ohne Jura [1826-30]) und Luzern (nach 1830). Die beiden letzteren Kantone hatten zwar einige Gemeinsamkeiten (z.B. die Bauernaufstände im Emmental und im Entlebuch von 1653), aber die Berner kodifizierten bereits in der Zeit von 1826-30 und Luzern erst 1839. Dabei fällt auf, dass die Berner Kodifikation noch in die Zeit der Restauration fällt, dass (erstaunlich genug) ein bürgerliches Gesetzbuch also noch während der Regierungszeit der Patrizier entsteht. In Luzern hingegen wird das Recht erst in der Zeit der liberalen Wende, unter einer radikalen Regierung vereinheitlicht.<sup>12</sup> Um so verblüffender erscheint, wenn man sich die entgegengesetzten Interessen bewusst macht, dass beide, Patrizier und Radikale, dasselbe Vorbild für ihre Gesetzbücher nehmen.

Dies zeigt zum einen die Janusköpfigkeit des Vorbildes, des ABGB, selbst: nach vorne und nach rückwärts blickend. Zwar war es ein bürgerliches Gesetzbuch, mit Regeln, die vor allem dem Bürger nützlich schienen, und hatte in der ganzen k.u.k. Donaumonarchie (in 17 Amtssprachen) Geltung. Doch bedurfte es zu seiner Inkraftsetzung eines kaiserlichen Patentes durch Franz II. und auch des Einverständnisses der Stände. Ein bürgerliches und ständisches Gesetzbuch zugleich – was sich auf den ersten Blick geradezu auszuschliessen scheint.

Doch konnten dadurch gerade auch die unterschiedlichen Empfänger (die Patrizier Berns und die Radikalen Luzerns) es sich zum Vorbild nehmen und daraus nehmen, was ihnen passend schien. Für die Berner (die wegen 1798 bestimmt nicht den Code civil übernommen hätten) war es das Gesetzbuch einer Monarchie; die Luzerner sahen darin vor allem die bürgerlichen Ideen der Aufklärung und des Naturrechts.

Die Unterschiede lassen sich aber auch dadurch erklären, dass jedes Gesetzbuch gegenläufige Botschaften enthält, die von verschiedenen Empfängern je nach ihren eigenen Bedürfnissen verwendet werden können. Das ZGB beispielsweise wurde in verschiedenen Ländern als Vorbild einer Rechtsvereinheitlichung herangezogen: in der Türkei 1926, aber auch im Dritten Reich seines „völkischen Gehalts, des Antindividualistischen und des Gemeinschaftlichen“ wegen gegenüber dem BGB gelobt. Aus eben diesen Gründen nahmen es sich auch die italienischen Faschisten zum Modell bei ihrer Revision des italienischen CC. Dass der Schöpfer des ZGB, EUGEN HUBER, die betreffenden Bestimmungen nicht in diesem Sinne gemeint hatte, spielt keine Rolle, die Rezipienten werden kaum die Materialien konsultieren und nachsehen, zu welchem Zweck

---

<sup>12</sup> Bedeutende Beiträge liefern dabei zwei Juristen, in Bern LUDWIG SAMUEL SCHNELL und in Luzern KASIMIR PFYFFER VON ALTISHOFEN. Vgl. zu beiden KÖLZ, S. 212 f.

das schweizerische Parlament eine bestimmte Regel erlassen hat; der Empfänger bestimmt die Botschaft.

### 2.3.5 Das zürcherische Privatrechtliche Gesetzbuch (PGB, 1853-1855)

In Zürich wurde von den SAVIGNY-Schülern JOHANN CASPAR BLUNTSCHLI<sup>13</sup> und FRIEDRICH LUDWIG VON KELLER<sup>14</sup> (Professor auf dem Lehrstuhl SAVIGNYS in Berlin) ein eigenständiges Gesetzbuch geschaffen, welches sich nicht an besondere Vorbilder anlehnte.<sup>15</sup> Damit wird es zugleich Beleg für die verspätete, aber nun immerhin stattfindende Verwissenschaftlichung des Rechts in der Schweiz.<sup>16</sup>

Die Zürcher Regeneration war primär eine Angelegenheit der Juristen. Einige von ihnen hatten in Deutschland unter dem Einfluss der Historischen Schule (vgl. Rechtsgeschichte I, §17) studiert und versuchten nun, deren Postulate umzusetzen. Jedenfalls soweit sie ihnen umsetzbar erschienen (z.B. die Erneuerung der Justizordnung, der Rechtsordnung, der Gerichtsbarkeit und zuletzt auch die Schaffung eines privatrechtlichen Gesetzbuches). Die Reihenfolge erklärt, weshalb die Kodifikation relativ spät an die Hand genommen wurde; zunächst sollten die übrigen Teile des Systems umgestellt und verwissenschaftlicht werden.

Das PGB fand auch ausserhalb der Schweiz rege Beachtung, weil es insofern neue Wege ging, als es sich nach den lokalen Bedürfnissen und zugleich auch nach den Kriterien der wissenschaftlichen Methode des Historismus richtete. Und obwohl EUGEN HUBER sich bei der Schaffung des ZGB keines der bereits existierenden Gesetzbücher ausdrücklich zum Vorbild nahm, orientierte er sich in Zweifelsfällen am zürcherischen PGB. Deshalb enthält auch das heutige Schweizer Privatrecht noch einiges dieses bedeutenden kantonalen Gesetzbuches.

Nach dem Vorbild des PGB kodifizierten ihr Recht schliesslich die Kantone Nidwalden (1853), Thurgau (1860), Zug (1861), Graubünden (1862), Schaffhausen (1865) und Glarus (1869-74).

### 2.3.6 Die Kantone ohne Kodifikation

Bei den Kantonen, die ohne Kodifikation geblieben sind (Uri, Schwyz, Obwalden, Appenzell, Basel und St. Gallen), hat dies von Kanton zu Kanton verschiedene Gründe.

Für die Innerschweizer Kantone immerhin könnte man annehmen, die Kodifikation wäre ausgeblieben, weil sie als bäuerliche, noch weitgehend auf Naturalwirtschaft ausgerichtete Kantone eine solche überhaupt nicht nötig gehabt hätten. Das Fehlen wäre somit nicht weiter erstaunlich. Jedoch war dem nicht so: in Uri z.B. war die Naturalwirtschaft bereits seit dem 13. Jahrhundert weitgehend verdrängt. Die Gründe für das Fehlen einer Kodifikation waren vielmehr politischer Natur. In den Kantonen der Innerschweiz vermochte die liberale Ideologie bis in das 20. Jahrhundert hinein kaum Fuss

---

<sup>13</sup> SENN, S. 304; KÖLZ, S. 245.

<sup>14</sup> KÖLZ, S. 274 f.

<sup>15</sup> WIEACKER, S. 443, 490.

<sup>16</sup> Rechtsgeschichte I, 15.3.2.

zu fassen. Die anstehenden Probleme wurden durch Landsgemeindebeschlüsse, Landbücher, Sondergesetze und dergleichen mehr gelöst. Dass Nidwalden unter diesen Kantonen eine Ausnahme darstellt (vgl. oben 2.3.5), verdankt sich wohl weniger einer liberalen Einstellung dieses Kantons, als der zufälligen Tatsache, dass hier ein bedeutender Jurist (SCHWANDER) tätig war, der dem Projekt einer Kodifizierung die nötige Durchsetzungskraft zu geben wusste (sodass die Kodifikation von der Landsgemeinde angenommen wurde).

Eher erstaunt, dass die Stadt Basel keine Kodifikation erlassen hat, obwohl sie bereits im 19. Jahrhundert eine bedeutende Industriestadt war. Neben diesem industriellen Einfluss herrschte in Basel eine ausgeprägte Wissenschaftskultur: in Basel war – als einziger Schweizer Stadt – bereits im Mittelalter eine Universität entstanden. Hier wirkte ebenfalls eine Gruppe von Juristen<sup>17</sup>, die bei SAVIGNY studiert hatten, doch sprachen sich diese – im Gegensatz zu ihren Zürcher Kollegen – gegen eine Kodifikation aus. Es entsprang eine zunächst gelehrte Diskussion darüber, die an die zwanzig Jahre dauerte. Am Ende betrachtete man eine Kodifikation doch noch als erstrebenswert und machte sich daran eine solche auszuarbeiten. Als ANDREAS HEUSLER – der damit beauftragt worden war – die Entwürfe 1865 fertiggestellt hatte, setzte man diese jedoch nicht in ein Gesetz um, weil man angesichts der Bestrebungen im Bund ein baldiges, bundesweit vereinheitlichtes Privatrechts erwartete.

In St. Gallen war die Situation noch einmal eine andere: der Kanton war erst 1803 entstanden. Dieses Gebiet hatte vorher nie als eine Einheit bestanden, sondern aufgeteilt und verschiedenen Herrschern untertan. Die Integration und das Finden eines gemeinsamen Weges bedurfte der Zeit, weshalb eine Kodifikation, welche immerhin einen minimalen politischen Konsens braucht (vgl. oben 2.3.1, Fn. 9), zu Anfang und Mitte des 19. Jahrhunderts nicht möglich war.

## 2.4 Vereinheitlichung des Privatrechts auf Bundesebene im 19. Jahrhundert

CARONI, Privatrecht, S. 38 ff.; ders., Einleitungstitel, S. 22 ff.; TUOR/SCHNYDER/SCHMID, S. 3 ff.

### 2.4.1 Die Verfassungskompetenz: 1874, 1898

Der Bund konnte erst privatrechtliche Gesetze erlassen, nachdem eine entsprechende Kompetenz dazu in die Verfassung aufgenommen worden war. Dies geschah erst 1874 teilweise und schliesslich 1898 für die gesamte privatrechtliche Gesetzgebung; bei der Gründung des eidgenössischen Bundesstaates hatte man eine solche Bestimmung noch nicht in die Verfassung aufgenommen (vgl. oben 2.1.2).

Zunächst erhielt der Bund 1874 die Gesetzgebungskompetenz bezüglich der Regelung der Rechtsfähigkeit, des Obligationen- und des Handelsrechts. Dies bedingte allerdings die Möglichkeit der Unterscheidung von beweglichem Verkehrs- bzw. Handelsrecht und dem übrigen (unbeweglichen) Zivilrecht wie dem Sachen-, Erb-, und Familienrecht.

<sup>17</sup> U.a. die grossen Juristen ANDREAS HEUSLER und J.J. BACHOFEN.

Da diese Unterscheidung – wie sich zeigte – kaum durchführbar war, erhielt der Bund schon bald (1898) auch die Kompetenz auf allen andern Gebieten des Privatrechts ebenfalls gesetzgebend tätig zu sein. Danach waren die Kantone – sobald der Bund ein entsprechendes Zivilgesetzbuch erlassen hatte – nicht mehr berechtigt, eigenes Privatrecht zu erlassen (ausschliessliche Bundeskompetenz).

## **2.4.2 Die allmähliche Ausbildung eines einheitlichen Privatrechts 1862-1907**

CARONI, Privatrecht, S. 185 f.; TUOR/SCHNYDER/SCHMID, S. 6 ff.

Zunächst, als dem Bund eine entsprechende Kompetenz noch fehlte, hatte man u.a. versucht, auf dem Weg des Konkordates zumindest gewisse Gebiete zu vereinheitlichen. Beispielsweise das Wechselrecht (vgl. oben 2.1.2), welche Bestrebung jedoch scheiterte.

In den 60er Jahren beauftragte eine Interpellation den Bundesrat, abklären zu lassen, ob nicht ein einheitliches Handelsrecht durch den Bund erlassen werden solle. Die drei mit der Abfassung je eines Gutachtens beauftragten Experten kamen alle zu einem (hinsichtlich des Bedarfs und der Durchführbarkeit) positiven Schluss, weshalb WALTER MUNZINGER (Rechtsprofessor in Bern) im Auftrag des Bundesrates daran ging, einen Entwurf zu einem Handelsgesetzbuch zu verfassen, welcher 1864 fertig war. Dieser Entwurf enthielt nur gerade das Handelsrecht, da MUNZINGER, weil eine Verfassungskompetenz noch fehlte und er den Kantone nicht auf die Füsse treten wollte, zurückhaltend war. Überraschenderweise ging den Kantonen in der anschliessenden Vernehmlassung diese Lösung zu wenig weit und sie forderten ein vollständiges Obligationenrecht. Der Bundesrat liess deshalb wieder MUNZINGER den Entwurf eines schweizerischen Obligationenrechts erstellen, der nach dem Tode MUNZINGERS durch H. FICK fertiggestellt wurde. Nach 1874 beschleunigte sich die Entwicklung, der Entwurf wurde 1881 vom Parlament angenommen und trat am 1. Januar 1883 in Kraft.

Auf den Erlass des Obligationenrecht folgt die Zeit der 90er Jahre, innerhalb derer EUGEN HUBER und der von ihm ausgearbeitete Entwurf eines Zivilgesetzbuches eine Hauptrolle spielen wird (vgl. unten 3.3).

## **2.4.3 Zum wirtschaftlichen und sozialen Hintergrund dieser Entwicklung**

Soweit die äussere Geschichte, jene nämlich, die durch Kombination und Verwertung wahrnehmbarer gesetzlicher Bestimmungen dargestellt werden kann. Für sich allein ist sie uninteressant. Warum aber verlief sie so und nicht anders? Warum gelang die verfassungsmässige Verankerung der Kompetenz nur etappenweise und nicht auf einmal, warum konnte erst so spät vereinheitlicht werden usf.

Diese Entwicklung fand nicht im luftleeren Raum statt, sondern in einer konkreten Gesellschaft, welche im 19. Jahrhundert zuerst die industrielle Revolution, d.h. den Übergang zur mechanischen Produktion (von mehr und billigeren Gütern), und dann

die Transportrevolution erlebte, die eine explosionsartige Ausweitung des wirtschaftlichen Wachstums ermöglichte.<sup>18</sup>

Die Rechtsvereinheitlichung erscheint als Folge bzw. als ein Teilaspekt dieser Entwicklung. Es entsteht der Wunsch, alles, was nicht mehr als genügend angesehen wird, zu ändern. Insbesondere wichtig erscheint die Schaffung eines einheitlichen Wirtschaftsraumes, die Ausweitung der Privatautonomie und die Klärung der Eingriffsmöglichkeiten des Staates.

In dieser Hinsicht bringt bereits die Bundesverfassung von 1848 ein Stück Rechtseinheit, wenn auch vorerst nur innerhalb des öffentlichen Rechts. Denn auch hier besteht ein Zusammenhang mit der wirtschaftlichen Entwicklung: Durch die Schaffung eines einheitlichen Wirtschaftsraumes erfüllt sie das Bedürfnis des Marktes nach der Mobilität der Waren (Abschaffung der Binnenzölle, Vereinheitlichung des Münz-, Mass- und Gewichtssystems) und auch der Mobilität der Menschen (Niederlassungsfreiheit). Aber auch mittels wichtiger Gesetze wie dem Enteignungsgesetz, ohne welches die Verwirklichung der grossen Eisenbahnbauten nicht möglich gewesen wäre. Die Verfassung kam den bestehenden wirtschaftlichen Bedürfnissen entgegen; sie war mithin die Verfassung einer Erwerbsgesellschaft, in welcher gearbeitet, verdient und konsumiert wurde.

Bald darauf entstand schon der Wunsch, nicht nur das öffentliche Recht vereinheitlicht zu haben, sondern auch das Privatrecht. Die Liberalen, welche schon für die Bundesverfassung eingetreten waren, sind der Meinung, es gelte nun, auf dem eingeschlagenen Weg fortzuschreiten; die Verfassung von 1848 sei erst der Anfang gewesen. Sie waren überzeugt, dass „ein einheitliches Handelsrecht eine Ergänzung der Bundesverfassung von 1848 durch ihre eigenen Prinzipien“<sup>19</sup> wäre. Denn es ging vor allem darum, Probleme zu lösen, welche im Zuge der industriellen Revolution entstanden waren, und denen ihre überregionale Bedeutung gemeinsam war (beispielsweise Fragen bezüglich des Transportes wie Haftung, Transportkosten, Preise). Fragen, welche sich nicht sinnvoll auf kantonaler Ebene lösen liessen.<sup>20</sup>

Unter diesen Bedingungen erscheint der Schritt von 1874 als im Voraus angekündigte Verfassungsänderung. Weil aber die Kantone sich bisher immer ablehnend gegenüber einer Privatrechtsvereinheitlichung gezeigt hatten, liess man es zunächst bei einem Kompromiss, einer Notlösung bewenden. Die Verfassung von 1874 wies dem Bund in Art. 64 die Kompetenz zur Gesetzgebung „über die persönliche Handlungsfähigkeit, über alle auf den Handel und Mobiliarverkehr bezüglichen Rechtsverhältnisse (Obligationenrecht, mit Inbegriff des Handels- und Wechselrechts)“ zu.<sup>21</sup>

---

<sup>18</sup> Erschliessung des Schienennetzes, Zunahme der Zahl der Fabrikarbeiter, Verdreifachung des Textilexportes, Entfaltung der Maschinen-, Uhren-, Nahrungsmittel- und der chemischen Industrie, Entstehung und Ausbreitung des Banken-, Börsen- und Versicherungswesens usf.

<sup>19</sup> MUNZINGER, Motive 1865, S. 500 [zit. nach CARONI, Privatrecht, S. 42].

<sup>20</sup> Dazu insbesondere CARONI, Privatrecht, S. 43.

<sup>21</sup> Die noch übrig gebliebenen Vertreter der Historischen Schule argumentierten anders: da das Recht – wie der ganze Rest der Kultur – dem Volksgeist entspringe, sei solcher nur noch im überlieferten lokalen Recht greifbar. Das Handels- und Verkehrsrecht sei bereits kosmopolitischer Natur und könne deshalb ohne weitere Verluste vereinheitlicht werden.

Es fragt sich deshalb, welche Änderungen in der Zeit bis 1898 eingetreten sind, die dazu führten, dass zu diesem Zeitpunkt die ganze Gesetzgebung im Bereich des Privatrechts dem Bund übertragen werden konnte. Art. 64 II bestimmte nun, dass „der Bund ... zur Gesetzgebung auch in den übrigen Gebieten des Zivilrechts befugt“ sei.

Zunächst die Tatsache, dass man mit der Teilkompetenz des Bundes von 1874 aus praktischen Gründen nicht zufrieden war. Das aOR hielt sich zum einen nicht genau an die Kompetenzabgrenzung und berücksichtigte z.B. nicht alle Verträge (so nicht die Erbverträge), und zum andern – indem es mit der Regelung des Mobiliarsachenrechts über seine Kompetenz hinaus ging – verursachte die Abgrenzung zwischen z.B. Mobiliar- und Immobiliarpfandrechten grosse Schwierigkeiten. Diese war wohl mit ein Grund, weshalb die Kantone bald eine vollständige Vereinheitlichung des Privatrechts forderten.

Ausschlaggebend waren aber diese praktischen Gründe nicht. Wichtiger war wohl wiederum der wirtschaftliche Druck: man könne nicht bei 1874 stehen bleiben, sondern es müsse von der Vereinheitlichung schliesslich alles erfasst werden. In diesem Licht ist der Sprung von der partiellen zur vollen Bundeskompetenz nichts anderes als eine Anpassung des Rechts an die bereits stattgefundene und im Wesentlichen abgeschlossene industrielle Revolution. Diese hatte aus dem Markt eine nicht mehr sektorielle, sondern vermutlich tonangebende Einrichtung der Gesellschaft gemacht.

Davon zeugt auch die Botschaft des Bundesrates zur Verfassungsänderung von 1898 (verfasst von EUGEN HUBER): Zum einen bedürfe es der Rechtseinheit aus praktischen, aber auch wirtschaftlichen Gründen. Diese forderten eine Vereinheitlichung nicht nur des Verkehrsrechts, sondern auch des übrigen Privatrechts (grössere Privatautonomie auch im Erb- und Familienrecht, Schaffung eines Grundbuches und eines einheitlichen Grundpfandrechts).

Die Privatautonomie sollte insbesondere in den Deutschschweizer Kantonen eine freierliche Regelung erfahren, weil dort noch immer Hindernisse (z.B. genossenschaftliche Schranken) vorhanden waren. Ohne eine genügende Privatautonomie funktioniert das ganze darauf abstellende Privatrecht (und nicht nur das Handelsrecht) nicht.

Die Schaffung eines Grundbuches erscheint auf den ersten Blick als wenig bedeutungsvoll. Doch war es die Voraussetzung der Publizität der dinglichen Rechte an Grundstücken und damit der diesbezüglichen Rechtssicherheit. Und diese wiederum haben eine grosse Bedeutung für die Mobilisierung der wirtschaftlichen Bodenwerte. Denn das „wirtschaftliche Programm“ der mobilen Sachwerte sollte auf die Werte der Grundstücke übertragen und diese verkehrsfähig gemacht werden (z.B. durch die Verbriefung des Grundpfandes). Zu diesem Programm gehört ebenfalls die Vereinheitlichung des Grundpfandrechts.

Die ganze Entwicklung entspricht einer Gesellschaft, welche beweglich geworden war, die keine begrenzten Räume mehr kannte und die allen das eigene wirtschaftliche Programm aufzwang.

## §3 Die Kodifikation des Privatrechts

CARONI, Privatrecht, S. 53 ff.; SENN, S. 205 ff.

In der Schweiz – ja in jedem Staat auf dem Kontinent – ist das Privatrecht territorial vereinheitlicht und zwar in ganz bestimmter Art und Weise: auf dem Weg der Kodifikation. Denkbar wären auch andere Wege gewesen (vgl. oben 2.2.3 und das angloamerikanische Recht).

Die Tatsache der Kodifikation ist heute eine Selbstverständlichkeit, doch gibt es diese erst seit relativ kurzer Zeit, ca. 150-200 Jahren. Früher hatten während Jahrhunderten andere Systeme geherrscht (vgl. Rechtsgeschichte I, §9; auch oben 1.4). Zur Frage, weshalb diese Systeme aufgegeben wurden, weshalb sie offenbar den Menschen nicht mehr genügten, oben 2.1.

### 3.1 Zum Begriff der Kodifikation

CARONI, Privatrecht, S. 53 ff.; ders., Einleitungstitel, S. 11 ff.

Der Begriff der Kodifikation ist vieldeutig: die einen verstehen darunter jede Sammlung von Rechtssätzen (z.B. das *Corpus iuris*) und die andern wollen erst den Code civil als richtige Kodifikation gelten lassen. Um damit arbeiten zu können, bedarf es deshalb einer genauen Definition des Begriffs.

#### 3.1.1 Kodifikation als umfassende Vereinheitlichung des Rechts

CARONI, Privatrecht, S. 54 ff., 62 ff., 73 ff.

Hier soll von Kodifikation nur dann die Rede sein, wenn damit wenigstens irgend eine Vereinheitlichung des Rechts einher geht. Und zwar:

##### A) in territorialer Hinsicht

Wenn von Kodifikation gesprochen wird, soll immer eine gewisse territoriale Vereinheitlichung damit verbunden sein (vgl. oben §2).

##### B) in technisch-systematischer Hinsicht

Mit einer Kodifikation sollte immer auch eine systematische Vereinheitlichung erzielt werden, d.h. die Kodifikation soll früher nebeneinander bestehende Sondergesetze in sich aufnehmen und sie nach einem inhaltlichen Plan ordnen, d.h. eine gewisse inhaltliche und systematische Geschlossenheit aufweisen. Das Gesetzbuch präsentiert sich dann vielleicht nicht als einzige, aber dennoch als überlegene Rechtsquelle, die insofern ausschliessliche Geltung verlangt, als sich ihr alle noch bestehenden Sondergesetze unterordnen müssen. Sie ist damit das Zentrum des Rechtsquellensystems.

##### C) in sozialer Hinsicht

Eine Kodifikation bewirkt nicht nur eine Vereinheitlichung bezüglich des Territoriums und der Systematik. Ihr sollen auch alle Einwohner eines Staates gleichmässig – ohne Berücksichtigung bestehender Unterschiede – unterstellt sein. Möglich ist dies dann, wenn alle Einwohner oder Bürger als gleiche Rechtssubjekte vor dem Gesetz stehen.

Daher ist die Verallgemeinerung der Rechtssubjektsqualität (vgl. unten §7) die notwendige Prämisse der sozialen Vereinheitlichung. Früher hatte das Recht sich auf Klassen, Gruppen und Stände abgestützt und es galten für jede Gruppe jeweils andere Gesetze. Die Verallgemeinerung gibt es erst seit relativ kurzer Zeit und man ist bereits wieder dabei, gewisse Gesetze nicht mehr für alle gelten zu lassen (z.B. die Entwicklung eines Konsumentenrechts). Diese Vereinheitlichung auf der sozialen Ebene ist vielleicht das wichtigste Element der Kodifikation. Erstmal gilt ein Gesetzbuch für alle, jenseits von Klassen und Ständen.

Dass eine Kodifikation für alle gelten kann, bedeutet, dass die bisher geltenden Unterscheidungen verschwunden sind oder zumindest an Bedeutung verloren haben. Es muss eine Veränderung der politischen Situation stattgefunden haben, welche diese Bedeutung der verschiedenen Gruppen abgeschwächt hat. Die bürgerlichen Revolutionen, welche sich die Abschaffung der Stände auf ihre Fahnen geschrieben hatten, haben solche politischen Veränderungen ausgelöst. Man kann vielleicht sogar sagen, dass die Kodifikation des Privatrechts eine Folge der bürgerlichen Revolution war, d.h. dass es nicht zu jedem Zeitpunkt möglich ist, Kodifikationen zu erlassen, sondern nur in einem besonderen historischen Zeitpunkt unter besonderen historischen Voraussetzungen. Dies bedeutet für den Begriff der Kodifikation, dass es Kodifikationen in diesem Sinne erst seit der Französischen Revolution und nicht schon seit 4000 Jahren geben kann.

Auf der andern Seite muss eine Kodifikation, welche in einem Land gelten soll, in dem bisher verschiedene Sondergesetze für die verschiedenen Gruppen galten und auf die jeweiligen Bedürfnisse eingingen, ein besonderes Gesetz sein, mit dem sich alle in gewisser Weise identifizieren können. Der Gesetzgeber muss sich auf diejenigen Dinge beschränken, welche allen gemeinsam sind, auf Details muss er verzichten (Entstofflichung des Privatrechts). Es bleibt nur wenig übrig, weil den Angehörigen der früheren Gruppen nur wenig gemeinsam ist. Die oft gelobte Kürze der Kodifikationen rührt also weniger von der Genialität ihrer Verfasser her, als von dieser konkreten Situation.

### 3.1.2 Kodifikation und Gesetzgebung

CARONI, Privatrecht, S. 69.

Oft sind diese beiden Begriffe als gleichbedeutend angesehen worden. Dies stimmt insofern, als jede Kodifikation das Resultat einer Gesetzgebung (d.h. – jedenfalls nach aufklärerischer Ansicht, wonach nur die *voluntas* des Gesetzgebers Rechtsquelle sein kann – der Tätigkeit eines Herrschers, der die Gesetze von oben gibt) ist, aber nicht umgekehrt: nicht jede Gesetzgebung führt zu einer Kodifikation.

Der Begriff der Kodifikation führt also über denjenigen der Gesetzgebung hinaus: die Kodifikation ist ein besonderes Gesetzbuch. Sie hat unter den andern Gesetzen eine Sonderstellung inne, weil sie ausführlich und umfassend ist, weil sie nicht nur punktuelle Regeln aufstellt, sondern alles regeln will. Durch diese Eigenschaft schliesst sie aber gleichzeitig die andern Gesetze aus oder drückt sie zumindest an den Rand (vgl. oben 3.1.1B).

### 3.1.3 Kodifikation und Verfassung

CARONI, Privatrecht, S. 69 ff.

Im 18./19. Jahrhundert haben diejenigen, die sich für eine liberale Verfassung eingesetzt haben, gleichzeitig die Kodifikation des Privatrechts gefordert. Auf der einen Seite schien der Staat mit seiner Verfassung zu stehen und auf der anderen die Gesellschaft mit ihrem Privatrecht. Man sprach auch von den „deux codes“.

Offenbar besteht zwischen der Verfassung und der Kodifikation eine Wechselwirkung. Denn nur wenn eine bestimmte Verfassung des Staates gegeben ist, kann eine Kodifikation erlassen werden, bzw. eine Kodifikation kann nur diejenigen Rechtsgebiete regeln, die ihr von der Verfassung überlassen werden. Die Kodifikation füllt jenen Raum, den die früheren Verfassungen selber gefüllt hatten und aus dem sie sich zurückgezogen haben. In der Zeit des Absolutismus z.B. war das Handelsrecht durch die Wirtschaftspolitik des Staates (Merkantilismus) besetzt. Der Markt kann nicht funktionieren, wenn nicht der Staat in der Verfassung gewisse Freiheitsrechte (an prominenter Stelle die Wirtschaftsfreiheit) garantiert, als deren Gegenstück die Vertragsfreiheit des Privatrechts erscheint.

Die Bedeutung dieser Überlegungen wird klar, wenn man sich die Fälle in Erinnerung ruft, in denen diese gegenseitige Korrelation von Verfassung und Kodifikation nicht gegeben war: Da sind zum einen die Berner Patrizier, die in der Zeit der Restauration ein bürgerliches Gesetzbuch erlassen wollen und mit der Ausarbeitung einen liberalen Juristen beauftragen (vgl. oben 2.3.4). Dann die Rheinbundstaaten (z.B. Westfalen, Baden, Nassau und Bayern), in denen der Code civil eingeführt wurde, obwohl ihnen die Rheinbundakte von 1806 die ständische und feudale Struktur ausdrücklich garantierte. Und schliesslich das ABGB, welches von einem Monarchen (Franz II.) unter Zustimmung der Stände erlassen worden ist (vgl. oben 2.3.4).

Welche Bedeutung mochte aber in diesen Fällen die liberale Kodifikation gehabt haben? Sicherlich wirkte sich die Rückständigkeit des Staates negativ auf die Entfaltung des Gesetzbuches aus. Das Gesetzbuch gewährte nämlich Freiheiten, die so lange unbenutzt bleiben mussten, bis der nötige Raum dazu geschaffen war. So ging das ABGB beispielsweise von einem einheitlichen Eigentum aus, in Wirklichkeit aber existierte das geteilte feudale Eigentum weiterhin, denn das Gesetzbuch regelt zwar in zahlreichen Artikeln das neue bürgerliche Eigentum, liess aber als Ausnahme (welche jedoch die Regel bildete) die bestehende Ordnung weiterhin zu. Die anderen Bestimmungen kamen erst zum Zuge, als die feudale zugunsten einer liberalen Verfassung abgeschafft war.

## 3.2 Zur historischen Verwirklichung des Kodifikationsgedankens

### 3.2.1 Die doppelte Geschichte (auch) der Kodifikation

CARONI, Privatrecht, S. 57.

Die Geschichte dieses Begriffes ist in zweifacher Art denkbar: einmal als Dogmengeschichte, dann aber auch als soziale Geschichte. Die Dogmengeschichte betrachtet sich

gerne einen ausformulierten Begriff als Ergebnis konstanter Bemühungen der Gelehrten um theoretische Abklärung. Sie untersucht also die Entstehung des Begriffs, sie ist eine Geschichte der Bücher und der Gelehrten und fragt nicht primär nach den sozialen Entstehungsbedingungen einer Lehre oder einer Theorie.

Als soziale Geschichte untersucht sie hingegen hauptsächlich jene Wandlungen einer Gesellschaft, die das positive oder negative Schicksal einer bestimmten Lehre möglich gemacht haben, bzw. erklären. Sie weiss, dass die Umwandlung einer Theorie in soziale Praxis selten zufällig vor sich geht, vom absoluten Wahrheitsgehalt (von der „Richtigkeit“) einer Theorie kaum linear abhängt und oft genug einer Verzerrung der ursprünglichen Lehre gleichkommt.

Damit soll uns also die Geschichte jener Gesellschaft (ab der 2. Hälfte des 18. Jh.) beschäftigen, welche ihre Probleme mit dem neuen Rechtsquellensystem der Kodifikation zu lösen versuchte. Jener Gesellschaft, die gegenüber dem bisherigen, dem gemeinen Recht (und den Juristen, welche dieses betreiben) ein gewisses Malaise verspürt.

### **3.2.2 Die aufklärerische Ablehnung des alten Rechtsquellensystems**

CARONI, Privatrecht, S. 58 ff., 71 ff.

Unter starken Beschuss geriet vor allem das gemeine Recht; die Tradition des gemeinen Rechts wurde gar als Trümmerhaufen bezeichnet. Am meisten kritisiert wurde es von den Aufklärern, denen die Unsicherheit und Ratlosigkeit der Rechtsunterworfenen diesem Recht gegenüber ein Dorn im Auge war. Die Aufklärer vermissten Transparenz und Ordnung. Dies ist verständlich, wenn man bedenkt, dass dieses Rechtsquellensystem eines war, bei dem der Jurist und nicht der Gesetzgeber im Zentrum stand. Eine juristische Bibliothek dieser Zeit enthielt Hunderte und Tausende von Büchern aller gelehrten Juristen (den Glossatoren, den Kommentatoren, den Humanisten usw.), welche je etwas über das gemeine Recht geschrieben hatten. Aufgrund der Masse von möglichen Meinungen und Lösungen zu jedem Problem, liess sich in fast jedem Fall jede Lösung irgendwie begründen, was der Willkür der Juristen und der Abhängigkeit der Betroffenen Vorschub leistete. Stattdessen forderten die Aufklärer eine Rechtsquelle, deren Regeln klar, einfach und für alle verständlich (und nicht in Latein) wären.

Ebenso wurde das Gewohnheitsrecht kritisiert, dieses jedoch weniger von den Aufklärern als von den Monarchen, welche es als Provokation empfanden, dass Recht sich unabhängig von ihrem Willen „von unten“ herausbilden konnte. Beunruhigend war wohl insbesondere, dass es für das Entstehen von Gewohnheitsrecht keine Vorwarnung gab, es war plötzlich da. Die Sorge um die Gefährdung der Rechtssicherheit durch das Gewohnheitsrecht war wohl eher eine Ausrede.

### **3.2.3 Die allmähliche Entstehung einer neuen Rechtsquellenlehre**

WIEACKER, S. 322 ff.; CARONI, Privatrecht, S. 58 ff., 73 ff.; Rechtsgeschichte I, §16.

Das neue Rechtsquellensystem kam nicht einfach aus dem nichts, sondern es ist durch die oben beschriebene Kritik am bestehenden verständlich. Unter den Idealbildern, die bezüglich eines neuen Rechts die Vorstellung der Leute beherrschten, stechen insbe-

sondere folgende hervor, die fast zwangsläufig zu einer Kodifikation hinführen mussten.

Der Mensch erscheint nun plötzlich als völlig frei, Recht selber zu erlassen. Eine Freiheit, die bisher nur bis an die Grenzen des Textes des *Corpus iuris* heranreichte, welcher nicht abgeändert oder aufgegeben werden konnte (*auctoritas ex traditio*). Demgegenüber setzte sich in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts die Lehre des Naturrechts durch, dass der Mensch dasjenige Recht erlassen könne, welches er brauche. Das Recht entspringe der menschlichen Vernunft, sei aus der *ratio* heraus machbar. Dass Recht machbar sei, ist überhaupt ein Kerngedanke der juristischen Aufklärung. Und man glaubte auch zu wissen, wie dieses Recht zu machen sei: durch Gesetzgebung. Seit der Aufklärung decken sich Gesetz und Recht. Durch Gesetze sollen gesellschaftliche Zustände verändert bzw. bestimmte Zustände herbeigeführt werden.

Beide, Aufklärer und Monarchen, bekennen sich zum System der Gesetzgebung. Der Monarch auf der einen Seite, weil es den Vorstellungen seiner Machtinteressen entspricht, einzige Rechtsquelle zu sein. Die Aufklärer hingegen, weil sie ein justizpolitisches Interesse an dieser neuen Rechtsquellenlehre haben. Sie erhoffen sich von der Gesetzgebung die Überwindung des ihrer Ansicht nach bestehenden Chaos zugunsten eines übersichtlichen und Rechtssicherheit verbürgenden Rechts. Durch die zufällige, von je andern Interessen geleiteten Übereinstimmung der Aufklärer mit den Monarchen, erhielt die neue Rechtsquellenlehre der Gesetzgebung eine grosse Durchschlagskraft (vgl. Rechtsgeschichte I, 9.3.5).

Noch deutlicher in die Richtung der Kodifikation weisen die weiteren justizpolitischen Gründe und Wünsche der Aufklärer für die angestrebte künftige Gesetzgebung: das erlassene Recht sollte klar sein, geschrieben in der Sprache des Volkes (und nicht in Latein), und es sollte alle Rechtsfragen beantworten, sodass die Rechtsadressaten nicht mehr der Vermittlung der Juristen bedürfen. Die Rechtsunsicherheit für die Rechtsadressaten sollte abgeschafft werden.

Zudem sollten die Auslegung des Gesetzes, die Lückenschliessung durch den Richter und die Kommentierung des Gesetzes durch die Wissenschaft untersagt sein. Dadurch wollte man sich der Dauer und Unabänderlichkeit des einmal geschaffenen Rechts versichern, nur so könne die Rechtssicherheit erhalten bleiben. Denn man wusste genau, dass, sobald das Gesetz ausgelegt würde, Richter Lücken füllten und die Wissenschaft sich des Gesetzes bemächtigte, es mit der Unabänderlichkeit des Rechts vorbei sein würde. Dieser Tatsache waren sich die Aufklärer, als Zeitgenossen eines Rechtssystems, in welchem noch der Jurist und seine Tätigkeit im Zentrum stand, sehr bewusst (vgl. Rechtsgeschichte I, 9.4.3, 13.2.5 f., 17.2.2).

### **3.2.4 Die „vollständige“ Kodifikation: Das preussische Allgemeine Landsrecht (ALR) von 1794**

WIEACKER, S. 327 ff.; CARONI, Privatrecht, S. 77 ff.; SENN, S. 208, 223 ff.

Diese Gedanken und Vorstellungen blieben nicht Theorie. Sie wurden in der Praxis mindestens einmal verwirklicht. Nämlich im preussischen ALR von 1794. Dieses Gesetzbuch ist die erste grosse europäische Kodifikation.

Besonders beeindruckend mag auf den ersten Blick der gewaltige Umfang dieses Gesetzbuches: es enthält über 20'000 Artikel, welche sich teilweise über mehrere Seiten hin erstrecken. Es hat diesbezüglich nichts von der vielgelobten Kürze späterer Kodifikationen. Allerdings sollte man sich durch diese Äusserlichkeit nicht den Blick für andere Eigenschaften des ALR verstellen lassen.

Es erfüllt viele der oben aufgezählten Anforderungen: Das ALR wollte Antworten auf alle Rechtsfragen der Praxis und jene Fragen, deren Stellung absehbar war, liefern. Das Gesetz wollte vollständig sein, damit die Richter nicht mehr willkürlich vorgehen könnten.<sup>22</sup> Es enthielt ein Auslegungs-, Kommentierungs- und Lückenfüllungsverbot: Der Richter sollte in nicht geregelten Fällen den Monarchen als Gesetzgeber und einzige Rechtsquelle zu Rate ziehen. Das ALR verkörpert also das neue Rechtsquellensystem bzw. grenzt sich vom bisherigen Rechtsquellensystem des gelehrten Rechts klar ab (vgl. Rechtsgeschichte I, 9.4.3, 13.2.5 f.).

Dennoch erscheint heute das ALR nicht mehr als die erste grosse bürgerliche Kodifikation. Dies zum einen, weil das ALR die territoriale und soziale Vereinheitlichung, welche Kriterien wir als für eine Kodifikation wesentlich erachten (vgl. oben 3.1.1), nicht erreicht hat. Zwar strebte Kaiser FRIEDRICH (d.G.) die territoriale Vereinheitlichung an, doch legten sich die Stände teilweise quer und weigerten sich, primär das ALR als geltendes Recht anzuerkennen: Zuerst müsse das lokale Recht angewendet werden und nur, wenn sich darin keine Lösung finde, das ALR. So fand es seine Geltung nur in den preussischen Ländern und nicht im übrigen Deutschen Reich.<sup>23</sup>

Das ALR war ein Gesetzbuch, welches in einem Ständestaat entstanden war und die darin herrschenden Zustände widerspiegelt.<sup>24</sup> Die äussere Konzeption verspricht, was das ALR als Ganzes nicht einhält bzw. einhalten kann. In einem Ständestaat, in dem keine bürgerliche Revolution und keine Entfeudalisierung stattgefunden hatte, in dem Ungleichheit, Privilegien und Zersplitterung der Gewalten die Realität waren, hatte eine bürgerliche Kodifikation keinen Raum (vgl. oben 3.1.3). Eine soziale Vereinheitlichung war nicht möglich, weil die Stände – welche mitbestimmen und gestalten wollten und konnten – dies zu verhindern wussten (so wie sie auch verhinderten, dass das ALR überall eingeführt werden konnte). Der Gesetzgeber war gezwungen ein auf sie abgestimmtes Recht zu erlassen, welches ihre Bedürfnisse berücksichtigte, und nicht ein Recht für alle. So ist das ALR nicht ein allgemeines Landsrecht geworden, sondern die Summe der verschiedenen Rechte der Stände (was den Umfang wiederum leichter verständlich macht): es berücksichtigt laufend die Stände und widmet ihnen besondere, z.T. sehr umfassende Titel: eine Titel für den Klerus, die Junker, den niederen Adel, die Kaufleute, die freien Bauern, die unfreien Bauern usw.

Das ALR repräsentiert durch die ausgebliebene soziale Vereinheitlichung eine feudale Vergangenheit: die damalige preussische Realität, in der das Öffentliche und das Privata-

---

<sup>22</sup> SAVIGNY nannte dies die „mechanische Sicherheit der Rechtspflege“.

<sup>23</sup> SCHLOSSER, S.123; SENN, S. 243.

<sup>24</sup> ALEXIS DE TOCQUEVILLE (Rechtsgeschichte I, 2.5.3) widmet in seinem Buch *L'ancien régime et la révolution* eine Fussnote von 10 Seiten dem ALR. Auf lobende einleitende Worte (liberale Konzeption, Bekenntnis zum Rechtsstaat) folgt Kritik daran, dass zwar der Kopf des ALR (die Einleitung) modern sei, doch der Körper, d.h. der ganze Rest gotisch, will sagen barbarisch.

te nicht getrennt waren (CARONI, Privatrecht, S. 104 ff.; Rechtsgeschichte I, 2.5, 7.1). Rein vertragliche Beziehungen waren nicht bekannt, sondern es drückte schon ein einfacher „Arbeitsvertrag“ eine natürliche Vorrangstellung des Arbeitgebers aus. Solche bestehenden sozialen Unterschiede werden im ALR nicht verheimlicht (wie in den später folgenden Gesetzbüchern).

### **3.2.5 Der Übergang vom ständestaatlichen zum bürgerlichen Sozialmodell**

Wenn das ALR in eine politische Realität eingebettet war, in der das Projekt einer bürgerlichen Kodifikation im Vornherein zum Scheitern verurteilt war, fragt sich, welches Sozialmodell bürgerliche Kodifikationen ermöglicht hat. Wie kam es zum Übergang vom feudalen Staat zur liberalen, bürgerlichen Gesellschaft, wie kam es zur bürgerlichen Revolution? Dazu muss zunächst geklärt werden, welches der Inhalt von Begriffen wie „feudales Recht“, „bürgerliches Recht“ usf. ist. Und welches der Unterschied zwischen den beiden Gesellschaftsformen.

Früher wurde die Erklärung durch die Schilderung konkreter Situationen zu geben versucht: unter dem feudale Recht herrschte Zersplitterung, der Vertrag war unwichtig, während im bürgerlichen Recht Einheit herrscht und der Vertrag von grosser Bedeutung ist. Solche Beschreibungen erklären jedoch nicht, was hinter den Unterschieden steht.

Die wesentlichen Unterschiede sind wohl nicht so sehr inhaltlicher Natur, sondern zeigen sich in formellen Fragen: insbesondere in der Art und Weise, wie sich die beiden Gesellschaftsmodelle zu Ungleichheiten äussern, die in der Gesellschaft nachweislich vorhanden sind. Das ALR zeigt eine unbeschwerte, offene Art, diese Unterschiede zuzugeben und verschiedene Stände zu akzeptieren. Das bürgerliche Recht hingegen äussert sich nicht direkt über diese Unterschiede, es erklärt bloss: Rechtsfähig ist jedermann. Es präsentiert sich auf den ersten Blick als Verkündung der Gleichheit. Es gibt keine Stände mehr, bzw. der Dritte Stand ist verallgemeinert worden, sodass alle Bourgeois sind.

Aber allein durch die Tatsache, dass ein Gesetzbuch erklärt, allen seien gleich, ändert sich die dahinter stehende Realität nicht, es sind nicht plötzlich alle gleich. Der bürgerliche Gesetzgeber verschweigt bestehende Ungleichheiten, als ob diese für das Privatrecht nicht von Bedeutung wären (Was kann der Gesetzgeber dafür, dass es diese Ungleichheiten gibt?).

Der bürgerliche Gesetzgeber steht – anders als das ALR und mit ihm die ständische Gesellschaft – nicht zu bestehenden Unterschieden und Ungleichheiten. Warum? Warum man sich dessen bewusst? Wozu führte dies?

### **3.2.6 Kodifikation als Rechtsquellen system der bürgerlichen Gesellschaft**

Die Kodifikation als Rechtsquellen entspricht in herausragender Weise den Anforderungen der bürgerlichen Gesellschaft. Die bürgerliche Revolution hatte sich zum Ziel gesetzt, alle feudalen Strukturen (und territoriale wie soziale Stände) aufzuheben, nach denen sich das Recht bisher gerichtet hatte. Die Abschaffung der Stände schuf den politischen Raum, in dem die bürgerlichen Kodifikationen erst denkbar werden. Durch

die Kodifikation können alle Bürger eines Staates der gleichmässigen Geltung eines Gesetzes unterworfen werden. Sie hilft mit, damit jene feudalen Unterscheidungen definitiv überwunden werden.

Die Tatsache aber, dass auf die Stände in der Kodifikation nicht mehr eingegangen wird, bedeutet noch nicht, dass sie verschwunden sind. Sie existieren weiterhin in den materiellen Unterschieden zwischen den Menschen, welche durch eine formelle Rechtsgleichheit nicht hatten abgeschafft werden können. Das bürgerliche Recht nimmt sie bloss nicht mehr zur Kenntnis.

Dies lässt den Unterschied zwischen feudalem und bürgerlichem Recht erkennen: Das feudale Recht (z.B. das ALR) stand offen zu den gesellschaftlichen und zugleich politischen Unterschieden, während das bürgerliche Recht sich als Recht einer Gesellschaft gleicher Rechtssubjekte präsentiert. Die antagonistische Struktur der Gesellschaft bleibt hinter der Form verborgen. Bildlich lässt sich dies derart umschreiben, dass bereits eine Fotografie das Wesen des feudalen Rechts offen legt, während für das bürgerliche eine Röntgenaufnahme nötig ist, um zu zeigen, was dahinter steht.<sup>25</sup>

### **3.2.7 Das österreichische Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch (ABGB) von 1811**

WIEACKER, S. 335 ff.; CARONI, Privatrecht, S. 86 ff.; SCHLOSSER, S. 117 ff.; SENN, S. 209 f., 225.

#### **A) Bürgerliches Gesetzbuch einer ständischen Monarchie**

Das Gesetzbuch der k.u.k. Donaumonarchie ist eine in sich gespaltenen Kodifikation (vgl. oben 2.3.4, 3.1.3). Es ist das bürgerliche Gesetzbuch einer ständischen Monarchie, welche beiden Eigenschaften sich im Grunde widersprechen. Dieser Widerspruch prägt die Kodifikation als ganze.

In der 2. Hälfte des 18. Jahrhunderts mehren sich die Kodifikationsprojekte. An der Entstehungsgeschichte lässt sich gut die allmähliche Überwindung der ständischen Privilegien beobachten. Waren die ersten Entwürfe noch ganz von den bestehenden Beschränkungen geprägt, zeigte sich das ABGB in den letzten Entwürfen und in der verabschiedeten Form als eine Kodifikation, die zumindest versucht die ständischen Privilegien zu überwinden, es aber nicht in allen Fällen schafft. Die Vorschriften des Gesetzbuches waren zwar allgemein verbindlich, doch durch viele persönliche und sachliche Vorbehalte, welche die Stände erzwungen hatten, in ihrer Geltung stark eingeschränkt. So regelt das ABGB zwar das ungeteilte, einheitliche bürgerliche Eigentum, doch enthält es in § 359 ABGB einen Vorbehalt zugunsten des feudalen, geteilten Eigentums (d.h. Ober- und Untereigentum). Weiter schränken auch polizeiliche Befugnisse des Staates die bürgerlichen Rechte ein. Erst in den 60er Jahren des 19. Jahrhunderts konnte sich das bürgerliche Recht des ABGB, nach der Aufhebung des Lehnsinstitutes, voll entfalten. Das ABGB gleicht damit zur Zeit seiner Entstehung einem Marathonläufer, welcher in eine Telefonzelle eingesperrt ist und seine Fähigkeiten erst voll zur Entfaltung bringen kann, wenn er freigelassen wird.

---

<sup>25</sup> Vgl. CARONI, Privatrecht, S. 62 f.

Das ABGB erreichte zwar eine territoriale Vereinheitlichung (es galt in der ganzen Donaumonarchie), doch blieb, obwohl postuliert, die soziale Vereinheitlichung wie dargestellt, aufgrund der Privilegien, die der Staat einzelnen Ständen weiterhin ermöglichte, zunächst aus.

### **B) Der Einfluss KANTS**

Einen prägenden Einfluss auf das ABGB hatte das Wirken FRANZ VON ZEILLERS, der verschiedene der KANT'schen Ideale und Grundthesen in das Gesetzbuch aufgenommen hat:

- Die Emanzipation des Rechts von sittlichen Zwecken und in diesem Sinne die Unterscheidung zwischen Recht und Moral. Als striktes Recht gelte ausschliesslich jenes, „dem nichts Ethisches beigemischt ist, dasjenige, welches keine anderen Bestimmungsgründe der Willkür als bloss die äusseren fordert“ (d.h. Ausgliederung von Moral, Strafrecht, Wirtschaftspolitik usf. aus dem Privatrecht);
- überhaupt die Emanzipation des Rechts von materialen Zwecken, d.h. von der „Materie der Willkür“. Der Begriff des Rechts „hat gar nichts mit dem Zwecke, den alle Menschen natürlicher Weise haben (der Absicht auf Glückseligkeit), und der Vorschrift der Mittel, dazu zu gelangen, zu tun“;
- die sich daraus ergebenden Beschränkungen des Rechts auf die Regelung externer Beziehungen, die zur bekannten Umschreibung geführt hat: „Recht ist also der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetz der Freiheit vereinigt werden kann“;
- die Anerkennung der Rechtsfähigkeit/Willensfreiheit als einziges angeborenes Recht, das „jedem Menschen kraft seines Menschseins“ zusteht und von ihm infolgedessen auch weder verloren noch veräussert werden kann;
- und schliesslich die Bejahung der Koexistenz von formeller Gleichheit und materieller Ungleichheit, die sich aus dem Formalismus (Beschränkung auf die Form) des Rechtsbegriffes ergab und dadurch legitimierende Funktion ausüben sollte (d.h. das Recht als abstrakte, formell geltende Regeln, die nichts darüber aussagen, was man tun soll, sondern nur die Handlungsformen [z.B. den Vertrag] zur Verfügung stellt).<sup>26</sup>

### **3.2.8 Der französische Code civil (CC) von 1804**

WIEACKER, S. 339 ff.; CARONI, Privatrecht, S. 80 ff.; SENN, S. 209, 225 f.

Der Code civil gilt als Modell einer bürgerlichen Kodifikation. Er verwirklicht alle drei Forderungen die hinsichtlich der Vereinheitlichung erfüllt sein sollen (vgl. oben 3.1.1). Das Projekt wurde schliesslich von NAPOLÉON realisiert, der sich sehr um den Erlass dieses Gesetzbuches bemühte. In ihm realisierte sich eine der Forderungen des dritten Standes nach einem einheitlichen Bürgerlichen Gesetzbuch: „Il sera rédigé un code civil, simple, précis et uniforme pour tout le royaume. Ce code sera celui de la nature et

---

<sup>26</sup> CARONI, Privatrecht, S. 87 f.

de la raison, en ce qu'il exclut les usages locaux et particuliers et toutes les institutions arbitraires".<sup>27</sup>

Dieses Gesetzbuch sollte also generell-abstrakt, systematisch geordnet, einfach und klar sowie insbesondere in der Sprache der Bürger gehalten sein und für das gesamte Territorium Frankreichs gelten. Inhaltlich sollten folgende vier Forderungen erfüllt werden:

- Die Entgenossenschaftlichung des Rechtssubjekts, d.h. seine Herauslösung aus den Bindungen an Gruppen, die bisher dem Einzelnen seine Rechtsstellung verschafft hatten, und die Entfeudalisierung;
- das Primat der privatautonomen Willenserklärung und damit eine konsensualistische Grundlage des Vertragsrechts;
- die individualistisch-ausschliessliche Regelung des Eigentums;
- und die egalitäre Gestaltung des Erbrechts.<sup>28</sup>

Im Mittelpunkt des Code civil steht der Bürger als Grundeigentümer (da sich im vorindustriellen, agrarischen Frankreich das Wahlrecht noch immer vom Grundbesitz ableitete): Er postulierte die „absolute Freiheit des Einzelnen – innerhalb der Grenzen des Rechts – über sein Eigentum zu verfügen“.<sup>29</sup> Doch auch das Idealbild des liberalen Programmes liess nicht völlige Freiheit zu, sondern es enthielt zugleich die Vorstellung, dass mit dem Eigentum etwas getan würde, eine wirtschaftlichen Tätigkeit ausgeführt würde. Die vom Gesetz eingeräumte Freiheit war (und ist) als Freiheit zu einer effizienten Nutzung des Eigentumsrechts – und damit zur generellen Mobilisierung aller Güter nach Massgabe des Verkehrswertes – konzipiert (vgl. unten §11).

### 3.2.9 Das Verhältnis von Privilegien und Kodifikation

Zusammenfassend soll nun noch einmal auf die Frage der sozialen Vereinheitlichung und die damit einher gehende Aufhebung der Privilegien eingegangen werden.

Der *Codex Maximilianeus Bavaricus civilis*, der *Codex Theresianus* wollten – als frühe Kodifikationen – die ständische Ordnung nicht abschaffen und somit keine soziale Vereinheitlichung herbeiführen.

Ebenso anerkennt das ALR die Stände in sehr ausgeprägter Form und hält alle ihre Privilegien (in der Art wohlverborener Rechte, die nur gegen Entschädigung enteignet werden können) fest. Zudem führt das ALR auch territorial nicht zu einer Vereinheitlichung, verschiedene Gebiete des Reiches halten an ihren Rechtsprivilegien fest und nutzen das ALR allenfalls subsidiär.<sup>30</sup>

Das ABGB enthält zwar selbst keine Privilegien mehr, lässt diese aber durch Ausnahmeklauseln weiterhin zu. Die soziale Realität hinter dem Gesetz baut noch vollständig auf diesen auf, und sie werden vom Staat weiterhin garantiert.

<sup>27</sup> CARONI, Privatrecht, S. 81.

<sup>28</sup> Das vollständig nach den Ideal der Privatautonomie geregelte Erbrecht hatte – paradoxerweise – eine völlige territoriale Zersplitterung des Grundeigentums zur Folge. Da der Grund nicht mehr dem jüngsten oder ältesten Sohn vererbt werden musste, sondern aufgeteilt werden konnte, wurden die Grundstücke durch die Erbteilungen von Generation zu Generation kleiner (vgl. unten 11.3.4).

<sup>29</sup> Vgl. QUELLEN II, 216: art. 544 CC.

Erst der Code civil vollzieht die dreifache, d.h. die territoriale, systematische und soziale Vereinheitlichung (vgl. oben 3.1.1). Dies ist Ausdruck der Französischen Revolution, welche die Abschaffung oder zumindest die Neutralisierung der Privilegien forderte, d.h. jene Umkehrung der gesellschaftlichen Realität, welche die wirkliche Einführung eines bürgerliche Rechts erst möglich macht. Dieses Ziel wurde aber weitgehend nicht erreicht, denn obwohl die Privilegien theoretisch abgeschafft worden waren, blieben sie doch insofern bestehen, als beispielsweise die ehemaligen Adligen ihr Vermögen weiterhin besaßen. Und auch wenn nach dem Gesetz alle gleich waren, bedeutete Grundbesitz – als Faktum hinter dem Gesetz – von vornherein eine Privilegierung.

### **3.2.10 Fortschritte der Kodifikationspolitik im 19. Jahrhundert**

Der Code civil wird weit herum exportiert und die Kodifikation zur meist gewählten Form der Gesetzgebung. Dies zunächst wegen der französischen Expansionspolitik, die den Code civil etlichen benachbarten Ländern aufzwingt, und dann wegen der Flexibilität und Kompaktheit dieses Gesetzbuches, welches gerade dadurch die Anpassung an jeweils verschiedene Gesellschaften und Realitäten ermöglicht.

## **3.3 Das ZGB als moderne Kodifikation des Privatrechts**

CARONI, Einleitungstitel, S. 35 ff., 49 ff.; ders., Privatrecht, S. 90 ff.

Das ZGB ist eine durchaus bürgerliche Kodifikation, sein Schöpfer, EUGEN HUBER, war Mitglied der FDP und als Abgeordneter dieser Partei Nationalrat (und war ausserdem Chefredaktor der NZZ). Doch anders als die früheren Kodifikationen, ist das ZGB nicht ganz so individualistisch ausgestaltet, da seine Entstehung gerade in die Zeit zu stehen kam, als die soziale Frage die Politiker und Juristen zu beschäftigen begann. HUBER verwendete denn auch den Begriff des „sozialen Privatrechts“. Das ZGB war deshalb für alle Gruppen akzeptabel und wurde – als ein ausserordentliches Novum bei der Verabschiedung einer bürgerlichen Kodifikation – vom Parlament einstimmig angenommen.

An der breiten Zustimmung und an der Tatsache, dass das ZGB immer als eine „volkstümliche“ Kodifikation angesehen wurde, mag es liegen, dass der Prozess der Dekodifikation in der Schweiz (noch) kein grösseres Ausmass angenommen hat. Es gibt immer noch genug Politiker und Juristen, welche sich darum bemühen, neue privatrechtliche Sachverhalte in das ZGB (und das OR) einzupassen.<sup>31</sup>

---

<sup>30</sup> Vgl. Fn. 23.

<sup>31</sup> Vgl. aber: WALTER HANS PETER, Splitterndes Privatrecht, in: recht 97, S. 1 ff.; SCHLOSSER, S. 225 ff. Dazu die Tendenzen, die handelsrechtlichen Bestandteile des OR in Sondergesetzen zu Regeln (z.B. Fusionsgesetz, Rechnungslegungsgesetz). Als Gegenbeispiel kann die Revision des Familienrechts innerhalb des ZGB gelten.

## §4 Öffentliches Recht / Privatrecht

CARONI, Privatrecht, S. 101 ff., 125 ff.

### 4.1 Einleitende Überlegungen

#### 4.1.1 Ein Paradox der Rechtswissenschaft

Als gemeinhin selbstverständlich wird die Trennung zwischen öffentlichem und privatem Recht hingenommen. Diese Zweiteilung hat grundsätzlichen und ausschliesslichen Charakter. Sie erfasst das ganze Recht: jeder Artikel ist entweder öffentliches Recht oder privates Recht, etwas Drittes ist nicht möglich.

Diese Zweiteilung begegnet uns an der Universität – die Zivilrechtler sind am Falkenplatz und die Dozenten des öffentlichen Rechts im Hauptgebäude untergebracht, und sie beschäftigen sich nur mit ihren je eigenen Rechtsgebieten. Sie begegnet uns in den unterschiedlichen Normsetzungskompetenzen. Nach Art. 122 [64] BV ist ausschliesslich der Bund zum Erlass von privatrechtlichen Normen ermächtigt, während nach Art. 3 BV im öffentlichen Recht die Kantone zuständig sind, soweit dem Bund keine entsprechende Befugnis zukommt. Zudem sind, je nach dem, verschiedene Rechtswege zu beschreiten, einerseits jener der Zivilrechtspflege (Berufung usw.) und andererseits derjenige der Verwaltungsrechtspflege (Verwaltungsgerichtsbeschwerde usw.).

Diese begriffliche Unterscheidung hat also nicht nur eine untergeordnete Bedeutung, sondern wirkt sich konkret in der (Rechts-)Wirklichkeit aus. Und trotzdem kann man von einer paradoxen Unterscheidung sprechen, denn die Trennung ist durchaus schwankend insofern als sie nur durch verschiedene Theorien – die sich untereinander teilweise widersprechen – durchgeführt werden kann (z.B. Interessentheorie, Subjekttheorie, Subordinationstheorie usw.).<sup>32</sup>

---

<sup>32</sup> BGE 101 II 366 ff., 369 E. 2: „2.- Der Appellationshof erklärt sich als unzuständig, weil nach seiner ... Ansicht kein zivilrechtlicher, sondern ein verwaltungsrechtlicher Streit vorliege.

a) Unter einem Zivilrechtsstreit versteht die Rechtsprechung ein kontradiktorisches Verfahren zwischen zwei oder mehreren natürlichen oder juristischen Personen in ihrer Eigenschaft als Trägerinnen privater Rechte oder zwischen solchen Personen und einer nach Bundesrecht die Stellung einer Partei besitzenden Behörde, das sich vor dem Richter oder einer anderen Spruchbehörde abspielt und auf die endgültige, dauernde Regelung zivilrechtlicher Verhältnisse durch behördlichen Entscheid abzielt ... Ob ein zivilrechtlicher oder ein öffentlichrechtlicher Streit bestehe, bestimmt sich also nach seinem Gegenstand. Die Grenze lässt sich, scheinen auch Art. 64 BV und 6 ZGB klare Begriffe vorauszusetzen, nicht nach einheitlichen und durchwegs gültigen Kriterien ziehen; sie ist fließend und muss, wenn es um die Zuständigkeit des angerufenen Richters geht, jeweils für das konkrete Rechtsverhältnis ermittelt werden ...

b) Hiefür hat die Lehre verschiedene Methoden entwickelt. Diese unterscheiden danach, ob anwendbare Rechtssätze private Interessen wahrnehmen oder öffentliche Interessen verfolgen (Interessentheorie), unmittelbar die Erfüllung öffentlicher Aufgaben betreffen (Funktionstheorie), das Verhältnis zwischen Staat und Bürger oder zwischen Bürgern unter sich regeln (Subjektionstheorie), zwischen Staat und Bürger eine Unterordnung oder Gleichordnung zum Gegenstand haben (Subjektionstheorie), zwingend oder nachgiebig sind usw. ... Indessen bietet keine dieser Theorien eine schlechthin und umfassend zutreffende Lösung. Die Lehre neigt daher zur Kombination einzelner

Zudem gibt es heute immer mehr Rechtsgebiete, die auf der Grenze zwischen den beiden Bereichen liegen und nicht eindeutig zugeordnet werden können (z.B. das Arbeitsrecht, das Agrar- und Wirtschaftsrecht, das Börsen- und Bankrecht usw.). Und auch die Theorie der Doppelnorm, nach welcher eine bestimmte Norm sowohl dem öffentlichen als auch dem Privatrecht angehören kann, vermag nicht zu befriedigen. EUGEN HUBER versuchte z.B. das kollektive Arbeitsrecht (GAV usw.) durch Rückgriff auf genossenschaftliche Rechtsformen zu erklären, die schon bestanden, als diese grundsätzliche Zweiteilung noch nicht existierte.

Dass die Unterscheidung von öffentlichem und Privatrecht problematisch geworden ist und vermehrt neue, aussagekräftigere Betrachtungsweisen gefordert werden, deutet darauf hin, dass die Zweiteilung des Rechts historischen Natur ist, dass ihr Sinn und die Tragweite ihrer Aussagekraft nur in der Geschichte gesucht werden dürfen.

#### 4.1.2 Die Zweiteilung als apriorischer Bestandteil der Rechtsidee

Anderer Meinung waren hingegen die Neukantianer (u.a. RUDOLF STAMMLER und GUSTAV RADBRUCH), welche die Zweiteilung des Rechts als apriorisch gegeben ansahen. Ihrer Meinung nach geht diese Zweiteilung „logisch jeder Rechtserfahrung voran und verlangt für jede Rechtserfahrung von vornherein Geltung.“

Demnach müsste zwischen Perioden und Rechtsordnungen unterschieden werden, denen die apriorische Zweiteilung bewusst war (bzw. ist) und solchen, denen sie zwar auch zugrunde lag (bzw. liegt), ohne aber als solche erkannt zu werden. Dass es aber geradezu unmöglich wäre, das Vorliegen dieser Zweiteilung für historische Perioden nachzuweisen, welche sich dieser Zweiteilung nicht bewusst waren und in welchen sie deshalb auch keinen Einfluss ausüben konnte, liegt auf der Hand.

Es gibt auch heute durchaus Rechtsordnungen, die ohne diese Zweiteilung „recht gut“ leben können, nämlich die Rechtsordnungen des angloamerikanischen Raumes.

#### 4.1.3 Erste, hoffentlich orientierende Feststellungen des Rechtshistorikers

Aus der Sicht des Rechtshistorikers erscheint diese Zweiteilung in öffentliches und Privatrecht als historisch gewachsen, bis sie zu Beginn unserer Tage dogmatisiert und somit starr fixiert worden ist.

Die Römer kannten bereits eine Unterscheidung zwischen *ius publicum* und *ius privatum*. Jedoch unter derart andern gesellschaftlichen Bedingungen, dass von einer unbrochenen Kontinuität ihrer Vorstellung und ihrer Begriffe bis auf den heutigen Tag kaum gesprochen werden könnte.

Das Mittelalter hingegen kannte eine solche Zweiteilung nicht, die feudalen Rechtsinstitute hätten sich nicht zuordnen lassen bzw. würden aus heutiger Sicht Elemente beider Seiten enthalten: persönliche, dingliche, vertragliche und herrschaftliche Elemente so miteinander verwoben, dass eine Unterscheidung nach modernen Gesichtspunkten von vornherein ausgeschlossen war (vgl. Rechtsgeschichte I, 2.5, 7.1, 12.2). ~~Dies lässt sich auch etwa an der Praxis des Ämterkaufs aufzeigen oder am~~ Merkmale, indem sie zumeist von der Subjektionstheorie ausgeht ... Auch die Rechtsprechung hat sich nicht einseitig festgelegt ...“

auch etwa an der Praxis des Ämterkaufs aufzeigen oder am Zunftwesen, welches – nach heutiger Terminologie – zugleich öffentliche Aufgaben wahrnahm und kaufmännisch tätig war (vgl. Rechtsgeschichte I, 8.2).

Und um dieses *complexum feudale* – wie TOCQUEVILLE sich ausdrückt – aufzulösen, bedurfte es einer Revolution. Denn es waren nicht nur Rechtsverhältnisse, die geändert werden mussten, sondern die gesamten gesellschaftlichen Verhältnisse. Erst nach der Überwindung jener Struktur konnte sich die Zweiteilung des Rechts durchsetzen, dann nämlich, als der Staat begann unmittelbar Gewalt über die Menschen auszuüben, was erst den Gedanken einer Gegenüberstellung von Staat (bzw. Herrscher) und Untertanen aufkommen liess. Hier das Verhältnis des Einzelnen zum Staat, da die Beziehungen der Bürger unter sich.

Von besonderer Bedeutung für das Entstehen der rechtliche Zweiteilung waren die wirtschaftspolitischen Lehren ADAM SMITHS (*Inquiry into the Nature and the Causes of the Wealth of Nations*): Darin erarbeitete SMITH jene Regeln, die – nach der Lehre der klassischen Nationalökonomie – als natürliche und unabänderliche Gesetze das Funktionieren der Wirtschaft garantierten (Angebot und Nachfrage sowie die freie Konkurrenz der Marktteilnehmer). Das einzige, was der Staat dazu beitragen könne, sei die Unterlassung jeglichen Eingreifens. Diese Wirtschaftstheorie verlagerte damit automatisch den Bereich der Wirtschaft in die Mitte einer vom Staat getrennten und sich selbst überlassenen Gesellschaft. Deshalb war die konkrete Organisation des Staates vorerst auch gleichgültig, solange er die geforderten Ordnungsdienste erfüllte und im Übrigen dem Wirtschaften der Private zuschaute („Nachtwächterstaat“).

Es standen sich also gegenüber die Politik und die Ökonomie: Auf der einen Seite war der Staat, der eine gewisse Ordnung zu garantieren hatte (garantistische Verfassung) und an dem der einzelne als Citoyen (Staatsbürger) teilhatte. Und auf der Seite der Ökonomie war die sich selbst überlassene Gesellschaft, die mithilfe eines autonomen Privatrechts ihrer Verhältnisse selbst regelt, und an welcher der Einzelne als Bourgeois (privater Bürger) beteiligt ist.

Eine Wirtschaft, die von der Wertmehrerung durch freien Wettbewerb ausgeht, d.h. auf den Freiraum des Einzelnen angewiesen ist, führt automatisch zur Teilung des Rechts in eine politische und eine private Hälfte.

## **4.2 Zur neuzeitlichen politischen und sozialen Geschichte der Dichotomie**

### **4.2.1 Die absolutistische Situation**

Erste Anzeichen einer Zweiteilung des Rechts in einen privaten und einen öffentlichen Bereich sind im 18. Jahrhundert mit dem Aufbau des absolutistischen Staates wahrnehmbar. Erstmals vollzieht sich eine strikte Trennung zwischen Herrscher und Untertanen, die alten sozialen Beziehungen der genossenschaftlich organisierten mittelalterlichen Gesellschaft verschwinden. Der Herrscher ist nicht mehr oberster Richter, sondern Gesetzgeber bzw. oberste Staatsgewalt.

Dies führt zu einer klaren Trennung auch der Rechtssphären (vgl. unten 10.7.2): hier das öffentliche Recht (die politische Macht des Herrschers) und da dasjenige, was den Privaten zur Regelung ihrer Verhältnisse untereinander bleibt, welcher Freiraum aber ziemlich klein ist (Privatrecht). Das Privatrecht ist dem öffentlichen Recht untergeordnet, dieses definiert den Rahmen des Privaten und des Privatrechts.

#### **4.2.2 Eine bürgerliche Antwort darauf: Die Lehre des Sozialvertrages**

Dem unbegrenzten Souveränitätsanspruch des Herrschers setzte die Philosophie der Aufklärung die Idee des Sozialvertrages entgegen. Die Legitimation des Herrschers wurde insofern auf einen neue, antiabsolutistische Basis gestellt, als die Entstehung des Staates vom freien Abschluss des Staatsvertrages durch die Bürger abhängig gemacht wurde und dem Herrscher nur noch jene Rechte zukamen, welche sie gemeinsam an ihn abtreten wollten.

Diese Überlegungen bedurften ausserdem der Vorstellung, dass gewisse Rechte allen von Beginn an zukommen, und dass diese angeborenen Rechte der Disposition des Herrschers entzogen wären. Nur die Bürger selbst könnten im Sozialvertrag gemeinsam Rechte an den Herrscher übertragen.

Illustrativ in diesem Zusammenhang ist die Lehre von LOCKE, welcher anders als HOBES – dem der Mensch der Menschen Wolf war, der durch den absoluten Herrscher gebändigt werden musste – vom Naturzustand als einem harmonischen Zustand ausgeht, und der die Abtretung von Rechten an den Herrscher nur zur weiteren Verbesserung dieses Zustandes zulässt.

Daraus ergibt sich eine autonome Sphäre des Privaten, welche von den Bürgern selbst bestimmt wird; so wie auch von ihnen selber bestimmt wird, wieviel Raum dem öffentlichen Recht zukommt, welches allein die Aufgabe hat, für den Schutz der Bürger zu sorgen (z.B. Landesverteidigung) und die Rahmenbedingungen möglichst optimal zu setzen (vgl. oben 4.1.3).

#### **4.2.3 Autonomes Privatrecht als apolitisches Recht**

Indem sich die Bürger Freiheitsrechte erkämpfen wollen, geraten sie unweigerlich in einen Konflikt mit den Souveränitätsansprüchen des absoluten Herrschers. Um diese Konfrontation zu verhindern oder doch zu mildern, qualifiziert man dieses autonome Privatrecht als apolitisches Recht, welches somit nicht in den Machtbereich des Herrschers eingreift. Diese Qualifikation selbst ist jedoch eminent politisch, dient sie doch dazu, die politischen Ziele der Bürger zu verwirklichen.

#### **4.2.4 Zum Auseinanderleben von Staat und Gesellschaft**

Den bis dahin nur reaktiven Theorien und Versuchen der Abgrenzung eines autonomen Rechtsraumes des Bürgers folgt mit der Französischen Revolution eine beschleunigte Entflechtung (Entfeudalisierung) von Staat und Gesellschaft, wie sie sich in den darauf folgend erlassenen Verfassungen und Kodifikationen manifestiert.

Der Staat wird in die Defensive gedrängt, er soll nur noch den Rahmen, das Spielfeld für die freie Entfaltung der Bürger bzw. der Gesellschaft setzen und sich mit Eingriffen anderer Art zurückhalten. Allein für die Aufrechterhaltung der Ordnung soll der Staat noch über Zwangsmittel verfügen.

Die von der bürgerlichen Revolution postulierte Freiheit und Gleichheit aller Bürger konnte nur auf der Seite des Staates verwirklicht werden. Als Staatsbürger (Citoyen) wurden ihnen durch die Verfassung gleiche Rechte garantiert.<sup>33</sup> Auf der Seite des Privatrechts wurden zwar ebenso alle Bürger formell gleichgestellt („Jedermann ist rechtsfähig.“). Materiell jedoch wurde hier keine Gleichheit hergestellt (dies wurde weder gefordert noch wäre – realistischere Weise – völlige materielle Gleichheit je möglich gewesen).<sup>34</sup> Denn auch wenn jeder als Rechtssubjekt anerkannt und als rechtlich handlungsfähig erklärt wurde, nützte dies solange nichts, als es viele Leute gab, die nicht die materiellen Mittel (insbesondere Eigentum) hatten, über die sie mittels der privatrechtlichen Handlungsformen hätten verfügen können. Die Rechtsgleichheit war so gesehen inhaltslos und allein auf den besitzenden Bürger (Eigentümer) ausgerichtet. Die Eingriffe des Staates wurden als Zwang angesehen, während auf der Seite des Privatrechts von Freiheit (Vertragsfreiheit, Eigentumsfreiheit) gesprochen wurde. Faktisch waren aber alle gezwungen, als Eigentümer zu handeln und sich der Formen des Privatrechts zu bedienen, wollten sie nicht (noch mehr) „unter die Räder kommen“.<sup>35</sup>

### 4.3 Die Dichotomie in der Geschichte der Rechtswissenschaft: Wege zum autonomen Privatrecht

Im Deutschen Reich führte die Zweiteilung des Rechts nicht über den Weg einer bürgerlichen Revolution. Zum einen wurden die verschiedenen Kleinstaaten seit 1806 nicht mehr durch die gemeinsame Klammer des kaiserlichen Reiches zusammengehalten (vgl. Rechtsgeschichte I, 4.3.5), und die einzelnen Fürsten und Monarchen hielten die Macht noch fest in den Händen. Und zum andern war im Deutschen Reich die Historische Rechtsschule SAVIGNYS (vgl. Rechtsgeschichte I, §17) vehement gegen eine bürgerliche Kodifikation des Privatrecht eingetreten, und zwar mit Argumenten, welche dem Privatrecht neben dem öffentlichen Recht ebenfalls eine autonome Stellung einräumten:

Da war zum einen die Volksgesistlehre (vgl. Rechtsgeschichte I, 17.1), welche das Recht als ein sich aus dem Volk entwickelndes Kulturgut (gleich der Sprache) ansah. Träger des Rechts war das Volk, in welchem es in Kontinuität seit den Römern gewachsen war,

<sup>33</sup> Diese Aussage mag zwar soweit es z.B. um das aktive Stimm- und Wahlrecht geht richtig sein, doch bereits beim passiven Stimmrecht kommen Zweifel auf, betrachtet man, wer faktisch die Möglichkeit hat, in ein politisches Amt gewählt zu werden.

<sup>34</sup> Wobei aber die Unmöglichkeit eine völlige materielle Gleichheit je zu erreichen, keinesfalls ein Argument ist, um nicht wenigstens Verbesserungen und Annäherungen zu versuchen.

<sup>35</sup> Vorgegeben sind das Spielfeld und die Spielregeln, jeder ist gezwungen im Spiel des freien Marktes mitzuspielen, auch wenn nicht alle die gleichen Anfangsbedingungen haben. Das Privatrecht gleicht diese Ungleichheiten nicht aus; diese Aufgabe bzw. der Ausgleich der Folgen dieses Rechtssystems wurde später dem Staat übertragen (AHV, IV, Arbeitsrecht, Krankenkasse usw.), während die Spielregeln des Privatrechts (die man als vorherbestimmt und unveränderlich ansah) nicht geändert wurden.

wodurch es zum autonomen Recht wird, welches nicht durch die Willkür des Herrschers oder des Staates geändert oder gesetzt werden kann.

Die Träger und Interpreten dieses Rechts sind die Juristen (vgl. Rechtsgeschichte I, 17.3.2). Es ist die Aufgabe der Rechtswissenschaft (und nicht diejenige des Staates), das richtige Recht zu erkennen und zu bearbeiten.

Zudem postuliert SAVIGNY im Anschluss an KANT eine strikte Trennung von Recht und Moral (vgl. Rechtsgeschichte I, 17.2.5), alles soziale und politische wird aus dem Recht entfernt und der Sphäre des Staates (dem „öffentlichen“ Recht) zugeordnet (auch Gebiete wie Familienrecht, Erbrecht usf.). Dem Privatrecht verbleibt nur, was das einzelne Rechtssubjekt allein betrifft: die Rechtsfähigkeit, das Vertragsrecht und das Eigentumsrecht.

## 4.4 Folgen der Erstarrung der Dichotomie

CARONI, Privatrecht, S. 125 ff.

Die ursprünglich politisch motivierte Unterscheidung in öffentliches und privates Recht wird bald zum wissenschaftlichen Prinzip und damit zum Dogma. Die historischen Begebenheiten gehen vergessen, was zu Ansichten wie denjenigen der Neukantianer (vgl. 4.1.2) führen kann. Das Dogma beginnt, eine eigene Geschichte zu entwickeln.

Es fragt sich aber, ob die Zweiteilung des Rechts überhaupt der Realität entspricht, ob nicht vielmehr die beiden Rechtsgebiete von einander gegenseitig abhängig sind. Denn zum einen bedarf das Privatrecht des öffentlichen Rechts, damit dieses jenem den Rahmen gebe, innerhalb dessen es sich bewegen kann, und die Bedingungen schaffe, die ihm das Funktionieren ermöglichen. Beispielsweise die Ablösung der Zehnten, die Aufteilung der Allmenden, Schaffung der politischen Gemeinde (vgl. Rechtsgeschichte I, §12).

Dort, wo das Eingreifen des Staates lange abgelehnt wird, beispielsweise bei der Regelung des Handelsrechts, da man sich selbst organisieren will, kommt doch plötzlich die Forderung nach einem entsprechenden Gesetz, sei es, weil die Verhältnisse für die Selbstorganisation zu kompliziert sind, oder weil man sich doch der staatlichen Rechtssicherheit versichern will (vgl. oben 2.1.2, 2.4).

Zudem regelt das Privatrecht zwar die formelle Gleichheit (vgl. oben 4.2.4), und auf deren Grundlage z.B. den Arbeitsvertrag. Die daraus resultierenden Zustände (Benachteiligung der Arbeiter, da sie faktisch eben doch nicht gleich sind) machen wiederum einen staatlichen, öffentlich-rechtlichen Eingriff nötig, indem dieser ein Fabrikgesetz schafft. An eine Änderung des Privatrechts selbst denkt man kaum, denn dieses wird noch immer als wertneutral angesehen, d.h. der Ausgleich faktischer Ungleichheit ist offenbar nicht sein Thema.

## §5 *Zivilrecht und Handelsrecht*

CARONI, Privatrecht, S. 157 ff., 183 ff.

So wie das Recht in öffentliches und Privatrecht zerfällt, kann das Privatrecht selbst wiederum in Zivil- und Handelsrecht eingeteilt werden.

### 5.1 **Auf der Suche nach einem Unterscheidungskriterium**

#### 5.1.1 **Einleitung**

Wie schon die Zweiteilung des ganzen Rechts (vgl. oben §4), hat auch die Unterteilung in Privat- und Handelsrecht in der Realität Auswirkungen: An der Universität werden die Veranstaltungen nach diesem Kriterium unterteilt und von verschiedenen Dozenten abgehalten. Die Rechtsquellen werden entweder dem normalen Zivilrecht oder dem Handelsrecht zugerechnet. In einigen Kantonen (u.a. BE, ZH) wird sogar die Gerichtsbarkeit nach diesem Kriterium unterteilt, indem sie Handels- und Zivilgerichte kennen.

Es scheint, als beanspruchte das Handelsrecht gegenüber den übrigen Zivilrecht eine Sonderbehandlung, als forderte es bestimmte Privilegien. Nach welchen Kriterien aber wird die Abgrenzung zwischen Zivil- und Handelsrecht vorgenommen und weshalb lässt man diese Sonderbehandlung des Handelsrechts ohne Opposition – wie sie bei der Privilegierung anderer Rechtsgebiete sicher aufkäme – zu?

#### 5.1.2 **Gründe der heutigen Unterscheidung**

Die Sonderbehandlung des Handelsrechts wird heute zum einen mit der Besonderheit der Handelstätigkeit erklärt, welche ihre eigenen Gesetzmässigkeiten habe (bestimmte Vertragsarten, besondere Vertretungsverhältnisse, Usancen usw.). Doch es gibt auch andere Tätigkeiten, welche unter diesem Gesichtspunkt ebenso Anspruch auf eine Sonderbehandlung haben könnten (z.B. Agrarrecht, Recht der Handwerker). Ihnen jedoch wird eine Sonderbehandlung nicht zugestanden. An der Besonderheit der Materie allein kann es also nicht liegen.

Andere Erklärungen gehen dahin, das Handelsrecht mit seiner kosmopolitischen Natur bedürfe einer besonderen Art des Erlasses und der Pflege. Dies ist zwar wiederum richtig, doch sind auch andere Rechtsgebiete international orientiert.

Und zum Dritten verlangt das Handelsrecht eine Sonderstellung, weil es das Recht der Unternehmen bzw. der Unternehmer und ihrer Tätigkeit (und nicht mehr des Kaufmanns) sei. Die Qualifikation als Handelsrecht wird also nicht nach der Tätigkeit vorgenommen, sondern orientiert sich an bestimmten Personen: den Kaufleuten bzw. den Unternehmern.

Die heutigen Antworten auf den Grund der Unterscheidung machen den Eindruck von Verlegenheitsantworten. Sie verschweigen den historischen Hintergrund der Unterscheidung. Mit gutem Recht lässt sich nämlich fragen, wieso in der Schweiz nicht ein besonderes Agrarrecht entstanden ist, wenn doch stets die bäuerlichen Wurzeln, die

agrarisches Herkunft und Prägung der Schweiz herausgestrichen werden? Welche Einflüsse habe also dazu geführt, dass ein Agrarrecht nicht entstanden ist, dafür aber ein Handelsrecht.

### 5.1.3 Die historische Abgrenzung

Die Ausgrenzung des Handelsrechts aus dem traditionellen Recht ist schon im Mittelalter festzustellen (vgl. Rechtsgeschichte I, 8.1.2, 17.2.7). Und – ebenso wie heute – existierte eine derartige Unterscheidung in der Neuzeit.

Zwar gibt es Kriterien mit deren Hilfe sich die Grenzziehung z.B. im Mittelalter einigermaßen plausibel durchführen lässt. Doch lässt sich kein Kriterium finden, welches für alle drei Zeitepochen (Mittelalter, Neuzeit und Gegenwart) seine Gültigkeit hätte. Gleichermassen gibt es kein Institut, welches sich zu allen Zeiten eindeutig dem Handelsrecht zuordnen liesse und dieses dadurch charakterisieren könnte. Einige der Institute, welche früher allein im Handelsrecht zu finden waren, sind plötzlich Teil des allgemeinen Zivilrechts geworden, wo sie – für das ganze Zivilrecht generalisiert – eine andere Funktion wahrnehmen als im Handelsrecht.

Diese Übergang einzelner Institute des Handelsrechts in das allgemeine Zivilrecht hat LEVIN GOLDSCHMIDT in seiner „Universalgeschichte des Handelsrechts“<sup>36</sup> als das zentrale Charakteristikum bezeichnet: Das Handelsrecht – welches von wirtschaftlich geschulten und praktisch tätigen Leuten geschaffen wird – neige dazu, „das gesammte bürgerliche Recht mit seinen Tendenzen zu durchdringen und indem es dann in diesem aufgeht, seinen eigenen Kreis erheblich zu verengern, während doch gleichzeitig sein Umfang durch neu hinzutretende, den besonderen Handelsbedürfnissen entsprechende Rechtssätze wiederum wächst. Man mag es einem Gletscher vergleichen: In den unteren Regionen vereint sich sein schmelzender Firn mit den allgemeinen Niederschlägen, in den oberen findet stete neue Firnbildung statt“. Dem Handelsrecht komme gegenüber dem allgemeinen bürgerlichen Recht also eine „bahnbrechende Reformstellung“ zu.

Diese Theorie lässt uns das Handelsrecht als eine neue Disziplin erscheinen, die von aussen zu einer dogmatisch fest überlieferten und etablierten Wissenschaft hinzu kommt und aus diesem Grunde zu einem Sonderdasein verurteilt ist. Die Geschichte der wissenschaftlichen Beschäftigung mit dem Handelsrecht war tatsächlich eine andere als jene der Beschäftigung mit dem traditionellen Zivilrecht. Während die Geschichte des Zivilrechts eine Geschichte der gelehrten Beschäftigung und der Bücher ist, kennt das Handelsrecht keine Renaissance und keine Bearbeitung durch Glossatoren und Kommentatoren (vgl. Rechtsgeschichte I, §14 f.). Erst im 17./18. Jahrhundert beginnen geistreiche Praktiker in Venedig und Genua das Handelsrecht in der Volkssprache (nicht in Latein) zu erläutern. Eine wissenschaftliche Beschäftigung mit dem Handelsrecht findet erst im 19. Jahrhundert durch die Vertreter der Historischen Schule statt (vgl. Rechtsgeschichte I, §17), und zwar durch die Vertreter der germanistischen Richtung.<sup>37</sup>

<sup>36</sup> GOLDSCHMIDT LEVIN, Handbuch des Handelsrechts, Teil A, Band I, Abt. 1, Lieferung 1 in 3. Auflage, Universalgeschichte des Handelsrechts, Stuttgart 1891, S. 11 f. [zit. nach CARONI, Privatrecht, S. 158 Fn. 2, 160].

<sup>37</sup> Traditionell ist den auch die Verbindung von germanistischer und handelsrechtlicher Abteilung an den Universitäten. Romanisten habe sich mit dem Handelsrecht nie beschäftigt.

GOLDSCHMIDTS Metapher betont den Umstand, dass zwischen dem Handelsrecht und dem allgemeinen Zivilrecht eine Verbindung besteht (dass sie also keine in sich abgeschlossenen Strukturen sind) und sie sich gegenseitig beeinflussen. Zwar handelt es sich um eine offene Beziehung, doch in der historischen Wirklichkeit kommt beinahe ausschliesslich der Übergang handelsrechtlicher Institute in das allgemeine bürgerliche Recht vor; dieser Übergang wird gemeinhin als Kommerzialisierung des Zivilrechts bezeichnet.

Die Wandlung des Handelsrechts und der Übergang seiner Institute in das allgemeine Zivilrecht erfolgt nicht aus einer inneren Gesetzmässigkeit oder einer dogmatischen Spezialität dieser Rechtsgebiete. Vielmehr handelt es sich jeweils um einen Reflex der Entwicklung der kapitalistischen Mentalität. Die Entstehung handelsrechtlicher Institute, ihr Übergang in das Zivilrecht und ihre Überwindung durch Verallgemeinerung sind nichts anderes als Folgen der wirtschaftlichen Entwicklung, d.h. des konkreten Entwicklungsstandes des Kapitalismus (der Handelskapitalismus in den Städten des Mittelalters, der Staatskapitalismus des Absolutismus in der Neuzeit und der Industriekapitalismus im 19. Jahrhundert).

Man kann sich an der Hauptinstitution, in welcher sich der Kapitalismus seit je verkörpert: am Markt, orientieren. Die Wandlungen des Marktes spiegeln sich in den einzelnen Instituten des Handelsrechts wieder.

## **5.2 Im Mittelalter: *Ius mercatorum* als Klassenrecht**

Bereits der Begriff „*Ius mercatorum*“ bedeutet das Bekenntnis zu einem Handelsrecht, welches das Klassenrecht einer bestimmten Berufsgruppe: der Kaufleute (*mercatores*) ist. Das Recht einer Gruppe, die insbesondere in den Städten anzutreffen ist, die aber nicht nur lokal, sondern ebenso nach auswärts ihre Verbindungen hatte.

### **5.2.1 Der Aufstieg städtischer Kaufleute**

Die mittelalterliche Stadt (Rechtsgeschichte I, §8) bietet den Kaufleuten in mehrerer Hinsicht optimale Voraussetzungen. Zum einen ist die Stadt der Platz, wo viele Leute sich treffen und die Möglichkeit besteht, Güter auszutauschen. Dann herrscht in den Städten aber auch eine freiheitlichere Ordnung als in den – weitgehend feudal organisierten – Landgebieten. Und es herrsche ein dauernder Zustrom von Leuten vom Land, welche sich in den Städten niederlassen wollen und als billige Arbeitskräfte rekrutiert werden können.

Bedeutende Handelszentren sind vor allem die oberitalienischen Städte, wo es im Anschluss an die durch die Kreuzzüge ermöglichte Ausweitung der Handelsbeziehungen zu einer eigentlichen Renaissance des Handels kommt (vgl. Rechtsgeschichte I, 8.1.4, 8.1.7).

### **5.2.2 Die Ausbildung eines *Ius mercatorum***

Zunächst müssen die – in einer Minderheitsposition sich befindlichen – Kaufleute jedoch die ihnen entgegenstehenden Interessen der Patrizier überwinden und in den Stadtstatuten jene Normen verankern, welche ihnen für die Stadt ein Monopol auf die Ein- und Ausfuhr von Gütern garantieren. Den Handwerkern wird der Direktverkauf an

auswärtige Kaufleute untersagt, jede auswärtige Verbindung wird untersagt usf. Es obliegt nun allein den Kaufleuten, Rohstoffe einzukaufen, die Handwerker zu beauftragen und den Absatz auswärts vorzunehmen.

Aus dieser neuen Stellung der Kaufleute ergeben sich zugleich eine ganze Reihe neuer Probleme, die gelöst werden müssen. Auf einem Markt, auf dem nicht mehr nur die Feldfrüchte getauscht werden, sondern wo über verschiedenste – vorhandene, ferne oder noch nicht bestehende – Waren verhandelt wird, entsteht bald das Bedürfnis nach einem möglichst flexiblem Vertragsrecht, nach der Möglichkeit und Sicherung der Abwicklung internationaler Zahlungen usf.

Innerhalb weniger Jahrzehnte entsteht (ohne Einfluss des Staates oder der Städte) aufgrund der gleichgerichteten Interessen und Bedürfnissen aller Kaufleute und aus unterschiedlichsten Bestandteilen (Statuten der Kaufmannsgilden und -gruppen, Handelsbräuchen und Usancen) ein europäisches Handelsrecht.

### **5.2.3 *Ius mercatorum* als Klassenrecht**

Dennoch ist das *ius mercatorum* das Recht einer teilweise ungeliebten Minderheit. Ihre minoritäre Stellung entspricht der minoritären Stellung des Handels im Mittelalter überhaupt. Der Markt hatte einen anderen Stellenwert als heute. Er stand damals nicht im Zentrum der Gesellschaft, sondern an ihrem Rand. (Anders als im 19. Jahrhundert, in welchem Zeitalter der Markt im Zentrum der Gesellschaft steht und ihr seine Regeln aufdrängt. Die Mechanismen des Marktes: Angebot und Nachfrage, Konkurrenz und Wettbewerb werden zu Mechanismen der ganzen Gesellschaft.)

Im Mittelalter lebt zwar der Markt nach dem Prinzip der Konkurrenz, die restliche Gesellschaft lebt nach feudalen und genossenschaftlichen Prinzipien.

## **5.3 Das staatliche Handelsrecht des Absolutismus**

### **5.3.1 Konvergenz im Zeichen des Merkantilismus**

Die Zeit zwischen 1500-1800 ist politisch geprägt von der Regierungsform des Absolutismus. Dem absoluten Herrscher stehen alle Befugnisse in Recht und Wirtschaft zu; er ist alleinige Quelle des Rechts (vgl. Rechtsgeschichte I, §5, insbes. 5.1.3).

Unter diesen Voraussetzungen scheinen zunächst für die Kaufleute und das gewohnheitsrechtliche Handelsrecht keine guten Voraussetzungen zu herrschen. Doch sind die drei Jahrhunderte des Absolutismus zugleich eine Zeit der Entfaltung des Handels und des Handelsrechts.

Dieses scheinbare Paradox rührt her von einer zufälligen Konvergenz der Interessen der Kaufleute und des absoluten Herrschers. Die Führung eines absolutistischen Staates kostet sehr viel Geld, welches sich der Herrscher durch das System des Merkantilismus zu beschaffen sucht (Rechtsgeschichte I, 5.1.3 B). Doch dieses Programm kann er ohne die Hilfe der Kaufleute nicht verwirklichen. Zwar leugnet der Monarch die Autonomie der Kaufleute, aber deren Programm wird zur staatlichen Aufgabe: die Kaufleute verlieren zwar ihre persönliche Selbständigkeit, aber sie können weiter ungestört an der Akkumulation ihres Handelskapitals arbeiten.

Ein Beispiel für die parallelen Interessen von Herrscher und Kaufleuten sind die Kompanien zur Förderung des Handels mit Ost- und Westindien, die im 17./18. Jahrhundert errichtet werden. Zwar werden sie durch königliche Erlasse ins Leben gerufen und zur Beschaffung des nötigen Risikokapitals Privilegien erteilt (Haftungsbeschränkung und Zerlegung des Kapitals in Aktien). Ihr Konzept entspricht aber vor allem den Bedürfnissen der Kaufleute, denen dadurch der Fernhandel erst richtig ermöglicht wird (vgl. unten 9.6.1).

### 5.3.2 Entstehung des staatlichen Handelsrechts

Im Mittelalter kümmert sich der Staat nicht um das Handelsrecht. Zur Zeit des Absolutismus entsteht erstmals überhaupt ein eigentlicher Staat, der zugleich für sich das Gesetzgebungsmonopol auf allen Rechtsgebieten beansprucht (Rechtsgeschichte I, 5.1, 9.3.5). Damit vollzieht sich für das Handelsrecht eine bedeutende Änderung bezüglich seiner Rechtsquelle. Das Handelsrecht wird nicht mehr autonom von den Kaufleuten und ihren Körperschaften geschaffen (vgl. oben 5.2), sondern ebenfalls durch den Staat. In Frankreich beispielsweise werden in der 2. Hälfte des 17. Jahrhunderts zwei grosse Ordonnanzen erlassen: 1673 die Ordonnance du commerce und 1681 die Ordonnance de la marine.

Zwar schaffen diese Erlasse kein neues Recht, sie schreiben nur das bereits bestehende Handelsrecht fest. Doch auch durch das bloße Umformen in Gesetzestext wird der Inhalt verändert (vgl. Rechtsgeschichte I, 2.4.1). Zumal der soziale und politische Kontext sich verändert hat, und der Staat das Handelsrecht in diesem Erlassen bis in das kleinste Detail für alle uniform regelt (Lehrlingsausbildung, Maklertätigkeit, Buch- und Registerführung, Gesellschaften, Wechselrecht, Handelsgerichtsbarkeit und Betreibung und Konkurs).

### 5.3.3 Das subjektive Recht von Untertanen

Die Ordonnanzen entsprechen zum einen dem Geltungsbedürfnis des Herrschers, aber auch den Anliegen der Kaufleute. Sie sind zwar nicht mehr frei wie früher, doch dank der Interessenkonvergenz mit dem Herrscher sind sie in einer für sie durchaus angenehmen Situation. Denn die Handelstätigkeit mit ihren Privilegien ist nun allein ihnen vorbehalten, den andern Ständen ist sie streng untersagt. Das Handelsrecht des absoluten Staates ist also – wie das *ius mercatorum* der mittelalterlichen Städte – streng subjektiv ausgestaltet.

Dass die Kaufleute sich trotzdem in diesem streng überwachten und staatlich gelenkten System des Merkantilismus nicht ganz wohl fühlten und lieber ihre frühere freie Rolle zurück haben wollten, kann man aus der Antwort heraushören, welche Kaufleute COLBERT<sup>38</sup> erteilt haben sollen, als er sie nach Mittel zur Belebung des Handels gefragt hat: „Laissez faire et laissez passer.“

---

<sup>38</sup> COLBERT JEAN-BAPTISTE (1619-1683): franz. Staatsmann; seit 1661 Oberintendant der Finanzen, später auch der königlichen Bauwerke, der schönen Künste, der Fabriken und der Marine; schuf durch grundlegende administrative, wirtschaftliche und finanzielle Reformen im Innern die Voraussetzungen für die Aussen- und Kolonialpolitik Ludwigs XIV.; bedeutendster Vertreter des Merkantilismus (Colbertismus); förderte Industrie, Aussenhandel und Schifffahrt. [Angaben aus MTL]

## 5.4 Das Handelsrecht des 19. Jahrhunderts

### 5.4.1 Die Duplikation der Gesetzbücher: Code de commerce von 1807

Im Jahr 1807 wird erstmals ein Gesetzbuch des Handelsrechts erlassen: der französische Code de commerce. Die Regeln des Code civil von 1804 waren den Bedürfnissen des Handels kaum gerecht geworden und die Ordonnanzen (vgl. oben 5.3.2) veraltet, so dass man daran ging für das Handelsrecht ein eigenes Gesetzbuch zu erarbeiten.

Diese Art der Trennung von Zivil- und Handelsrecht ist zwar nur eine der möglichen; die Zweiteilung innerhalb des Privatrechts kann auch auf andere Weise zum Ausdruck kommen. Doch hat gerade auch der Code de commerce – wie schon der Code civil (vgl. oben 3.2.10) – durch die französische Expansionspolitik eine ungewöhnliche Ausstrahlungskraft und dadurch einen prägenden Einfluss auf die Handelsrechtsgesetzgebung im 19. Jahrhundert. Die Lösung mit zwei Gesetzbüchern wird in nahezu allen europäischen Staaten verwirklicht.

### 5.4.2 Vom subjektiven zum objektiven Handelsrecht?

Die Berücksichtigung der Sonderstellung des Handelsrechts kann auf verschiedene Weise geschehen. Zum einen auf dem Wege eines vollständigen Handelsgesetzbuches, welches unabhängig neben der Zivilrechtskodifikation besteht und alle Normen enthält, welche die Kaufleute zur Ausübung ihrer Tätigkeit brauchen (d.h. die vollständige Regelung aller kaufmännischen Vertragsarten und Institute).

Der andere Weg (welchen auch Frankreich mit dem Code de commerce geht) besteht darin, dem Code civil zwar allgemeine Geltung zuzusprechen, den Kaufleuten jedoch eine eigene Gerichtsbarkeit einzurichten. Die Normen des Code de commerce handelten also vornehmlich von den Handelsgerichten und verzichteten weitgehend auf die ausführliche Regelung eines besonderen Handelsprivatrechts.

Bei der Frage, welche Geschäfte den Handelsgerichten zu unterstellen seien und welche den normalen Zivilgerichten, gibt es wiederum zwei Möglichkeiten: sollen nur die Geschäfte von Kaufleuten in der Kompetenz der Handelsgerichte liegen (subjektives Handelsrecht), oder soll auf die Art der getätigten Geschäfte abgestellt werden, egal durch wen sie vorgenommen werden (objektives Handelsrecht)?

Zunächst bekennt man sich (natürlich) zum objektiven Kriterium, weil persönliche Rechte in Frankreich nach der Revolution nicht mehr denkbar sind. Jedoch war dieses Kriterium allein untauglich zur Kompetenzabgrenzung; in der Rechtsprechung musste immer wieder in irgendeiner Art und Weise auf die Kaufmannseigenschaft der an einem Geschäft beteiligten Personen zurückgegriffen werden, um es als kaufmännisches Geschäft zu qualifizieren. Auch das neue Handelsrecht orientiert sich also an der Unterscheidung von Kaufmann (einem Beruf, dem man erlernen kann) und Nichtkaufmann. „Cette distinction est dans la nature, et ne peut être méconnue par aucune loi“ hatte auch die Cour d'Appel de Paris erkannt.<sup>39</sup>

---

<sup>39</sup> Zit. nach CARONI, Privatrecht, S. 172.

### 5.4.3 Das Recht einer ungeliebten Minderheit

Aber auch mit diesem Handelsgesetzbuch war Frankreich nicht zu einem Land des Handels und des Gewerbes geworden. Gegenüber dem Code civil hat das Handelsgesetzbuch einen bloss komplementären Charakter, es setzt diesen voraus – und ist, so gesehen, kein eigenständiges Gesetzbuch. Auch behandelt der Code de commerce die Kaufleute oftmals kleinlich und fasst sie streng an; er scheint im Ganzen der Handels-tätigkeit nicht wohlwollend, sondern vielmehr misstrauisch gegenüber zu stehen. Auch die Umstände seiner Entstehung bestätigen dieses Bild: NAPOLÉON selbst drängte auf den Erlass des Code de commerce, um gegen betrügerische Konkurse – solche hatten einige stattgefunden – besser vorgehen zu können.

Diese eindeutige Rangordnung zwischen Code de commerce und Code civil und das Misstrauen den Kaufleuten gegenüber widerspiegeln deren minoritäre Stellung in der Gesellschaft. Der Code de commerce bezeugt eine Spaltung innerhalb der bürgerlichen Gesellschaft: den Kaufleuten, der Handelsbourgeoisie steht eine dominierende noch immer auf den Besitz von Grundeigentum ausgerichtete Agrarbourgeoisie gegenüber. Der Handel bzw. der Markt hat noch nicht die ganze Gesellschaft erfasst (vgl. auch oben 5.2.3).

Dies änderte sich erst mit der industriellen Revolution (ca. 1830-60), welche durch die Möglichkeit der Produktion von immer mehr und billigeren Gütern das Gewicht von der reinen Güternutzung hin zur Güterverwertung, und damit auch vom Grundeigentum zum Eigentum an mobilen Gütern verschob.

Die industrielle Revolution war nur zunächst eine technische Angelegenheit, denn sie hatte bedeutende soziale und politische Umwälzungen, d.h. eine Veränderung der ganzen Gesellschaft zur Folge. Die mit einem Schlag immense Bedeutung des Güteraus-tausches lässt den Markt und die Frage seiner Organisation in das Zentrum der Gesell-schaft rücken; es entsteht erst jetzt ein eigentlicher Markt im heutigen Sinne.

Zum Paradigma des Eigentums wird die Mobiliarsache; das Grundeigentum verliert seine bisherige Bedeutung als Nutzungsfaktor. Es wird nun auch hier die Mobilisierung zumindest des Grundstückwertes (durch das Grundpfand usf.) vorangetrieben.

Unter diesen neuen gesellschaftlichen Umständen sind es nun nicht mehr die Grundei-gentümer, welche das Privatrecht dominieren, sondern die Herrschaft der Kaufleute beginnt, da niemand mehr sich dem Markt im Zentrum der Gesellschaft entziehen kann und insofern „alle Kaufleute sind“.

### 5.4.4 Die Verselbständigung des Handelsrechts

Bezüglich des Handelsrechts kann sich dies in verschiedener Weise ausdrücken: In Frankreich erscheint der Code de commerce im Zuge der industriellen Revolution schon bald als veraltet. Eine vollständige Reform versandete jedoch aus verschiedenen Gründen, sodass man sich jeweils mit Spezialgesetzgebung für die anstehenden Pro-bleme in Einzelbereichen behelfen musste.

In Deutschland und Italien entstanden in der 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts handelsrechtliche Kodifikationen<sup>40</sup>, welche nun den anderen Weg (vgl. oben 5.4.2) gingen und das Handelsrecht vollständig regelten (eigenes Obligationen- und Vertragsrecht usw.). Diese traten neben die allgemeinen zivilrechtlichen Kodifikationen.

Fragt man, welches die Beziehung zwischen den beiden Gesetzbüchern ist, zeigt sich bald, dass das Handelsgesetzbuch gegenüber dem Zivilgesetzbuch das Übergewicht gewinnt. Wichtigstes Indiz dafür ist jeweils die Beurteilung der Verträge zwischen Kaufleuten und Nichtkaufleuten. In der deutschen wie in der italienischen Handelsrechtskodifikation geht die Tendenz dahin, auch diese Geschäfte dem Handelsrecht zu unterstellen. Die meisten Geschäfte des täglichen Lebens werden dadurch dem Zivilrecht entzogen und neu dem Handelsrecht zugeordnet.

Es ist nun das allgemeine Zivilrecht, welches in dieser Gesellschaft der neuen Vorherrschaft der Kaufleute zugunsten des Handelsrechts beiseite gedrängt wird.

### **5.4.5 Der Übergang zur Lehre des Code unique**

In der Schweiz wählte man von vornherein die einfachere Lösung des Code unique, d.h. nur eines einzigen Gesetzbuches, welches flexibel genug ist, auf die Anliegen des Handels und diejenigen des privaten Rechtshandelns einzugehen. Dass dies einen schwierigen Balanceakt darstellt, zeigen die Ausführungen oben über das Verhältnis von Zivil- und Handelsgesetzbuch.

Enthält ein solches Gesetzbuch wirklich beide Rechte, oder ist es nicht vielleicht sogar so, dass der Code unique einfach nur das Handelsrecht enthält und damit eine rechtliche Übersetzung des Satzes, dass „alle Kaufleute seien“ ist? Macht eine solche Gleichsetzung von Zivil- und Handelsrecht eine materielle Privilegierung einzelner Gruppen (Kaufleute, Unternehmer) unmöglich? Dazu vgl. z.B. unten 5.5.2 ff., 9.6.2.

## **5.5 Zivil- und Handelsrecht in der Schweiz im 19. Jahrhundert**

CARONI, Privatrecht, S. 183 ff.

### **5.5.1 Im kantonalen Recht**

In der Schweiz ist im kleinen Rahmen dieselbe Entwicklung zu beobachten: Die beide vorangehend beschriebenen Lösungen einer Trennung des Handelsrechts vom allgemeinen Zivilrecht bzw. des einheitlichen Zivilgesetzbuches (Code unique) treten auf kantonaler Ebene im 19. Jahrhundert beide auf. Gerade in der Schweiz lassen sich zudem gute Belege für eine Entwicklung finden, welche Kommerzialisierung des Rechts genannt wird (vgl. oben 5.1.3).

Als die Zivilrechtskompetenz noch bei den Kantonen lag (d.h. vor 1881), war in den meisten Kantonen der Westschweiz eine Duplikation der Gesetzbücher, d.h. die Zweiteilung in Handels- und allgemeines Zivilrecht (mit je eigener Gerichtsbarkeit) anzutref-

---

<sup>40</sup> Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch (ADHGB) von 1861 und der italienische Codice di commercio von 1882.

fen. Dies zunächst in den Kantonen, die früher zu Frankreich gehört und deshalb selbstverständlich auch den Code de commerce eingeführt hatten (Genf, Berner Jura), welchen sie auch nach dem Übertritt in die Eidgenossenschaft (1815) beibehielten (vgl. auch oben 2.3.3). Dazu kam später (seltsamerweise) noch der Kanton Fribourg (1850), welcher als ausgesprochener Agrarkanton sich zu einer Zeit einen Code de commerce zulegte, als dieser in Frankreich bereits als veraltete Option galt.

In der übrigen Schweiz begegnet man der anderen Lösung, dem Code unique. Von Bedeutung ist insbesondere das Zürcherische PGB, welches später der eidgenössischen Gesetzgebung zum Modell werden sollte (vgl. oben 2.3.5).

Die Lösung des Code unique war einfacher und einheitlicher gestaltet. Das Handelsrecht wurde gleichzeitig mit dem allgemeinen Obligationenrecht erfasst: Handelsverträge waren nicht Handelsgeschäfte, sondern allgemein zugängliche Verträgen usf. Nur ausnahmsweise wurden gewisse Regeln auf die berufliche Tätigkeit der Kaufleute beschränkt.

Wichtig scheint die Frage zu sein, wie eine solche Vereinfachung und Vereinheitlichung zustande kommen konnte und wer allenfalls einen Preis dafür zu bezahlen hatte? Und ob die Unterscheidung zwischen Kaufleuten und „normalen“ Bürgern damit verschwunden ist?

### **5.5.2 Auf eidgenössischer Ebene: Die klare Option für den Code unique**

Auf Bundesebenen gab es keine Auseinandersetzung darum, ob zwei Gesetzbücher geschaffen werden sollten oder ein Code unique. Die Option lautete schon von Anfang an klar zugunsten eines einheitlichen Gesetzbuches.

Bereits in MUNZINGERS Entwurf für eidgenössisches Handelsgesetzbuch (1864) war der zentrale Teil eigentlich allgemeines Obligationenrecht und die entsprechenden Vertragsarten allen zugänglich und entsprachen somit dem Prinzip des Code unique.<sup>41</sup>

Das Projekt eines Handelsgesetzbuches wurde auch bald zugunsten eines umfassenderen Obligationenrechts aufgegeben (vgl. oben 2.4.2). Die Entwürfe für das Obligationenrecht (welches dann 1881 verabschiedet wurde) hielten sich noch mehr als der Entwurf des Handelsgesetzbuches an das Prinzip des Code unique und verwirklichten „die Generalisierung solcher Rechtsinstitute, deren Anwendung sich in anderen Gesetzgebungen, so namentlich im französischen Code de commerce und deutschen Handelsgesetzbuche, entweder geradezu auf einen besonderen Stand der Kaufleute oder doch auf Rechtsgeschäfte mit merkantilem Zweck beschränkt“.<sup>42</sup>

---

<sup>41</sup> Art. 204 des Entwurfes: „Die Bestimmungen des dritten Buches (von den Geschäften des Mobiliarverkehrs) haben mit Ausnahme derjenigen Vorschriften, welche sich ausdrücklich nur auf den Verkehr von Kaufleuten beziehen, allgemeine Gültigkeit“. [zit. nach CARONI, Privatrecht, S. 185]

<sup>42</sup> Botschaft des Bundesrates, BBl 1880 I 174. [zit. nach CARONI, Privatrecht, S. 186]

### 5.5.3 Gründe dieser Option

Es fragt sich, wieso gerade die Schweiz zu einer Zeit, als die übrigen europäischen Länder diese Option noch kaum in Betracht zogen, sich zum Prinzip des Code unique bekennt? Es sind verschiedene mögliche Erklärungen denkbar.

Zum einen wurde die Lösung mit zwei Gesetzbüchern aufgrund der in Frankreich (vgl. oben 5.4.4) und einigen Kantonen gemachten Erfahrungen als überholt angesehen. Demgegenüber erschien ein einheitliches Gesetzbuch (wie es das Zürcher PGB vormachte) als fortschrittliche Lösung. Die Fortschrittlichkeit dieser Lösung kann aber nicht das Hauptargument gewesen sein, zumal bei Schweizer Juristen.<sup>43</sup>

Ein zusätzliches Argument für ein einheitliches Privatrecht war sicher die Tatsache, dass ein Code unique jedenfalls weniger kompliziert und unpraktisch zu handhaben war als zwei getrennte Gesetzbücher. Schwierige Fragen wie die Abgrenzung der Handelstätigkeit von andern Tätigkeiten bzw. des Kaufmanns von den andern Bürgern sollten den oft noch mit Laien besetzten Gerichten erspart bleiben. Andererseits schienen Praktikabilität und Einfachheit auch wirtschaftlichen Vorteile zu bringen: „Einheitliche Grundsätze fördern die wissenschaftlichen Bearbeitung; verschiedenartige Grundsätze dagegen verwirren leicht Volk und Richter. Einheit bringt Einfachheit; Einfachheit ist die Mutter der Klarheit, und Klarheit ist der sicherste Bürge der Rechtssicherheit, die für den Handel soviel als Kredit bedeutet, Kredit aber ist das wahre Lebensprinzip allen Handels“.<sup>44</sup>

Ausserdem dürfte die Verallgemeinerung des Handelsrechts mit den demokratischen Strukturen des Landes in Einklang stehen. Sonderstellungen und Privilegien war man schon immer abgeneigt gewesen und meinte, die Demokratie ertrage keine Sonderrechte.

Der Bundesrat führte in der Botschaft zum Obligationenrecht von 1881 weiter aus: „Es steht diese eigentümliche Tendenz [zur Generalisierung handelsrechtlicher Institute] mit den demokratischen Staatseinrichtungen in der Schweiz und mit der demokratischen Gesinnung des Schweizer Volkes im Zusammenhange, vermöge deren es jeder Sonderstellung eines Berufsstandes entschieden abgeneigt ist.“<sup>45</sup>

Auf der Suche nach einem Beleg für die Anziehungskraft des Demokratie, bzw. für die modellhafte Wirkung des „Staates“ auf die „Gesellschaft“, liesse sich kaum ein überzeugenderes Beispiel finden (vgl. oben 3.1.3).

Allerdings verschwand das Handelsrecht damit nicht einfach, die Unterscheidung in Kaufmann- und Nichtkaufmann besteht weiterhin (z.B. Art. 934 OR), wenn auch versteckt unter dem gemeinsamen Dach eines allgemeinen Obligationenrechts. Ebenso wird im Unterricht Handelsrecht als gesondertes Fach dargestellt. Es scheint als hätte das Handelsrecht ohne ein Handelsgesetzbuch überlebt.

---

<sup>43</sup> EUGEN HUBER „verkaufte“ Neuerungen jeweils mit dem Argument, diese wären bloss eine neue Form für etwas, was es schon immer gegeben hätte.

<sup>44</sup> So MUNZINGER. [zit. nach CARONI, Privatrecht, S. 188]

<sup>45</sup> BBl 1880 I 174. [zit. nach CARONI, Privatrecht, S. 188]

### 5.5.4 Verallgemeinerung einer Privilegierung?

Im Code unique wurde allgemeines Privatrecht und Handelsrecht zusammengeführt und zu einem einheitlichen Ganzen verschmolzen, sodass am Ende eine neuen und allgemeingültige Regeln entstanden. Es fragt sich, welche Bestandteile dabei untergingen und welche sich ausdehnten.

Dies scheint von Anfang an nicht zweifelhaft gewesen zu sein, denn faktisch gestaltet sich dieser Prozess als Verallgemeinerung oder eben Generalisierung der handelsrechtlichen Bestimmungen, welche damit zum allgemeinen Recht wurden. Dem allgemeinen rechtlichen Umgang wurden auf diese Weise die handelsrechtlichen Bestimmungen aufgezwungen.

Zu verstehen ist dieser Vorgang aus der gesellschaftlichen und vor allem wirtschaftlichen Entwicklung jener Zeit nach den Abschluss der industriellen Revolution, da die ganze Gesellschaft eine bisher ungeahnte Ausweitung und besser noch Generalisierung des Marktes, und damit eine restlose Ökonomisierung erlebt (vgl. oben 5.4.4).

Vom Markt kann sich niemand mehr distanzieren, das Modell des *homo economicus* erfasst die ganze Gesellschaft. Faktisch kann niemand mehr sagen, ihm werde eine fremde Ordnung aufgezwungen, denn „alle Schweizer sind nun Kaufleute“.<sup>46</sup>

---

<sup>46</sup> Mehr Angaben zu dieser Entwicklung und zugleich kritische Anmerkungen zu dieser Argumentation sind zu finden in CARONI, Privatrecht, S. 191 ff.

## **§6 Deutsches, römisches, Naturrecht im heutigen Privatrecht**

### **6.1 Einleitung**

#### **6.1.1 Die Parzellierung des ZGB**

TUOR/SCHNYDER/SCHMID, S. 15 ff.

Während langer Zeit untersuchte man die historische Herkunft einzelner Rechtsinstitute und fand ihre Wurzeln entweder im römischen, im deutschen oder im Naturrecht. Die Rechtswissenschaft zerlegte das ZGB (oder auch das BGB) in seine verschiedenen Bestandteile und fand, Rechtsinstitute eindeutig einer bestimmten Quelle zuordnen zu können (historisch-genetische Methode). Für solche historischen Bezüge und Zuordnungen lassen sich auch durchaus überzeugende Belege finden: das Eigentumsrecht des ZGB oder das Testamentsrecht sei romanistischer, die Erbfolgeregelung, die Grundschuld oder das Grundpfandrecht germanistischer Herkunft usf. Dem Naturrecht wird in diesem Rahmen meist ein geringer Anteil zugesprochen, obwohl gerade die zentrale Idee der angeborenen Rechtsfähigkeit – welche dem Staat nur noch die Möglichkeit lässt, sie anzuerkennen – eine der Grundlagen bürgerlicher Gesetzbücher überhaupt ist.

Diese Art der Frage nach der Herkunft rechtlicher Institute selbst hat also eine gewisse Tradition und hat die Gesetzgeber schon früher beschäftigt. Beispielsweise bezüglich des Code civil sprach PORTALIS von einer Übertragung (bzw. Vermischung) des geschriebenen Rechts des Südens (römisches Recht) und des Gewohnheitsrechts des Nordens in das Gesetzbuch.<sup>47</sup>

#### **6.1.2 Die Parzellierung von Wissenschaft und Unterricht**

Die gleiche Gewohnheit, d.h. die Unterteilung der verschiedenen Rechtsgebiete nach historischer Herkunft, herrscht auch in Wissenschaft und Unterricht vor. An vielen Universitäten gibt es je einen Lehrstuhl für Romanistik und Germanistik.<sup>48</sup>

---

<sup>47</sup> QUELLEN II, 46.

<sup>48</sup> So besteht etwa der „Deutsche Rechtshistoriker-Tag“ aus drei parallel geführten Veranstaltungen der Romanisten, Germanisten und Kanonisten. Man ist also nicht einfach Rechtshistoriker, sondern romanistischer Rechtshistoriker usf. Die bis vor zwanzig Jahren einzige rechtshistorische Zeitschrift, die „Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte“ (ZRG) wird in drei Bänden geführt: Romanistik, Germanistik und Kanonistik. (CARONI hat zusammen mit österreichischen und deutschen Kollegen die „Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte“ [ZNR] gegründet, welche sich nicht derart festlegt, sondern von der Einheit der Rechtsgeschichte, innerhalb derer es verschiedene Strömungen durchaus haben kann, ausgeht.)

### 6.1.3 Kritische Bemerkungen dazu

CARONI PIO, Die andere Evidenz der Rechtsgeschichte, in: Juristenausbildung als Denkmalpflege?, Bern/Stuttgart/Wien 1994, S. 27 ff.

Problematisch ist diese Aufteilung der Rechtsgeschichte, soweit man glaubt, mit ihrer Hilfe die Geschichte besser zu erkennen. Die Parzellierung verschleiert vielmehr die Gründe, weshalb man sich für die Übernahme eines bestimmten Institutes entschieden hat, denn der Gesetzgeber folgt anderen Kriterien. Er fragt nicht, ob ein bestimmtes Institut römischer oder deutscher Herkunft ist, sondern ob es tauglich ist, die anstehenden gesellschaftlichen, wirtschaftlichen oder politischen Probleme zu lösen.<sup>49</sup> Zu Forschungszwecken mag die beschriebene Aufteilung legitim sein, nicht aber in der Lehre, weil es hier nicht primär darum geht, zu wissen, welcher Tradition ein Institut entstammt, sondern welches die Beweggründe waren, dieses Institut in die aktuelle Rechtsordnung zu integrieren.

Indem der Gesetzgeber sich für ein bestimmtes Institut entscheidet, schneidet er es bildlich gesprochen von seiner Vergangenheit ab und setzt es im Verbund mit andern Instituten zu einem neuen Recht zusammen. Verschiedene Elemente der Geschichte werden neu zusammen „in einen Käfig“ gesteckt, worin sie ein neues Leben und neue Wechselwirkungen entfalten. Gesetzbücher sind nicht Kinder der Geschichte, sondern Kinder ihrer Zeit.

## 6.2 „Deutsches“ Recht als soziales Recht?

TUOR/SCHNYDER/SCHMID, S. 10 ff., insbes. 15 ff.

Dem deutschen Privatrecht eigne typischerweise eine soziale Dimension oder Komponente. Diese Aussage hat auch für das ZGB seine Bedeutung, da man EUGEN HUBER den Germanisten zurechnet, und weil man dem ZGB in manchen Lehrbüchern noch heute ein Bekenntnis zum Sozialen zuschreibt.

Indem man dem deutschen Recht einen Sinn für das Soziale anheftet, stellt man es dem gemeinen römischen Recht gegenüber, welchem im gleichen Augenblick jede soziale Komponente abgesprochen wird.

Gegenübergestellt werden so das zersplitterte lokale Recht, ungelehrtes Recht, welches durch die Rezeption des gelehrten römischen Rechts (einer von aussen kommenden neuen Rechtsordnung) „tödlich getroffen“ allmählich umgeformt und romanisiert wurde (vgl. Rechtsgeschichte I, §13 f., insbes. auch 13.2.5), was Vertretern der germanistischen Rechtstradition auch schon als „nationale Katastrophe“ bezeichneten.

### 6.2.1 Einzelne charakteristische Merkmale deutschrechtlicher Institute nach EUGEN HUBER

Sucht man nach typischen Merkmalen des deutschen Rechts, fällt zunächst auf, dass es sich bei diesem Recht eben nicht um ein einheitliches, sondern vielmehr im Wesentli-

---

<sup>49</sup> Zwar wird EUGEN HUBER als Germanist bezeichnet, er hat aber nicht nur deutschrechtliche Institute in das ZGB aufgenommen, sondern auch römischrechtliche. Und dies auch nicht, weil er vielleicht besondere Freude daran gehabt hätte, sondern weil sie ihm als tauglich erschienen die Probleme zu lösen. „Der Gesetzgeber ist kein Archivar.“

chen zersplittertes Recht handelt. Jedes Tal, jeder Weiler, jede Stadt hatte ihr eigenes Recht (vgl. oben 2.2). Sodass man sich mit Recht fragen muss, was den diese vielfältigen lokalen Rechtsordnung von der „Schöllenen bis nach Lübeck“ gemeinsam gehabt haben sollten.

War nicht die Sprache das mehr oder weniger einzig gemeinsame dieser verschiedenen Gesellschaften? Ist es möglich, dass innerhalb der deutschen Sprachgemeinschaft typische Rechtsinstitute gibt, die nur hier zu beobachten sind? EUGEN HUBER selbst war dieser Meinung; er sagte, dass es Institute, Gewohnheiten und Traditionen gebe, die einen typisch deutschen Charakter hätten. Das deutsche Volk habe seine rechtliche Ordnung in besonderem Masse mit seinen sittlichen Anschauungen verknüpft und gerade diese ethische Haltung würde das deutsche Recht von andern Rechtsordnungen unterscheiden:<sup>50</sup>

- Ständige Korrelation von Recht und Pflicht: Dem deutschen Recht sei die Einseitigkeit fremd; ein rein negatorisches (alle andern ausschliessendes) Eigentumsrecht, wie es das römische Recht kenne, gebe es im deutschen Recht nicht. Im deutschen Privatrecht sei der Eigentümer immer auch verpflichtet, bei der Ausübung seines Eigentumsrechts die Erwartungen der Mitmenschen zu berücksichtigen: er soll niemanden schädigen und das Eigentum im Interesse der Gemeinschaft ausüben (vgl. z.B. Art. 684 ZGB).
- Treuegedanke: Die Treue (*fidelitas*) spiele im deutschen Recht eine zentrale Rolle. Die persönliche Beziehung komme vor der vermögensrechtlichen. So habe z.B. das Lehens- und Leiherecht beide Elemente enthalten, die vermögensrechtliche Komponente zudem bloss als Mittel zum Zweck (vgl. Rechtsgeschichte I, 2.5.1, vor 4.1, 7.1, 12.2.1).
- Hang zur Beständigkeit: „Altes Recht ist gutes Recht.“ Zum einen tendiere das deutsche Privatrecht selbst zu Bestand und Qualität, und zum andern würden auch die einzelnen Rechtsverhältnisse auf lange Dauer oder für ewig vereinbart (z.B. die unbeschränkte Nutzungseinräumung an Grundstücken).
- Hang zur Billigkeit: Auf der andern Seite kenne das deutsche Recht eine relative Leichtigkeit (Flexibilität), mit welcher über getroffene Abmachungen unter geänderten Umständen verfügt werden könne. Das deutsche Recht liesse sich weniger Fesseln durch Formen und Formeln anlegen, welche erst mit der Rezeption des römischen Rechts hinzugekommen seien.
- Verantwortlichkeit für das eigene Tun: Unabhängig von Schuld Haftung für das eigene Tun. Anders als das römische Recht, das eine Haftung nur bei persönlichem Verschulden kennt, lasse das deutsche Recht eine Haftung schon dann entstehen, wenn jemandes Handlung die *causa* eines Schadens war (Kausalhaftung). Also eine moralische Haltung zur Haftung.

---

<sup>50</sup> Solches mag erstaunen, doch hatten HUBERS Betrachtungen ihre Bedeutung weit über den Raum der Schweiz hinaus. Er schrieb darüber z.B. in: „Deutsches Privatrecht“, einer Besprechung von GIERKES „Lehrbuch des deutschen Privatrechts“. Vgl. QUELLEN II, 103 ff.

### 6.2.2 „Deutsches“ Recht als soziales Recht?

Diese fünf Elemente charakterisieren das deutsche Recht als antiindividualistisches, sozial gebundenes, genossenschaftliches Recht (im Gegensatz zum „egoistischen“ und individualistischen römischen Recht).

Teilweise mag dies zwar zutreffen, doch liessen sich auch Beispiele für unsoziales deutsches Recht finden. Aber gleichgültig, ob dies Behauptung wahr oder unwahr ist (vgl. unten 6.3.1), jede solche Behauptung hat eine bestimmte Wirkungsgeschichte, welcher man nachgehen muss. Es fragt sich, was diejenigen, welche das deutsche Recht als ein soziales charakterisierten damit bezweckten?

### 6.2.3 Praktische Bedeutung dieser Gleichsetzung im 19. Jahrhundert

In der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts wurde im Gefolge der industriellen Revolution in Europa die soziale Frage (die Frage der Lösung der durch die industrielle Revolution geschaffenen sozialen Probleme) zentral. Millionen von Menschen waren in einer katastrophalen Situation und man stand vor der Alternative, die Probleme zu lösen oder als ganze Gesellschaft zugrunde zu gehen. Zudem nahm nach 1848 die Angst der bürgerlichen Kreise vor dem sich ausbreitenden Sozialismus (der „roten Gefahr“) und Klassenkampf zu.

Der Lösung der sozialen Frage wandten sich auch Juristen und Rechtshistoriker zu; gerade auch solche, welche das deutsche Recht mit sozialem Recht gleichsetzten und glaubten mit deutschrechtlichen Rechtsinstituten die Probleme verringern zu können.

Weil sie aber – als bürgerliche und konservative Juristen, Theologen, Historiker usf. – sich mit Themen beschäftigten, welche auch die Themen der Sozialisten waren, wurden sie von den Liberalen als „Kathedersozialisten“ betitelt.

Einer dieser Juristen war OTTO VON GIERKE (1841-1921), welcher das typisch deutschrechtliche Institut der Genossenschaft<sup>51</sup> als die geeignete Antwort auf die Lösung der sozialen Frage ansah. Sie schien ihm geeignet, der im Gefolge der industriellen Revolution eingetretenen ständisch-gesellschaftlichen Bindungslosigkeit der besitzlosen Klassen wirksam zu begegnen. In der Erfassung des Unternehmens als „Wirtschaftsorganismus“, als verbandsrechtlich „organisierte Einheit“ nahm er Ansätze zum Betriebsverfassungsrecht vorweg. Entsprechend seiner Auffassung von der Fortbildung des liberalen, den Warencharakter der Arbeit betonenden „freien Arbeitsvertrages“ im sozial-ausgleichenden Sinne qualifizierte er den Arbeitsvertrag als Treudienstverhältnis. Damit hat er die personenrechtlichen Elemente erkannt und als Gegensatz zu der herkömmlichen schuldrechtlichen Seite herausgearbeitet.<sup>52</sup> Es handelt sich dabei also um Vorformen der Gewerkschaften, aber auch von Tarifverträgen und Gesamtarbeitsverträgen.

Diese Ideen setzten sich jedoch nicht durch. Mit Moral und Büchern liess sich gegen das Kapital und diejenigen, welche sich schon zu Beginn über die Bemühungen diese

---

<sup>51</sup> Der Begriff der Genossenschaft war von BESELER erstmals fixiert worden als „jede auf freier Vereinigung beruhende Körperschaft“.

<sup>52</sup> SCHLOSSER, S. 147.

germanistischen Idealisten lustig gemacht hatten (vornehmlich Romanisten) nichts ausrichten. Ebenso wurden sie in den Kommissionen zum deutschen BGB übergangen. Von den über 40 Mitgliedern war nur gerade GIERKE Germanist.

#### **6.2.4 Der Weg zu den Gemeinwohlformeln des nationalsozialistischen Rechts**

Die Idee des deutschen Rechts als eines sozialen und gemeinschaftlichen Rechts wurde in den 30er Jahren von den Nationalsozialisten mit ihrer Ideologie verbunden und gleichgeschaltet. „Gemeinnutz kommt vor Eigennutz“, „Gesamtinteresse“, „Gemeinschaft“, „Du bist nichts, Dein Volk ist alles“ usf. waren ihre Schlagworte. Unter der Herrschaft der Nationalsozialisten wurde an den deutschen Universitäten die Zahl der germanistischen Lehrstühle zulasten der romanistischen merklich erhöht. Das römische Recht wurde als fremd, liberal, individualistisch und materialistisch abgelehnt.

Für die germanistischen Rechtshistoriker war die Lage problematisch, denn sie liessen sich oft von den Nationalsozialisten für deren Anliegen „einspannen“, obwohl die schlimmsten Dinge meist von den Politikern und nicht von den Wissenschaftern gesagt wurden. Die Romanisten hingegen verliessen Deutschland, emigrierten in die USA und blieben in vielen Fällen auch nach dem Krieg dort, sodass die besten Römischrechtler während langer Zeit dort und nicht in Europa anzutreffen waren.

### **6.3 Das ungelehrte Recht einer Naturalwirtschaft**

#### **6.3.1 Ist nur deutsches Recht soziales Recht?**

Anschliessend stellt sich nun die andere Frage nach der Berechtigung der Gleichsetzung des deutschen Rechts mit sozialem Recht. Verschiedene Institute des deutschen Rechts weisen tatsächlich einen gewissen sozialen Charakter auf (vgl. oben 6.2.1). Aber ist nur deutsches Recht soziales Recht? Wie steht es mit BESELERS Behauptung, der soziale Zug des deutschen Rechts (u.a. das Institut der Genossenschaft) hätten im deutschen Nationalcharakter ihre Wurzeln?

Kannte nicht auch das Recht des mittelalterlichen Spaniens, Frankreichs, Italiens usf. genossenschaftliche Strukturen als Möglichkeit der Lösung von Problemen des menschlichen Zusammenlebens? Als Antwort auf diese Frage zeigen die germanistischen Rechtshistoriker auf die Völkerwanderung und behaupten, die Genossenschaft komme eben überall dort vor, wo germanische Stämme sich niedergelassen oder aufgehalten hätten. Nach Italien sei die Genossenschaft durch die Langobarden, nach Spanien durch die Westgoten (und anschliessend durch die Spanier nach Südamerika!) gekommen. Allerdings vermag diese Erklärung nicht zu überzeugen, denn die betreffenden Institute bleiben bestehen, auch wenn die genannten Volksgruppen an diesen Orten nicht mehr existieren oder sich in der ansässigen Bevölkerung aufgelöst haben.

Vielmehr gab es diese Institute wohl, weil sie den Menschen und ihren Lebensbedingungen im Mittelalter entsprachen (und nicht weil sie dem Nationalcharakter eines bestimmten Volkes entsprungen wären).

### 6.3.2 Gelehrtes und ungelehrtes Recht in der Rechtsentwicklung

In der Rechtsentwicklung jeder Rechtsordnung sind zwei grosse Phasen zu unterscheiden (vgl. Rechtsgeschichte I, 17.3.2): Zunächst wird das Recht vom Volk geschaffen, angewendet und weiterentwickelt.<sup>53</sup> Insofern kann man durchaus vom Recht als Ausdruck des „Volksgeistes“ sprechen. Es ist ein ungelehrtes Recht, welches die typischen Merkmale eines solchen trägt: Die Rechtshandlungen werden durch symbolhafte Handlungen sichtbar, sinnlich wahrnehmbar gemacht (z.B. das Brechen von Stäbchen, Übergabe einer Erdscholle, Schlüsselübergabe). Die Form begründet das Recht, es ist vom Formalismus dominiert.

Erst auf einer zweiten Entwicklungsstufe wird aus diesem ungelehrten Volksrecht gelehrtes Juristenrecht. Das Recht wird durch juristische Bearbeitung zu einer objektiven wissenschaftlichen Betätigung<sup>54</sup>, welche von dieser speziellen Gruppe innerhalb des Volkes (den Juristen eben) nun allein vollzogen wird. Die Juristen finden, wenden an und bilden das Recht stellvertretend für das Volk weiter. Typische Merkmale dieser Entwicklungsstufe des Rechts sind abstrakten Formen, Logik, spezielle Begriffe und Schriftlichkeit.

### 6.3.3 Deutsches Privatrecht als ungelehrtes Recht

Das einzige gelehrte Recht des Mittelalters war das gemeine römische Recht, welches durch die Rezeption im Deutschen Reich aufgenommen worden war (vgl. Rechtsgeschichte I, 9.4, 13.2.5 f., 14.3).

Das vorher geltende Recht war ungelehrtes, zersplittertes und genossenschaftliches Recht, also ein noch nicht vom Volk abgetrenntes (Gewohnheits-)Recht (vgl. oben 2.2). Die Überlieferung dieses Rechts erfolgt zu einem grossen Teil mündlich oder in der Form gemeinsamer Traditionen, was bewirkt, dass die Rechtssätze (u.a. damit man sie sich besser merken kann) spruchartigen, reimhaften und oft auch sehr bildhaften Charakter erhalten (Sprichwörter, Spruchformeln, Sprüche, sinnlich wahrnehmbare Formen usf.).<sup>55</sup>

---

<sup>53</sup> Volksgerichte oder das ganze Volk wenden das Recht an: Bei den Langobarden beispielsweise wurde soviel Schadenersatz zugesprochen soweit der Ton des nach einem Schild geworfenen abgesplitterten oder herausgebrochenen Knochenstückes des Verletzten (!) von den Umstehenden zu hören war.

<sup>54</sup> JHERING RUDOLF VON, Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft? Jherings Wiener Antrittsvorlesung vom 16. Oktober 1868, Göttingen 1998.

<sup>55</sup> (Vgl. auch oben 6.3.2.) «Ein Recht gilt nach Jahr und Tag.» (die Aufenthaltsdauer, nach welcher ein Leibeigener in der Stadt frei wurde); «Ein Recht soll dauern, solange der Wind aus dem Wolken weht.»; «Ein Recht soll gelten, solange der Main in den Rhein fliesst.»; «Ein Recht soll gelten, soweit er mit der Sichel reicht.»; «Ein Recht soll gelten, soweit ein Stein geworfen wird.»; «Ein Recht soll gelten, soweit die Katze springt.»; Stabreime: «Erb und Eigen», «Recht und redlich», «Leib und Leben», «Haus und Hof»; Sprichwörter: «Der Bauer hat nur ein Kind.» (das Grundeigentum wird nur dem (jüngsten oder dem ältesten) Sohn vererbt), «Keine Henne fliegt über die Stadtmauer.» (wer in der Stadt lebt, muss keine Abgaben zahlen), «Doppelt genäht hält besser.» (eine Abmachung besser zweimal machen), «Stadtluft macht frei.», «Landluft macht eigen». Rechtliche Vorgänge werden aber auch durch bildhafte, symbolische, sinnlich wahrnehmbare Handlungen vermittelt: Übergabe einer Erdscholle bei der Eigentumsübertragung, Übergabe eines Schlüssels, Brechen des Stäbchens über der oder dem zum Tode Verurteilten, den Handschuh vor die Füsse werfen usf.

### 6.3.4 Ungelehrtes Recht als das Recht einer Naturalwirtschaft

Die Vorstellung, dass ein Recht einem bestimmten Nationalcharakter entspricht, und dass deshalb an diesem Recht festgehalten wird, ist kaum haltbar (vgl. oben 6.3.1). Vielmehr wird daran festgehalten, weil es dem jeweiligen Zustand der Gesellschaft entspricht und Antworten auf deren Fragen bzw. Lösungen zu deren Problemen bietet (vgl. oben 2.2).

Der Hintergrund, auf dem das deutsche ungelehrte Recht zu sehen ist, ist die Naturalwirtschaft, in welcher der Einzelne (durch die Form der Produktion, etwa der Dreizegenwirtschaft [vgl. Rechtsgeschichte I, 12.2.3]) immer in die Gemeinschaft eingebunden und von ihr abhängig ist. Allein kann niemand überleben. Dass die rechtlichen Regeln einer solchen Gesellschaft einen sozialen, genossenschaftlichen Charakter aufweisen, erstaunt deshalb nicht.

Zwar stimmt demnach die Aussage, deutsches Recht sei soziales Recht; doch ist es nicht sozial, weil es deutsches Recht ist, sondern weil es das Recht einer Naturalwirtschaft ist, wie sie im Mittelalter in ganz Europa anzutreffen war.<sup>56</sup> Auch das spanische, italienische und französische Recht sind in diesem Sinne sozial.

Die Verwissenschaftlichung des Rechts, bzw. die Aufnahme des gelehrten Rechts durch eine Gesellschaft geht einher mit der Änderung ihrer (wirtschaftlichen) Verhältnisse und der politischen Strukturen (insbesondere dem Übergang zur Geldwirtschaft, welche offenbar der schnelleren Abwicklung des Handels wegen eher abstrakte Formen bevorzugt). Tendenziell lässt sich also das ungelehrte Recht der Naturalwirtschaft und das gelehrte Recht der Geldwirtschaft zuordnen.

### 6.3.5 Zur wissenschaftlichen Pflege des deutschen Privatrechts

Die Historische Rechtsschule bestand von Anfang an (1814) aus zwei verschiedenen Richtungen: den Romanisten und den Germanisten (Rechtsgeschichte I, §17, insbes. 17.2.7). Während sich SAVIGNY vor allem dem römischen Recht widmete, untersuchten der Mitbegründer der Historischen Rechtsschule, EICHHORN, und Leute wie JAKOB GRIMM Rechtsquellen, Formen und Formeln des alten deutschen Gewohnheitsrechts. Noch hatten sie sich allerdings nicht entzweit, der Bruch der beiden Schulen sollte erst in der zweiten Generation (ca. 1840) erfolgen. Auf der Seite der Romanisten behauptete PUCHTA<sup>57</sup>, das Recht sei reines, abstraktes Juristenrecht, unabhängig von jedem gesellschaftlichen Kontext. Die Generation der Pandektisten nach PUCHTA (ca. 1870), u.a. WINDSCHEID<sup>58</sup>, beherrschte den begriffsjuristischen Formalismus in vollendeter Form.

---

<sup>56</sup> Naturalwirtschaftliche Zustände herrschten in grossen Gebieten des römischen Reiches bereits bevor die Germanen im Zuge der Völkerwanderung dorthin kamen, sodass zwischen den Zuwanderern und den Ortsansässigen keine grossen Unterschiede bestanden. Die Geldwirtschaft herrschte gegen Ende des römischen Reiches nur noch in den grossen (Hafen-)Städten. In Landesinnern hatte im Zusammenhang mit einer frühen Form der Feudalisierung (Grossgrundbesitzer und die von ihnen abhängigen Bauern) die Naturalwirtschaft wieder Überhand gewonnen.

<sup>57</sup> PUCHTA GEORG FRIEDRICH (1798-1846): bedeutender Rechts theoretiker und Dogmatiker, Nachfolger SAVIGNYS in Berlin. [Angaben aus SENN, S. 314]

<sup>58</sup> WINDSCHEID BERNHARD (1817-1892): Professor in München, Heidelberg und Leipzig. Hauptvertreter (bzw. letzter grosser Vertreter) des Pandektismus auf positivistischer Grundlage des 19. Jh. (d.h. der

Ihre Repräsentanten zeichneten sich durch klare, dogmatisch scharfsinnige, „Pandekten“ genannte Systementwürfe des gemeinen römischen Zivilrechts aus.<sup>59</sup>

Die Germanisten (u.a. BESELER, GIERKE, BLUNTSCHLI) hingegen versuchten, durch das Herausarbeiten und Systematisieren von Instituten und Prinzipien (z.B. der Genossenschaft oder des Gesamtarbeitsvertrages) aus dem deutschen Recht ein Recht zu schaffen, welches den sozialen Problemen der Zeit gerecht würde (vgl. oben 6.2.3). Sie übten u.a. auch Kritik an den Entwürfen zum BGB, welche von den Romanisten massgeblich beeinflusst waren.

Dieses deutsche Recht war allerdings ein „Professorenrecht“, ein nur theoretisch aufgearbeitetes Recht; es hatte – anders als das römische Recht und die Pandektenwissenschaft – keine Geltung. Es fand auch keinen Eingang in die deutsche Kodifikation, das BGB. In das ZGB hingegen fanden einige der deutschrechtlichen Institute ihren Weg, da dessen massgeblicher Autor, EUGEN HUBER, Germanist war. Insofern kann man sagen, wenn es ein deutschrechtlich geprägtes Gesetzbuch gibt, dann ist dies das ZGB.<sup>60</sup>

### **6.3.6 Methodische Rückschau auf die Lehre des deutschen Rechts**

Ohne die romantische Idee des „Volksgeistes“ (deutscher Idealismus und Historismus) und das Nationaldenken (der nationalen Selbstfindung, Nationalismus) im 19. Jh. wäre die Qualifizierung dieses Rechts als deutsches Recht nicht denkbar gewesen (vgl. Rechtsgeschichte I, §17).

---

Jurist ist Fachmann in seinem Gebiet wie der Volkswirt oder der Philosoph in seinen Bereichen). Der überzogene Konstruktivismus in und mit Rechtsbegriffen führte zur Bezeichnung der Rechtswissenschaft als „Begriffsjurisprudenz“. WINDSCHEID hatte massgeblichen Einfluss auf das BGB von 1900. [Angaben aus SENN, S. 317]

<sup>59</sup> SCHLOSSER, S. 134.

<sup>60</sup> CARONI, Einleitungstitel, S. 35 ff., 49 ff.

## **§7 Die Entdeckung des Rechtssubjekts – die allgemeine Rechtsfähigkeit als angeborenes Recht**

### **7.1 Die Situation bis zum 18. Jahrhundert**

#### **7.1.1 Rechts- und Handlungsfähigkeit als verliehene und genossenschaftliche Rechte**

Die Rechtsfähigkeit ist an sich keine Entdeckung des 18. Jahrhunderts. Sie war bereits früher bekannt, jedoch nicht als allgemeine, generell anerkannte Position. Die Rechtsfähigkeit war dem Einzelnen nur verliehen, und konnte ihm wieder entzogen werden.

Diese Rechtsfähigkeit leitete sich aus dem gemeinschaftlichen Zusammenhang ab, in welchen das Individuum eingebunden war. Dem Einzelnen standen nur diejenigen Rechte zu, die ihm als Mitglied einer bestimmten Genossenschaft (Dorfgenossenschaft, Zunft usf.) zustanden. EUGEN HUBER drückte dies im Satz „Nur der Genosse stand im Recht, und die Rechtsfähigkeit war mit der Eigenschaft eines Genossen identisch.“ aus.<sup>61</sup>

Bewirkt wurde diese Relativität der Rechtsfähigkeit durch die Zersplitterung der mittelalterlichen Gesellschaft selbst. Diese war in verschiedene Gruppen, Klassen und Schichten eingeteilt, die über ein je eigenes Recht und gemeinschaftliche Organisationen verfügten (so hatten z.B. die Zünfte eigene Gerichte, welche über ihre Mitglieder [und nur über diese] urteilten).

Wurde jemand aus der Gemeinschaft ausgeschlossen, ging er aller Rechte verlustig, welche er als Mitglied erhalten hatte. „Wird einer aussätzig ... verweist man ihn ... aus der Stadt und seinem Haus, auf dass er abgediehen hause, da ist er nicht [mehr] befugt, sein Gut zu veräußern ... Denn [von] demselben Tage [an], da er aus seinem Haus verwiesen ward, gilt er als tot.“<sup>62</sup> Gegen Ende des Mittelalters war die Verbannung bzw. der Ausschluss aus der Stadt- oder Dorfgemeinschaft keine allzu drastische Strafe mehr, da man sich einer andern Gemeinschaft anschliessen konnte. Nur der Ausschluss aus der kirchlichen Gemeinschaft, die Exkommunikation, war für das Individuum ein schwerer Eingriff, denn die Kirche war zum einen nicht in viele kleine, lokale Gemeinschaften zersplittert, sondern war eine Gesamtgemeinschaft, die überall anzutreffen war, und zum andern wurde, wer aus der Kirche verstossen war, meist auch nicht in andere Gemeinschaften aufgenommen.

Die genossenschaftlichen (Zwischen-)Strukturen (*corpora intermedia*) verschwinden in dem Augenblick, da ein absoluter Herrscher in allen Teilbereichen Souveränität und alleinige Zuständigkeit beansprucht (vgl. Rechtsgeschichte I, 16.2.5 und oben 4.2.1). Von nun

---

<sup>61</sup> HUBER, System und Geschichte. [zit. nach QUELLEN II, 122]

<sup>62</sup> *Edictus Rothari* [zit. nach QUELLEN II, 119 a)]

an steht der Einzelne dem Herrscher direkt gegenüber und erhält allein von diesem seine Rechte zugesprochen.

### **7.1.2 Ebenbürtigkeit und feudale Struktur der Staatsgewalt**

Aus dieser Rechtsfähigkeit bloss innerhalb eines bestimmten gesellschaftlichen Kontextes resultierte zugleich das Prinzip der Ebenbürtigkeit, welches bedeutet, dass nur Personen mit dem gleichen gesellschaftlichen Status über andere desselben Status‘ urteilen dürfen. So konnte über freie Leute nur von andern freien Leute geurteilt werden, mit rechtlichen Fragen des Handels hatten sich nur Kaufleute zu befassen und mit solchen der Grundherrschaft nur Grundherren.<sup>63</sup>

### **7.1.3 Einzelne Minderungsgründe der Persönlichkeit**

#### **A) Zurücksetzung der Frauen bis ins 20. Jahrhundert**

Den Frauen wurde bis ins 19. Jahrhundert kaum eigene Rechts- und Handlungsfähigkeit zuerkannt. Im Erbrecht z.B. wurden die Männer bzw. die Söhne den Töchtern vorgezogen; und soweit den Frauen Rechte zukamen, wurde ihre diesbezügliche Handlungsfähigkeit eingeschränkt, weil sie unter der Geschlechtsvormundschaft ihrer Väter und Brüder sowie später ihrer Ehemänner standen. Vor Gericht konnten Frauen ihre Rechte nicht selber geltend machen.

Ausnahmen wurden bezeichnenderweise innerhalb des Handels gemacht. Hier konnten die Frauen über ihre Rechte selber verfügen, da dies den Bedürfnissen den Geschäftsverkehrs am besten entsprach. Für die Kaufleute wäre es unpraktisch gewesen, die Verträge immer mit den Vormündern zu schliessen, bzw. diese um ihre Zustimmung anzugehen.

In der Schweiz wurde die allgemeine Rechtsfähigkeit der Frauen zuerst in den industrialisierten Kantonen (z.B. Glarus) eingeführt. Die Benachteiligung bezüglich der Rechtsfähigkeit fand aber erst mit dem Bundesgesetz über die persönliche Handlungsfähigkeit von 1881 ihr Ende. Die Handlungsfähigkeit der Frau war aber weiterhin in bestimmten Situationen eingeschränkt.<sup>64</sup> Auch noch unter dem Zivilgesetzbuch von 1907 war es ihr nicht möglich, ohne die Einwilligung des Ehemannes (oder des Gerichts) einen Beruf auszuüben, das gemeinsame Vermögen zu verwalten oder bestimmte Rechtsgeschäfte abzuschliessen. Dies hat sich erst mit dem neuen Eherecht von 1984 (!) geändert. Nicht zu reden von der späten Einführung des Frauenstimmrechts 1971 (!).

---

<sup>63</sup> Als illustratives Beispiel sei hier die Geschichte angefügt von den freien Schwyzer Bauern, denen Kaiser Rudolf in den 90er Jahren des 13. Jh. einen hohen Beamten als Reichsvogt sandte. Als hoher Beamter war dieser jedoch ein Unfreier, welchen die freien Bauern als Vogt nicht akzeptierten. Sie wollten einen ihnen ebenbürtigen Gesandten des Kaisers, also einen ebenfalls Freien. Vgl. QUELLEN II, 121 b).

<sup>64</sup> Vgl. z.B. zur Entwicklung bezüglich der Zulassung von Frauen als Rechtsvertreterinnen vor Gericht: BGE 13, 1 (Spyri-Kempin) und BGE 49 I 14 (Roeder).

## B) Alter und Gesundheit

Ebenso wie durch das Geschlecht war die Rechts- und Handlungsfähigkeit eingeschränkt bei Alter und Gebrechlichkeit. Alten und Kranken wurde die Möglichkeit genommen, frei über ihre Rechte verfügen zu können: „... Alle bewegliche Habe veräussert ein Mann überall ohne Zustimmung der Erben ... solange er in der Lage ist ... ein Pferd ohne eines anderen Hilfestellung zu besteigen ... Wenn er dies nicht mehr kann, so darf er weder veräussern ... noch verleihen ...“<sup>65</sup>

Ausnahme davon vermochte die Kirche zu bewirken, die ein Interesse daran hatte, dass Alte über ihr Vermögen zu ihren Gunsten auch noch im Sterben verfügen konnten. Denn wie die Erfahrung lehrt, überkommt viele gerade wenn ihre letzte Stunde schlägt die Angst vor dem Höllenfeuer, welchem sie durch gute Taten zugunsten der Kirche zu entkommen suchen<sup>66</sup>: „... dem ungeachtet kann er doch, solange er lebt und richtig sprechen kann, soviel von seinem Gut zu seinem Seelenheil aussetzen oder austeilen ... wie's ihm beliebt. Und was er bestimmt, soll auch in Kraft bestehen.“<sup>67</sup>

## C) Juden, Unfreie und Ehrlose

Zu den nicht rechtsfähigen gehören auch die Juden, die Unfreien und die Ehrlosen. In der Schweiz erhalten die Juden die Niederlassungsfreiheit erst 1866.

# 7.2 Das Aufkommen des Prinzips der allgemeinen Rechtsfähigkeit im 19. Jahrhundert

## 7.2.1 Diskussion im 16. Jahrhundert

Der spanische König KARL V. erliess 1542 auf eine Initiative BARTOLOMÉS DE LAS CASAS<sup>68</sup> hin erstmals Gesetze (Nuevas Leyes) für die von Spanien eroberten Gebiete

<sup>65</sup> Sachsenspiegel, zitiert nach QUELLEN II, 120 a).

<sup>66</sup> Hat doch auch das BGer schon einleuchtend nachgewiesen, dass jemand nicht mehr bei Sinnen gewesen sein kann, wenn sie im letzten Moment ihr Testament ändert und Verfügungen zu ihrem Seelenheil (Lesen von 30 Messen!) rückgängig macht und anderweitige Verfügungen trifft. Vgl. BGE 124 III 5 E. 4 c/cc, S. 17 f.: „Dass Maria X. im Alter von 86 Jahren ihre frühere Anweisung zum eigenen "Seelenheil" widerrief, muss als sehr ungewöhnlich gewertet werden; nach der allgemeinen Erfahrung ist ein solches Verhalten nicht nachvollziehbar und entspricht [...] keineswegs "dem normalen Gedankenablauf eines normalverständigen Menschen". Der mit dem umstrittenen Testament verbundene Widerruf früherer gemeinnütziger Vergabungen sowie der zugunsten ihres Seelenheils getroffenen Auflagen sind Umstände, denen [...] bei der Beurteilung der Testierfähigkeit durchaus Gewicht zukommt.“

<sup>67</sup> Gesetze Liutprands, zitiert nach QUELLEN II, 120 b).

<sup>68</sup> BARTOLOMÉ DE LAS CASAS (1484-1566). Nach einem kurzen Jura- und Theologiestudium liess er sich 1502 als Eroberer für die neuentdeckten Länder anwerben. Er nahm an Feldzügen zur "Befriedung von Indianern" auf Hispaniola teil und erhielt zur Belohnung eine Encomienda (Grundbesitz und indianische Arbeitskraft: lehensähnlichen Verhältnis) zugeteilt. Er führte das Leben eines Grundbesitzers, der sich um die Verwaltung und Vermehrung seines Besitzes kümmerte; darüber hinaus war er mit den Aufgaben eines Priesters betraut. Das Sklavendasein der Indianer berührte ihn zunächst offenbar wenig, auch wenn er sich mit ihrer Kultur beschäftigte. Aber angesichts der unmenschlichen Behandlung der Indianer durch die andern Grundbesitzer und Eroberer machte er sich zu deren Fürsprecher in Südamerika und beim spanischen König. 1516 wurde er zum "universalen Prokurator aller

Südamerikas, in welchen die Indianersklaverei verboten sowie die Spanier und die Indianer gleichgestellt wurden. Alle Sklaven sollten sofort freigelassen werden. Die Gesetze wurden jedoch faktisch missachtet und unter dem Druck der gesamten kolonialen Instanzen – Grossgrundbesitzer, Klerus, Militär, Verwaltung und Justiz – widerrief KARL V. sie 35 Monate nach ihrer Unterzeichnung.

In der Folge liess Karl V. eine gelehrte Diskussion (die legendäre *Junta de Valladolid* des Jahres 1550) zwischen den gegensätzlichen Positionen veranstalten. Beteiligt waren auf der einen Seite LAS CASAS und auf der andern der Humanist JUAN GINÉS DE SEPÚLVEDA<sup>69</sup>.

Letzterer unterstützte die Auffassung der Grundbesitzer über die Indianer und erklärte den Widerstand der Indianer so: „Da die Indianer ihrer Natur nach Sklaven, Barbaren, rohe und grausame Gestalten sind, lehnen sie die Herrschaft der Klugen und Mächtigen und Vortrefflichen ab [...]“. Er vertrat die Meinung, dass „die Spanier mit vollem Recht ihre Herrschaft über diese Barbaren der Neuen Welt und der angrenzenden Inseln ausüben“ dürften. Weiter begründete er die Ausrottung der Indianer mit den Menschenopfern der Azteken. In seinen Augen war auch die Religion der Indianer eine Anbeterei von Dämonen, die „den göttlichen Zorn hervorrufen“. Mit diesen Aussagen erbrachte er die Rechtfertigung für die Indianersklaverei und die Bekämpfung der Indianer.

Während SEPÚLVEDA demnach die Meinung vertrat, die Indios verfügten über keine angeborene Freiheit, eine solche könnte ihnen nur durch den König eingeräumt werden und ansonsten seien sie den Tieren gleichzusetzen und dürften straflos getötet werden, vertrat LAS CASAS als Gegenposition die Auffassung, alle Menschen, also auch die Indios, verfügten über eine angeborene Freiheit, weshalb auch sie als freie Menschen zu behandeln seien.

Der Disput über die Rechte der Indios und der Kontext der Reconquista zeigen mehreres:

- Im 16. Jahrhundert – d.h. zu einer Zeit, als man die Freiheit des Einzelnen noch nicht als angeboren betrachtete – konnten darüber verschiedene Meinungen vertreten werden, ohne dass dies als eine unmögliche Haltung angesehen wurde.
- Wie bereits im 12./13. Jahrhundert die unterbeschäftigten (und deshalb stets zur Fehde bereiten) Ritter mit Hilfe der Kreuzzüge bei Laune gehalten wurden (vgl. Rechtsgeschichte I, 8.1.4), verschafften die Eroberungen in Südamerika den Abenteuerlustigen ebenfalls wieder die Gelegenheit sich zu bewähren.
- Die Situation in den neuen Gebieten weist eine starke Ähnlichkeit mit derjenigen in Europa auf, d.h. es bestehen ebenfalls feudale Strukturen. Ob diese Strukturen be-

---

Indios in Westindien" ernannt. Er erhielt damit das Amt, die Vermittlungsinstanz zwischen spanischen Interessen und den Bedürfnissen der unterworfenen Indios zu sein. Es war seine Aufgabe, einen Reformvorschlag für eine künftige neue Gesetzgebung auszuarbeiten. Dass von jetzt an nicht nur Spanier durch einen Prokurator vor dem König oder dem Indienrat vertreten werden konnten, stellte eine Provokation für all diejenigen dar, welche die Indios für "Sklaven von Natur" und "Tiere" hielten. Dem Schutz der Indios widmete LAS CASAS die nächsten 50 Jahre seines Lebens und er verstand seine Tätigkeit immer als Kampf dafür, dass die Indios als freie Untertanen der spanischen Krone anerkannt und alle Formen der Zwangsarbeit und Unterdrückung beseitigt würden.

<sup>69</sup> SEPÚLVEDA (1490-1573), spanischer Humanist, verbrachte 1523-29 am päpstlichen Hofe als ARISTOTELES-Übersetzer und trat 1529 als Chronist und politischer Publizist in den Dienst KARLS V.

reits vor der Eroberung existiert haben oder nicht, darüber wird gestritten (vgl. oben 6.3.1).

- Obwohl aus heutiger Sicht spontan LAS CASAS recht gegeben wird, muss man bedenken, dass auf beiden Seiten handfeste wirtschaftliche und politische Interessen standen: Auf der einen Seite die Interessen der Grundherren, welche sich ihre billigen Arbeitskräfte nicht wegnehmen lassen wollten, und auf der andern – neben der rein menschlichen – das Interesse der spanischen Krone am Erhalt ihrer Macht, welche sie, wie bereits in Europa zu beobachten, durch Mediatisierung zu verlieren drohte (vgl. Rechtsgeschichte I, §4).
- Ebenfalls fällt auf, dass beide Positionen mit naturrechtlichen Argumenten verteidigt werden. In der Regel wird nur die emanzipatorische Seite des Naturrechts (welche sich mit der Aufklärung verbunden hat) erwähnt. Das Naturrecht als Argument lässt sich aber ebenso gut für die gegenteilige Position verwenden, je nachdem, was unter der Natur des Menschen verstanden wird (vgl. Rechtsgeschichte I, §16, insbes. 16.1.6).

## 7.2.2 Der Übergang zur Lehre der angeborenen Rechte (*iura connata*)

Im 19. Jahrhundert ist eine allmählichen Änderung hin zur generellen Rechtsfähigkeit zu beobachten. Diese Änderung geht in der 2. Hälfte des 18. Jahrhunderts von jenem Teil der Naturrechtslehre aus, welcher emanzipatorischen Charakter hatte (vgl. oben 7.2.1 [letztes Lemma]; Rechtsgeschichte I, §16, insbes. 16.1.6), und von der Lehre des Gesellschaftsvertrages (*contrat social*). Diese Lehre geht vom Bild zweier Gesellschaften aus bzw. dem Übergang von der einen zur andern: jener Gesellschaft im idyllischen Naturzustand und der Gesellschaft, welcher die Gesellschaft des 16./17./18. Jahrhunderts entspricht.

Die Menschen leben zunächst in einem idyllischen Naturzustand (*societas naturalis*), wobei aber mit der Zeit Probleme (Egoismus, Aggressivität, Krieg) auftreten (*homo homini lupus*). Die Erkenntnis reift, dass der einzelne Mensch Grenzen braucht, damit eine wohlgeordnete Freiheit sich einstellt. Diese Grenzen setzen sich die Menschen indem sie in einem Sozialvertrag einen Teil ihrer Freiheit einen gemeinsamen Herrscher abtreten und sich ihm insoweit hierarchisch unterordnen (*societas civilis*).

Eine wichtige Frage, welche in diesem Kontext nie vergessen wird, ist diejenige nach dem (Rechts-)Zustand, in welchem die Menschen von der einen Gesellschaft in die andere übertreten, insbesondere die Frage nach der Freiheit. Da es in der *societas naturalis* keinen Herrscher und keinen Staat gibt, der dem Einzelnen seine Freiheit verleihen könnte, muss diese Freiheit angeboren sein. In diesem Fall bleibt auch dem Herrscher in der *societas civilis* nicht anderes übrig als diese Freiheit anzuerkennen.

Auch KANT<sup>70</sup> bekannte sich zur Lehre der angeborenen Freiheit: Jeder Mensch wird als eigenständiges Subjekt betrachtet und darf (und soll) sein Schicksal selber in die Hand nehmen. Seine Überlegungen sind insbesondere deshalb von Bedeutung, weil sie diesbezüglich die praktikabelsten und konkretesten sind. Wenn jeder über eine angeborene

---

<sup>70</sup> In seinem grundlegenden Werk „Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre“ von 1797.

Freiheit verfügt, hat das Recht dazu nichts mehr zu sagen. Bezüglich der individuellen Entfaltung und Lebensgestaltung hat das Recht nichts mehr vorzuschreiben (Rechtsgeschichte I, 17.2.5).

Dem Recht bleibt nur die Aufgabe, das Problem zu lösen, wie die Freiheit bzw. die Privatautonomie des Einzelnen gegenüber den andern Menschen, die ebenfalls freie Individuen mit den gleichen Freiheitsansprüchen sind, begrenzt werden kann. Nach KANT ist das Recht „der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann“.<sup>71</sup> Und: „Recht ist die Einschränkung der Freiheit eines Jeden auf die Bedingung ihrer Zusammenstimmung mit der Freiheit von Jedermann, in so fern diese nach einem allgemeinen Gesetze möglich ist; und das öffentliche Recht ist der Inbegriff der äusseren Gesetze, welche eine solche durchgängige Zusammenstimmung möglich machen.“<sup>72</sup> Später wird WINDSCHEID in Bezug auf das Privatrecht dasselbe sagen: Der Zweck des Privatrechts bestehe darin, die Willensherrschaft der einzelnen Individuen zu begrenzen.

Wenn aber jedem Menschen von Geburt an Freiheit zukommt und die Aufgabe des Rechts die Begrenzung der Freiheit des einzelnen gegen die Freiheit der andern Menschen ist, muss damit automatisch jeder Mensch als Rechtssubjekt anerkannt werden, weil nur so das Recht die Beziehungen aller untereinander regeln kann. Jedem Menschen kommt also auch die Rechtssubjektsqualität zu, d.h. die Möglichkeit jedes einzelnen Rechte und Pflichten haben und begründen zu können.

### 7.2.3 Erste Positivierung dieser Lehre

Es blieb nicht bei theoretischen Bekenntnissen der Naturrechtslehre und der Aufklärung. Die Lehre von der subjektiven Freiheit und der allgemeinen Rechtsfähigkeit hatte auch praktische Konsequenzen, sie hören irgendwann auf, nur philosophische Gedanken zu sein und werden in konkrete Rechtssätze „umgegossen“, d.h. sie werden geltendes Recht.

#### A) Der französische Weg

Eine erste Positivierung dieser Grundsätze erfolgt in der französischen Erklärung der Menschenrechte (vom 26. August 1789): Darin wurden die Gleichheit aller Menschen vor dem Gesetz und die allgemeine Rechtsfähigkeit postuliert<sup>73</sup> (und damit zugleich die faktische Ungleichheit der Stände geleugnet). Ebenso kommt die Rechtsgleichheit in den beiden darauffolgenden Verfassungen (1791 und 1795) vor, welche beide auch die Schaffung eines Code civil vorsehen.

Der Code civil von 1804 enthält keine explizite Bestimmung über die allgemeine Rechtsfähigkeit, doch geht er unausgesprochen davon aus; verschiedene seiner Institute wären ohne sie undenkbar. Man hatte als selbstverständlich angesehene Grundlagen nicht aufgenommen.

---

<sup>71</sup> Zitiert nach QUELLEN II, 125 b).

<sup>72</sup> Zitiert nach QUELLEN II, 125 a).

<sup>73</sup> Vgl. QUELLEN II, 129 a).

## B) Der österreichische Weg

In Österreich dagegen wird die allgemeine Rechtsfähigkeit direkt in das bürgerliche Gesetzbuch aufgenommen. Hier ist der Einfluss KANTS (über FRANZ VON ZEILLER, der dessen Postulat in Gesetzform verwandelt) spürbar: „§16. Jeder Mensch hat angeborene, schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte, und ist daher als eine Person zu betrachten. Sklaverei oder Leibeigenschaft, und die Ausübung einer sich darauf beziehenden Macht wird in diesen Ländern nicht gestattet.“ und „§18. Jedermann ist unter den von den Gesetzen vorgeschriebenen Bedingungen fähig, Rechte zu erwerben.“<sup>74</sup>

Der Mensch ist von Geburt an frei geboren, das Gesetz nimmt ihn so zur Kenntnis. Nicht einmal der einzelne Mensch selbst kann auf seine Freiheit verzichten. FRANZ VON ZEILLER: „Vermittelst eines Vertrages, wodurch sich ein Mensch ganz unbedingt der Willkür eines Andern Preis gäbe, alles nach dessen Belieben thun, unterlassen, dulden zu müssen, würde er sich zu einer blossen Sache, zu einem bloss sinnlichen Wesen (zum Thiere) herabwürdigen.“<sup>75</sup>

### 7.2.4 Die Idealisierung dieser Entwicklung

Noch heute wird die allgemeine Rechtsfähigkeit als grosse Errungenschaft gefeiert,<sup>76</sup> als Triumph der emanzipatorischen Seite der Naturrechtslehre, die zur generellen Grundlage der Kodifikationen geworden ist. Ist die allgemeine Rechtsfähigkeit tatsächlich ein derart grosser Fortschritt, dass von einem Triumph gesprochen werden kann? Die ausnahmslos positive Würdigung steht vor dem Hintergrund der bürgerlichen Revolution und der Abschaffung der ständischen Gesellschaft, die dabei immer mit zu denken sind.

Ist aber die Einräumung der allgemeinen Rechtsfähigkeit für jedermann tatsächlich ein so grosser Fortschritt. Muss nicht auch betrachtet werden, welches die jeweilige gesellschaftliche Situation war, in welcher die allgemeine Rechtsfähigkeit eingeführt, wie sie anschliessen aufgenommen und angewendet wurde und was sie bewirkt hat? Welche Entwicklungen erleichterte die allgemeine Rechtsfähigkeit, welche hingegen verhinderte sie? Oft verwenden nämlich verschiedene Gesellschaften allgemeine Prinzipien zu jeweils andern Dingen als wofür die Autoren sie gedacht hatten.

## 7.3 Soziale Geschichte der allgemeinen Rechtsfähigkeit: „From Status to Contract“ (Henry Maine)

### 7.3.1 Entgenossenschaftlichung / Individualisierung

Gegen Ende des Ancien Régimes bzw. im Vorfeld der bürgerlichen Revolution verdichtete sich im dritten Stand zunehmend der Wunsch nach Abschaffung der genossen-

---

<sup>74</sup> Zitiert nach QUELLEN II, 127 a) bzw. 129 c).

<sup>75</sup> Zitiert nach QUELLEN II, 127 c).

<sup>76</sup> Vgl. die Kommentare zu Art. 11 ZGB.

schaftlichen Strukturen (*corpora intermedia*) auf dem Land wie in der Stadt. Diese waren zwar eine lange Zeit nützliche Einrichtungen gewesen, doch nun begannen sie, als Hindernisse den (wirtschaftlichen) Entfaltungswünschen der Bourgeoisie im Wege zu stehen. Die Institutionen, in welchen sich bisher das Leben des Einzelnen abgespielt hatte, die Genossenschaften und Zünfte, sollen aus dem Weg geräumt werden, was im Zuge der Revolution auch geschieht. Der bürgerliche Staat kennt keine Privilegien und Sondergesetze für Stände mehr; es steht allein das eigenverantwortliche Individuum dem Staat gegenüber.

In dem Augenblick, da die Integrationsmöglichkeit durch das *corpus intermedium* (Stand, Genossenschaft, Korporation, Zunft) entfällt, bedarf die nun isolierte Person des Vertrages als neuer Möglichkeit der gesellschaftlichen Integration. Die abgeschafften Strukturen hatten bisher Verträge überflüssig gemacht, solche waren deshalb bis dahin kaum bekannt. Zwischen dem Lehensmann und dem Lehensherrn bestand kein (Arbeits-)Vertrag, sondern eine Beziehung höchstpersönlicher Natur, welche nicht nur den Austausch von Leistungen, sondern auch ein persönliches Verhältnis beinhaltete (vgl. unten 7.4.2). Sobald sich aber nur noch einzelne Individuen gegenüberstehen, bedarf es des Mittels des Vertrages, um die gesellschaftliche Einbettung bzw. Verknüpfung des Einzelnen wieder herzustellen. Für HENRY MAINE (Jurist, Rechtshistoriker und Ethnologe) stellt der Vertrag nach dem Wegfall der Stände den neuen Kern der sozialen Disziplinierung dar („From Status to Contract“ bzw. vom Stand zum Vertrag).<sup>77</sup>

Der Vertrag seinerseits erfordert als Anknüpfungspunkt die Rechtsfähigkeit, sodass diese – sofern niemandem die soziale Integration verwehrt werden soll – jedem zuerkannt werden muss. Aus dem Prinzip der angeborenen Freiheit und der allgemeinen Rechtsfähigkeit folgt wiederum die Vertragsfreiheit, sofern nicht wieder neuen Privilegien geschaffen werden sollen. In dem Moment also, in dem die soziale Funktion des Vertrages erkannt wird, erklingt der Ruf nach Vertragsfreiheit (zum Vertrag im Allgemeinen vgl. unten §8).

### 7.3.2 Verträge und Vertragsfreiheit

Die Vertragsfreiheit ist eine der „Etiketten“ der neuen Zeit, des 19. Jahrhunderts.<sup>78</sup> Formell lässt sie sich ohne grössere Probleme erklären (vgl. oben 7.3.1 am Ende); doch die Frage, wozu die Vertragsfreiheit gut ist, wem sie letztlich dient, erscheint zunächst seltsam. (Genauso gut könnten man fragen, wozu die Meinungsfreiheit, die Versammlungsfreiheit, die Eigentumsfreiheit usf. gut sind und ebenso Unverständnis ernten.)

Durch diese Frage tritt aber deutlicher zu Tage, dass das Prinzip der Vertragsfreiheit im 19. Jahrhundert zwar abstrakt verkündet wird, dass aber auch dieses Prinzip ganz praktischen Zwecken dient; und dass es zwar generell für alle gilt, doch nicht für alle dasselbe bedeutet: die einen begrüßen die Vertragsfreiheit, andere lässt sie eher gleichgültig und dritten wird sie vielleicht gar zum Verhängnis. EUGEN HUBER stellte sich diese

---

<sup>77</sup> Vgl. QUELLEN II, 144.

<sup>78</sup> Vgl. QUELLEN II, 146.

Frage auch und meinte, die Bauern würde wohl die Vertragsfreiheit nichts nützen, sie würden von ihr vielleicht sogar „stranguliert“ werden.<sup>79</sup>

Den Zweck der Vertragsfreiheit, bzw. den Ort, woher und durch wen der Druck zur Einführung der Vertragsfreiheit ausgeübt wird, zeigen folgende zwei Aussagen: Die Vertragsfreiheit würde gebraucht, „zur Entfesselung der wirtschaftlichen Kräfte“, und die Beschränkungen der Vertragsfreiheit müssten aufgehoben werden „pour ne pas gêner le développement de l'industrie“.

Die Verallgemeinerung der Rechtsfähigkeit und der Vertragsfreiheit ist die Konsequenz einer Gesellschaft, in welcher der Markt ins Zentrum rückt (vgl. oben 5.2.3, 5.4.3). Die Rechtsfähigkeit ist das „Eintrittsbillett“ für den Markt (dem sich gleichzeitig keiner mehr entziehen kann, d.h. niemand eine Wahl hat, ob er überhaupt eintreten will). Auch ist es niemandem mehr möglich, dem Spiel des Marktes nur zuzusehen, jeder muss mitmachen, es besteht Spielzwang.<sup>80</sup> Einige Spieler, die Kaufleute, sind aber geübter und besser trainiert als andere, welche bisher mit dem Markt nicht in Berührung gekommen waren und schon bald zu jeder Abrede bereit sind (z.B. die Bauern oder die Arbeiter).<sup>81</sup>

## 7.4 Rechtspolitische Würdigung

### 7.4.1 Formelle, aber nicht materielle Gleichheit

WIEACKER, S. 456 ff.; SENN, S. 249 ff.

Die Verallgemeinerung der Rechtsfähigkeit mag aufgrund ihrer fehlenden Symmetrie mitunter eigenartig erscheinen; denn das Prinzip wird zwar auf alle gleicherweise angewendet, doch die Menschen sind nicht alle gleich (formelle, aber keine materielle Gleichheit). Zwar könnte man behaupten, die Gesellschaft werde sich mit der Zeit zu einer Gesellschaft von Gleichen wandeln, oder sagen, dass man nicht wisse, ob die materielle Gleichheit je erreicht werde, die formelle Gleichheit sei jedoch zumindest ein Anfang (vgl. auch Rechtsgeschichte I, 16.2.2).

Doch muss man sich – neben den Absichten derjenigen, welche sie einführen wollten – die konkreten Folgen betrachten, welche die Einführung der allgemeinen Rechtsfähigkeit hatte. Zwar waren nicht alle materiell gleichgestellt, aber alle wurden gleicherweise dem Markt und seinen Kräften zugeführt (vgl. oben in 7.3.2 die Spielmetapher [vgl. auch Fn. 35]). Objektiv hat also die Verallgemeinerung der Rechtssubjektsqualität eine grosse Bedeutung bezüglich der Mobilisierung der Menschen für den Markt gehabt. Und sie ermöglichte die legale Ausbeutung der wirtschaftlichen Unterschiede bzw. der ökonomischen Schwäche eines Teils der „Mitspieler“ durch das Mittel des Vertrages (welcher

<sup>79</sup> Man darf gespannt sein, wie sich die Einführung von „mehr Marktwirtschaft“ im Bereich der Landwirtschaft seit dem 1.5.99 auswirken wird. Wie viele Bauern ihren Hof aufgeben müssen, bzw. wohin, in welche Produktionsweisen eine Gesellschaft, die Nahrungsmittel als austauschbare Konsumgüter wie andere ansieht, sie treiben wird.

<sup>80</sup> Vgl. auch Fn. 35.

<sup>81</sup> „Seit jeher hat sich ... der ökonomisch Schwächere dem Willen des Stärkeren anpassen müssen, war also in diesem Sinne unfrei.“ [KARL OFTINGER, zitiert nach QUELLEN II, 160]

ja, gemäss Definition, durch übereinstimmende Willensäusserung der Vertragsparteien zustande kommt [Art. 1 I OR], also niemandem aufgezwungen wird [vgl. unten 8.1.4, 8.2.1]).<sup>82</sup> Natürlich hatte die allgemeine Rechtsfähigkeit nicht nur diese Folgen und ist nicht allein aus solchen Gründen eingeführt worden – aber auch und nicht zu einem geringen Teil. Auch waren Ungleichheit und Machtgefälle schon in früheren Zeiten auf andere Weise ausgebeutet worden: In Rom durch das Institut der Sklaverei und im Mittelalter durch die feudale Grundherrschaft.

### 7.4.2 Kritische Betrachtung der Entwicklung

Wenn im 19. Jahrhundert die Verallgemeinerung der Rechtsfähigkeit zunächst in positiv besetzten Begriffen als Emanzipation, Entfesselung, Wegräumen von Hindernissen, Entgenossenschaftlichung oder Selbstbestimmung gelobt wurde, kam aber bald schon von jenen, die durch diese Entwicklung unter die Räder gekommen waren, die dem entgegengesetzte Charakterisierung als Mittel der Isolierung der Menschen. Nachdem der ganze „Ballast“ der feudalen Welt abgeworfen, deren Institutionen und Einrichtungen abgeschafft waren, bemerkte man die Einseitigkeit der neuen Entwicklung; man bemerkte, dass auch die alten Zeiten ihre guten Seiten gehabt hatten, deren Schutzmöglichkeiten nun aber weggefallen waren.

Die Dorfgemeinschaften und die Zünfte waren nicht nur wirtschaftliche Organisationen gewesen, sondern hatten auch die Verantwortung für die Vormundschaft und leisteten Hilfe an Witwen und Waisen. Die Aristokratie hatte im Verhältnis zu ihren Untergebenen auch eine persönliche Verpflichtung für deren Schicksal (*noblesse oblige*). Ein alter Kammerdiener oder Bauer wurde nicht einfach von seinem Grundherrn weggeschickt, wenn er nicht mehr arbeiten konnte, sondern konnte auch seinen Lebensabend bei diesem verbringen (CARONI, *Privatrecht*, S. 104 ff.; *Rechtsgeschichte I*, 2.5, 7.1).<sup>83</sup> Diese soziale Komponente war nun weggefallen.

ZEELEDER (ein Rechtshistoriker aus dem Berner Patriziat) beschrieb das Schicksal der Bauern in der alten und der neuen Welt: der Bauer früher sei von seinem Grundherrn abhängig und dadurch unfrei gewesen; aber auch der Bauer im 19. Jahrhundert sei nicht frei, er sei von seiner Bank abhängig, die ihm Darlehen zur Verfügung stellt und für die er Zinsen bezahlen müsse (vgl. unten 10.3.3, 11.4.4). Er leiste in diesem Sinne „Fronarbeit“ für das Kapital, allerdings ohne dafür – anders als im Mittelalter – vor Darlehenskündigung und Vertreibung von der „Scholle“ gesichert zu sein.

### 7.4.3 Und die Rechtswissenschaft?

Vom geltenden Zivilrecht her kommend, ist man auf derartige Kritik nicht vorbereitet. Bisher hat man diese Seite nicht beachtet, sie ist nie erwähnt, vielleicht sogar verdrängt worden. Dies kann man auch bei neueren Texten bedeutender Privatrechtler noch beobachten. PETER JÄGGI: „Das Vertragsrecht begnügt sich aber mit einer Gleichheit, die nur formaler Art ist, in einem doppelten Sinne: Natürliche und juristische Personen werden gleich behandelt; ebenso Vertragspartner von ungleicher Macht. Daher kommt es

---

<sup>82</sup> Vgl. aber Fn. 81.

<sup>83</sup> Illustrativ QUELLEN II, 140 d).

grundsätzlich nicht darauf an, ob Abschluss und Inhalt des Vertrages durch solche materielle Ungleichheit bedingt sind.“<sup>84</sup> KARL OFTINGER: „Es soll nunmehr die Frage erörtert werden, was in der Wirklichkeit aus dem von der Rechtsordnung gewährten Bereich der Freiheit wird. Die Erfahrung zeigt, dass ihre Ausübung durch Umstände der verschiedensten Art faktisch gehemmt ist. Seit jeher hat sich ... der ökonomisch Schwächere dem Willen des Stärkeren anpassen müssen, was also in diesem Sinn unfrei. Die Existenz der Vertragsfreiheit als Rechtsgrundsatz sagt darüber nichts aus, wie die Privaten im Verhältnis unter sich diese Freiheit auswerten; sie bestimmt nichts über das Mass ihrer tatsächlichen Benützung. Vielmehr gewährt sie bloss die Chance des freien rechtsgeschäftlichen Verhaltens.“<sup>85</sup> Das Problem der materiellen Ungleichheit wird zwar erkannt, doch sogleich wieder aus dem Bereich, in welchem der Dogmatiker tätig ist, ausgeklammert.

In der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts war dieses Problem das Thema zahlreicher Juristen (von links und von rechts) gewesen. Ihre Bemühungen hatten jedoch kaum Erfolg (vgl. oben 6.2.3). Auch EUGEN HUBER hat sich damit befasst und im Rahmen des ZGB versucht, einen gewissen sozialen Ausgleich zu schaffen (zum begrenzten Erfolg, vgl. CARONI, Einleitungstitel, S. 49 ff.). Eine Sozialisierung des bürgerlichen Rechts war offenbar nicht möglich.

---

<sup>84</sup> Zitiert nach QUELLEN II, 156 a).

<sup>85</sup> Zitiert nach QUELLEN II, 160.

## §8 *Der Vertrag*

### 8.1 **Begriff und Grundtendenzen**

#### 8.1.1 **Der rechtliche Begriff**

Der Vertrag wird juristisch als zweiseitiges Rechtsgeschäft definiert. Ein Rechtsgeschäft ist (nach WINDSCHEID<sup>86</sup>) eine Willenserklärung, welche auf die Herbeiführung rechtlicher Wirkungen zielt. Der Vertrag entsteht demnach durch den Austausch zweier Willenserklärungen.

Zwischen dieser Vorstellung vom Vertrag und der Vorstellung von der Privatautonomie besteht eine enge Beziehung: nach der Definition des Vertrages ist nur Vertragsinhalt, was von beiden Vertragsparteien wirklich gewollt ist. Es scheint, als sei der Vertrag und die daraus fließenden Rechte und Pflichten wirklich von beiden Parteien in gleicher Weise gewollt, als sei er Ausdruck ihrer Privatautonomie und Willensfreiheit. Das Recht gibt die Freiheit und die Möglichkeit, aber um den Inhalt, d.h. darum, was mit dieser Möglichkeit des Vertragsschlusses gemacht wird, kümmert sich das Recht nicht (vgl. aber oben 7.2.2 f. und Rechtsgeschichte I, 17.2.5).

#### 8.1.2 **In der Alltagssprache: Vertrag als „Geschäft“**

Ausserhalb der imaginären Welt der Juristen, „draussen im normalen Leben“, herrscht eine andere Vorstellung über die soziale Bedeutung des Vertrages. Hat jemand einen „guten Vertrag“ geschlossen, meint er damit nicht, er habe einen Vertrag geschlossen, der unter optimaler Übereinstimmung der Willen der beiden Vertragsparteien zustande gekommen ist, sondern er meint, er habe ein „gutes Geschäft“ gemacht, d.h. eine wirtschaftliche Operation, bei der er einen Gewinn erzielt. Eine Unterscheidung zwischen wirtschaftlicher Operation und rechtlicher Erscheinungsform wird nicht gemacht.

Die Form des Vertrages ist nur eine der möglichen Formen, in die eine wirtschaftliche Operation gekleidet werden kann: Die Steuern als wirtschaftliche Operation oder der erbrechtliche Übergang von Vermögenswerten kommen ohne Vertrag aus.

Deshalb fragt sich, für welche Art von wirtschaftlichen Operationen die Form des Vertrages die richtige ist? Weshalb für bestimmte wirtschaftliche Operationen die Vertragsform gewählt wird und für andere nicht. Wer und was entscheidet, welche wirtschaftlichen Operationen in die Vertragsform gekleidet werden?

#### 8.1.3 **Vertrag als Juridifizierung wirtschaftlicher Operationen**

In der Rechtsentwicklung ist eine zunehmende Juridifizierung<sup>87</sup> bzw. Kontraktualisierung des Lebens festzustellen. Die Einkleidung wirtschaftlicher Operationen in die

---

<sup>86</sup> Vgl. Fn. 58.

<sup>87</sup> Juridifizierung meint jene Tendenz, welche rechtlichen Regeln – als Subsystem der Gesellschaft – eine immer grössere Bedeutung bei der Sozialdisziplinierung zumisst.

Form des Vertrages nimmt zu, im 18./19. Jahrhundert fast explosionsartig (womit dies eine der sichtbarsten Tendenzen der Zeit ist).<sup>88</sup>

Dafür sind zwei Gründe denkbar: zunächst – im Sinne der Juridifizierung und Kontraktualisierung – können wirtschaftliche Operationen in die Form des Vertrages gekleidet werden, die bisher gar keine oder eine andere rechtliche Form hatten: Vor der Zeit des 18./19. Jahrhunderts hatte der Vertrag eine weit geringere Bedeutung; wirtschaftlichen Operationen wurden über die feudalen Strukturen der „alten, feudalen Welt“ abgewickelt (vgl. oben 7.4.2). Diese Strukturen gehen jedoch zusammen mit dieser Welt unter, weshalb es neuer Formen bedarf, die wirtschaftlichen Beziehungen zu regeln. Diese Aufgabe übernimmt zum einem grossen Teil der Vertrag.<sup>89</sup> Der andere Grund für die Zunahme der Vertragsschlüsse ist die Zunahme von Geschäftsschlüssen im Zuge der industriellen Revolution.

#### 8.1.4 Der objektive Sinn der Kontraktualisierung

Von der oben beschriebenen Entwicklung ist der objektive Sinn der Kontraktualisierung, der Dienst, der durch den Vertrag versehen wird, zu trennen. Der Vertrag bezweckt die Herstellung des Konsenses (Willensübereinstimmung, Harmonie [Art. 1 OR]) dort, wo Menschen in Konkurrenz zueinander stehen und sich als freie Subjekte auf dem Markt begegnen (vgl. oben 7.4).<sup>90</sup>

Allerdings fragt sich, ob wirklich alle Positionen vermittlungsfähig sind, ob es in jedem Fall möglich ist, sich in der Mitte zu treffen? So kommt z.B. in HEGELS Dialektik von Herr und Knecht zum Ausdruck, dass zwischen diesen beiden Stellungen eine Vermittlung nicht möglich ist. Entweder stehen sie sich als Herr und Knecht gegenüber, oder es bleibt weder der eine Herr noch der andere Knecht. Will dieser sich aus seine Stellung befreien, muss er den Herrn stürzen. Ebenfalls hat schon KANT<sup>91</sup> zwei Möglichkeiten der Entgegensetzung gesehen: Zunächst die logische Entgegensetzung (Widerspruch oder Antinomie:  $A \wedge \neg A$ ), dann die reale Entgegensetzung (Realopposition), wenn zwei reale Kräfte sich gegenüber stehen bzw. in die entgegengesetzte Richtung zeigen ( $A \wedge B$ ), sich aber nicht gegenseitig ausschliessen.

Im Falle des logischen Widerspruchs gibt es keine Vermittlung der Positionen; ohne Licht gibt es keinen Schatten, ohne Zentrum keine Peripherie (und jeweils umgekehrt).

Der Vertrag schliesst die Diskussion über die verschiedenen möglichen Gegensätze von vornherein aus, weil er auf der These fusst, zwischen allen Positionen könne vermittelt

---

<sup>88</sup> Vgl. QUELLEN II, 146.

<sup>89</sup> Vgl. QUELLEN II, 144 f.

<sup>90</sup> Schön zeigen lässt sich dies am sog. Kuchenbeispiel: Jeder der beiden Konkurrenten möchte natürlich den ganzen Kuchen, doch einigen sie sich auf je die Hälfte. Obwohl dies zwar für keinen von beiden ein wirklich gutes Geschäft ist, werden sie sich sagen, besser als gar nichts, man ist ja schliesslich nicht allein auf der Welt.

Zwar mag es auch dies geben: Der Tourist ist glücklich, weil er das betreffende Produkt viel billiger als zu Hause erstanden hat, und der Markthändler ist es ebenfalls zufrieden, weil er wieder mal einen Touristen übers Ohr gehauen hat.

<sup>91</sup> In seiner 1763 erschienen Schrift: „Versuch den Begriff der negativen Grössen in die Weltweisheit einzuführen“.

werden, so z.B. auch zwischen Arbeit und Kapital. Während Ökonomen (z.B. MARX) die Vermittlung von Arbeit und Kapital verneinten, waren bürgerliche Juristen der Meinung, eine solche sei möglich und die Vertragsform dem Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer angemessen, Gegensätze seien in der Konkurrenzwirtschaft normal und es könne somit nicht von legaler Ausbeutung gesprochen werden (vgl. auch oben 7.4.1).<sup>92</sup>

### 8.1.5 Historisierung (Relativierung) des Vertragsbegriffes

Zwar ist der Begriff des Vertrages schon in den Schriften der römischen Klassiker (um 200 u.Z.) entwickelt worden<sup>93</sup>, doch hatte der Vertrag in der römischen Gesellschaft eine andere Bedeutung. Diese Gesellschaft war (wie z.B. auch die ständische des Mittelalters) extrem segmentiert, in viele verschiedene Gruppen unterteilt. Es gab Freie und Sklaven, unabhängige Rechtssubjekte und abhängige (*sui iuris/alieni iuris*) sowie Bürger (*cives Romani*) und Zugewanderte (*peregrini*).<sup>94</sup> Autonomie und Rechtsfähigkeit kam jeweils nur einer Minderheit zu, und nur diese Minderheit machte vom Vertrag als einem zusätzlichen Instrument zur Regelung ihrer Beziehungen Gebrauch. Der Vertrag war also ein Institut am Rande der römischen Gesellschaft, welche von andern Prinzipien viel stärker geprägt war.

Auf der andern Seite haben die (oben 8.1.1 ff.) gemachten Überlegungen gezeigt, dass die Stellung des Vertrages in der Gesellschaft des 19. Jahrhunderts eine ganz andere war. Im Gefolge der bürgerlichen Revolutionen bemächtigte sich der Vertrag einer zentralen gesellschaftlichen Position, immer mehr wirtschaftlichen Operationen wurden in diese Form gekleidet. Der Begriff des Vertrages ist zwar der gleiche geblieben, doch hat sich die soziale Realität gewandelt und damit auch die Bedeutung des Instituts des Vertrages in der jeweiligen Gesellschaft. Dem Vertrag kommen jeweils andere Aufgaben zu, welche er zu lösen helfen soll. Die Zunahmen der Vertragsform kann nicht als eine gleichmässig zunehmende Kurve dargestellt werden, vielmehr nimmt sie im 19. Jahrhundert sehr sprunghaft zu, weil diese Gesellschaft plötzlich für sehr viel mehr Funktionen den Vertrag vorsieht.

In der heutigen Zeit rückt der Vertrag im Sinne des klassischen Begriffs wieder an den Rand der Gesellschaft („from contract to status“).<sup>95</sup>

Von einer Kontinuität des Vertrages – wie sie vor allem durch die Romanisten vertreten wird – durch die Zeit kann demnach nicht die Rede sein (vgl. Rechtsgeschichte I, 17.2.3). Auch wenn der Begriff (im Grossen und Ganzen) der gleiche blieb, ist die Stellung des Vertrages in verschiedenen Gesellschaften doch nicht vergleichbar. Der Vertrag als Form wirtschaftlicher Operationen hat (s)eine Geschichte.

---

<sup>92</sup> Dies zeigt sich u.a. in den verwendeten Metaphern: Arbeit und Kapital werden z.B. als Geschwister bezeichnet. Es mag zwar ab und zu Streit geben, aber ein wirklicher Kampf entwickelt sich zwischen den beiden nicht.

<sup>93</sup> KASER, S. 38 ff.

<sup>94</sup> KASER, S. 68 ff., 72 f.

<sup>95</sup> Zunehmende Einführung von Kausalhaftungen; Rechtsfolgen aus Verträgen, die sich nicht auf die Willensübereinstimmung zurückführen lassen (vgl. WIEGAND, in: recht 97, S. 85 ff.); gesetzlicher Konsumentenschutz etc. Vgl. auch SCHLOSSER, S. 225 ff.

## 8.2 Historische Entwicklung des Vertragsbegriffes bis zum 19. Jahrhundert

### 8.2.1 Real- und Konsensualkontrakte

KASER, S. 178 ff.

#### A) Realverträge

Bei den Realverträgen hat eine *res* eine irgendwie konstitutive Bedeutung. Der Vertrag handelte nicht von der Pflicht zur Sachübergabe (*datio rei*), sondern durch diese selbst entsteht erst die Verpflichtung des Empfängers zur Gegenleistung. Diese Art des Vertrages kommt oft in frühen, mündlichen Kulturen vor. Der Konsens (auch wenn allenfalls vorhanden) kann nicht genügend erfasst werden, um eine Vertrag bzw. Pflichten zu begründen. Diese entstehen erst, wenn der Wille einer Person durch eine entsprechende Handlung sichtbar nach aussen tritt. Willensmängel usf. kommen hier nicht in Frage. Der Veräusserer und sein Recht werden geschützt, bis er die Sache tatsächlich an den Empfänger übergeben hat.

#### B) Konsensualverträge

Beim Konsensualvertrag, zwar schon den römischen Klassikern bekannt (z.B. die *emptio venditio*), aber erst durch die Naturrechtslehre und die Kanonisten<sup>96</sup> endgültig ausgestaltet, geht es nicht primär um die äussere Handlung, sondern um den übereinstimmenden Willen der Parteien, welcher die Rechtspflichten entstehen lässt. Der Konsensualvertrag bedarf deshalb einer Kultur, welche in der Lage ist bzw. über die Mittel verfügt, innere Vorgänge, den Willen (*voluntas*) zu „erkennen“ und als Anknüpfung von Rechten und Pflichten zu verwenden.

---

<sup>96</sup> Die Kanonisten, geübt in inneren Dingen wie z.B. der Seele, dem Gewissen usf., waren prädestiniert dafür, sich auch mit dem Willen und dem darauf bauenden Vertrag zu beschäftigen und dessen Dogmatik weiterzuentwickeln. Dazu, dass bereits in der kirchlichen Theologie das Individuum vorgezeichnet ist vgl. BÖCKENFÖRDE ERNST-WOLFGANG, in: NZZ vom 19.6.99, Nr. 139, S. 87: „Die Aussage der Offenbarung über den Menschen lautet: Der Mensch ist erschaffen als Gottes Ebenbild. «Lasset uns den Menschen bilden nach unserem Ebenbilde», heisst es im 1. Buch Genesis, «so schuf Gott den Menschen nach seinem Abbild, nach Gottes Bild schuf er ihn (Gen. 1, 27). Dies verleiht ihm, theologisch gesehen, eine einzigartige Würde, das Dasein um seiner selbst willen. ... Die Würde bedeutet, ins Weltliche übersetzt, jedenfalls die volle Subjektstellung des Menschen, dass er «sui iuris», sein eigener Herr ist, um mit Kant zu sprechen, oder – mit dem Bild Ernst Blochs – das Recht auf den aufrechten Gang. ...

Diese theologische Aussage wird in ihrem Gehalt verdeutlicht durch die philosophische Erkenntnis dessen, was die Einzigartigkeit und Würde des Menschen ausmacht. Die christlich geleitete Philosophie hat dies immer wieder reflektiert. Sie hat es in der unsterblichen leibbezogenen Seele gefunden; in der Vernunft des Menschen und seiner einzigartigen geistigen Befähigung, die ihn über alles tierische Leben erhebt; schliesslich in der Personhaftigkeit des Menschen, seiner Fähigkeit zu personaler Selbstbestimmung des eigenen Handelns; ...“

### 8.2.2 Konsensualprinzip als geschäftsfördernde Einrichtung

Der Übergang vom Real- zum Konsensualvertrag ist Zeichen oder Reflex eines tiefgreifenden Mentalitätsüberganges, des Überganges von einer Zivilisation zur andern.<sup>97</sup>

Der Realkontrakt ist der typische Vertrag einer naturalwirtschaftlich ausgerichteten Gesellschaft, welche an Verträgen bzw. der Sachübergabe (Mobilisierung des Warenverkehrs) kein grosses Interesse hat (vgl. oben 6.2.1, 7.3.1, 7.4.2). Nicht die Eigentumsverhältnisse stehen im Vordergrund, sondern die Nutzung zur Selbstversorgung. Sogar Tauschverträge sind eine Seltenheit. Und diejenigen Verträge die dennoch vorkommen, werden nach aussen sichtbar (öffentlich) gemacht, weil sie, wie z.B. die Übertragung eines Grundstückes, für die ganze Gemeinschaft von Bedeutung sind.

Im Gegensatz zum Realvertrag ist der Konsensualvertrag der Vertrag einer geldwirtschaftlich ausgerichteten Gesellschaft, welche sich zugleich mit dem städtischen Markt auszubilden beginnt (vgl. oben 5.2 und Rechtsgeschichte I, §8) und der die Warenzirkulation wichtig ist. Der Warenumsatz kann bereits vor der Übergabe der Sache beginnen, d.h. mit dem Leistungsversprechen auch für Waren, die noch gar nicht existieren. Die Versprechen selbst werden monetarisiert, indem diese ebenfalls als Wertträger in Zirkulation gesetzt werden können (Zession usf.). Nun wird – im Gegensatz zum Realvertrag – nicht mehr der bisherig Inhaber in Schutz genommen, sondern der Gläubiger, welcher Kredit gewährt.

Keine der beiden Gesellschaften ist besser als die andere, sie sind nur verschieden und können auch nebeneinander existieren (z.B. die städtische Marktgesellschaft neben dem feudalen Umland).

### 8.2.3 Die Vertragslehre des Code civil von 1804

Die geschichtlich erste Festschreibung der Vertragslehre erfolgt mit dem Erlass des Code civil von 1804. Dieser Vorgang ist aber nicht als die Entdeckung des Vertrages durch den Gesetzgeber zu werten, vielmehr ist der Code civil das Gesetzbuch einer Gesellschaft, in welcher der Vertrag begonnen hat eine zentrale Bedeutung zu erlangen (vgl. oben 7.3.1). Aus diesem Grund wird er darin aufgenommen.

Doch noch ist der Vertrag kein autonomes Rechtsinstitut, sondern blosses Mittel (eines unter vielen) des Eigentumserwerbs, insbesondere des Grundeigentumserwerbs. Die Regelung des Vertrages erfolgt im dritten Buch des Code civil, welches den Titel trägt: „Von den verschiedenen Arten, das Eigentum zu erlangen.“

Dogmatisch gesehen widerspiegelt sich darin die traditionelle Einteilung des Zivilrechts im 18. Jahrhundert in die zwei Bereiche der persönlichen Sachenrechte und der dinglichen Sachenrechte.<sup>98</sup> Der Vertrag ist hier Funktion des Eigentums: er dient lediglich der Verpflichtung bezüglich der Eigentumsübertragung. Die obligatorischen Rechte werden nur als Unterart der Sachenrechte angesehen. Auch das ABGB enthielt diese Einteilung (und mit ihm u.a. die bernische Privatrechtskodifikation [vgl. oben 2.3.4]). Sie zeugt von jenem sozialhistorischen Hintergrund, welcher noch sehr von der Vorherrschaft der

---

<sup>97</sup> Vgl. QUELLEN II, 145.

<sup>98</sup> Im Unterschied zur heutigen Unterscheidung in obligatorische und dingliche Rechte.

Agrarbourgeoisie gegenüber der Handelsbourgeoisie geprägt war, wie sich diese Spaltung der Bourgeoisie auch in der Duplikation der Gesetzbücher zeigt (vgl. oben 5.4.3).

Die Agrarbourgeoisie prägt den Code civil ganz entscheidend; das Paradigma (Leitbeispiel) für Eigentum im Code civil ist nicht ein abstraktes Eigentumsrecht oder das Eigentum an Fahrnissachen (wie heute im ZGB), sondern das Grundeigentum. Der Vertrag ist ein derart ausgestaltetes Institut, welches den Anforderungen dieses Bevölkerungsteils entspricht: er regelt und beschleunigt insbesondere die Zirkulation des Grundeigentums. Ein weiterer Grund, weshalb der Vertrag gerade diesen Anforderungen zu entsprechen hat, liegt in der zunehmenden Übernahme und Inverkehrsetzung von Grundeigentum durch den weltlichen Staat, welches der Kirche, den lokalen Körperschaften und Genossenschaften gehört hatte. Die Übernahme in Vertragsform ermöglicht zumindest den Anschein von Legitimität.

## **8.3 Die Entwicklung im 19. Jahrhundert**

Der Wandel von der Natural- zur Geldwirtschaft, vom Real- zum Konsensualkontrakt fand innerhalb einer langen Zeitperiode von fast 1000 Jahren statt. Erst im 19. Jahrhundert beschleunigte sich die Entwicklung in ungeahnter Masse. Die grossen gesellschaftlichen Umwälzungen im Zuge der industriellen Revolution verändern den Vertrag (als das nun zentrale Mittel der sozialen Integration) und die Vertragslehre in gleicher Weise. Die Entwicklung des Vertrages spiegelt die gesellschaftlichen Veränderungen.

### **8.3.1 Mobilisierung / Entmaterialisierung des Vermögens**

Im Verlauf des 19. Jahrhunderts durch die Veränderungen der industriellen Revolution (kapitalistisches Wirtschaftsprogramm und Massenproduktion) verlagert sich der Schwerpunkt vom Grundeigentum zu den effizienter und schneller mobilisierbaren Fahrnis- und immateriellen Gütern (d.h. auch Energie, Forderungen, Wertpapiere), welche nun zu den vorherrschenden Wertträgern werden. Das Grundeigentum folgt dieser Entwicklung insofern als es seine Relevanz aufgrund der Nutzungsmöglichkeit zwar verliert, aber statt dessen über das Grundpfandrecht eine Mobilisierung seines Wertes erreicht wird; selbst das Grundeigentum wird in gewisser Weise zur Fahrnis (vgl. oben 2.4.3).

Aufgrund dieser Entwicklung löst sich zugleich die Verknüpfung des Vertrages mit dem Grundeigentum: die Vertragslehre emanzipiert sich vom Eigentum. Um gesellschaftliche Macht, Reichtum und Kontrollmöglichkeiten zu erreichen, bedarf es des Grundeigentums nicht mehr. Andere Wertträger sind an dessen Stelle getreten, die aber nun auch des Vertrages als Organisationsinstrument, z.B. für Unternehmen, als Mittel um Werte zu schaffen (z.B. Forderungen, welche wiederum Objekte von Verträgen sein können) oder als Übertragungsinstrument bedürfen. Der Vertrag selbst bzw. die aus ihm hervorgehenden Obligationen werden zu mobilisierbaren Wertträgern.

Das Hauptbeispiel dieser Entwicklung ist das Unternehmen: Es hat sich als Institution nach der industriellen Revolution überall in Europa etabliert. Innerhalb eines Unternehmens werden viele verschiedene Funktionen und Aufgaben u.a. durch Verträge zusammengefasst, die früher getrennt voneinander erfüllt wurden. Nicht das Eigentum an den Gegenständen und den Grundstücken des Unternehmens machen seinen Wert

aus, sondern die vielgestaltigen Rechtsbeziehungen, aus denen es eigentlich besteht (z.B. Arbeitsverträge, Darlehen, Lizenzen usf.).

### 8.3.2 Vertrag als Kategorie des Rechtsgeschäfts

In der Rechtsdogmatik (insbesondere der deutschen), beeinflusst vor allem durch die Pandektistik (vgl. oben 6.3.5), wird der Vertrag zunehmend als eine Kategorie des Rechtsgeschäfts aufgefasst. Gemeinsam mit den andern Vorgängen ist dem Vertrag die Willenserklärung. Damit wird der Vertrag (als zweiseitiges Rechtsgeschäft<sup>99</sup>) zusammen mit andern rechtlichen Vorgängen (z.B. Eheschliessung, Adoption, letztwillige Verfügung), hinter denen nicht (primär) wirtschaftliche Operationen stehen, unter einem Dach zusammenfasst. Die Absichten, der Zweck des Vertrages (als der wichtigsten Form wirtschaftlicher Operationen) werden durch diese Einteilung irrelevant. Dadurch wird eine weitere Abstraktion juristischer Vorgänge von ihrer sozialen Grundlage erreicht.

Wie schon die allgemeine Rechtsfähigkeit die reale Ungleichheit von Vertragspartnern überdeckt (vgl. oben 7.4), wird nun auch die Funktion des Vertrages als Form der wirtschaftlichen Operation ausgeblendet. Aus der Sicht der pandektistischen „Begriffsjuristerei“ ist dies nicht erstaunlich, denn gerade sie war bestrebt, alles aus dem Rechtssystem zu entfernen, was mit den Rechtsbegriffen an sich nichts zu tun hat (Moral, Theologie, Wirtschaft, soziale Realität usf.). Man sprach von der Bereinigung der Rechtswissenschaft.

Dies bedeutete eine gleich doppelte Ausblendung: zum einen entfernten die Juristen den sozialen Kontext aus der Vertragslehre und zugleich kümmern sie selber sich nicht um die sozialen Vorgänge. Obwohl in dieser Zeit die Gesellschaft mit der Frage beschäftigt war, wie mit den Folgen der Industrialisierung umzugehen wäre (die soziale Frage [vgl. oben 6.2.3]). Ein Resultat dieser Entwicklung ist das deutsche BGB, von welchem auch etwa gesagt wurde, unter einem solch (unsozialen) Gesetz wolle man nicht leben.

### 8.3.3 Wandlung der Lehre der Willensmängel

BUCHER AT, S. 121 ff.; 194 ff.

Die Wahl des Vertrages (mit dem Inhalt übereinstimmender Willenserklärungen) als neues Integrationsmittel der Gesellschaft bedeutet zugleich auch die Option für den Primat des Willens. Rechtswirkungen werden allein durch den Willen (*voluntas*-Lehre des Naturrechts [vgl. auch 8.2.1B]) bzw. die abgegebene Willenserklärung erzeugt. (Dies hat natürlich den Vorteil, die Rechtswirkungen den Leuten voll zurechnen zu können, da jene ja gewollt waren, ohne soziale Zwänge usf. einbeziehen zu müssen.)

Insofern ist es nur konsequent, wenn bei mangelhafter Äusserung des Willens, wenn eine Äusserung dem Willen nicht entspricht der Vertrag entfällt. Dieses individuelle Eingehen auf die Absichten und Zwecke des Einzelnen ist aber nur so lange möglich, als die Zahl der Verträge noch klein ist.

---

<sup>99</sup> Ein Rechtsgeschäft ist eine Willenserklärung, welche auf die Herbeiführung rechtlicher Wirkungen zielt.

Im 19. Jahrhundert, als im Zuge der industriellen Revolution die Güterproduktion und der Güterumsatz mit einer entsprechenden Anzahl von Verträgen sprunghaft zunimmt, wird ein solches Eingehen auf den tatsächlichen Willen des Einzelnen zunehmend unpraktisch. Abgesehen davon, dass es rein tatsächlich nicht mehr möglich gewesen wäre, alle Verträge einzeln zu behandeln, nimmt auch die Forderung nach Rechtssicherheit zu. Wer einen Vertrag schliesst, soll auf dessen Bestand vertrauen können.

Deshalb kommt es zu einer Änderung in der Lehre der Willensmängel: von der Willenstheorie zur Erklärungstheorie, bzw. zur Vertrauenstheorie. Es wird nicht mehr auf die Absicht, den wirklichen Willen des sich Äussernden abgestellt, sondern auf die Erklärung die nach aussen tritt. Damit verlagert sich ebenfalls der Schutz: nicht mehr der Erklärende wird im Rechtsverkehr geschützt, sondern der Empfänger der Willenserklärung.<sup>100</sup>

## **8.4 Rechtspolitische Würdigung der historischen Entwicklung**

### **8.4.1 Vertrag und Privatautonomie als Symbole einer Gesellschaft**

Aus dem bisher Besprochen zeigt sich: der Vertrag und die Privatautonomie sind nicht einfach nur Erscheinungen der Gesellschaft des 18./19. Jahrhunderts, sondern geradezu die Symbole oder Charakteristika dieser bürgerlichen Gesellschaft, in deren Zentrum diese Institute stehen. Dies sowohl im öffentlichen (als Gesellschaftsvertrag [vgl. oben 7.2.2]) wie im privaten Bereich.<sup>101</sup>

Die Omnipräsenz des menschlichen Willens („Der Mensch kann Werte schaffen, wenn er nur will.“) lässt sich bereits in der Aufklärung erkennen.<sup>102</sup> Die Anknüpfung vertraglicher Rechtsfolgen an den Willen, bzw. überhaupt das Entstehen vertraglicher Rechtsbeziehungen aus dem Willen (voluntaristische Vertragstheorie) erscheint als automatische Folge dieser Entwicklung. Sie werden (typisch für die Aufklärung und ihre Folgen) als grosse Errungenschaften und als Fortschritt betrachtet (vgl. u.a. Rechtsgeschichte I, 2.6).

ADAM SMITH erhob die voluntaristische Vertragstheorie und die Privatautonomie gar zu ethischen Prinzipien: Jeder solle für sich und nach seinem Willen handeln, „die unsichtbare Hand“ des Marktes werde dafür sorgen, dass sowohl die Gesellschaft sich zum Besten entwickelt und auch der Einzelne auf seine Rechnung kommt.

---

<sup>100</sup> Vgl. QUELLEN II, 153.

<sup>101</sup> Vgl. QUELLEN II, 146.

<sup>102</sup> „Aufklärung ist der Ausgang des Menschen aus seiner selbstverschuldeten Unmündigkeit. Unmündigkeit ist das Unvermögen, sich seines Verstandes ohne Leitung eines anderen zu bedienen. Selbstverschuldet ist diese Unmündigkeit, wenn die Ursache derselben nicht am Mangel des Verstandes, sondern der Entschliessung und des Mutes liegt, sich seiner ohne Leitung eines andern zu bedienen. Sapere aude! Habe Mut, dich deines eigenen Verstandes zu bedienen! ist also der Wahlspruch der Aufklärung. Königsberg in Preussen, den 30. September 1784.“ KANT IMMANUEL, Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?

### 8.4.2 Die Lehre der negativen Beschränkung: Konkrete Folgen

Das 19. Jahrhundert bekannte sich zwar zum Vertrag und zur Vertragsfreiheit, dennoch wurden in die gesetzliche Regelung des Vertragsrechts meist gewisse Beschränkungen aufgenommen. Diese wurden aber nicht zur inhaltlichen Kontrolle oder Begrenzung eingeführt, sondern nur um die Verträge in eine bestimmte Richtung zu lenken. Beispiele sind etwas die Formvorschriften für bestimmte Verträge (z.B. Grundstücksverkäufe) oder das Erfordernis einer *causa* für die Gültigkeit einer Willenserklärung.<sup>103</sup> Inhaltliche Beschränkungen der Vertragsfreiheit hingegen wollte man nicht einführen.

#### A) Wahl der Vertragspartei

Vertragsfreiheit bedeutet zum einen die freie Wahl des Vertragspartners (welche ebenfalls eine Konsequenz aus der Wirtschaftsfreiheit ist [Art. 27 I BV]). Je grösser die Zahl der möglichen Vertragspartner ist, desto grösser die Freiheit und die Möglichkeit, den jeweils idealen bzw. günstigsten zu finden.<sup>104</sup> Aus diesem Grund auch die Tendenz des Verfassungsrechts im 19. Jahrhundert, zugleich mit der Anerkennung der Vertragsfreiheit die Zünfte, Korporationen und Genossenschaften abzuschaffen, welche dieser Wahlfreiheit im Wege standen, weil sie die freie Wahl des Vertragspartners nicht zuließen (vgl. oben 5.2.2 f.).

#### B) Freie Bestimmung des Vertragsinhaltes

BUCHER AT, S. 228 ff., 238 ff. 395 ff.; GERBER DAVID J., Prometheus Born: Shaping the Relationship Between Law and Economic Conduct, 38 ST. LOUIS U. L.J. 673 (1994).

Vor dem 19. Jahrhundert war das Privatrecht (und mit ihm das Vertragsrecht) objektiven Voraussetzungen unterworfen; so konnte ein Vertrag z.B. erst dann Bestand haben, wenn Leistung und Gegenleistung in einem angemessenen Verhältnis zueinander standen (Lehre des *pretium iustum* bzw. der *laesio enormis*). Der Zins für ein Darlehen konnte nicht frei festgelegt werden.<sup>105</sup>

Erst im vorletzten Jahrhundert setzte sich das Prinzip der freien Inhaltsbestimmung für Verträge durch. Erst so konnten sich überhaupt die Gesetzte von Angebot und Nachfrage verwirklichen, wenn der Preis für einen Ware von den Vertragsparteien spontan und frei bestimmt werden konnte. Inhaltliche Beschränkungen wie der Wuchertatbestand, Art. 19 f. OR oder die *clausula rebus sic stantibus* wurden abgelehnt.

Wenn solche Schranken der Vertragsfreiheit heute in unseren Gesetzen wieder vorkommen und zusätzlich andere inhaltliche Beschränkungen auferlegt werden (etwa im Konsumentenrecht), so bedeutet dies wiederum eine Reaktion auf die negativen Auswirkungen der unbeschränkten Vertragsfreiheit. Am deutlichsten (und wohl schon am längsten) sind diese Probleme beim Arbeitsvertrag manifest geworden, wo sich die absolute Inhaltsfreiheit geradezu fatal ausgewirkt hat. Die Ausbeutung der Arbeiter

---

<sup>103</sup> Willenserklärungen werden nicht abstrakt als rechtsbegründend angesehen, sondern sie sollen, um rechtliche Wirkung zu erzielen auf einer gültigen *causa* beruhen. So sollen z.B. die beiden Willenserklärungen der Vertragspartner eines Kaufvertrages je auf der *causa credendi* („ich verspreche, weil du versprichst“) beruhen.

<sup>104</sup> Was wohl – aus der Sicht der Wahrscheinlichkeitsrechnung – nicht stimmt.

<sup>105</sup> Vgl. QUELLEN II, 149.

wurde unter dem Titel der Vertragsfreiheit und ohne Beachtung realer Benachteiligung beim Vertragsschluss legal zugelassen.

### 8.4.3 Regel und Ausnahme

Geht man davon aus, dass die oben besprochenen Grundsätze (die Vertragsschluss- und die Vertragsinhaltsfreiheit [vgl. 8.4.2]) die Regel bildeten, stellt sich sofort auch die Frage nach den Ausnahmen (denn: keine Regel ohne Ausnahme).

Diese Ausnahmen gibt es tatsächlich: im 19. Jahrhundert sind Vorgänge zu verzeichnen, die im Widerspruch zur Wirtschaftsfreiheit und zur Vertragsfreiheit stehen. Diese Ausnahmen wurden jedoch nicht – wie zu erwarten wäre – von den durch die Entwicklung Benachteiligten (den Arbeitern usw.) gefordert, sondern von den gleichen bürgerlichen Schichten, welche sich sonst gerne auf die genannten Freiheiten beriefen.

- In der Mitte des 19. Jahrhunderts forderten gerade handeltreibende Kreise, weil sie die billigere ausländische Konkurrenz zu spüren bekamen, von der noch jungen Eidgenossenschaft, statt sich dem alten Grundsatz „Laissez faire et laissez passer“ unterzuordnen, eine Zollgesetzgebung, durch welche der Staat die Ergebnisse des Marktes zu ihren Gunsten korrigieren sollte.
- Dann sollte der Staat auch Vorhaben von „nationaler Bedeutung“ (z.B. die grossen Eisenbahn- und Tunnelprojekte) unterstützen. Ohne die staatliche Hilfe (z.B. durch Erlass eines Enteignungsgesetzes) hätten diese zunächst nur für eine Minderheit bedeutenden Projekte nie verwirklicht werden können.
- Und man wünschte staatliche Eingriffe dort, wo die Wirtschafts- und Vertragsfreiheit für die Wirtschaft negative Folgen gehabt hätten: z.B. sollten keine Grundstücke an die Kirche weder veräussert noch vererbt werden dürfen, weil man wusste, dass sobald die Kirche ihre Hand (*manus mortua*) darauf gelegt haben würde, diese dem Markt und der Mobilisierung der Werte entzogen sein würden.

### 8.4.4 Der Vertrag als blosser Funktion eines historischen Systems

Diese Beispiele zeigen, dass die Privatautonomie zwar bejaht wird, jedoch nicht als allgemeines Grundrecht, sondern „bloss“ als Mittel zu einem bestimmten Zweck; nämlich zum einen zugunsten der möglichst allgemeinen Mobilisierung aller Werte und zum andern aber auch zur Abschirmung der Wirtschaft vor unangenehmer Konkurrenz. Es soll in einem Wert vermehrenden, effizienten Sinn Gebrauch davon gemacht werden. Es handelt sich um eine ganze Reihe von Eingriffen (es wären weitere aufzuzählen) in Sinne der Interessen der vorherrschenden bürgerlichen Kreise, die aber gerade deshalb nicht auffallen. Eingriffe zugunsten der Arbeiter wären viel mehr aufgefallen.

Schaut man sich die Resultate an (Monopole, Fusionen, Untergang des Wettbewerbs und der Konkurrenz), zu denen die Vertragsfreiheit im Verlaufe der letzten 200 Jahre geführt hat, muss man sagen: die Vertragsfreiheit hat zum Untergang der Vertragsfreiheit geführt.<sup>106</sup> Irgend etwas muss „schief gelaufen“ sein, dass es zu dieser paradoxen

---

<sup>106</sup> Vgl. QUELLEN II, 157.

Entwicklung kommen konnte. Davon gehen zumindest jene aus, welche die Vertragsfreiheit als ein Grundrecht von prinzipieller Bedeutung, als eine grosse Errungenschaft ansehen. Sie können sich diese Entwicklung nicht erklären, meinen aber, es hätte nicht so zu kommen brauchen, auch andere Resultate wären möglich gewesen.

Ein anderer Erklärungsversuch lautet, die Vertragsfreiheit sei stets bloss eine rechtspolitische Position gewesen, zu welcher man sich nie grundsätzlich bekannt habe. Jeweils nur Mittel zum Zweck, welches man verwendet habe, solange man darauf angewiesen gewesen sei. Die Liberalen hätten laut dieser Meinung nicht die Freiheit verwirklichen wollen, sondern stets nur diejenige Freiheit, welcher sie bedurften. Demnach wäre die Vertragsfreiheit immer nur eine Funktion gewesen einer bestimmten Strategie.

Um diese Entwicklung zu verstehen, muss man bereit sein, jenseits aller theoretischen und philosophischen Überlegungen, nachzudenken, um der Vertragsfreiheit ihre Geschichte zurückzugeben. Die Vertragsfreiheit taucht auf, wenn man sie benötigt und verschwindet wieder, wenn sie nicht mehr benötigt wird und ihre Funktion erfüllt hat.

#### 8.4.5 Einige Gegenpositionen zu einem allzu einseitigen Bild

Vertretbare Gegenpositionen zu CARONIS oben gemachten Ausführungen (vgl. 8.4.3 f.), welche den Versuch unternehmen, die Grundsätzlichkeit der Vertragsfreiheit zu retten. Neben den von bürgerlichen Kreisen angeregten strukturhaltenden Massnahmen des Staates gab es auch andere Eingriffe, welche sozial motiviert waren:

- 1877 wurde das erste eidgenössische Fabrikgesetz erlassen, welches die staatliche Beschränkung der Arbeitszeit auf elf Stunden mit sich brachte (was die Schweiz damals für kurze Zeit zum sozialen Pionierstaat machte).
- Neu war auch die strenge Haftpflicht des Fabrikherren für seine Anlagen.
- Zwar lässt sich tatsächlich der Untergang bzw. die Zurückdrängung der Vertragsfreiheit durch die Ausübung der Vertragsfreiheit feststellen, doch gibt es seit 50 Jahren gleichzeitig auch Bestrebungen des Staates gegen die Monopolisierung (bzw. den Untergang des Wettbewerbs) etwas zu unternehmen: z.B. Art. 96 I BV („Der Bund erlässt Vorschriften gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen.“), welcher Artikel zum Erlass des Kartellgesetzes (1962, 1985 und 1995 [Paradigmawechsel: Wettbewerbskommission, nicht mehr Kartellkommission]) und des UWG führte.
- Zwar wird der materiellen Ungleichheit der Vertragspartner, die oft genug für den Vertragsinhalt wesentlich ist, durch die Fassade der Rechtsgleichheit und des durch übereinstimmenden Willen zustande gekommenen Vertrages nur wenig oder gar keine Rechnung getragen. Seit 40 Jahren ist aber auch hier die Bereitschaft festzustellen, zu anerkennen, dass bei gewissen Verträgen eine Partei immer in der schwächeren Position ist (z.B. Arbeiter, Konsumenten), weil sie keine Wahl hat, wenn es um ihr Existenz geht (z.B. bei der Arbeit).<sup>107</sup> Der Gesetzgeber hat sich interventionsbereit gezeigt und hat zunächst Gesamtarbeitsverträge (GAV) eingeführt

---

<sup>107</sup> Vgl. QUELLEN II, 156, 159.

und später (1956) auch deren Allgemeinverbindlicherklärung.<sup>108</sup> In diesem Bereich stehen sich nun nicht mehr der einzelne Arbeiter und der Unternehmer gegenüber, sondern Vereine und Gewerkschaften (d.h. Körperschaften von einigem Gewicht) handeln die Verträge zugunsten der Arbeiter aus.

Allerdings haben gewisse dieser Interventionen die Vertragsfreiheit wiederum mehr oder weniger vollständig eingeschränkt. Sodass sich heute – auch von Seiten der „schwächeren“ Vertragsparteien – Stimmen finden lassen, welche sich über eine zu weit gehende Bevormundung beklagen und mehr Flexibilität fordern.

Die Erfahrung zeigt, nicht nur in diesem Fall, dass, wo Schutz eingeräumt wird, damit auch zu weit gegangen werden kann, bzw. dass Schutz immer auch Einschränkung der Freiheit bedeutet. Es kann auch vorkommen, dass der Schutz letztendlich dazu führt, gerade der Partei, die man schützen will, dasjenige zu verwehren, was sie eigentlich will (vgl. z.B. den Abzahlungsvertrag, wo die Leistung, welche der Konsument eigentlich haben will, allenfalls aufgrund der Vertragsungültigkeit rückabgewickelt werden muss).

#### **8.4.6 Wie Juristen mit diesen Wahrheiten umgehen**

Die Juristen haben in der Regel mit der oben (8.4.4 f.) geschilderten Sicht der Dinge Mühe. Sie haben Mühe, weil sie die Realität nicht sehen wollen, weil sie nicht zugeben wollen, dass sie heute in einer Gesellschaft leben, in der die Vertragsfreiheit nicht mehr das Entscheidende ist. Die Vertragsfreiheit ist vielmehr wieder an den Rand der Gesellschaft gerückt (vgl. oben 8.1.5).

Die Juristen hängen am idyllischen Bild des Vertrages als dem Resultat übereinstimmender Willensäußerungen, getätigt in voller Privatautonomie (d.h. den Weg zu gehen, den man sich selbst gewählt hat). Die Ausnahmen von der Vertragsfreiheit sehen sie als durch das öffentliche Recht verfügt, womit die schon zum Dogma erstarrte Dichotomien von Privatrecht und öffentlichem Recht einen neuen Inhalt bekommt (vgl. oben 4.4): Das Privatrecht steht für Privatautonomie und Vertragsfreiheit, während das öffentliche Recht für Zwang, Einschränkung und Ausnahmen von der Privatautonomie steht, die entsprechend eng auszulegen seien.

---

<sup>108</sup> Allgemeinverbindlicherklärung: Der Geltungsbereich eines zwischen Verbänden abgeschlossenen GAV kann durch Anordnung der Behörde auf alle Arbeitgeber und Arbeitnehmer des ganzen betreffenden Wirtschaftszweiges oder Berufes ausgedehnt werden. Vgl. BG über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG), SR 221.215.311, insbes. Art. 1 II AVEG.

## §9 Die Schaffung neuer Rechtssubjekte: Die juristische Person

Bei der Verallgemeinerung der Rechtssubjektsqualität ging es darum, dass der Staat die bereits bestehende Rechtsfähigkeit des Einzelnen einfach zu anerkennen hatte (vgl. oben 7.2.2). Anders bei den juristischen Personen, welche als künstliche Rechtssubjekte erst durch den Staat geschaffen werden.

### 9.1 Bemerkungen zum heutigen Begriff der juristischen Person

Erwerben mehrere Personen zusammen einen Gegenstand, kennt das Recht zwei verschiedene Wege, wie sie zusammen das Eigentum an diesem Gegenstand ausüben können. Die Personen können einerseits als Miteigentümer oder Gesamteigentümer behandelt werden, sodass jeder von ihnen einen bestimmten Anteil an der Sache zum Eigentum hat und jeder für seinen Anteil die Rechte und Pflichten eines Eigentümers hat (d.h. dass er seinen Anteil veräußern, verpfänden usf. kann).<sup>109</sup> Der zweite Weg diese mehreren Personen an dem Gegenstand zu berechtigen bedarf einer gewissen Fantasie und einem Hang zur Mystik: Die Personen werden nicht mehr als einzelne an dem Gegenstand berechnete Individuen betrachtet, sondern durch ein unfassbares, nicht wirklich existierendes neues Rechtssubjekt ersetzt, welchem der Gegenstand als ganzer unteilbar zusteht: eben der juristischen Person. Dieser zweite Weg besteht demnach im Überschreiten der Addition der physisch existierenden Menschen durch die Annahme eines fingierten Rechtssubjekts.<sup>110</sup> Die Fantasie der Juristen geht oft so weit, dass sie solche Rechtssubjekte als real existierend ansehen oder zumindest so tun (Fiktion). Es gibt diese Personen zumindest innerhalb des Systems des Rechts, weil der Staat durch das Recht sie schafft.

Es bleiben gemeinschaftlich Handelnden beide Wege offen. Der zweite Weg insbesondere dann, wenn die Verselbständigung der Kollektivsphäre angestrebt, der Wunsch nach dem Aufgehen in diesem Ganzen besteht. Verselbständigung (Erstarkung bzw. Emanzipation der Kollektivsphäre) muss für die Annahme einer juristischen Person vorliegen; es besteht die objektive Neigung dazu, in der juristischen Person aufzugehen. Auf der andern Seite ist die Verselbständigung auch das Resultat der juristischen Person. Verselbständigung als Voraussetzung und Resultat zugleich.

Es fallen folgende Punkte auf:<sup>111</sup>

- Zuerst wird von der Verselbständigung die vermögensrechtliche Seite erfasst. Das Vermögen wird der juristischen Person im Alleineigentum zugeordnet. Es ist nicht mehr das Vermögen der Mitglieder, selbst für diese ist das Vermögen der juristischen Person fremdes Vermögen. Die juristische Person haftet allein mit ihrem

<sup>109</sup> Vgl. Art. 646 ff. ZGB.

<sup>110</sup> Vgl. QUELLEN II, 169.

<sup>111</sup> Vgl. QUELLEN II, 190.

Vermögen, ihre Gläubiger haben nicht die Möglichkeit auf des Vermögen der Mitglieder zu greifen.

- Die Verselbständigung betrifft aber auch die Organisation der juristischen Person: sie handelt nicht durch Vertreter, sondern durch Organe. Diese sind im Augenblick des Handelns (wie die Organe des menschlichen Körpers) die sich bewegende juristische Person selbst und nicht natürliche Personen. Die Verwaltung erfolgt zu meist körperschaftlich durch Mehrheitsentscheide.
- Das „menschliche Substrat“ ist zwar für die Existenz der juristischen Person notwendig, doch ist die Identität der Mitglieder von untergeordneter Bedeutung. Eine Änderung im Bestand der Mitglieder ist (nahezu) irrelevant.<sup>112</sup> Es gibt eine juristische Person, welche eine über 1000jährige Geschichte hat und deren Mitgliederbestand sich täglich tausendfach ändert, ohne dass dies einen Einfluss auf den Charakter dieser juristische Person hätte: die Kirche.
- Und zuletzt ist Verselbständigung auch bezüglich der Zwecke festzustellen, zu welchen die juristische Personen geschaffen werden. Es gibt Zwecke, die nur mit Hilfe einer juristischen Person erreicht werden können (z.B. die Deckung des ungeheuren Kapitalbedarfs der industriellen Revolution [vgl. unten 9.4.2]).

## 9.2 Zur älteren Geschichte der juristischen Person

Was lässt den Wunsch nach der Schaffung juristischer Personen entstehen? Woher kommt der Begriff der juristischen Person? Gab es diesen Begriff schon immer in der juristischen Gedankenwelt, oder hat auch dieser Begriff seine Geschichte mit Anfang und Ende?

Man könnte doch sagen, dass, wenn es einen Begriff gibt, dessen Geschichte erst im 19. Jahrhundert beginnt, dies der Begriff der juristischen Person ist (vgl. unten 9.5). Allerdings gab es aber schon früher Ansätze zur Bildung juristischer Personen, auch wenn der Begriff selbst noch nicht im heutigen Sinne existierte.

### 9.2.1 Juristische Personen im mittelalterlichen Privatrecht?

Im Sinne des heutigen Begriffs der juristischen Person, mit seiner absoluten Trennung zwischen der juristische Person und den Mitgliedern (insbesondere in vermögensrechtlicher Hinsicht), wird man im Mittelalter keine juristischen Personen zu entdecken vermögen.

Zieht man hingegen mildere Formen der Verselbständigung, Formen, in welchen diese nicht vollständig zu Ende geführt ist, welche in mancher Hinsicht eine Einheit bilden und in anderer nicht (alle Abstufungen sind möglich), ebenfalls in Betracht, kann man auch im Mittelalter juristische Personen finden. Immerhin war das Mittelalter die Zeit der genossenschaftlichen Strukturen und der Naturalwirtschaft (vgl. oben 2.2, 6.3, 7.1.1,

---

<sup>112</sup> Dies mag allerdings für gewisse juristische Personen, welche von einzelnen Mitgliedern massgeblich geprägt werden oder worden sind, nicht richtig sein; jedoch wird diese Prägung meist in einer gewissen Verwaltungsfunktion ausgeübt worden sein, weshalb dies die Organ- und nicht die Mitgliederstellung betrifft.

7.3.1, 7.4.2), weshalb es nicht erstaunt, wenn in dieser Zeit zahlreiche solche, juristischen Personen ähnliche Strukturen anzutreffen sind, bei denen einfach der letzte Schritt hin zur Verselbständigung noch nicht getan wurde:

- Gesamthandschaften: Von einer Gesamthandschaft (*coniuncta manu*) ist dann die Rede, wenn mehrere Personen, sowohl in Fragen der Nutzung wie in solchen der Verfügung, nach dem Prinzip der Einstimmigkeit handeln; beispielsweise, wenn das Vermögen eines Erblassers von den Erben nicht geteilt wird, sondern ungeteilt weiter verwaltet wird.

Es mag erstaunen, dass auch die grössten mittelalterlichen Handelsgesellschaften<sup>113</sup> (Compagnias) sich dieser auf den ersten Blick eher schwerfälligen und familiären Form bedienten. Diese waren alle Familiengemeinderschaften, in welchen gemeinsam gearbeitet und gelebt wurde (z.B. grosse Familienmittagstische).

- Genossenschaften: Die Genossenschaft als die typische naturalwirtschaftliche Organisationsform nähert sich schon mehr dem heutigen Begriff der juristischen Person als die Gesamthandschaft. Insbesondere die Organisation gestaltete sich nach körperschaftlichen Prinzipien (Mehrheitsbeschlüsse, Delegierte, Organe).<sup>114</sup>

Die Organisationsform der Genossenschaft charakterisiert geradezu das mittelalterliche Leben sowohl auf dem Land wie in der Stadt. Die Stadt selbst und z.B. auch die Zünfte und die Universitäten sind genossenschaftlich organisiert.

- Stiftungen und Anstalten: Bei Stiftungen handelt es sich um Vermögenssammlungen zu einem bestimmten Zweck mit eigener Organisation, welche als Subjekte des Rechts angesehen werden. Beispiele dafür sind kirchliche Stiftungen, die von Gläubigen gespendet worden sind z.B. für die Schulpflege, die Krankenfürsorge oder zur Armenunterstützung.

Die grossen Vermögenssammlungen der Kirche zu kritisieren war schon im Mittelalter Mode. So ganz tot allerdings war die Hand der Kirche nicht, denn sie hat ihr Vermögen immer für bestimmte Zwecke eingesetzt, auch wenn dies den Liberalen nicht gefiel und – von diesen Vermögen provoziert – oft genug der Staat dieses konfiszierte (vgl. oben 8.4.3 [letztes Lemma] und Rechtsgeschichte I, 6.2).

## 9.2.2 Historische Ansätze zum modernen Begriff: Die Bedeutung des kanonischen Rechts

KASER, S. 85 ff., 205 ff.; WIEACKER, S. 242.

Der Begriff der juristischen Person entstand, die Ausbildung einer eigentlichen Lehre der juristischen Person begann erst im 19. Jahrhundert. Doch stützte sich diese Lehre auf bereits vorhandene Vorformen, Vorbilder und Ansätze der Vergangenheit, sie musste nicht auf völlig neuem Grund bauen.

Diese Elemente entstammten aber nicht etwa – wie man zu erwarten geneigt wäre – dem römischen Recht. Die römischen Juristen befassten sich zwar punktuell mit dem

<sup>113</sup> Die MEDICI (welche über 400 Niederlassungen und über 10'000 Angestellte hatten), die FUGGER, die TURN UND TAXIS usw.

<sup>114</sup> Markgenossenschaften, Allmendgenossenschaften, Alpgenossenschaften. Vgl. Rechtsgeschichte I, 2.5.2, 2.6.2, 7.1.2, 8.2, 11.2.4, und §12.

Problem der Verselbständigung von Körperschaften, sie unterschieden die *societas* (nur vertraglicher Zusammenschluss mehrerer Personen zu einem bestimmten Zweck und keine Körperschaft) und die *universitas* (welchen Begriff sie für Gesamtheiten verschiedenster Art verwendeten). Doch lässt sich den römischen Quellen nichts endgültiges entnehmen. Auch bei den Glossatoren und Kommentatoren (vgl. Rechtsgeschichte I, 13.1) lässt sich zur juristischen Person nichts finden. Offenbar war keine Notwendigkeit vorhanden, sich mit diesem Thema zu befassen (vgl. unten 9.3.1).

Die Ansätze, auf die sich die Dogmatik des 19. Jahrhunderts stützen kann, finden sich in der kirchlichen Jurisprudenz, im kanonischen Recht (vgl. Rechtsgeschichte I, 6.4.1 ff., 13.1.3). Dieses kircheneigene Recht reflektiert naturgemäss die Eigenschaften, die Struktur und ganz allgemein die Erwartungen der Kirche, welche in Vielem Ähnlichkeit mit einer juristischen Person aufweist bzw. das Modell einer juristischen Person darstellt. Die kirchlichen Juristen müssen nur über die Kirche selbst nachdenken, um auf den Begriff des künstlich geschaffenen Subjekts zu kommen. Denn die Kirche versteht sich als Körperschaft (*corpus mysticum*), deren Mitglieder ihre Teile, ja Organe sind.<sup>115</sup> Die Kirche ist das Urbeispiel einer Stiftung (*divina institutio*): Eine Stifter, der ein selbständiges Vermögen mit einem bestimmten Zweck und die Organisation zur Verfügung stellt.

So erstaunt es nicht, dass die Kanonisten die bis dahin brauchbarsten Überlegungen zur juristischen Person anstellen, auf welchen die Dogmatik des 19. Jahrhunderts aufbauen kann. Ein Blick in SAVIGNYS „System des heutigen römischen Rechts“ genügt, um dies zu bestätigen: in jenem Teil, in welchem von der juristischen Person die Rede ist, finden sich nahezu keine Zitate profaner römischer und mittelalterlicher Juristen, aber solche von Kanonisten.

## 9.3 Die doppelte Geschichte (auch) der juristischen Person

### 9.3.1 Juristische Person und Kulturentwicklung

Für WIEACKER ist die Theorie der juristischen Person „in ihrer heutigen Gestalt ... ein Monument moderner Begriffs- und Systemarbeit ...“.<sup>116</sup> Es scheint als bedürfte die Lehre der juristischen Person einer Blüte der Rechtswissenschaft, einer Rechtswissenschaft, welche zu hervorragenden schöpferischen Leistungen fähig ist. Nur ein gelehrtes Recht scheint diesen Begriff hervorbringen zu können. Die deutsche Pandektistik bietet das Idealbild einer solchen Rechtswissenschaft. Das germanische bzw. deutsche Privatrecht, als ungelehrtes, auf einer tieferen Stufe befindliches Recht hingegen hätte offenbar einen solchen Begriff nicht hervorbringen können.

Sicher ist, dass ohne Abstraktionsbereitschaft und abstrakte Begriffe eine Lehre der juristischen Person nicht entwickelt werden kann. Insofern ist obigen Ausführungen zuzustimmen. Doch ist deshalb noch nicht erklärt, weshalb erst das 19. Jahrhundert

---

<sup>115</sup> PAULUS, Erster Brief an die Korinther, 12,12 ff.; QUELLEN II, 162.

<sup>116</sup> WIEACKER, S. 242.

diesen Begriff hervorbringen konnte, denn gelehrtes Recht, hervorragende Rechtswissenschaft hat es bereits zu früheren Zeiten gegeben (wie gerade auch die Juristen des 19. Jahrhunderts immer wieder betonen), z.B. zur Zeit des klassischen römischen Rechts, zur Zeit der mittelalterlichen Blüte der Rechtswissenschaft (vgl. Rechtsgeschichte I, §13), der Humanisten oder der Naturrechtswissenschaft. Diese wären wohl ebenfalls in der Lage gewesen, den Begriff der juristischen Person hervorzubringen.

Der Grund, weshalb sie es dennoch nicht taten, liegt also nicht darin, dass sie dazu nicht fähig gewesen wären, sondern darin, dass es an einem Bedürfnis dazu gefehlt hat. Die damaligen Juristen hatten keine Veranlassung, den Begriff der juristischen Person sozusagen auf Vorrat zu entwickeln, eine Antwort auf eine noch nicht gestellte Frage zu geben. Erst im 19. Jahrhundert waren die Menschen mit Problemen konfrontiert, die nur mittels juristischer Personen überhaupt zu lösen waren (z.B. die Deckung des ungeheuren Kapitalbedarfs der industriellen Revolution [vgl. unten 9.4.2]).

### 9.3.2 „Negative Indikationen“ im Laufe der Geschichte

Die historische Entwicklung zeigt, dass es teilweise sogar Gelegenheiten gegeben hätte, eine Lehre der juristischen Person auszubilden und auf konkrete Probleme anzuwenden, dass man diesen Weg aber sogar bewusst nicht eingeschlagen hat, weil er den Bedürfnissen nicht entsprach.

Die Trennung zwischen den Mitgliedern und dem Verband (als juristischem Rechtssubjekt) wird überall dort abgelehnt, wo eine solche Trennung nicht gewollt war, wo kein Interesse an einer solchen Trennung bestand:

In den mittelalterlichen Städten Oberitaliens (12. Jahrhundert) waren Juristen tätig, welche aus politischen Gründen gegen die Verselbständigung der Städte als eigenständige Korporationen eingestellt waren. Zwar hatten diese Städte das Bedürfnis, sich vom Kaiser zu lösen und sich autonom zu verwalten (insbesondere aus wirtschaftlichen Gründen).<sup>117</sup> Doch hätte die Konstitution der Stadt als juristisch selbständiges Rechtsobjekt diese von ihren Bewohnern rechtlich abgetrennt; sie hätte sich auf das Einziehen von Steuern beschränken müssen, ohne weiterhin auf das gesamte Privatvermögen ihrer Bürger (insbesondere der reichen Familien) greifen zu können, was wegen der hohen Kosten des Krieges gegen den Kaiser unbedingt notwendig war. Durch den Verzicht auf den Begriff der juristischen Person kam es zu keiner Trennung des Stadtvermögens und des Vermögens ihrer Bewohner bzw. des Öffentlichen und des Privaten. Die Bürger selbst waren die Stadt, für welche sie mit ihrem ganzen Vermögen einstanden.

Ebenfalls im Mittelalter war auf dem Land die optimale Nutzung des Bodens eine Frage des Überlebens. Sowohl das Sondereigentum Einzelner wie die allgemeinen Güter (Allmenden, Alpen usf. [vgl. Rechtsgeschichte I, §12]) mussten dieser Nutzung zugeführt werden. Die Leute hatten auch zu diesen Gütern eine enge Verbindung, man betrachtete auch sie als eigen und übernahm eine dementsprechende Verantwortung für den Unterhalt. Für eine Zuordnung dieser unausgeschiedenen Güter als Sondereigentum zu einer von den Menschen abgetrennten juristischen Person, der Gemeinde, bestand we-

---

<sup>117</sup> Vgl. Rechtsgeschichte I, 4.2.1, 8.1.7.

der ein Interesse noch ein Bedürfnis. Dies ist in den Bürgergemeinden und Korporationen auch heute noch spürbar. Zwar sind diese mittlerweile ebenfalls zu juristischen Personen des öffentlichen Rechts geworden, doch herrscht noch weit herum die Meinung vor, dem Einzelnen „gehöre“ oder „stehe“ z.B. die Alp auch zu (vgl. Rechtsgeschichte I, 12.4.3).<sup>118</sup>

Der Absolutismus der Neuzeit (vgl. Rechtsgeschichte I, §5, 9.3.5) hatte ebenfalls kein Verständnis für juristische Personen, welche sich als sog. *corpora intermedia* (Zünfte, Genossenschaften usf.) zwischen den absoluten Herrscher und seine Untertanen stellten, die Unmittelbarkeit zwischen Herrscher und Untertanen unterbrachen. Der absolute Herrscher wollte eine direkte Unterstellung seiner Untertanen und ihre restlose Integration in den Staat, sie sollten sich mit dem Staat identifizieren und nicht mit andern Verbänden. Die Lehre der juristischen Person hätte eine Mediatisierung der Staatsgewalt mit sich gebracht, woran der Herrscher kein Interesse hatte.<sup>119</sup>

Die politische Lehre der Volkssouveränität (Naturrecht) lehnte jegliche Verselbständigung von Verbänden ab, welche die Einbindung des Einzelnen in den Staat erschwert oder die Geltung von Privilegien für bestimmte Gruppen legitimiert hätte.

## 9.4 Die soziale Geschichte der juristischen Person

Auch die juristische Person hat zwei Geschichten: zum einen eine soziale und eine begriffsjuristische (zur letzteren vgl. unten 9.5). Die soziale Geschichte der juristischen Person befasst sich mit der Frage der gesellschaftlichen Voraussetzungen. Sie fragt, wie der Hintergrund einer Gesellschaft aussieht, in welcher für die juristische Person ein Interesse besteht, und welche Faktoren zu diesem Bedürfnis geführt haben.

### 9.4.1 Wesen und Folgen der industriellen Revolution

Die industrielle Revolution<sup>120</sup> ist zunächst eine rein technische Angelegenheit; es geht um technische Entdeckungen, welche die bisherige Produktionsweise verändern. Es

<sup>118</sup> Vgl. QUELLEN II, 164.

<sup>119</sup> Vgl. QUELLEN II, 165.

<sup>120</sup> Die industrielle Revolution in der Schweiz, Text dazu von STEFAN RÜESCH: War die Schweiz in der Mitte des 18. Jahrhunderts ein noch relativ armes Land gewesen, so durfte man sie 1848 durchaus als wohlhabend bezeichnen. Die wirtschaftliche Entwicklung in der Schweiz des 19. Jahrhunderts war äusserst rasant verlaufen. Die Industrialisierung hatte hier schon früh eingesetzt, nach England gehört unser Land zu den Vorreitern. Begünstigt wurde das schnelle Wachstum aber auch durch ein günstiges Konjunkturklima in ganz Europa und in den USA. Die Wirtschaft in der Mitte des 19. Jahrhunderts wurde teilweise von den gleichen Faktoren dominiert wie heute: Ein Mangel an Rohstoffen, sehr gut qualifizierte Arbeitskräfte und im Überfluss vorhandenes Investitionskapital. Auch damals war die Schweiz nicht grösser als heute, der Absatzmarkt für Produkte war nicht übermässig gross. Deshalb konzentrierten sich weite Teile der Schweizer Industrie bereits früh auf den Export. Dominierend waren dabei zwei Industriezweige: die Textil- und die Maschinenindustrie, wobei die erste Mitte des 19. Jahrhundert die weitaus wichtigere war. Die schwunghafte Entwicklung der Schweizer Exportindustrie lässt sich auf mehrere Faktoren zurückführen. Schweizer Unternehmer und Politiker hatten sich bereits ab 1830 für den Freihandel eingesetzt. Sie kämpften in Aus- und Inland für offene Grenzen. Weiter erlangte das Schweizer Eisenbahnnetz europäische Bedeutung als Knotenpunkt. Und schliesslich orientierte sich die Wirtschaft schon früh am Anschluss an die europäischen und überseeischen Handelsströme. Die Schweiz war schon damals sehr eng mit der europäischen Wirtschaft

verflochten. Die industrielle Revolution hatte zu Beginn des 19. Jahrhunderts überhaupt erst die Voraussetzung für die Expansion der Wirtschaft geschaffen. Die neuen Produktionsmethoden ermöglichten die Massenherstellung von Gütern. Plötzlich übernahmen Maschinen die Tätigkeiten, die zuvor Menschen ausgeführt hatten. Die Arbeit wurde immer weniger im kleinen Handwerkerbetrieb ausgeführt, sondern in Fabriken. Diese Entwicklung brachte einen neuen Typus hervor: den Unternehmer, der sich im Markt bewegt. Dass ein Markt überhaupt existierte, war eine Revolution, nachdem die Wirtschaft vorher jahrhundertlang stark reguliert worden war. Die Baumwollindustrie zeigt exemplarisch die Fortschritte in der Produktion: Die gleiche Anzahl Unternehmen verfügte durch die Einführung des mechanischen Webstuhles im Jahr 1872 über 2'059'000 Spindeln, nachdem sie 1844 noch 660'000 Spindeln hatte. Gleichzeitig wurde die Zahl der Angestellten "nur" verdoppelt. Der Anteil der Fabrikarbeiter an der Gesamtzahl der Beschäftigten stieg zwischen 1850 und 1870 von einem Fünftel auf ein Drittel. Immer mehr Produkte konnten in Fabriken produziert werden: Zigarren (1850), Kondensmilch (1866), Trockensuppe (1866), Schuhe (1869). Für den wirtschaftlichen Erfolg verantwortlich war in erster Linie das Bürgertum. Die Förderung der Wirtschaft war ein zentraler Bestandteil der Ideologie der Bürgerlichen. Sie glaubten, dass man der Wirtschaft nur freien Lauf lassen müsse und auf gar keinen Fall auf irgendeine Art und Weise behindern dürfe. Dies sei die Grundlage für einen funktionierenden Staat. Wenn die Wirtschaft wachse, dann gehe es jedem einzelnen besser. In keinem anderem Land Europas hat sich das Bürgertum so umfassend durchgesetzt wie in der Schweiz. Die Schweiz war vom Beginn ihrer Existenz an vom bürgerlichen Weltbild dominiert. Doch weshalb konnte das Bürgertum in der Schweiz eine vergleichsweise dominierende Rolle übernehmen? Verantwortlich waren hierfür zwei Faktoren: Erstens war die Aristokratie in der Schweiz relativ schwach. Es gab also von dieser Seite nicht gross Widerstände wie z.B. in Deutschland. Dort hatte der Adel die Macht fest in seinen Händen und war bereit zu kämpfen. Zweitens war die Schweiz sehr ländlich. Die Industrialisierung hatte sich kaum in den Städten, sondern vor allem in den Dörfern vollzogen. Die Arbeiter in den Fabriken waren in die dörfliche Gemeinschaft integriert und radikalisierten sich weniger als in anderen Ländern. Bei der Gründung des Bundesstaates war das Bürgertum die treibende Kraft. Denn die gemässigten und radikalen Liberalen, Hauptträger der bürgerlichen Schicht, dominierten bis 1848 Wirtschaft, Kultur und Gesellschaft. Im alten Staatenbund "Eidgenossenschaft" hatten sie aber nichts zu melden. Den Bundesstaat wollten die Liberalen aus mehrerlei Gründen. Der Nationalstaat war ein Bestandteil ihrer Ideologie. Mit dem Begriff meinte man ein politisches Gebilde, das auf einem freiwilligen Zusammenschluss vernunftbegabter Bürger beruht. Ein Nationalstaat war deshalb immer auch eine Demokratie. Zweitens wollten die Bürgerlichen den Nationalstaat, weil sie auf einen grösseren Wirtschaftsraum angewiesen waren. Die zuvor selbständigen Kantone hatten teilweise eigene Münzen und erhoben eigene Zölle. Mit der Gründung des Bundesstaates fielen diese Hindernisse weg. Der Vorgang ist deshalb durchaus mit dem der europäischen Integration vergleichbar. Dazu war eine moderne Volkswirtschaft, wie sie in der Schweiz damals entstand, auch auf eine fortschrittliche Politik und eine zeitgemässe Verwaltung angewiesen. All dies konnte mit dem neuen Staat sichergestellt werden. Das Bürgertum dominierte nicht nur die Wirtschaft, bürgerliche Normen und Werte waren auch für Kultur und Gesellschaft massgebend. Arbeitssamkeit, Rationalität, Selbstkontrolle, Eigentverantwortlichkeit, die Betonung des Individuums waren zentrale Werte, die auch heute noch ihre Gültigkeit haben. Obwohl die bürgerliche Klasse nur etwa zehn Prozent der Bevölkerung umfasste, konnte sich "diesem Kulturmodell auf Dauer weder die Arbeiterschaft noch die bäuerliche Bevölkerung" entziehen, wie der Berner Historiker Albert Tanner in seinem Werk "Arbeitsame Patrioten – Wohlstandige Damen" feststellt. Das bürgerliche Modell war ein Gegenmodell zum Weltbild der Aristokratie, in dem die Ordnung gottgegeben war. Jedem Menschen war darin ein fester Platz zugewiesen. Wer sich dagegen auflehnte, beging Gotteslästerung. Mit der Betonung der Eigenverantwortlichkeit grenzte sich das Bürgertum von der Aristokratie ab. Jeder war im bürgerlichen Weltbild für sein Schicksal selbst verantwortlich ("Jeder ist seines eigenen Glückes Schmied"). Zumindest theoretisch sollte jeder die gleichen Startbedingungen und -chancen haben. Wer den Weg nach oben schaffen wollte, der musste arbeiten und Leistung erbringen. Diese Prinzipien des Liberalismus sind Grundlage der Marktwirtschaft, wie wir sie heute noch kennen. Die Werte haben auch heute noch Gültigkeit. Der Wert eines Menschen wird über seine Arbeit und seinen Lohn definiert. Das Selbstbewusstsein hängt mit der beruflichen Tätigkeit zusammen. Wer seine Arbeit verliert, der verliert – überspitzt formuliert – seinen Platz in der Gesellschaft. Wer nicht arbeitet, ist selber schuld,

werden Maschinen (Spinnmaschinen, mechanische Webstühle, Dampfmaschinen) hergestellt, welche eine gesteigerte Produktion ermöglichen und die hergebrachte Form der Handarbeit verdrängen. Es kann durch die mechanische Produktionsweise mehr, rascher und billiger produziert werden, was zu einer Umwälzung der Marktstrategie führt. Zwar gibt es schon vorher so etwas wie industrielle Arbeit (Manufakturen usw.). Die hauptsächliche Art der Produktion beruht jedoch auf dem Verlagssystem: Die bäuerliche Bevölkerung arbeitet für städtische Handelsleute, indem sie auf eigene Rechnung zu Hause webt oder Textilien verarbeitet. Dieses System ermöglicht beiden Seiten eine grosse Flexibilität und die Bauern können auf diese Weise ihre Würde wahren. Die industrielle Revolution bringt das Ende dieser flexiblen Arbeitsweise; die Mischung der verschiedenen Tätigkeiten ist nicht mehr möglich, da die Produktionsmittel nun den Fabrikherren gehören, die Arbeiter in die Fabriken gehen müssen usw.<sup>121</sup> Die Menschen sind allein noch als Rechtssubjekte interessant, die das einzige verkaufen, was sie haben: ihre Arbeitskraft. Sie sind gezwungen, die Angebote der Fabrikherren anzunehmen (Ausbeutung und Proletarisierung der Arbeiter [vgl. oben 7.4, 8.1.4, 8.4.2B])).

---

denn jeder der will, findet eine neue Stelle. Dies alles sind Werte, die noch aus dem 19. Jahrhundert stammen. Unsere Leistungsgesellschaft beruht auf diesen Grundlagen. Der Einfluss des Bürgertums auf unser Leben wird auch in anderen, sehr unterschiedlichen Bereichen sichtbar. So sind die vielen Vereine, die das gesellschaftliche Leben der Schweiz prägen, eine bürgerliche "Erfindung". Oder das Familienbild, mit der Frau als Hüterin des Heims und dem Mann als Ernährer, entstammt ebenfalls dieser Zeit. Oder - um wieder auf die politische Ebene zurückzukehren - die vorherrschende Stellung der FDP, DIE bürgerliche Partei in der Schweiz. Als Fazit bleibt: Es lohnt sich, sich mit dem Bürgertum und seinen Werten auseinanderzusetzen, denn sie sind Teil unserer kollektiven Identität.

<sup>121</sup> Vgl. etwa das Vorkommnis des Brandes von Uster 1832: Seit etwa 1790 war die **textile Heimindustrie im Zürcher Oberland** von einem Strukturwandel gekennzeichnet. Das Aufkommen der mechanischen Spinnereien führte zu einem Einbruch der auf Heimarbeit basierenden Handspinnerei. Die dadurch frei gewordenen Arbeitskräfte stellten auf Heimweberei um. Während die Heimarbeiter im 18. Jahrhundert von Verlegern abhängig waren, die ihnen die Rohstoffe brachten und die Zwischen- und Fertigprodukte abnahmen, machten sie sich zu Beginn des 19. Jahrhunderts unternehmerisch selbständig und verkauften ihre Erzeugnisse selber. Tatsächlich konnten sich die Heimarbeiter nach dem Einbruch der Handspinnerei ein Auskommen als Handweber schaffen – das nun **durch Maschinen erneut gefährdet** schien. In der Schweiz wurden die ersten mechanischen Webstühle im Jahr 1830 in Biel in Betrieb genommen. Diesem Beispiel folgten die Fabrikanten Korrodi und Pfister, die in Oberuster 21 mechanische Webstühle einrichteten. Doch wegen der feindlichen Stimmung im Volk standen diese Maschinen still. Am 22. November 1832, am zweiten **Jahrestag der Volksversammlung von Uster**, sollte der Konflikt offen ausbrechen. Die Organisatoren der Ustertagfeier rechneten mit Tumulten. Zwar sah der nunmehr liberale Regierungsrat von Polizeimassnahmen ab, doch sollte eine Delegation von zwei Regierungs- und vier Kantonsräten in Uster vermitteln. Schon am Morgen erschien eine grosse Schar Unzufriedener aus dem Oberland in Oberuster, beileibe nicht nur Handweber. Anfänglich schien alles nur Drohgebärde, bis ein Steinwurf gegen eine Fensterscheibe den Sturm auf Fabrikgebäude signalisierte. Etwa **fünfzig Männer legten Feuer und verhinderten Löschaktionen**. Vor der brennenden Weberei kam es zu wüsten Schlägereien. Nur zu Beginn ihrer Aktion genossen die Maschinenstürmer Sympathien im Volk. Als die Fabrik bereits brannte, gelang es einem Aufseher, in Kirchuster die Teilnehmer der Gedenkveranstaltung zu alarmieren. Zwar konnten die meisten Maschinenstürmer fliehen, doch viele von ihnen erkannte die Vermittlungsdelegation des Regierungsrats. Einmal unter Druck geraten, verloren die Maschinenstürmer ihren inneren Zusammenhalt und denunzierten sich gegenseitig. BUCHER ERWIN, Der Brand von Uster aus dem Jahr 1832, in: Schweizerische Zeitschrift für Geschichte, Bd. 32, 1982, S. 5-111; SCHNEIDER HANSJÖRG, Stücke II (enthält u.a. Der Brand von Uster), Zürich 1985.

Die neu entstandene Industrie, die Fabriken brauchen mehr Arbeitskräfte als jemals zuvor, die industrielle Revolution wäre ohne den Einsatz Tausender und Abertausender von Arbeitskräften undenkbar gewesen. Durch den Einsatz technischer Hilfsmittel auch in der Landwirtschaft (Agrarrevolution) werden zusätzliche Arbeitskräfte frei, denn es kann nun auch hier mit weniger Leuten mehr produziert werden. Ebenso dient die Niederlassungsfreiheit, welche 1848 mit der neuen bürgerlichen Verfassung eingeführt wird, der Mobilisierung von Arbeitskräften. Und das Argument der Liberalen, Armut gehe auf Arbeitsscheue zurück, die Verpflichtung armer Leute zur Zwangsarbeit, Erziehung durch Arbeit oder Pestalozzis Erziehungsideale (Würdige Erziehung des Fabrikarbeiters) waren ebenfalls diesem Ziel verpflichtet.

Die industrielle Revolution bricht in die alte Welt ein wie ein Gewitter, welches nach seiner eigenen Logik alles verändert. Es gab kein Ausweichen.<sup>122</sup> Ein Glarner Pfarrer, BERNHARD BECKER (1819-1879), hat 1858 ein Buch über die Auswirkungen der industriellen Revolution veröffentlicht: „Ein Wort über die Fabrikindustrie“.

#### **9.4.2 Die „brauchbare“ juristische Person: Die Kapitalgesellschaft**

Das entscheidende, umstürzende Ereignis des 19. Jahrhunderts, die industrielle Revolution, findet im Grunde ohne Beitrag des Rechts statt. Gerade die Schweiz, und hier insbesondere der Kanton Glarus, gehört zu denjenigen Regionen, welche diese Revolution als erste erleben: Trotzdem besteht im Kanton Glarus noch bis in die 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts das vorbürgerliche Recht des Ancien Régimes weiter. Die Industrialisierung ist offenbar auf die Hilfe des Rechts nicht angewiesen. Erst nach der erfolgreichen Durchführung der industriellen Revolution wird ein Recht gefordert, welches das Funktionieren des Marktes unterstützen und garantieren soll.

Der einzige Beitrag des Rechts im Rahmen der industriellen Revolution war das Zurverfügungstellen der Kapitalgesellschaft (Aktiengesellschaft).<sup>123</sup> Es wird nicht die juristische Person an sich entdeckt, sondern diejenige, welche in der konkreten Situation gebraucht wird: Denn das Programm der industriellen Revolution kann ohne Geld und Investitionen nicht durchgeführt werden. Die Errichtung von Fabriken, Eisenbahnen usf. braucht mehr und anderes Kapital als bisher – kein Handelskapital, sondern Risikokapital. Es ist nötig, die Leute zu veranlassen, ihr Geld auch in unsichere Projekte zu investieren. Die juristische Form der Aktiengesellschaft ermöglicht die Mobilisierung des für die Umsetzung der industriellen Revolution geforderten Kapitals, indem sie rechtlich die Haftung und das Risiko der Investoren durch die Verselbständigung und Abtrennung dieses Kapitals beschränkt. Man kann höchstens das investierte Kapital verlieren. Auf der andern Seite ist der Gewinn nicht beschränkt, was die Investition im Falle des Erfolgs zu einer sehr profitablen Anlage macht.<sup>124</sup>

---

<sup>122</sup> Zur Frage, ob das Gewitter vorausgeahnt werden konnte vgl. z.B. GOETHE JOHANN WOLFGANG VON, Wilhelm Meisters Wanderjahre: Fünftes Kapitel, Lenardos Tagebuch; Dreizehntes Kapitel, Lenardos Tagebuch (Fortsetzung) [in der Hamburger Ausgabe Bd. 8, S. 338 ff. und 415 ff.].

<sup>123</sup> Vgl. QUELLEN II, 173.

<sup>124</sup> Vgl. QUELLEN II, 174 a).

Der Hauptgrund, weshalb die Aktiengesellschaft sich hervorragend zur Beschaffung von Kapital eignet, ist jedoch die Möglichkeit, das Kapital in eine beliebige Zahl von Aktien zu unterteilen, was auch die Investition kleinster Beträge möglich macht und das Mitmachen aller fördert. Je grösser der Kreis der Aktionäre, desto geringer die Kritik an der bürgerlichen Wirtschaftspolitik und den finanzierten Unternehmungen. In Frankreich z.B. investieren sogar Leute aus dem Kreis des Klerus<sup>125</sup> und der Aristokratie, deren Interessen dadurch mit denjenigen des Bürgertums gleichgeschaltet werden.

Zudem ermöglicht die Ausgestaltung der Aktien als Wertpapiere jederzeit den Ausstieg aus den Investitionen, wenn sie jemandem zu risikoreich werden; dadurch kann auch dieses an sich gebundene Kapital weiter in Zirkulation bleiben und die Aktien können als Sicherheit für weitere Kapitalbeschaffung (z.B. Lombardkredite) eingesetzt werden.

W. SOMBART spricht von der Versachlichung des Kapitals: „Was mir vielmehr das kennzeichnende Merkmal der Aktiengesellschaft zu sein scheint, ist dieses, dass in der Aktiengesellschaft der Sachunternehmer, der ‚Kapitalist‘ losgelöst ist von dem Unternehmen oder vielmehr: dank der der Aktiengesellschaft eigenen Struktur losgelöst werden kann. Mit der Trennung des ‚Geschäfts‘ von der Person des Unternehmers wird in dieser Wirtschaftsform Ernst gemacht. ... Es liegt im Wesen der Aktiengesellschaft, dass niemand sagen kann: das ist der Mann oder das sind die Männer, denen das Unternehmen zugehört.“<sup>125</sup>

### 9.4.3 Die unerwünschten, nicht gebrauchten juristischen Personen: Vereine und Stiftungen

#### A) Ideelle Vereine

Die Vereinsfreiheit und die Möglichkeit ohne grossen formellen Aufwand einen beliebigen ideellen Verein zu gründen (vgl. Art. 60 ff. ZGB) gelten als grosse Errungenschaften des liberalen Staates. Wir haben deshalb Mühe zu verstehen, dass der bürgerliche Staat im 19. Jahrhundert dem ideellen Verein nicht positiv gegenübersteht. Eine erste Erwähnung findet er erstmals 1810 im französischen Code pénal: Nichtwirtschaftliche Vereine dürfen nur mit einer Genehmigung der Regierung gebildet werden.<sup>126</sup> Man denke primär an politische Vereine, insbesondere Arbeitervereine, welchen der bürgerliche Staat mehr als skeptisch gegenüber steht: Es herrscht eine Stimmung, die im Laufe des Jahrhunderts zur verfassungsmässigen Verankerung eines Koalitionsverbotes in ganz Europa führte. Die bürgerliche Welt will nicht auf die Wünsche der Arbeiter eingehen.

Auf der andern Seite beanspruchen die Liberalen für sich selbst die Vereins- und Vertragsfreiheit. Die brauchen diese, um ihre Pläne verwirklichen zu können. Die Vereinsfreiheit ist Funktion des bürgerlichen Programmes. Die Vereinsfreiheit hatte in der damaligen Realität nie die Tragweite eines Grundrechts. Es handelt sich nicht um eine abstrakte Vereinsfreiheit, sondern um die Vereinsfreiheit der bürgerlichen Gesellschaft (vgl. auch 9.6.2, §11).

<sup>125</sup> Zitiert nach QUELLEN II, 178 a).

<sup>126</sup> Vgl. QUELLEN II, 171.

## B) Stiftungen

Die Stiftung wird mit den riesigen Vermögensanhäufungen der Kirche assoziiert (vgl. 8.4.3 [letztes Lemma], 11.3.2A) und Rechtsgeschichte I, 6.2). Die Liberalen denken an diese bereits bestehenden Vermögen, mit welchen nichts im Sinne der effizienten Nutzung und Verfügung gemacht wird (brachliegendes Vermögen) und wollen deshalb verhindern, dass noch mehr solche Vermögen angehäuft und dem Markt entzogen werden.

## 9.5 Die begriffsjuristische Geschichte der juristischen Person

QUELLEN II, 187 ff.; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, §2 N 10 ff.

### 9.5.1 Schwierigkeiten einer Begriffsbildung

Die Reaktion der Juristen auf die Bedürfnisse der Gesellschaft nach juristischer Selbstständigkeit von Personenverbindungen war schwerfällig. Sie schafften es offenbar nicht, auf die Erwartungen eine einfache Antwort zu geben. Im Laufe des 19. Jahrhunderts wurden Hunderte von Büchern und Aufsätzen geschrieben und Dutzende von verschiedenen Lehren der juristischen Person entwickelt.

Im Zentrum der neuen Privatrechtslehre des 19. Jahrhunderts steht der Mensch als autonomes Rechtssubjekt. Vor diesem Hintergrund überrascht die Orientierungslosigkeit der Juristen nicht, wenn sie darüber nachdenken, ob im Zentrum auch etwas anderes als der Mensch stehen könnte: nämlich künstliche, juristische Personen. Dies führt zu gegensätzlichen Lösungen.

### 9.5.2 Die Fiktionstheorie

MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, §2 N 11 ff.

Die Vertreter der Fiktionstheorie (vor allem die Romanisten der Historischen Schule) anerkennen grundsätzlich als Rechtssubjekte nur Menschen; nur diese können ihr Leben selber gestalten. Manchmal sei es aber notwendig, die Rechtssubjektsqualität auf "irgend etwas anderes" (so SAVIGNY) auszudehnen: z.B. auf eine künstliche Person, die durch das Recht sie erzeugen würde. Diese juristischen Personen können zwar handeln wie natürliche. Entscheidend ist aber die konstitutive Bedeutung der staatlichen Gesetzgebung: ohne das Recht gäbe es auch keine juristische Person: "Eine juristische Person ist eine nicht wirklich existierende, sondern nur eine vorgestellte Person" (so WINDSCHEID). Sie existiert nur in der Gedankenvorstellung, nicht in der Realität.

Diese Lehre, deren Wurzeln von ihren Vertretern in der Kanonistik des 13./14. Jahrhunderts erblickt werden, hatte Erfolg, weil es ihr gelungen war, Leute zu überzeugen, die verschiedenen Richtungen angehörten:

- Individualisten: Sie vertreten die Ansicht, dass als eigentliche Rechtssubjekte nur die Menschen in Frage kommen, alles andere sei Fiktion.
- Anhänger der Kodifikation und der Entscheidungen des Gesetzgebers: Für sie ist die staatliche Gesetzgebung das Entscheidende, ohne die man das künstliche Gebilde der juristischen Person gar nicht hätte.

### 9.5.3 Die Realitätstheorie

MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, §2 N 14 ff.

Die Germanisten (vor allem OTTO VON GIERKE) konnten mit der Fiktionstheorie nichts anfangen. Für sie gab es juristische Personen wirklich, sie seien nicht nur eine Fiktion. Denn hinter der juristischen Person agierten stets Menschen. Die juristische Person sei deshalb genauso reell wie die Menschen dahinter. GIERKE hob z.B. die Realität der (deutschen) Genossenschaft hervor. Von der Realität des Menschen unterscheiden sich die juristische Person nur dadurch, dass sie nicht als körperlicher, sondern als sozialer Organismus aufgebaut ist.

Im Unterschied zur Fiktionstheorie findet in der Realitätstheorie das Recht die juristische Person vor; das Recht muss sie nicht erst schaffen. Seine einzige Aufgabe ist ihre Anerkennung und Legitimation *ex post*. Das Recht hat keine konstitutive Bedeutung wie bei der Fiktionstheorie.

### 9.5.4 Der Theorienstreit und die Haftungsfrage

In der Praxis haben diese beiden Theorien nur eine bescheidene Rolle gespielt. Einzig bei der Frage der Haftung gibt es einen grossen praktischen Unterschied:

#### A) Fiktionstheorie

Die fiktiven, d.h. juristischen Personen können nur durch Stellvertreter (vgl. Art. 32 ff. OR) handeln, um nach Aussen aufzutreten. Der Wille des Vertreters wird dann infolge der Fiktion der juristischen Person als deren eigener Wille angerechnet, jedoch nur innerhalb der Vertretungskompetenz. Somit können juristische Personen Rechtsgeschäfte abschliessen, niemals aber ein Delikt begehen, weil dies immer ausserhalb der Vertretungskompetenz liegt. Für Delikte haftet also der Vertreter (und nur er) selber. Die juristische Person ist geschäftsfähig, aber nicht deliktsfähig.

#### B) Realitätstheorie

Ausgehend von der Vorstellung eines wirklich existierenden sozialen Organismus, welcher die juristische Person bildet, wurden für die Handlungs- und Deliktsfähigkeit folgendes abgeleitet: Wie der Mensch, so handelt auch die juristische Person durch Organe, welche Bestandteile der juristischen Person sind – allerdings nicht durch körperliche, sondern durch Organe im Rechtssinne, d.h. durch Menschen, welche für die juristische Person auftreten. Durch ihre Tätigkeit wird die juristische Person selbst tätig und ihre Handlungen werden der juristischen Person zugerechnet wie einer natürlichen Person. Die juristische Person ist vollumfänglich handlungsfähig – sowohl für rechtsgeschäftliche wie für deliktische Handlungen (vgl. Art. 55 II ZGB).

## 9.6 Bemerkungen zur Geschichte der Aktiengesellschaft

### 9.6.1 Die Südsee-Compagnien des 17. Jahrhunderts

Die anerkannteste Vorform der modernen Aktiengesellschaft sind die Südsee-Compagnien, welche im 17. Jahrhundert in England, Frankreich und den Niederlanden durch königliche Privilegien errichtet wurden. In diesen Compagnien trafen die Interessen des absoluten Herrschers mit denjenigen der Kaufleuten zusammen: beide Seiten waren daran interessiert, durch diese – den Kreuzzügen ähnliche – Unternehmungen den Fernhandel als lukratives Geschäft aufzubauen. Um die bereits zu Beginn nötigen immensen Geldmittel zu erlangen, wurden den Kaufleuten und Investoren diesbezüglich gewisse Privilegien eingeräumt (vgl. oben 5.3.1).

Die Struktur dieser Compagnien wich von vom Bild der bisherigen grossen Handelsgesellschaften ab. Diese hatten sich nach dem sachenrechtlichen Prinzip der Gesamthandshaft und in familiärem Aufbau organisiert (konkrete Menschen, nicht namenlose Individuen; persönliche Elemente sind zentral; Arbeits- und Berufsgemeinschaft [vgl. oben 9.2.1, erstes Lemma]). Dieses Bild wird im Rahmen der Südsee-Compagnien ersetzt durch die Anonymität und Versachlichung der Unternehmung und des Kapitals (vgl. oben 9.4.2 am Ende): Der konkrete Mensch ist nebensächlich, ist ersetzbar (société anonyme). Zwischen die Gesellschaft und die Beteiligten wird eine Trennwand eingefügt; das Kapital entfernt sich von den konkreten Lebenszielen der Beteiligten, es wird autonom.

Die vom absoluten Herrscher eingeräumten Privilegien betrafen insbesondere die Haftungsbeschränkung. Bisher galt als Grundprinzip die persönliche und unbeschränkte Haftung (mit einer ersten Ausnahme bei der Kommanditgesellschaft). Erstmals wird diese Ausnahme als königliches Privileg aber allen an diesen Unternehmungen Beteiligten zugestanden, sowohl den Geschäftsführern wie den Investoren (Aktionären).<sup>127</sup> Neuartig ist auch die Art und Weise der Kapitalbeschaffung für diese Südsee-Compagnien: Das Kapital wird in Teile zerlegt und in Aktien (Wertpapieren) verbrieft. Dies beides bringt sowohl den Aktionären wie den Geschäftsleuten Vorteile (vgl. oben 9.4.2): Zum einen kann auf diese Weise das Kapital optimal mobilisiert werden, auch kleine Beträge und von Leuten, die dem absoluten Herrscher gegenüber ablehnend eingestellt waren (Bauern, Klerus usw.). Je mehr Leute sich an diesen Projekten beteiligen, desto geringer die Kritik an der dahinter stehenden Wirtschaftspolitik. Und zum andern wäre es kaum möglich gewesen, die benötigten Kapitalien über die traditionellen Quellen, d.h. die Banken, zu beziehen. Die Zinsen wäre aufgrund des Risikos zu hoch gewesen. Zudem wollten auch die Kaufleute nicht das Risiko der Rückzahlung im Falle des Totalverlust eingehen. Diese Unternehmen benötigten eine neue Qualität von Kapital, sog. Risikokapital, welches im Falle des „Schiffbruchs“ nicht zurück bezahlt zu werden braucht. Kapital von dem die Investoren wissen, dass sie es – als Preis für die immensen Gewinnchancen – allenfalls ganz verlieren werden (aber in keinem Fall mehr).

---

<sup>127</sup> Vgl. auch QUELLEN II, 177 b).

All diese genannten Punkte legitimieren einen Vergleich der Südsee-Compagnien mit der Aktiengesellschaft; auch wenn jene, als Ausfluss absolutistischer staatlicher Wirtschaftspolitik, mit der bürgerlichen Aktiengesellschaft auf den ersten Blick wenig gemein zu haben scheint.

### **9.6.2 Die Aktiengesellschaft des 19. Jahrhunderts – Eine Lehre der Entprivilegierung**

Die Aktiengesellschaft als Phänomen des 19. Jahrhunderts ist im Zusammenhang mit den unter den Begriffen der industriellen Revolution, der Transportrevolution und der Agrarrevolution bekannten Erscheinungen zu sehen (vgl. oben 9.4.1). Man könnte die Aktiengesellschaft auch als ein Stück industrieller Revolution innerhalb der Rechtsordnung bezeichnen (vgl. oben 9.4.2), als Beitrag des Rechts zu dieser gesellschaftlichen Entwicklung. Die industrielle Revolution wäre ohne Risikokapital, und solches ohne das Institut der Aktiengesellschaft nicht denkbar gewesen.

Eine Gesellschaft in der Form der Südsee-Compagnien wäre jedoch im 19. Jahrhundert, in einem Staat, einer Gesellschaft nach der bürgerlichen Revolution, welche auch die Abschaffung jeglicher feudaler Privilegien und Einführung der Rechtsgleichheit zum Ziel hatte, nicht mehr akzeptiert worden. So musste auch diesbezüglich eine Entprivilegierung, d.h. die Verallgemeinerung des Instituts der Aktiengesellschaft stattfinden. Die Aktiengesellschaft musste allen zur Verfügung gestellt werden (vgl. auch oben 5.1.3), auch wenn faktisch nur Geschäfts- und Kaufleute an dieser überhaupt ein Interesse hatten. Im Grunde konnte nur ein Teil der Gesellschaft mit diesem (handelsrechtlichen) Institut etwas anfangen, wie auch andere Institute des bürgerlichen Recht hinter ihrer allgemeinen Fassade eine andere Realität verstecken (vgl. auch oben 7.4, 8.4).

Ebenso stellt sich die Frage, wie sich die Möglichkeit der Haftungsbeschränkung in dieser Zeit erklärt, in der für Privilegien kein Platz mehr vorhanden ist? Wie erreicht man, ohne die Eindruck eines Privilegs zu erwecken, dennoch diese Haftungsbeschränkung? Sie konnte jedenfalls nicht damit begründet werden, sie stehe den Kaufleuten zu, weil sie Kaufleute seine bzw. weil sie eine für die Gesellschaft wichtig Funktion erfüllten. Die Rechtsordnung muss eine faktische Haftungsbeschränkung erreichen, die automatisch aufgrund der Wahl des Rechtsinstituts eintritt. Diese automatische Haftungsbeschränkung wird erreicht, indem man die Aktiengesellschaft als juristische Person ausgestaltet. Durch diesen Schritt trennt man die Aktionäre vom Unternehmen; sie haben mit diesem direkt nichts mehr zu tun: Die juristische Person haftet allein mit ihrem Vermögen (den von den Aktionären eingezahlten Beträgen) für ihre Verbindlichkeiten.

Die Ausgestaltung der Aktiengesellschaft als juristische Person erscheint unter diesem Gesichtspunkt als Verdecken der faktischen Zuweisung von Privilegien an Einzelne. Die wirtschaftlichen Funktionen hätte die Aktiengesellschaft auch in der Form erfüllen können, welche sie bereits zur Zeit der Südsee-Compagnien hatte. Doch durch die Zuweisung einer eigenen Rechtspersönlichkeit lässt sich die Haftungsbeschränkung dogmatisch direkt aus dem Begriff der Aktiengesellschaft ableiten; sie ergibt sich zwangsläufig und ist somit keine willkürliche Privilegierung.

### 9.6.3 Vom Konzessions- zum Normativsystem

Die Art und Weise wie Aktiengesellschaften gegründet werden können, eröffnet einen Einblick zum einen in die Bedeutung der Aktiengesellschaft in einer Gesellschaft und zum andern auf die Haltung des Staates zu dieser.

#### A) Konzessionssystem

In der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts war das Konzessionssystem (d.h. Erfordernis der Anerkennung bzw. Genehmigung durch den Staat) die allgemein verbreitete Regelung zur Zulassung von Aktiengesellschaften. Die Gesellschaft konnte erst aufgrund einer staatlichen Konzession entstehen, welcher eine konkrete Prüfung (des Gesuchs, der Belege usw.) durch eine staatliche Behörde voraus ging.<sup>128</sup>

Diese Konzessionserteilung erinnert durch ihre individualisierende Funktion stark an die frühere Erteilung von Privilegien durch den Herrscher (vgl. oben 9.6.1). Es fragt sich, welche Gründe dafür angegeben wurden, in einer Zeit, in welcher man staatlichen Eingriffen im Übrigen abgeneigt war (Vereins-, Vertrags- und Wirtschaftsfreiheit)? Das Argument, die juristische Person verdanke ihre Existenz in jedem Fall der staatlichen Gesetzgebung (also einem staatlichen „Eingriff“), vermag nicht zu überzeugen, denn an dieser Tatsache wird auch unter einem andern System nicht gerüttelt. Es muss also andere Gründe geben, weshalb man die Entstehung der Aktiengesellschaft von einem staatlichen Eingriff abhängig machen will, der den Einzelnen der staatlichen Willkür aussetzt.

Die Begründung mag zum einen in der Angst des Staates vor der Macht der Wirtschaft und deren Gebilden liegen, die er auf diese Weise zu kontrollieren hoffte. Gerade kleinere Kantone sahen sich teilweise den Vertretern der grossen Eisenbahngesellschaften gegenüber, hinter welchen eine grosse Kapitalkraft stand.<sup>129</sup> Die Skepsis war insbesondere dort gross, wo die Regierung noch aus Leuten bestand, welche eher der Aristokratie als dem Bürgertum angehörten.

Zudem besteht den Aktiengesellschaften (und generell dem Industriebürgertum, von welchem man keine Verantwortung für den Staat erwartet) gegenüber ein Misstrauen, man denkt hinter ihnen würden Missbrauch und der Versuch der Gläubigerschädigung stehen.<sup>130</sup> In der Praxis gab es tatsächlich Beispiele, welche dieses Misstrauen als berechtigt erscheinen liessen: oft nur Teilliberierung des Kapitals, Überbewertung von Aktiven und zu grosse Kreditbelastung. Deshalb sollten sich die Behörden zuerst ein Bild der Lage der Aktiengesellschaft machen, den finanziellen Hintergrund und die Sicherheiten prüfen usw.

Als Drittes wird etwa angeführt, die staatliche Prüfung sei Schutzmassnahme für die Vertrags- und Wirtschaftsfreiheit, damit durch die Gründung bestimmter Aktiengesellschaften keine Monopole entstünden. Dieser Grund überzeugt aber ebenfalls nicht un-

<sup>128</sup> Vgl. QUELLEN II, 179 a), c), d).

<sup>129</sup> Vgl. QUELLEN II, 182.

<sup>130</sup> Vgl. QUELLEN II, 179 b).

bedingt. Zwar mag dies in Einzelfällen vorgekommen sein,<sup>131</sup> doch hat der Staat in dieser Frage wohl meist mehr an sich als an das Funktionieren des Marktes gedacht.

## **B) Normativsystem**

Im Laufe der 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts erfolgte innerhalb kurzer Zeit (1860-70) allgemein der Wechsel zum Normativsystem.<sup>132</sup> Auch die Begründungen glichen sich auffallend.

Es wird geltend gemacht, das Konzessionssystem habe schon immer den liberalen Postulaten der Vertrags- und Wirtschaftsfreiheit widersprochen. Dieses Bewusstsein war um Mitte des Jahrhundert stärker geworden. Zudem sah man die rechtsgleiche Behandlung nicht gewährleistet, da die Behörden nicht verpflichtet waren, ihre Ablehnungsgründe bekannt zu geben. Und ebenso verletzte die Pflicht zur Konzession die Rechtssicherheit, konnte man sich doch nie darauf verlassen, eine Konzession zu erhalten.

Ausserdem sah man, dass die Prüfung zu Beginn nur ungenügende Aussagen über die weitere Entwicklung einer Aktiengesellschaft zuließ. Ein seriöses Erscheinungsbild für die Konzessionsprüfung war leicht herzustellen. Die Bestrebungen gingen deshalb dahin, die Anfangsprüfung durch eine ständige Kontrolle und totale Transparenz während des Geschäftsbetriebes zu ersetzen. Das Gesetz sollte die Bedingungen festlegen, welche erfüllt sein müssten, damit die Gesellschaft sich konstituieren könne. Ausserdem sollte die Aktiengesellschaft aus Gründen der Publizität nun des Handelsregistereintrags bedürfen: Dritte, die mit der Gesellschaft Geschäfte abschliessen wollen, haben die Gelegenheit, sich selbst ein Bild zu machen. Zudem wurde die (strafrechtliche) Verantwortlichkeit der Aktionäre, der Gründer und der Geschäftsführer der Aktiengesellschaft verschärft.

---

<sup>131</sup> Vgl. als Bsp. QUELLEN II, 181.

<sup>132</sup> In England und Frankreich 1867, in Italien 1866 und in Deutschland 1870. In der Schweiz erfolgte der Übergang erst mit dem Erlass des aOR 1881. Allerdings hatten einige Kantone (darunter GE, NE) diesen Schritt ebenfalls schon früher vollzogen und auch der Entwurf MUNZINGERS zu einem Handelsgesetzbuch (1864) sah keine Konzessionspflicht mehr vor. Vgl. QUELLEN II, 183 ff.

## **§10 Der alte und der neue Eigentumsbegriff**

### **10.1 Einleitung**

Stellt man einen neuen einem alten Begriff des Eigentums gegenüber, setzt dies voraus, dass es einen alten Begriff des Eigentums gegeben haben muss, dass der Begriff des Eigentums demnach eine Geschichte hat und kein absoluter Begriff ist. Die Rechtslehre (insbesondere die Pandektistik) fällt jedoch oft in Versuchung, gerade den Begriff des Eigentums als „ewige“, naturrechtliche Konstante vom römischen bis ins heutige Recht zu betrachten. Ist aber der Begriff des Eigentums nicht ewig, dann ist auch der heutige Begriff an die räumliche, zeitliche und soziale Situation der Gegenwart gebunden und ohne weitere Informationen über diesen Hintergrund nicht zu verstehen.

Die Zeit des Überganges vom alten zum neuen Eigentumsbegriff fällt in diejenige Zeitperiode, in diejenige Gesamtumwälzung von der bereits im Zusammenhang mit der Verallgemeinerung der Rechtsfähigkeit, des Vertrages und der juristischen Person die Rede war. Auch die Veränderung des Eigentumsbegriffes ist eine Bestätigung jener allgemeinen inhaltlichen Wandlung, welche die Geschichte des Privatrechts als Geschichte der Individualisierung und Vereinheitlichung erscheinen lässt. Früher verfügten mehrere Personen zusammen über das Eigentum an einer Sache; der neue Eigentumsbegriff, als Ergebnis der allgemeinen Individualisierung, beinhaltet die ausschliessliche Eigentümerstellung eines Einzelnen – er allein ist der Eigentümer der betreffenden Sache.

Wir haben die Tendenz, das Ausmass der Zersplitterung des Eigentums zu unterschätzen, sie nicht richtig erfassen zu können. Und damit verstehen wir auch die Andersartigkeit der alten Welt (insbes. des Mittelalters) nicht.

### **10.2 Eigentumszersplitterung als Dominanz des Kollektiveigentums**

Unter dem alten Eigentumsbegriff (Kollektiveigentum) haben sich verschiedene Eigentümer die verschiedenen Eigentumsbefugnisse geteilt. Dies war auf verschiedene Art und Weise möglich.

#### **10.2.1 Die Ursprünglichkeit des Kollektiveigentums**

In der Mitte des 19. Jahrhunderts war eine der umstrittenen Fragen, welches die ursprüngliche Form des Eigentums gewesen sei: das Kollektiv- oder das Alleineigentum.<sup>133</sup>

Die Belege weisen auf die Ursprünglichkeit des Kollektiveigentums, welches sich fast automatisch aus der Art und Weise der Bodennutzung ergab: Diese war immer Sache

---

<sup>133</sup> Insbesondere der Nachweis, dass die ursprüngliche Form das Alleineigentum gewesen sei, wäre zur Legitimation des neuen Begriffs erwünscht gewesen.

einer grösseren Gemeinschaft (Familie, Sippe, Gemeinde usf.) gewesen, welche sich gemeinsam an der Nutzung beteiligte. Es gab zwar auch Alleineigentum (Individual-eigentum oder Sondereigentum), aber dieses stand nicht im Zentrum der damaligen Gesellschaft.

### **10.2.2 Der Übergang zum Alleineigentum im 19. Jahrhundert**

Die Bedeutung des Alleineigentums nahm erst allmählich (und im 19. Jahrhundert sprunghaft) zu, während das Kollektiveigentum langsam an den Rand gedrängt wurde. Aber noch heute ist das Kollektiveigentum nicht ganz überwunden (Bürgergemeinden, Alpgenossenschaften). Zwar werden diese von den kantonalen Gesetzgebern als juristische Personen (des öffentlichen Rechts) bezeichnet, welchen die betreffenden Güter im Alleineigentum zustehen; die Mitglieder empfinden sich aber noch immer einzeln als Eigentümer (vgl. auch Rechtsgeschichte I, 12.4).

Viele kantonale Gesetzgebungen kannten auch im 19. Jahrhundert noch Institute welche an den früheren Zustand erinnern: Zugsrechte der Familie oder der Gemeinde, Vorkaufsrechte usf. Beim Verkauf oder bei der Erbschaft konnten so die früheren Eigentümer (bzw. das Kollektiv) mitreden. Ein letztes Überbleibsel finde sich auch noch in Art. 682 ZGB (Vorkaufsrecht der Miteigentümer).

### **10.2.3 Insbesondere Waldnutzung und Holzdiebstahl**

Eines der augenfälligsten Zeichen des Überganges vom Kollektiv- zum Alleineigentum ist das Erscheinen eines bestimmten Straftatbestandes in ganz Europa: der Holzdiebstahl. Dieses Delikt war bis anhin nicht bekannt und umfasste Handlungen, welche bis dahin völlig selbstverständlich waren: in den Wald gehen und Holz sammeln, wie dies die Leute seit Jahrhunderten getan hatten.

Im 19. Jahrhundert wurden Wälder wie Allmenden Objekte des Individualeigentums. Sozusagen über Nacht änderte sich der Rechtsstatus der Wälder. Die Eigentümer empfanden es plötzlich als Unsitte, dass Leute in „ihre“ Wälder gehen und Holz sammeln.<sup>134</sup>

## **10.3 Eigentumszersplitterung als Teilung des Eigentumsrechts nach Befugnissen**

SCHLOSSER, S. 59 ff.; WIEACKER, S. 84, 234 f.

### **10.3.1 Das Eigentum als Bündel von Befugnissen**

Das alte Eigentum lässt sich als Bündel von Eigentumsbefugnissen (Gebrauchs- und Nutzungsrechten) beschreiben, welche verschiedenen Berechtigten zustehen. Jemand hat das Recht die Wiese zu mähen, ein anderer das Recht, die darauf befindliche Quelle zu nutzen, ein Dritter beutet auf dem Grundstück Lehm aus und ein Vierter hat ein Wegerecht.

---

<sup>134</sup> Vgl. QUELLEN II, 196.

Ein Objekt steht also verschiedenen Berechtigten in unterschiedlicher Weise zu: alle Berechtigten sind Inhaber eines konkreten Nutzungsrechts. Das Eigentum ist die Summe aller dieser Befugnisse. Im Unterschied zu heute sind aber alle Berechtigten (Teil-)Eigentümer, welche nicht aufeinander angewiesen sind, so wie auch die verschiedenen Eigentumsbefugnisse nicht von einander abhängig sind. Dies lässt sich anschaulich durch die Metapher des Kuchens (Eigentum) und seine Teilstücke (Teilbefugnisse) darstellen.

Die mittelalterliche Rechtswissenschaft betrachtete diese Teilstücke als eigentliche Eigentumssplitter. Die Entstehung einer neuen Befugnis ist nicht eine Belastung des Eigentums, sondern nur ein weiteres Teilstück des Eigentums.

### 10.3.2 *Dominium utile – Dominium directum*

Die mittelalterlichen Rechtsgelehrten in Oberitalien (vgl. Rechtsgeschichte I, 13.1) schufen aus den römischen Rechtsquellen eine den grundherrschaftlichen Wirtschafts- und Sozialstrukturen der feudalen mittelalterlichen Gesellschaft angemessene Eigentumslehre: die Lehre des geteilten Eigentums (*dominium duplex*).

Grundlage des neuen Eigentumsverständnisses war zwar das *dominium* des römischen Rechts (grundsätzlich schrankenloses, unbegrenztes Herrschaftsrecht über eine Sache). Doch dem im Anschluss an das Lehensrecht praktisch, in Nutzungsbefugnissen denkenden mittelalterlichen Recht blieb der abstrakte römische Eigentumsbegriff fremd, sodass die Rechtslehre schliesslich im Lehensrecht zum Zweck der Erfassung der Rechtsstellung des Lehensherrn und des Lehensmannes (und damit zur juristischen Bewältigung des Feudalismus) die Rechtsfigur des geteilten Eigentums entwickelte. Grund- und Lehensherr hatten zwar das prinzipiell uneingeschränkte Verfügungsrecht (Verfügung, Teilung, Verpfändung usw.), das sog. Obereigentum (*dominium directum*), jedoch ohne Nutzungsbefugnisse oder Fruchtziehungsrechte (*nuda proprietas*). Über diese verfügte der Erbpächter, Erbbauberechtigte, Erbleihnehmer oder Lehensmann (*feudatarius*).<sup>135</sup> Ihm stand das nutzbare, zugunsten des Obereigentümers eingeschränkte Recht nur Kraft eines minderen sog. Untereigentums (*dominium utile*) zu (vgl. Rechtsgeschichte I, 12.2). Für beide Eigentumsformen war der Rechtsschutz der *rei vindicatio* und der *actio negatoria* (Eigentumsfreiheitsklage) vorgesehen. Allmählich setzte sich die Vererblichkeit des Untereigentums sowie seine Weiterveräusserung ohne Zustimmung des Obereigentümers durch. Sein Inhaber konnten schliesslich faktisch und rechtlich wie jeder Eigentümer über das *dominium utile* verfügen.<sup>136</sup>

Die Ansicht der Romanisten, die oberitalienischen Juristen hätten die römischen Quellen falsch verstanden, mag zutreffen. Doch ist anzunehmen, dass sie diese falsch verstehen wollten, um den Eigentumsbegriff zu erhalten, den sie brauchten. Sie benutzten die Quellen des römische Rechts bloss als Bausteine.

Die Lehre des geteilten Eigentums galt im gemeinen Recht bis ins 19. Jahrhundert, es gab sogar Gesetzbücher, welche sich dazu bekannten (ital. CC von 1865). In der Regel

<sup>135</sup> Vgl. Rechtsgeschichte I, 7.4.1.

<sup>136</sup> Vgl. QUELLEN II, 206 f.

aber kehren die bürgerlichen Gesetzbücher zum absoluten Eigentumsbegriff zurück.<sup>137</sup> Dies lässt die Frage aufkommen, wie diese Vereinheitlichung in der Realität zu bewerkstelligen sei. Insbesondere zwei Wege wurden in Betracht gezogen: die Aufhebung oder Ablösung der Feudallasten und die Umwandlung in beschränkte dingliche Rechte (vgl. unten 10.3.3 f.).

### **10.3.3 Im 19. Jahrhundert: Aufhebung / Ablösung der konkurrierenden dinglichen Rechte (Entfeudalisierung des Eigentums)**

Bei der Aufhebung oder Ablösung der Feudalrechte bzw. bei der Schaffung eines einheitlichen Eigentums ging es im Grunde um die Enteignung des einen der beiden Eigentümer.<sup>138</sup>

Gleich nach der Französischen Revolution wurden beispielsweise in Frankreich Gesetze zur Abschaffung der Feudalrechte erlassen. Ebenso in der Schweiz zur Zeit der Helvetik (vgl. Rechtsgeschichte I, 7.4.4), wo alle Zehntrechte für abgeschafft erklärt wurden. In der Schweiz scheiterte diese Art der Entfeudalisierung jedoch an den bestehenden Strukturen, weshalb in der Zeit der Regeneration<sup>139</sup> ein gemässigerer Weg eingeschlagen wurde. Die feudalen Rechte sollten von den Bauern entgeltlich abgelöst werden können. Dies hatte allerdings eine grosse Verschuldung der Bauern zur Folge und eine neue Abhängigkeit von den Banken. Für viele war dies schlimmer als die bisherigen Zustände (vgl. oben 7.4.2): „Mit dem Grundherrn liess sich reden, mit dem Bankier nicht, der will nur sein Geld sehen.“<sup>140</sup>

### **10.3.4 Im 19. Jahrhundert: Eigentum und beschränkte dingliche Rechte**

Der andere Weg, ein einheitliches Eigentum zu erreichen, bestand in der juristischen Lösung der Schaffung der beschränkten dinglichen Rechte. Bei dieser sehr effizienten Lösung – wie sie auch das ZGB kennt – werden die dinglichen Rechte in zwei Kategorien eingeteilt: das wichtigste Nutzungsrecht wird zum Alleineigentum erklärt, die übrigen Nutzungsrechte zu das Eigentumsrecht belastenden beschränkten dinglichen Rechten.<sup>141</sup>

Diese Überführung des geteilten Eigentums in einheitliches Eigentum erklärt das grosse Interesse des 19. Jahrhunderts an den Dienstbarkeiten. Diese waren zwar schon im römischen Recht ein wichtiges Rechtsinstitut, doch hatten sie während des Mittelalters ein marginales Dasein geführt, weil sie aufgrund der Eigentumszersplitterung nicht nötig gewesen waren.

---

<sup>137</sup> BLUNTSCHLI wollte das geteilte Eigentum ebenfalls im zürcherischen PGB (1853-55) verankern. Das Parlament lehnte dies jedoch ab.

<sup>138</sup> Vgl. QUELLEN II, 208.

<sup>139</sup> KÖLZ, S. 209 ff.

<sup>140</sup> Vgl. QUELLEN II, 211 ff., 236.

<sup>141</sup> Vgl. QUELLEN II, 209 f.

Trat aber dadurch tatsächlich eine Änderung ein? War dies nicht nur ein Spiel mit Etiketten und Begriffen, ohne dass eine materielle Änderung der Rechte eingetreten wäre? Dies ist eine ungelöste Streitfrage, doch geht meist mit der Änderung eines Begriffes auch eine inhaltliche Änderung einher. Begriffe betreffen immer auch den Inhalt.

## 10.4 Eigentumszersplitterung als Teilung des Eigentumsrechts nach Sachteilen

Die Eigentumszersplitterung betrifft aber nicht nur die Zerteilung des Eigentumsrechts selbst, die Zersplitterung war auch in der Form der körperlichen Teilung des Eigentumsobjekts und der Zuweisung dieser Teil an verschiedene Eigentümer gegeben. Das Grundstück beispielsweise gehört A und der sich darauf befindende Baum dem B. Oder jedes Stockwerk eines Hauses gehört einem andern Eigentümer.<sup>142</sup>

Eine solche Eigentumsteilung ist in naturalwirtschaftlichen Verhältnissen selbstverständlich, denn das Überleben hängt von der optimalen Nutzung der Ressourcen ab. Dies führt zwangsläufig zur Zerteilung unter die verschiedenen Berechtigten.

Im 19. Jahrhundert hat man sich daran zu stören begonnen und mithilfe des Akzessionsprinzips (Art. 667 ZGB)<sup>143</sup> versucht, diese Art der Zersplitterung abzuschaffen. Die oft lateinischen Begriffe (z.B.: *usque ad sidera et usque ad inferos*), welche den Eindruck vermitteln, als stammten sie aus dem römischen Recht, wurden im 19. Jahrhundert erst richtig entwickelt.<sup>144</sup> Ebenso die intolerante Haltung der Kodifikationen (auch des ZGB) diesen Erscheinungen gegenüber: Verbot des Stockwerkeigentums, von Pflanzensuperficies usf. Dies konnte jedoch nicht durchgehalten werden, das Stockwerkeigentum wurde 1965 wieder in das ZGB eingeführt, ebenso das Baurecht. Auch Pflanzensuperficies haben in Teilen der Schweiz überlebt.<sup>145</sup>

## 10.5 Eigentumszersplitterung als Teilung des Eigentumsrechts nach Sachgruppen

Noch heute unterscheidet man zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen (Grund- und Fahrniseigentum), welche Unterscheidung zwar eine reale Begebenheit wiedergibt, doch keine grundsätzliche Bedeutung mehr hat.

Früher war dies anders, man könnte fast von zwei verschiedenen Sachenrechten sprechen. In der Naturalwirtschaft war man bestrebt, eine Sache jener Person zuzuordnen, welche sie unmittelbar nutzen kann. Das Recht früher war bezüglich der Liegenschaften aufmerksamer als gegenüber den Fahrnissachen, denn Liegenschaftseigentum war zu dieser Zeit von grösserer Bedeutung.<sup>146</sup> So konnte etwas das Familienoberhaupt nicht

---

<sup>142</sup> QUELLEN II, 197 f.

<sup>143</sup> REY, Sachenrecht, Rz. 392 ff.

<sup>144</sup> QUELLEN I, 206.

<sup>145</sup> QUELLEN II, 199.

<sup>146</sup> Neben der Nutzungsmöglichkeit waren mit Liegenschaften verschiedene Rechte verbunden: so war etwa der Liegenschaftsbesitz Voraussetzung für die Ausübung politischer Rechte (Zensuswahlrecht; in der Schweiz bis 1848) oder die Gerichtstätigkeit.

frei über das Grundeigentum verfügen, es war „verfangen“, d.h. bereits für die Nachkommen (z.B. den ältesten Sohn) reserviert, damit es der Sippe als Lebensgrundlage erhalten blieb.<sup>147</sup>

Bei Fahrniseigentum war ebenfalls die optimale Zuordnung ausschlaggebend. Im Sachsenspiegel etwa war bestimmt, dass Waffen sich auf die Söhne vererben sollten, Betttücher und Gebetbücher (!) auf die Töchter. Diese können je direkt etwas mit den vererbten Gegenständen anfangen.<sup>148</sup>

Auch heute wird zwar auf die Unterscheidung zwischen Fahrnis- und Grundeigentum hingewiesen, doch zugleich betont, es gäbe nicht zwei verschiedene Sachenrechte, sondern ein einheitliches Sachenrecht, nach welchem ein Apfel vom Eigentümer in derselben Weise beherrscht wird wie eine Fabrik. Die Einheit wird über den Preis, das Geld hergestellt, sowohl der Apfel wie die Fabrik können jederzeit in Geld umgesetzt werden.<sup>149</sup>

## 10.6 Eigentumszersplitterung als Teilung des Eigentumsrechts nach Ständen

Die Zersplitterung ging jedoch noch weiter, das Eigentum erfuhr zusätzlich eine Aufteilung, welche in der sozialen Zersplitterung ihre Wurzeln hatte. Die Gesellschaft des Ancien Régimes war in verschiedene soziale Gruppen aufgeteilt (Stände, Kollektive, Genossenschaften, Zünfte usf. [Rechtsgeschichte I, 2.3, 3.2, §4, 9.3.5, 9.4.2]). Es gab ein bäuerliches Eigentum, ein Eigentum des Adels, der Kaufleute usf. Das Eigentum war für jede soziale Gruppe unterschiedlich geregelt, jede hatte verschiedenartige Rechte und Pflichten und das jeweilige Eigentumsrecht war verschieden beweglich und belastbar ausgestaltet.<sup>150</sup>

Die bürgerlichen Kodifikationen, welche von der Rechtsgleichheit aller ausgehen und die soziale Vereinheitlichung anstreben, können solche Unterschiede nicht mehr zulassen, weil sie die feudalen Strukturen abschaffen wollen.

## 10.7 Zusammenfassung und Deutung der Entwicklung

### 10.7.1 Zusammenfassung

In den fünf vorangehenden Abschnitten ging es um die Ablösung des in einer jeweils andern Art und Weise zersplitterten Eigentumsrechts durch eine Eigentumsvorstellung, welche sich einheitlich gibt: Alle Eigentumsrechte betreffen eine ganze, ungeteilte Sache und stehen einer einzigen Person zu (dreifache Konzentration). Dieser Person

---

<sup>147</sup> Vgl. QUELLEN II, 204.

<sup>148</sup> Vgl. QUELLEN II, 200 f. Ihnen stand nicht die heute selbstverständliche Möglichkeit offen, ererbte Gegenstände zu veräußern und das erhaltene Geld anderweitig (nützlich) einzusetzen.

<sup>149</sup> Vgl. QUELLEN II, 205, 226.

<sup>150</sup> Vgl. QUELLEN II, 202 f.

steht die ausschliessliche, unmittelbare Beherrschung der Sache zu. Andere haben zu Verfügungen nichts mehr beizutragen (keine Zustimmung usf. anderer ist erforderlich).

Alle andern haben die Vormachtstellung des Eigentümers zu respektieren, sie gilt (anders als die schwächeren obligatorischen Rechte zwischen einzelnen Rechtssubjekten) *erga omnes*. Dritte werden von diesem Eigentumsbegriff eigentlich nur noch negativ erfasst, sie habe Pflicht zu dulden, zu unterlassen und nicht zu beeinträchtigen. Positive Erwartungen an den Eigentümer bezüglich der Nutzung und Verfügung seines Eigentums, z.B. im Sinne der Gesellschaft, stehen ihnen nicht zu. Wichtig ist die Betonung des Willensprinzips: der Eigentümer kann über ihm zustehende Sachen „nach Belieben“ verfügen. Mit dem neuen Eigentumsbegriff ist die Privatautonomie in das Eigentumsrecht übertragen worden.<sup>151</sup>

Dies ist der Eigentumsbegriff, wie er sich im 19. Jahrhundert durchgesetzt hat. Diesen Begriff gab es zwar schon früher, doch fehlten die Voraussetzungen einer allgemeinen Verbreitung und Verwirklichung. Erst mit den bürgerlichen Kodifikationen, welche sich vor allem um das Eigentum drehten (auch die Strafgesetzbücher widmen sich zu einem grossen Teil dem Schutz des Eigentums [vgl. oben 8.2.3 und QUELLEN II, 218]), kam dieser Begriff zum Zuge. Dies führt zur Frage, welche gesellschaftlichen Voraussetzungen erfüllt sein müssen, welche Voraussetzungen diesen neuen Eigentumsbegriff fördern (vgl. unten 10.7.4 f.).

### **10.7.2 Enteignung als Bestätigung des absoluten Eigentumsbegriffs**

QUELLEN II, 216 f.

Der neuen Eigentumsbegriff geht einher mit einer neuen Lehre der Enteignung (vgl. Art. 544 und 545 des franz. CC), wonach niemand gezwungen werden kann, sein Eigentum aufzugeben, es sei denn dies läge im öffentlichen Interesse und würde voll entschädigt.

Handelt es sich dabei um eine erste massive Einschränkung des Eigentumsrechts? Weshalb kennt ein bürgerliches Gesetzbuch eine solche Vorschrift: reflektiert es damit die Bedeutung der Enteignung in einer Gesellschaft, in welcher der Staat aktiv ist und grosse öffentliche Projekte ausführt (z.B. Eisenbahnbau)? Eine solche Interpretation stünde jedoch in einem Widerspruch zu allem, was bisher über den Staat in der Gesellschaft des 19. Jahrhunderts gesagt wurde: ein Staat, welcher sich zurückzieht, welcher der Gesellschaft immer mehr Freiraum lässt, in welchem sich die Privatautonomie entwickeln kann. Es ist kein Zufall, dass das erste grosse Projekt, das auch im öffentlichen Interesse ist, die Erschliessung des Eisenbahnnetzes, eine Initiative Privater gewesen ist.

Der Grund, die Enteignung direkt nach dem Eigentumsbegriff im Gesetz folgen zu lassen, muss demnach ein anderer sein: Die Enteignung ist ein Eingriff des Staates in die Rechte Privater. Dies setzt aber voraus, dass es eine vom Staat abgetrennte Welt des privaten Eigentums überhaupt gibt, dass der Staat diese Welt anerkennt. Erst dann kann

---

<sup>151</sup> Vgl. QUELLEN II, 227 f., 232.

davon gesprochen werden, dass eine Sache jemandem als Eigentum zusteht und der Staat darauf grundsätzlich keinen Zugriff hat.

Zwar waren Vorgänge, wie sie unter dem Begriff der Enteignung beschrieben werden, schon früher bekannt; der Staat hatte seit je das Bedürfnis öffentliche Werke zu errichten und war dazu auf das Eigentum der Privaten angewiesen. Der absolute Herrscher nahm sich, was er brauchte, ein Recht Privater gab es nicht. Insofern ist die Lehre des Privateigentums eine Lehre, welche sich gegen den Absolutismus des Staates richtet (vgl. oben 4.2.1 f.). Ebenso war im Mittelalter die öffentliche Gemeinschaft (Städte, Genossenschaften usw.) auf das Eigentum des Einzelnen angewiesen, doch erschien der Zugriff nicht als Wegnahme oder Eingriff in eine Sphäre, in welcher die Gemeinschaft nichts zu suchen hatte. Die privaten Rechte standen von vornherein unter dem Vorbehalt der Ansprüche der Gemeinschaft, zu welcher der Einzelne gehörte (Identität von Staat und Gesellschaft). Diese Schranken waren dem alten Eigentumsbegriff inhärent.<sup>152</sup>

Erst der bürgerliche Eigentumsbegriff bedarf der expliziten Erwähnung der Enteignung als Ausnahme; erst die Trennung von Staat und Gesellschaft (vgl. oben 4.2) lässt den Zugriff des Staates auf das Privateigentum als grundsätzlich unzulässigen Eingriff erscheinen. Die Erwähnung der Enteignung als Ausnahmetatbestand ist somit nur die Kehrseite des bürgerlichen Eigentumsbegriffes.

### 10.7.3 Romanistischer und germanistischer Eigentumsbegriff

Die traditionelle Rechtshistorie geht davon aus, dass der Begriff des Eigentums bereits im klassischen römischen Recht bekannt war. Mit der Völkerwanderung (vgl. Rechtsgeschichte I, 3.1) ging dieser Begriff zusammen mit der übrigen römischen Kultur unter und wurde durch einen germanischen Eigentumsbegriff ersetzt (Germanisierung), welcher wiederum durch die Rezeption des römischen Rechts (vgl. Rechtsgeschichte I, §13 f.) und durch den römische Eigentumsbegriff verdrängt wurde (Romanisierung). Dieser Begriff sei dann mehr oder weniger präsent gewesen, bis er im 19. Jahrhundert wieder in voller Entfaltung aufblühen konnte.

Diese Sicht der Dinge ist aber nicht völlig plausibel und verständlich. Zwar lässt sich die Übereinstimmung des deutschrechtlichen Eigentumsbegriffes mit den alten Eigentumsbegriff der Naturalwirtschaft (Rechtszersplitterung, Dominanz der Nutzung gegenüber der Verfügung, Bejahung der Schranken des Eigentums) leicht belegen, und es lässt sich mithilfe der römischen Quellen auch belegen, dass der römische Eigentumsbegriff im Wesentlichen mit dem bürgerlichen Eigentumsbegriff (absoluter Eigentumsbegriff, Schranken als Eingriff in das Eigentumsrecht) übereinstimmt.

Kann man damit aber von einer Identität des römischen Eigentumsbegriffs mit dem bürgerlichen Eigentumsbegriff des 19. Jahrhunderts ausgehen? Die Gesellschaften und ihre Verhältnisse, die hinter diese beiden Begriffen stehen, unterscheiden sich in bedeutendem Masse. Das Eigentum hatte zur Zeit Roms eine marginale Bedeutung (höchsten

---

<sup>152</sup> Ist beispielsweise der Nachbar zur Nutzung seines Grundstücks auf den Weg über das Grundstück angewiesen, nimmt er sich dieses neue ([Nutzungs-] Recht über das Grundstück zu gehen) einfach, weil das Eigentum an diesem Grundstück unter dem Vorbehalt des Kollektivs steht und auch der Eigentümer dies als normal ansehen wird.

5% der Römer waren Eigentümer gewesen), während in 19. Jahrhundert alle Eigentümer sein konnten und es in der einen oder anderen Weise auch waren. Und umgekehrt lässt sich nicht sagen, der alte Eigentumsbegriff wäre typisch deutschrechtlich gewesen, denn die Zersplitterung des Eigentums kann überall dort beobachtet werden, wo die Naturalwirtschaft vorherrschte (und nicht nur, wo Germanen am Ende der Völkerwanderung sich niedergelassen hatten).

Die zu Beginn beschriebene Vorstellung ist zu idealistisch, sie fragt nicht nach der sozialen Wirklichkeit hinter den Begriffen. Allein aus dieser Darstellung kann man nicht verstehen, weshalb sich ein Begriff zulasten eines andern durchsetzt. Man übersieht, dass der Eigentumsbegriff nur ein Reflex einer dahinter stehenden Wirklichkeit ist.

### **10.7.4 Der politische Wandel**

Das Ziel der bürgerlichen Revolution war die Überwindung der politischen Bedeutung der Stände, die Abschaffung des Feudalismus, welcher sich auch in der Lehre des geteilten Eigentums manifestierte. Das ALR folgte noch dieser Lehre, als deren Hauptbeispiel es das Lehen in über 680 Paragraphen regelte.

Mit der bürgerlichen Revolution verschwindet das feudale System und mit ihm die ständische Segmentierung der Gesellschaft (Gleichheit aller Menschen, Verallgemeinerung der Rechtsfähigkeit). Dieser Wandel vollzieht sich ebenso im Eigentumsrecht: das einheitliche, ungeteilte Eigentum ergibt sich fast von selbst.

Das österreichische ABGB reflektiert den Zustand des Überganges vom alten zum neuen Eigentum; es ist zwar eine bürgerliche Kodifikation, aber in einem Ständestaat erlassen (vgl. oben 3.2.7). Das ABGB folgt der bürgerlichen Eigentumslehre, regelt aber gleichzeitig auch das geteilte Eigentum (§§ 357 ff., 825 ff. ABGB). § 359 ABGB enthält einen ausdrücklichen Vorbehalt des Lehensrechts. Dies ändert sich erst mit der Aufhebung der feudalen Verfassung in Österreich um 1860.

### **10.7.5 Der wirtschaftliche Wandel**

In der alten Welt der Naturalwirtschaft hängt das Überleben von der optimalen Nutzung aller Güter ab. Dies führt automatisch zu einem geteilten Eigentum, denn um diese optimale Nutzung zu erreichen, bedarf es der Zuteilung der Nutzungsrechte an diejenigen, welche jeweils am besten zu einer konkreten Nutzung fähig sind und selbst am meisten davon haben. Es gibt keine Märkte, auf welchen die gewonnenen Güter ausgetauscht und umgesetzt werden könnten, auch fehlt es oft an Möglichkeiten der Aufbewahrung. Vielfach entspricht das Kollektiveigentum der Forderung nach Nutzenoptimierung am besten (z.B. heute noch die Nutzung der Alpen).

Mit dem Übergang zur Geldwirtschaft wird die Beziehung der Menschen zu den Gütern eine andere. Die Nutzung steht nicht mehr im Vordergrund, sie ist zwar weiterhin da, aber sie hat für die Gesellschaft keinen Symbolwert mehr. An ihre Stelle tritt der Markt als Ort des Kaufes und Verkaufes, des Tausches, des Warenumsatzes im Allgemeinen: die Arbeitsteilung wird möglich. Dieser Markt tritt nun anstelle der Nutzung in das Zentrum der Gesellschaft, seine Gesetze werden ihre Gesetze (z.B. die allgemeine Konkurrenz, der Wettbewerb). Der Markt bestimmt den Wert der Güter, der Wert jedes

Gutes wird in Geld gemessen. Die Güter, deren Wert früher durch ihren individuellen Zweck bestimmt wurde, werden alle dem gleichen Massstab unterworfen und somit gleichgemacht und vereinheitlicht. „Aus Sachen werden Waren.“<sup>153</sup>

In den Vordergrund des Sachenrechts rückt die Verfügung über die Güter. Einen Vorteil hat derjenige, welcher über seine Güter effizient verfügen kann. Unter diesem Gesichtspunkt erscheint es nur als logisch, wenn die Lehre des zersplitterten Eigentums zugunsten der Lehre des einheitlichen Eigentums aufgegeben wurde. Denn diese effiziente Verfügung kann nur erfolgen, wenn einem Eigentümer das ganze, ungeteilte Eigentum (alle Rechte) über die ganze, ungeteilte Sache zusteht.<sup>154</sup>

### **10.7.6 Eine andere Zusammenfassung: Die Pflicht des Eigentümers**

Die alten dörflichen Rechtsquellen über die Nutzung des Eigentums kennen oft „überraschende“ Bestimmungen: z.B. solche über die Pflicht des Eigentümers mit seinem Eigentum in bestimmter Art und Weise zu verfahren. So war der Eigentümer eines Grundstücks früher verpflichtet, sein Grundstück zusammen mit den andern in der Dreifelderwirtschaft zu bebauen (vgl. Rechtsgeschichte I, 12.2.3); diese Nutzungsweise kann nur funktionieren, wenn alle Rücksicht aufeinander nehmen. Die genossenschaftliche Einbettung führte automatisch zu dieser Zusammenarbeit, die frühere Welt war nicht sozialer veranlagt u. dgl. als die heutige.

EUGEN HUBER sah darin eine Koppelung von Rechten und Pflichten, d.h. Rechtsausübung ist keine einseitige Sache, sondern wer Rechte ausübt, muss dies stets mit Rücksicht auf die Interessen der anderen tun (vgl. oben 6.2.1, erstes Lemma).

Im 19. Jahrhundert gibt es keine solchen Pflichten mehr. Der neue Eigentumsbegriff schliesst sie aus. Der Eigentümer hat die ausschliessliche Gewalt über die Sache, irgendwelche Pflichten und Rücksichten wären einer optimalen Verfügungsfähigkeit nur hinderlich.

So, wie die mit dem Eigentum verbundenen Pflichten sich aus der Struktur der alten Welt ergaben, ist das Fehlen solcher Pflichten ein strukturelles Merkmal der Gesellschaft des 19. Jahrhunderts.

---

<sup>153</sup> Wie auch die Menschen (durch die Verallgemeinerung der Rechtsfähigkeit [vgl. oben §7]), werden auch die Sachen nun von ihrer gesellschaftlichen Funktion, ihrer sozialen Einbettung vollständig abgetrennt. Diese Verknüpfung hätte die Zirkulation der Waren (und der Menschen) nur behindert: Früher war der Boden primär als Lebensgrundlage (Nutzungsmöglichkeit) von Bedeutung gewesen, später, im 19. Jahrhundert, wird die Nutzung nebensächlich, die Verfügungsmöglichkeit über den Boden tritt in den Vordergrund, seine Zirkulationsfähigkeit als wirtschaftlicher Wert. Der Boden wird zu einer Ware wie jede andere.

<sup>154</sup> Müssten mehrere Eigentümer jeweils über eine Verfügung bestimmen, hätte dies eine erhebliche Beeinträchtigung der Zirkulation zur Folge.

## **§11 Die Funktionalität des bürgerlichen Eigentumsbegriffs**

### **11.1 Abstraktheit dieses neuen Eigentumsbegriffs**

#### **11.1.1 Kongruenz von Eigentumsbegriff und Kodifikation**

Der neue Eigentumsbegriff als abstrakter Begriff sagt wenig über seinen Inhalt aus. Zum früheren Eigentumsbegriff liessen sich Bände von konkreten lebensnahen Beispielen füllen, welche den Inhalt dieses Eigentums illustrierten.<sup>155</sup>

Damit folgt der bürgerliche Gesetzgeber auch beim Eigentum der Tendenz zur Reduktion und Entstofflichung, welche überhaupt ein Merkmal der Kodifikation ist (Facetten derselben Entwicklung): der Gesetzgeber beschränkt sich auf wenige abstrakte Prinzipien wie die Rechtssubjektsqualität aller (vgl. oben 3.1.1, 8.3.2).<sup>156</sup> Der Begriff des Eigentums ist genauso leer wie die Aussage: „Alle Menschen sind rechtsfähig.“ Das Gesetz lässt sich nicht mehr über die konkreten Eigentümerbefugnisse aus, es schreibt nur noch vor, was der Eigentümer nicht mehr tun darf.

#### **11.1.2 Das Belieben des Eigentümers**

Der neue Eigentumsbegriff zeichnet sich durch das Belieben des Eigentümers aus (vgl. oben 10.7.1).<sup>157</sup> Der Eigentümer entscheidet autonom und frei über das Schicksal der Sache. Früher trugen die Sachen „das Gesetz ihrer Nutzung“ in sich, d.h. durch die Natur der Sache war ihre Nutzungsweise vorgegeben (z.B. Dreifelderwirtschaft).

Im 19. Jahrhundert verzichtet der Gesetzgeber auf jede Zielvorgabe und lässt den Eigentümer selber entscheiden. Am Schluss bleibt das Eigentum als blosses formelles Zuweisungskriterium.

#### **11.1.3 Sachen im Gemeingebrauch als *res nullius***

Gewisse Sachen (z.B. Strassen, Uni, fliessende Gewässer) waren sei je dazu bestimmt, für alle da zu sein bzw. einen bestimmten Dienst zu erfüllen. Über sie konnte kein Eigentümer frei verfügen, stets musste und muss er das Eigentumsrecht in einem bestimmten Sinne ausüben.

Auch durch den neuen Eigentumsbegriff konnten diese Beschränkungen nicht aufgehoben werden, weshalb für diese Güter der Versuch unternommen wird, sie andern Kategorien zuzuteilen, um die Ausnahmesituation begrifflich zu überdecken: man spricht etwa von öffentlichen Sachen, von Finanzvermögen, Sachen im Gemeingebrauch oder gar von herrenlosen Sachen (*res nullius* [Art. 664 ZGB]), d.h. von Sachen, die aus dem

---

<sup>155</sup> Vgl. QUELLEN II, 215.

<sup>156</sup> Vgl. QUELLEN II, 220 ff.

<sup>157</sup> Vgl. QUELLEN II, 227.

Sachenrecht ausgeschlossen sind. Und das nur, weil sie nicht dem völligen Belieben des Eigentümers unterworfen sind. Das lässt sich nur verstehen, wenn man die Zentralität des Willensprinzips in der bürgerlichen Rechtsordnung in Betracht zieht (vgl. oben 8.4.1, 10.7.1).

## 11.2 Die Leugnung der Funktionslosigkeit

### 11.2.1 Funktionslosigkeit des bürgerlichen Eigentumsbegriffs?

Besteht dieses Belieben aber tatsächlich in solch uneingeschränkter Weise, wie der Begriff des Eigentums dies andeutet? Die Sachenrechtslehre jedenfalls sagt, das bürgerliche Recht begnüge sich damit zu beschreiben, was der Eigentümer mit der Sache nicht tun dürfe. Im Übrigen könne er nach seinem Belieben handeln (Art. 641 I ZGB): Er kann die Sache nutzen, sie verkaufen, verschenken, teilen, belasten, obligatorische Rechte daran knüpfen und vieles andere mehr. Er kann sogar entscheiden, das Eigentum nicht auszuüben, das Eigentum aufzugeben oder die Sache (als Extrem des Beliebens) auch zerstören. Aus diesem Grund wurde das bürgerliche Eigentumsrecht (im Gegensatz zum alten Eigentum) auch als funktionslos bezeichnet. Der Eigentümer müsse sich nichts vorschreiben lassen (Subjektivität des Eigentums).

Die Geschichte liefert jedoch Indizien dafür, dass diese Funktionslosigkeit (wie schon beim Vertrag und der Privatautonomie [vgl. oben 8.4, insbes. 8.4.4]) mit Recht in Zweifel gezogen werden kann.

Wirklich beantworten lässt sich die Frage aber erst, wenn man den sozialen Hintergrund betrachtet, vor welchem der neue Eigentumsbegriff (ent-)steht. Man muss beobachten, wie das freie Belieben des Eigentümers tatsächlich genutzt wird. Welche Schlussfolgerungen z.B. sind zu ziehen, wenn trotz der formellen Freiheit alle Eigentümer mit ihren Gütern dasselbe tun?

### 11.2.2 *Otium aut negotium?*

Die Gesellschaft, in welcher der bürgerliche Eigentumsbegriff entsteht, ist jene Gesellschaft in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts, die sich der beginnenden industriellen und der Agrarrevolution gegenüber sieht. Der Bedeutungsschwerpunkt verlagert sich vom Grund- zum Mobiliar- oder Fahrniseigentum. Grundstücke hören auf im Zentrum der Gesellschaft zu stehen, alles Eigentum soll möglichst mobilisiert und verkehrsfähig gemacht werden. Es entsteht ein Druck zur effizienten Verwertung und wertmehrenden Verfügung über die Sachen. Nicht mehr Müssiggang oder Freiheit von geschäftlichen Pflichten (*otium*) ist angesagt, sondern geschäftige Tätigkeit (*negotium*).

Es liegt nicht im Sinne dieser Gesellschaft, wenn Eigentümer wirklich nach Belieben über ihr Eigentum verfügen (es z.B. zerstören). Zwar wird solches in begrenztem Rahmen akzeptiert, doch ist es in den Augen der Gesellschaft doch besser, die Sache z.B. zu einem überhöhten Preis weiter zu verkaufen. Die Lehre des Eigentums geht zwar vom Belieben des Eigentümers aus, doch besteht ein gesellschaftlicher Druck, mit dem Eigentum in einem wirtschaftlich effizienten Sinn zu verfahren. Wer in diesem Sinne handelt, dem hilft das Gesetz, demjenigen der nach seinem Belieben über sein Eigen-

tum verfügt, stellt die Gesellschaft unsichtbare Hindernisse in den Weg (indem sie ihn z.B. für verrückt erklärt).

Insofern scheint also auch das bürgerliche Eigentum eine Funktion zu haben, nicht funktionslos zu sein. Wie die andern privatrechtlichen Institute (Vertrag, juristische Person usf.) dient das Eigentum einer bestimmten Aufgabe; wie die andern Institute wird es von der Gesellschaft in Sinne ihrer Erwartungen und Vorstellungen interpretiert und umgesetzt.<sup>158</sup>

### **11.2.3 Spielarten der Funktionalität**

Die Funktionalität des bürgerlichen Eigentums zeigt sich auf verschiedene Art und Weise, in verschiedenen Modalitäten:

#### **A) Strukturelle Funktionalität**

Die strukturelle Funktionalität ist diejenige, welche am schwersten konkret zu fassen ist, sie liegt nicht offensichtlich zu Tage. Sie verstecken sich hinter den Strukturen des bürgerlichen Rechts, hinter dessen freiheitlichem „Zuschnitt“ (Eigentumsfreiheit, Vertragsfreiheit, Erbfreiheit) und der formellen Gleichheit. Diese Freiheiten stehen allen offen, alle werden als Subjekte des Rechts anerkannt. Doch trotz der formellen Gleichheit sind materiell nicht alle Menschen gleich; nur ein kleiner Teil hat überhaupt die Mittel, diese Freiheiten auch zu nutzen (vgl. oben 7.4).

Nach aussen wird das freiheitliche Programm des bürgerlichen Rechts als allen offen stehend verkündet, doch es ist eigentlich nur für jene gedacht, welche damit etwas anfangen können. Es ist von Anfang an bekannt, wem dieses Programm nützen wird: einer bestimmten Minderheit, deren Ziele damit unterstützt werden (vgl. oben 5.5.3 f.). Indem dieses Programm aber auf alle ausgedehnt wird, wahrt man den Anschein, lässt es aussehen als gäbe es keine Privilegien mehr (vgl. oben 9.6.2).<sup>159</sup> Ausserdem bringt es für die bürgerliche Gesellschaft den „Vorteil“ mit sich, dass alle in den Markt und den Wettbewerb einbezogen werden, auch jene die gar nicht wollen bzw. darin nur untergehen können (vgl. oben 7.3.2). So bekundeten in vielen Kantonen, in welchen Gesetzbücher eingeführt wurden, die Bauern grosse Mühe mit dem neuen Recht. Es wirkte sie fast automatisch gegen sie aus (vgl. oben 7.3.2, 10.3.3).

#### **B) Offene Funktionalität**

Vgl. dazu unten 11.3.

#### **C) Versteckte Funktionalität**

Vgl. dazu unten 11.4.

---

<sup>158</sup> Dies ist nicht neu, auch in der feudalen Gesellschaft war ein Druck da, das Eigentum in einer bestimmten Art und Weise zu nutzen, nämlich im Sinne der Gemeinschaft.

<sup>159</sup> Vgl. QUELLEN II, 233.

## 11.3 Die offene Funktionalität

### 11.3.1 Begriff

Von offener Funktionalität kann man dort sprechen, wo der Gesetzgeber „Farbe bekennt“ und direkt in die Privatautonomie eingreift, Regeln ändert oder korrigiert, um gewisse, nach den bürgerlichen Prinzipien unerwünschte Resultate des freiheitlichen Eigentums zu beseitigen bzw. gewisse Ziele zu erreichen, welche den wirtschaftlichen Bedürfnissen entsprechen.

Der liberale Gesetzgeber geht das Risiko ein und ist bereit, dem Rechtssubjekt Vertrauen zu schenken. Er hat gewisse Ziele im Auge und ist zur Erreichung auf die Mithilfe der Rechtssubjekte angewiesen. Dem Rechtssubjekt wird zwar ein Belieben im Umgang mit seinem Eigentum eingeräumt, doch in der Erwartung, dass davon nur in einer bestimmten Art und Weise Gebrauch gemacht wird (nämlich dass jeder seine Privatinteressen verfolgt [ADAM SMITH]). Handeln die Rechtssubjekte jedoch nicht in der erwarteten Weise, greift der Gesetzgeber ein.

### 11.3.2 Entzug oder Aberkennung des Eigentums bei unwirtschaftlicher Eigentumsausübung

#### A) Konfiskation der Kirchengüter

Die Kirche enthielt Teile ihres Vermögens dem Markt vor. Sie besass die „Frechheit“ die generelle Geltung des Marktes in Frage zu stellen. Dies war dem liberalen Staat, welcher die Mobilisierung aller erreichbaren Vermögenswerte anstrebte, ein Dorn im Auge. Die immensen Vermögen der Kirche, mit welchen, wie man glaubte, nichts getan wurde, sollten deshalb enteignet und dem Markt auf diese Weise zu Verfügung gestellt werden, wenn die Kirche auf konventionelle Weise (d.h. unter effizienter Nutzung ihrer Privatautonomie) nicht am Markt teilnehmen wollte. Und dies trotz der Eigentums garantie. Dies zeigt, dass die Eigentums garantie keine abstrakte Garantie ist, sondern nur für jene gelten soll, welche von ihrem Eigentum einen bestimmten Gebrauch machen, d.h. es in wirtschaftlicher Weise nutzen.<sup>160</sup>

#### B) Privatisierung des Gemeinde- und Genossenschaftsvermögens

Im Vorfeld der Kodifikation wird die Privatisierung der Gemeinde- und Genossenschaftsvermögen (z.B. der Allmenden) vorangetrieben. Insbesondere in Frankreich und Italien, aber auch in der Schweiz zu Zeit der Helvetik (vgl. oben 10.3.3). Die gemeinschaftliche Berechtigung an diesen Gütern war von Nutzen, solange die optimale Nutzung gefordert war, doch im Moment, wo die Wertmobilisierung und effiziente Verfü-

---

<sup>160</sup> Diese eine mögliche Sicht der Dinge blendet bewusst andere Sichtweisen, welche gut bekannt sind, aus. Es ist klar, dass die Säkularisierung und Enteignung der Kirche auch mit Religionsfragen (wie schon im 16. und 18. Jahrhundert) und mit Aufgaben zu tun hat, welche nun der Staat anstelle der Kirche übernimmt (z.B. die Bildung). Gerade für die Bildung sind viele ehemalige Kirchengüter (Schulen usw.) an die Kantone übergegangen. Doch wenn man sieht, wohin die restlichen Vermögenswerte gelangen, welche enorme Wertmobilisierung dadurch erreicht wurde, hat auch die oben ins Auge gefasste Perspektive ihre Berechtigung.

gung über diese Werte ins Zentrum rückt, sind diese genossenschaftlichen Strukturen nicht mehr gefragt. Der Staat fordert die zwangsweise Privatisierung der allgemeinen Güter („Liquidierung“ der feudalen Strukturen und Verkauf dieser Güter an Private). Von einem Belieben der bisherigen Berechtigten, am früheren Zustand festzuhalten, keine Spur.

### **C) Aufhebung bzw. Ablösung der Feudallasten unter Verletzung wohlerworbener Rechte**

Ebenso wie die Allmenden aufgeteilt wurden, sollten auch die auf dem Boden lastenden Feudalrechte schon vor Erlass der Kodifikationen aufgehoben oder abgelöst werden (vgl. oben 10.3.3). Durch den Zwang des Staates wurden diese Rechte den Eigentümer entweder gegen Entschädigung abgenommen oder gleich aufgehoben. Zwar proklamierte der Staat zugleich die Eigentumsgarantie, doch schien diese offenbar nur für das bürgerliche Eigentum und nicht auch für das alte Eigentum zu gelten.

### **D) Erschwerung der Stiftungsgründung**

Zu spüren ist die offene Funktionalität auch in der Erschwerung der Bildung von Stiftungen (sowohl in den Gesetzbüchern des 19. Jahrhunderts wie auch noch im ZGB). Der bürgerliche Gesetzgeber möchte die Bildung von Stiftungen nicht erleichtern, da durch diese Vermögen (Güter und Werte) dem Wirtschaftsverkehr entzogen werden. Die Stiftung wird wie die Kirche als „tote Hand“ betrachtet. Deshalb werden gewisse Stiftungen verboten oder zumindest stark eingeschränkt (z.B. Familienstiftungen [Art. 335 ZGB]), entgegen der Vertrags-, Vereins- und Eigentumsfreiheit.

## **11.3.3 Gelegentliche Duldung der Sachteilung**

Das Eigentum an Grund und Boden erstreckt sich nach oben und unten auf den Luftraum und das Erdreich, soweit für die Ausübung des Eigentums ein Interesse besteht (Art. 667 ZGB), d.h. soweit für die Ausübung des Eigentums überhaupt die Möglichkeit besteht. Der bürgerliche Gesetzgeber relativiert dieses Prinzip (nach welchem das Eigentum sich nach oben wie nach unten erstreckt [Akzessionsprinzip]) jedoch, indem er es generell bei Energievorkommen (insbes. bei Kohle) auf oder unter Grundstücken ausser Kraft setzt und diese Vorkommen stattdessen staatlicher Kontrolle und Ausbeutung unterstellt (Bergwerksgesetzgebung: Bergregal). In diesem Bereich findet man es besser, die Ausübung des Eigentums nicht dem Belieben des Eigentümers zu überlassen. Denn die Gesellschaft des 19. Jahrhunderts bzw. die industrielle Revolution hat einen ungeheuren Bedarf an Energie, sodass dafür gesorgt werden musste, dass solche Vorkommen auch ausgebeutet wurden.

Dies zeigt sich auch bei der Erteilung von Ausbeutungsrechten (Konzessionen): Wer eine solche Konzession erhalten hat, diese aber nicht nutzt, dem wird sie nach einer bestimmten Zeit wieder entzogen und an jemanden anders vergeben.

## **11.3.4 Förderung der Güterzusammenlegung**

Güterzersplitterung ist zwar nicht nur ein Phänomen des 19. Jahrhunderts, doch hat es in diesem Jahrhundert eine besondere Bedeutung erlangt. Zunächst trägt die neue Ge-

setzung selber dazu bei, indem z.B. das Erbrecht (insbesondere des franz. CC) die egalitäre gesetzliche Erbfolge der willkürlichen Verfügung des Erblassers vorzieht, welche allen Nachkommen gleich viel zuteilt, was eine Zerstückelung auch grosser Güter innert weniger Generationen zur Folge hat. Dieses Resultat ist dem Bürgertum nicht unwillkommen, liessen sich doch auf diese Weise nahezu automatisch die grossen Güter der Aristokratie, welche Grundlage ihrer früheren Macht waren, liquidieren. Ausserdem war die Zerstückelung des Bodens und damit die Erhöhung der Zahl der Eigentümer wegen des Zensuswahlrechts willkommen, konnten sich doch immer mehr Leute politisch betätigen. Auch hielt man Eigentümer für loyalere Staatsbürger, da sie auf gegen das Privateigentum gerichtete Ideologien wie den Sozialismus weniger anfällig zu sein schienen. Die Zersplitterung war den Fabrikherren genehm, denn sie meinten, wenn ihre Arbeiter zusätzlich durch ein solches Grundstück sich ein Einkommen verschaffen könnten, müssten sie weniger für diese aufkommen.

Doch irgendwann erkannte man, dass die optimale Grösse der Grundstücke wohl unterschritten worden war. Im Wallis oder im Tessin war die Zerstückelung sehr gross; eine Familie hatte z.B. 300 bis 400 kleine Grundstücke, die meist auch nicht am selben Ort gelegen waren. Dies erschwerte zum einen die Bearbeitung und, wohl noch wichtiger, die Verkehrsfähigkeit. Diese kleinen Grundstücke waren einzeln fast wertlos, konnten also auch nicht zur Kreditsicherung verwendet werden. Also griff am Ende auch hier der Staat korrigierend ein: es wurde die amtliche Güterzusammenlegung vorgesehen, in deren Rahmen die Eigentümer entgegen der Eigentumsfreiheit gezwungen werden konnten, ihre Güter zusammenzulegen (Art. 702 f. ZGB). Wieder lenkt das Gesetz das Belieben des Eigentümers in eine bestimmte Richtung.

## 11.4 Die versteckte Funktionalität

### 11.4.1 Begriff

Von versteckter Funktionalität<sup>161</sup> spricht man dort, wo die dem Markt entsprechenden Ziele durch die Regeln des Gesetzbuches scheinbar von selbst eintreten, ohne dass man dies so gesteuert hätte. Bestimmte Wege und Modalitäten bestimmen die Ausübung des Rechts, ohne dass man sich der Präsenz des Gesetzgebers bewusst wäre. Er fördert diskret (und deshalb wohl sehr wirksam) gewisse Formen der Eigentumsausübung und erschwert andere.

Ausgehend von art. 544 des französischen Code civil<sup>162</sup> ist die Quelle des Inhalts des Eigentumsrechts einerseits das Belieben des Eigentümers, andererseits aber auch Gesetz und Reglement. Diese zweite Quelle neben dem Belieben des Eigentümers erscheint als etwas, was zusätzlich hinzu tritt, was anknüpft am Tun des Eigentümers. Es fragt sich deshalb, welche Aufgabe diese Begrenzungen zu erfüllen haben?

Die eine Antwort – diejenige, welche auch in den Kommentaren erteilt wird – lautet, diese gesetzlichen Begrenzungen des Eigentums würden erst dann hinzutreten, wenn

---

<sup>161</sup> Vgl. dazu auch QUELLEN II, 241 ff.

<sup>162</sup> „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 par les règlements.“

der Eigentümer von seinem Eigentum einen unvernünftigen Gebrauch mache. Durch sie würden andere Rechtsgüter geschützt, insbesondere auch solche des Eigentümers selbst. Belieben und Gesetz stünden sich in einer dialektischen Beziehung gegenüber (d.h. Richtung und Gegenrichtung, Behauptung und Gegenbehauptung).

Die andere Antwort, früher oft erteilt und heute kaum mehr, sieht die Beziehung von Belieben und Gesetz nicht als dialektisch an, sondern erkennt den Begrenzungen eine andere Funktion zu: sie sollen das Belieben (und damit die Ausübung des Eigentums) gestalten und in eine bestimmte Richtung lenken.

Geht man von dieser zweiten Antwort aus, macht es kaum mehr Sinn, von einem abstrakten Eigentum und dem Belieben als dessen zentralem Element zu sprechen. Dann hat der Gesetzgeber bereits bestimmte Entscheidungen getroffen, wie das Eigentum ausgeübt werden soll. Er nimmt keine neutrale Haltung ein. Dazu die folgenden Beispiele:

#### **11.4.2 Typenzwang – *Numerus clausus* der beschränkten dinglichen Rechte**

Noch heute liegt dem Sachenrecht der Typenzwang bzw. der *numerus clausus* der dinglichen Rechte zugrunde. Vor dem Hintergrund der Vertragsfreiheit scheint eine solche Beschränkung kaum am Platz zu sein. Es wird gesagt, diese würden zum Schutz des Eigentümers (als wären Eigentümer schutzbedürftig!) aufgestellt, damit das Eigentumsrecht nicht durch eine unbeschränkte Zahl von verschiedenen dinglichen Rechten ausgehöhlt werden könnte. Diese deutet an, dass dem Gesetzgeber offenbar mehr an einem vollen Eigentumsrecht liegt, als an einem belasteten.

Doch ist der Typenzwang bzw. der *numerus clausus* der dinglichen Rechte kein geeignetes Instrument, um die Aushöhlung des Eigentumsrechts zu verhindern: Man denke sich ein Grundstück, welches durch ein Wegerecht belastet ist, auf dem eine Grundlast liegt und das vielleicht noch verpfändet ist; oder ein Grundstück, mit Belastung durch ein Baurecht von 80 Jahren Dauer. Offenbar gibt es eine Art von Aushöhlung des Eigentumsrechts, welche dem Gesetzgeber angenehmer ist als andere Arten, eine solche die er fördert und andere, die er zu verhindern sucht.

#### **11.4.3 Das Verhältnis zwischen Eigentum und beschränkt dinglichen Rechten**

Die Entfeudalisierung konnte auf zwei verschiedenen Wegen durchgeführt werden (wie bereits oben 10.3.3 f. ausgeführt): Entweder durch die entgeltliche oder unentgeltliche Wegnahme der Eigentumssplitter oder durch dogmatische Überführung der Eigentumssplitter in die Lehre der beschränkten dinglichen Rechte. In jedem Fall blieb nur ein einziger am Grundstück Berechtigter als Eigentümer übrig – meist jener der das intensivste Nutzungsrecht inne gehabt hatte.

Im zweiten Fall entsteht aus der bisher spannungsfreien Beziehung der Eigentumsteile untereinander eine dialektische Spannung zwischen Eigentum und den beschränkten dinglichen Rechten. Dies zeigt sich z.B. in der „Reaktion“ des Eigentums, wenn ein Wegerecht aufgegeben wird: Früher – unter dem alten Eigentumsbegriff – war dieses Wegerecht ein Eigentumsteil, dessen Platz nach seiner Aufgabe leer blieb, bis wieder

jemand ein entsprechendes Recht in Anspruch nahm (Kuchenmetapher: wenn ein Stück weggenommen wird, bleibt dessen Platz leer). Ganz anders beim bürgerlichen Eigentum. Fällt ein Wegerecht dahin, füllt das Eigentumsrecht des Eigentümers diesen Platz sofort auf, wofür etwa die Metapher des elastischen Balls gebraucht wird, der durch das belastende dingliche Recht eingedrückt wird und sofort in die alte Form zurückschnellt, wenn die Last wegfällt. Die Spannung zwischen dem belastenden Recht und dem Eigentum drückt sich in dieser Metapher aus.

Der Eigentümer kann zwar beschränkte dingliche Rechte einräumen, die das Eigentum belasten. Dieses drängt jedoch dazu, möglichst wieder voll zu werden. Der Gesetzgeber bevorzugt offenbar das volle Eigentum vor den übrigen dinglichen Rechten. Mit dem Übergang von altem zum neuen Eigentum tritt eine Entwertung der beschränkten dinglichen Rechte ein. Das volle Eigentumsrecht gewinnt gegenüber den andern, indem diese ganz von jenem abhängig werden. Das Schicksal der beschränkten dinglichen Rechte hängt vom Schicksal des Eigentums ab.

#### **11.4.4 Dienstbarkeiten und Pfandrechte**

Es ist jedoch zu differenzieren, nicht alle beschränkten dinglichen Rechte waren dem Gesetzgeber gleich unwillkommen. Auf der einen Seite jene Rechte, bei denen nicht der Eigentümer etwas will, sondern ein anderer (Dienstbarkeiten: z.B. Wegerechte), und auf der andern diejenigen Rechte, bei welchen der Eigentümer selber ein Interesse hat (Pfandrechte).

##### **A) Dienstbarkeiten**

Durch die Einräumung einer Dienstbarkeit akzeptiert der Eigentümer eine Belastung seines Eigentumsrechts, die er als negativ erlebt, weil er an dieser Belastung nicht interessiert ist, sondern sie im Interesse eines Dritten einräumt. Will der Eigentümer sein Eigentum veräußern, wird er erleben, dass eine solche Belastung dessen Wert schmälert.

Dienstbarkeiten stellen im Programm des Eigentums einen Störfaktor dar, weshalb die bürgerlichen Gesetzbücher eine servitutenfeindliche Haltung an den Tag legen. Bevor eine Dienstbarkeit errichtet werden kann, muss ein konkretes Interesse daran nachgewiesen sein (vgl. z.B. Art. 736 ZGB, welcher Artikel den Untergang solcher Rechte in einer Weise fördert, wie sie bezüglich anderer Rechtspositionen [z.B. Forderungen] kaum denkbar wäre).<sup>163</sup>

##### **B) Pfandrechte**

Die Pfandrechte dienen der dinglichen Sicherung von Forderungen; sie ermöglichen durch diese Funktion aber auch die Mobilisierung des Bodenwertes und setzen jene Mittel frei, mit welchen der Eigentümer wirtschaftlich aktiv werden kann.

Der Eigentümer hat selber ein Interesse an diesen Rechten, ebenso der Gläubiger. Und auch der Gesetzgeber, welchem die Mobilisierung der Werte ein Anliegen ist. Die Regelung im Gesetz lässt auf eine pfandrechtsfreundliche Einstellung schließen: weder wurde eine Maximaldauer festgelegt oder eine Belastungsgrenze; auch keine Tendenz

---

<sup>163</sup> Vgl. z.B. BGE 107 II 331 („Vater Flück“).

zur schnellen Ablösung lässt sich feststellen. Diese drei Punkte waren alle Anliegen der Bauern gewesen, denen der Gesetzgeber in diesem Fall jedoch nicht gefolgt ist.

#### 11.4.5 Die privatrechtliche Expropriation

Ein viel besprochenes Institut des 19. Jahrhunderts war auch die privatrechtliche Enteignung. Heute ist dieser Begriff im Privatrecht nicht mehr gebräuchlich, die Enteignung scheint in das öffentliche Recht zu gehören, wo sie im Zuge der Verwirklichung von Projekten allgemeinen Interesses Anwendung findet.

Zwangseingriffe sind aber noch heute auch bei „nur“ privaten Interessen zugelassen. Es handelt sich um mittelbare gesetzliche Eigentumsbeschränkungen wie Notwegrechte, Notleitungsrechte oder das Überbaurecht, welche von einem Dritten mit Hilfe des Staates gegen den Willen des Eigentümers erzwungen werden können (vgl. z.B. Art. 691, 694, 710, 711, 712 usf. ZGB). Anders als im Vertragsrecht wird die Lösung von Konflikten hier nicht dem Belieben der Parteien überlassen, im Sachenrecht hat der Eigentümer ein bestimmtes Eigentumsbild vor Augen (vgl. auch die vorangegangenen Beispiele).

Durch diese Stellungnahme wird die zentrale Stellung des Beliebens des Eigentümers sehr stark eingeschränkt, wenn nicht gar hinfällig. Gerade diese Beispiele zeigen, dass der Gesetzgeber an die „unsichtbare Hand“ des Marktes, welche alles zum Guten lenken soll, im Grunde nie geglaubt hat und stets selber lenkend eingriff.

### 11.5 Schluss

Die Geschichte des Eigentumsrechts im 19. Jahrhundert erscheint als uneinheitlich und fragmentarisch. Auf der einen Seite das Belieben des Eigentümers, auf der andern autoritative Eingriffe des Gesetzes; einerseits Funktionslosigkeit, andererseits Funktionsgebundenheit; Allgemeinheit und Abstraktheit des Eigentums gegen ein bestimmtes Eigentumsbild.

Wie lassen sich diese gegensätzlichen Positionen vereinbaren? Man kann die eine Position als richtig und die andere als falsch ansehen, die eine als Regel und die andere als Ausnahmen, oder man kann diese Positionen als sich gegenseitig ergänzend betrachten.

Die Quadratur des Kreises, die Versöhnung von Allgemeinheit und Sektorialität ist WINDSCHEID in seiner Eigentumsdefinition gelungen: Zunächst sei zwischen dem Begriff und dem Inhalt zu unterscheiden. Der Eigentumsbegriff sei immer der gleiche, der Inhalt jedoch von Land zu Land, von Zeit zu Zeit verschieden. Der Begriff steht demnach jenseits der Geschichte, während der Inhalt des Eigentums in der Geschichte lebt.

Der Begriff des Eigentums meint, dass jemandem eine Sache nach dem Recht zu eigen ist und sein Wille nach dem Recht für sie entscheidend ist in der Gesamtheit ihrer Beziehungen. Das Eigentum ist zwar schrankenlos, aber es verträgt Beschränkungen.<sup>164</sup>

*finis operis*, © by mk. SS 99

---

<sup>164</sup> Vgl. QUELLEN II, 257 (letzte Quelle vor dem Ende).