

# PRIVATRECHT UND STAAT

**Prof. Dr. iur. Peter Jäggi**  
Universität Freiburg Schweiz

Publiziert in: Freiburger Universitätsreden, Neue Folge Nr. 7, Freiburg (Schweiz) 1946. – Antrittsvorlesung vom 29. Oktober 1945. Die Seitenzahlen dieser Publikation sind im nachfolgenden Text in eckiger Klammer eingefügt. Ein weiterer Abdruck findet sich in: Peter Jäggi, *Privatrecht und Staat, Gesammelte Aufsätze*, Zürich, 1976, S. 1 ff.

## I

[5] In Art. 275 ZGB heißt es: "Die Kinder sind den Eltern Gehorsam ... schuldig."

Warum wurde dieser so selbstverständliche Satz eines Tages von der Bundesversammlung als Gesetz beschlossen und – zusammen mit dem übrigen ZGB – auf den 1. Januar 1912 in Kraft gesetzt? Waren denn die Schweizer Kinder nicht ohnehin zu Gehorsam verpflichtet? Was hat sich an jenem Tage geändert?

Solche und ähnliche Fragen stellen sich bei näherem Zusehen mit bezug auf alle Gesetzesbestimmungen, die wir gemeinhin als privatrechtlich bezeichnen. Mit andern Worten: Die Tatsache, daß es Privatrechtsgesetze<sup>1</sup> gibt, das heißt staatliche Erlasse mit privatrechtlichem Inhalt, muß besonders erörtert werden. Wie verhalten sich Privatrecht und Staat? Das ist die Frage, der wir zu Beginn der Vorlesungen über das geltende Privatrecht nachzugehen haben.

Die Antwort suchen wir in der Weise, daß wir die Begriffe Staat und Privatrecht soweit abklären, bis ihr gegenseitiges Verhältnis offen zu Tage tritt.

## II

[6] Beim Begriff des *Staates* brauchen wir uns nicht lange aufzuhalten. Nach bewährter Lehre ist der Staat eine Körperschaft besonderer Art, deren Zweck das Gemeinwohl ist<sup>2</sup>. Daraus folgt, daß alles, was der Staat tut, im Hinblick auf das Gemeinwohl unternommen wird<sup>3</sup>. Also dienen auch die Privatrechtsgesetze irgendwie dem Gemeinwohl. Dieses "irgendwie" ist die große Unklarheit, die wir durch die Untersuchung des Begriffes Privatrecht auflösen müssen.

---

<sup>1</sup> Hier wie im folgenden ist "*Gesetz*" stets im materiellen Sinn verstanden.

<sup>2</sup> Die Lehre vom *Gemeinwohl* wurde gestützt auf Aristoteles und Thomas von Aquin besonders von Papst Leo XIII. herausgearbeitet; vgl. *Tischleder* in *Staatslexikon*, Bd. III, S. 933.

<sup>3</sup> Diese Folgerung ergibt sich deshalb, weil der *Zweck* das *Lebenselement* jeder *juristischen* Person ist; vgl. BGE 69 II 48. Die Organe des Staates können sich freilich im Einzelfall darüber täuschen, was im Gemeinwohl liegt. Das ändert aber nichts daran, daß sie im Hinblick auf das Gemeinwohl handeln.

### III

Das *Privatrecht* ist Recht. Es unterscheidet sich vom Oberbegriff des Rechts nur durch seinen engern Gegenstand. Es ist jenes Recht, das die Beziehungen der Einzelnen unter sich zum Gegenstand hat<sup>4</sup>.

Das *Recht* wird gewöhnlich bezeichnet als der Inbegriff der Normen, die das Zusammenleben der Menschen ordnen. In dieser Umschreibung ist "Norm" das entscheidende Wort. Es muß noch erklärt werden.

Norm besagt zunächst "Verbindlichkeit". Daß das Recht irgendwie verbindlich ist, bestreitet niemand. Die Frage ist aber, woher diese Verbindlichkeit kommt und welcher Art sie ist. Hier stehen sich *zwei Grundauffassungen* gegenüber:

Nach der Auffassung der *Rechtspositivisten* ist das Recht einzig deshalb verbindlich, weil es vom Staate [7] auf irgend eine Weise gesetzt ist. Die Begriffe Recht, positives Recht und Gesetz bedeuten dasselbe. Das Recht ist nicht allgemein – für alle Zeiten und Völker – gültig. Es ist das, was in einem bestimmten Staate gerade als Gesetz gilt<sup>5</sup>. Zur Sittlichkeit steht das Recht in keiner notwendigen Beziehung, es sei denn in dem Sinne, daß sich der Gesetzgeber nach der Idee des Sittlichen, des Gerechten, richten muß. Das Gesetz ist aber auch dann Recht, wenn es dieser Idee widerspricht<sup>6</sup>.

Nach der *naturrechtlichen* Auffassung beruht die Verbindlichkeit des Rechts in der Natur der Dinge, aus der sie von der menschlichen Vernunft gleich den andern Geboten der Sittlichkeit erkannt wird. Das Recht ist nichts anderes als ein Teil der sittlichen Ordnung, die wesenhaft für alle Völker und Zeiten gleich ist. Es ist zu unterscheiden vom positiven Recht, das der Staat erläßt. Dieses, das Staatsgesetz, ist nur insofern verbindlich, also Recht, als es mit der sittlichen Ordnung übereinstimmt<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> Mit dem Ausdruck "*Einzelner*" werden hier wie im folgenden sowohl die Einzelpersonen als die Verbandspersonen des privaten Rechts bezeichnet; ferner die Verbandspersonen des öffentlichen Rechts, soweit sie nicht als Träger hoheitlicher Gewalt auftreten.

<sup>5</sup> Oder von den Behörden an Stelle des Gesetzes geübt wird; vgl. *Burckhardt*, Organisation, S. 217 ff.

<sup>6</sup> Im einzelnen weichen die Rechtspositivisten stark voneinander ab. Die neuern Auffassungen über den Rechtsbegriff werden skizziert von *Schindler*, Recht und Staat, ZSR Bd. 50, 1931, S. 222 a ff. und von *Bürgi*, S. 17 ff.; vgl. auch *Petraschek* in Staatslexikon, Bd. V, S. 631 ff.

<sup>7</sup> Die *Naturrechtslehre* geht auf Aristoteles zurück und wurde von Thomas von Aquin zur höchsten Stufe geführt. Sie war geistiges Gemeingut des mittelalterlichen Abendlandes. In ihrer Zurückdrängung und Verzerrung seit der Renaissance und Reformation spiegelt sich die allgemeine geistige Entwicklung des Abendlandes wieder; vgl. *Brunner*, S. 3 ff.

Der neuzeitlichen Rechtswissenschaft ist die Naturrechtslehre meist nicht bekannt. Rudolf von Ihering, auf seine Unkenntnis der thomistischen Lehre aufmerksam gemacht, rief in seiner temperamentvollen Art aus: "Wie war es möglich, daß solche Wahrheiten, nachdem sie einmal ausgesprochen waren, bei unserer protestantischen Wissenschaft so gänzlich in Vergessenheit geraten konnten? Welche Irrwege hätte sie sich ersparen können, wenn sie dieselben beherzigt hätte!" (Zweck im Recht, 2. Aufl. Bd. II, S. 161.) Der Ausdruck "Naturrecht" dient in der Rechtswissenschaft meistens zur Bezeichnung der im 18. Jahrhundert von den Juristen der "Aufklärung" entwickelten Theorien. Über deren Verhältnis zur eigentlichen Naturrechtslehre siehe *Rommen*, S. 92 ff. und *Brunner*, S. 109.

Über die philosophische Grundlage der Naturrechtslehre siehe *Manser*, Naturrecht, sowie *Manser* und *Rohner*, Abhandlungen, ferner *Rommen*, der auch die geschichtliche Entwicklung der Lehre behandelt. Mit diesen katholischen Autoren stimmt *Brunner* in weitem Umfang überein. Er legt die Naturrechtslehre vom Standpunkt der protestantischen Theologie aus dar.

Mißverständnis ist der häufig verwendete Ausdruck "christliche (bzw. katholische oder protestantische) Naturrechtslehre". Er bedeutet nur, daß die Naturrechtslehre seit dem Mittelalter vorab von Angehörigen der christlichen Glaubensbekenntnisse entwickelt und auf Grund der christlichen Glaubenslehre vertieft wurde, nicht dagegen, daß sie den christlichen Glauben voraussetzt. Nur was mit der Vernunft auf natürlichem Weg erkannt werden kann und somit auch dem Ungläubigen zugänglich ist, bildet Gegenstand der Naturrechtslehre. Deshalb konnte sich

Nur diese zweite Ansicht kann richtig sein. Sie ist im folgenden näher darzulegen. Dann ist sie auch begründet. Und alsdann wird sich erweisen, daß die Meinung mancher Rechtspositivisten der Sache nach, wenn auch nicht dem Worte nach, mit ihr übereinstimmt <sup>8</sup>.

Unsere Darlegung muß beim Wort "Norm" einsetzen. Norm besagt nicht nur "Verbindlichkeit", sondern auch "Regel". Eine Regel ist, für sich genommen, eine abstrakte Aussage über einen abstrakten, also nur gedachten Tatbestand. Auf einen wirklichen [8] Tatbestand muß sie erst durch einen logischen Schluß angewendet werden. Auf diese Anwendung zielt jede Regel hin. Wenn wir nämlich auf irgend einem Wissensgebiet Tatbestände denken und Regeln, die darauf zutreffen, so immer deshalb, damit wir für die wirklichen Fälle, die eintreten können oder schon eingetreten sind, erkennen, was richtig ist. So ist es auch auf dem Gebiete des menschlichen Zusammenlebens, auf dem Gebiete des Rechts. Wir denken uns auf dieses Zusammenleben bezügliche Tatbestände und Regeln, also Rechtsregeln, damit wir in den Fällen, die sich wirklich ereignen, erkennen, was "Recht" ist. Unterscheiden wir also scharf zwischen der abstrakten Rechtsregel (dem objektiven Recht) <sup>9</sup> als dem Mittel der Rechtserkenntnis und dem damit Erkannten, dem Recht schlechthin! Dann wird uns bewußt, daß der Inbegriff der Rechtsnormen (von wem immer die Normen gedacht oder erlassen sein mögen) nicht das Recht selbst darstellt, sondern dieses umschließt wie eine Schale den Kern. Befreien wir also den Rechtsbegriff aus dem Panzer der Abstraktion, in dem er sich wegen der Eigenart unseres Denkens notwendig befindet! Dann liegt er klar auf der Hand; ja, der Sprachgebrauch des täglichen Lebens stößt uns geradezu darauf: Recht ist das, was wir im wirklich sich ereignenden Einzelfall als "recht" erkennen. Es ist also ein Werturteil, das wir über das (im Zusammenleben der Menschen) Geschehene fällen. Noch mehr: Es ist eine Eigenschaft, die diesem Geschehenden ohne Rücksicht auf unser Urteil anhaftet und die wir [9] mit Hilfe von Regeln zu erkennen trachten. Und als Eigenschaft teilt das Recht das Schicksal des Geschehenden,

---

auch Thomas von Aquin so eng an den Heiden Aristoteles anschließen. Die beiden Erkenntnisarten, das Erkennen auf natürlichem Wege und das Glauben auf Grund übernatürlicher Offenbarung (deren eine Quelle die Bibel ist), sind namentlich gegenüber *Brunner* auseinanderzuhalten.

<sup>8</sup> Dies gilt vor allem von den Vertretern der neukantianischen Richtung wie *Burckhardt*, die nur in einem beschränkten Sinne als Rechtspositivisten bezeichnet werden können. Obgleich *Burckhardt* ein ganz anderes Begriffssystem aufgebaut hat als die Naturrechtslehre, so stimmt er doch mit dieser insofern überein, als er sich in der Frage, welchen Inhalt die Rechtsnormen haben sollen, ganz von der Idee des Sittlichen, des Gerechten, leiten läßt. Nur spricht er dieser Idee jeden Inhalt ab (*Organisation*, S. 135 und S. 240 ff., *L'Etat et le droit*, S. 200 a ff.). Vgl. hiezu Anm. 61 Ziff. 2.

<sup>9</sup> Der Ausdruck "*objektives Recht*" ist vieldeutig. Hier wie im folgenden wird er in seinem weitesten Sinn verwendet: Objektives Recht ist jede Rechtsregel, also jede Regel, die eine abstrakte Aussage darüber enthält, wie sich ein Mensch gegenüber dem Nebenmenschen verhalten soll.

In einem *engern* Sinne umfaßt das objektive Recht die innerhalb eines menschlichen *Verbandes* "geltenden" Regeln. Diese enthalten nicht nur eine der Erkenntnis dienende Aussage, sondern sie stellen von den Verbandsorganen erlassene *Befehle* dar, die deshalb, weil sie für bloß gedachte, noch nicht eingetretene Fälle Anwendung finden sollen, notwendig in die Form von Regeln gekleidet sind. Die Befehle richten sich an die Verbandsangehörigen und verpflichten diese für die gedachten Fälle zu einem bestimmten Verhalten.

Im *engsten* und gebräuchlichsten Sinne umfaßt das objektive Recht die im höchsten menschlichen Verband, dem *Staat*, geltenden Regeln. Soweit dieses objektive (*positive*) Recht Privatrecht ist, wenden sich seine Befehle an den Richter und verpflichten ihn, die ihm vorgelegten Streitigkeiten in einem bestimmten Sinn zu entscheiden (vgl. im Text S. 24 f.).

Was die vom Staat erlassenen Regeln auszeichnet, ist die Tatsache, daß einzig sie, insofern sie Befehle enthalten, mit physischem *Zwang* durchgesetzt werden können (vgl. Anm. 50). Die staatlichen Regelbefehle "gelten", wenn sie der Verfassung gemäß erlassen wurden. Sie sind (im einzelnen Anwendungsfall) *verbindlich*, insofern sie mit der Natur der Sache übereinstimmen, also gemäß den Umständen des Falles zweckmäßig = vernünftig = gerecht sind (vgl. Anm. 45 Ziff. 4).

Hält man im Sinne des Textes Regel und Recht auseinander, so ist der im Wort "Norm" enthaltene, vieldeutige Begriff der "Verbindlichkeit" abgeklärt. Im wahren Sinne verbindlich ist nicht die Rechtsnorm, sondern die mit ihrer Hilfe aus den Umständen des Einzelfalles erkennbare Gewissenspflicht (siehe im Text S. 9 und S. 13). Wenn die vom Staat erlassenen Rechtsnormen als verbindlich bezeichnet werden, so versteht man unter "Verbindlichkeit" bald den Befehlscharakter dieser Normen, bald ihre staatsrechtliche Geltung und bald die (grundsätzliche) Gehorsamspflicht der Bürger gegenüber den staatlichen Befehlen.

dem es zugeschrieben wird. Mit andern Worten: *Recht geschieht!*<sup>10</sup>

Ein Beispiel: Jene Mutter, die gerade jetzt einem Kinde das Leben schenkt, weiß, daß sie für dieses sorgen muß. Tut sie dies, so geschieht Recht; tut sie es nicht, so geschieht Unrecht. Im einen wie im andern Falle hat sich etwas Einmaliges, nicht mehr zu Änderndes ereignet. Mögen sich auch alle andern Mütter der Welt anders verhalten: Was in diesem einen Fall geschehen ist, das bleibt geschehen, als Recht oder Unrecht, gleichgültig, ob dies jemand feststellt und beurteilt<sup>11</sup>.

Sind wir uns einmal klar, daß das Recht dem Bereich des Geschehenden angehört, so liegen auch seine andern Wesensmerkmale offen zu Tage. Bleiben wir bei unserm Beispiel:

1. Die Mutter weiß<sup>12</sup>, daß sie für das Kind sorgen muß. Sie braucht es nicht erst aus einer Regel zu folgern. Sie weiß es, auch wenn eine Regel dieser Art nie aufgestellt und nie in einem Gesetzbuch festgelegt wurde. Aus den Umständen, in denen sie sich gerade befindet, erkennt sie mit ihrer *Vernunft*, was sie zu tun hat. Die Vernunft, die wir unter diesem Gesichtspunkt *Gewissen* oder noch spezieller *Rechtsgefühl* nennen, ist ihre einzige und unmittelbare Erkenntnisquelle.

Und in der *Gesamtheit der Umstände*, in der *Natur der Sache*, liegt der einzige, aber ausreichende Grund der *Verbindlichkeit* für die daraus erkannte Pflicht<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> (1) Als Eigenschaft muß "recht" im Einzelfall mit einem Eigenschaftswort bezeichnet werden. Das Hauptwort "Recht" (schlechthin) bezeichnet diese Eigenschaft in abstracto, gleich wie das Hauptwort "Schönheit" die Eigenschaft "schön" in abstracto bezeichnet. Mit dem Wort "objektives Recht" wird dagegen immer eine Rechtsregel bezeichnet (vgl. Anm. 9).

(2) Die Sprache, diese "wahre Leiblichkeit des Gedankens" (vgl. *Gierke* in Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung 12. Jahrg. 1888, S. 857), setzt die Eigenschaftsworte "recht und gerecht" einander gleich. Für die Wissenschaft besteht kein Grund, hievon abzugehen. Ihre Aufgabe ist es nicht, den Worten einen neuen Sinn zu geben, sondern den schon gegebenen Sinn der Worte genau abzuklären; vgl. *Cathrein*, S. 41 ff., insbesondere S. 44.

(3) Auch *Burckhardt*, *Organisation*, S. 235, nimmt an, daß nur für bestimmte tatsächliche Voraussetzungen – also nur für den Einzelfall – entschieden werden kann, was "gerecht" ist. Damit trifft er das Wesen des Rechts, seine Einmaligkeit. Aber er unterläßt es, "recht und gerecht" einander gleichzusetzen. Für ihn liegt das Schwergewicht auf der abstrakten und vom Staat gesetzten Regel, dem objektiven (positiven) Recht.

Das naturrechtliche Schrifttum leidet ebenfalls darunter, daß es das objektive Naturrecht (das Regelsystem der natürlichen Rechtsordnung, siehe im Text S. 11 ff.) und das Naturrecht schlechthin nicht auseinanderhält. Darin liegt m. E. eine Quelle von Mißverständnissen zwischen den Vertretern der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus. *Burckhardt* trat der Naturrechtslehre namentlich deshalb entgegen, weil er das "Naturrecht" als System "unverrückbarer" Grundsätze auffaßte (*Organisation*, S. 235, Anm. 20 und 21; *L'Etat et le droit*, S. 197 a ff.). Wird das Wesen der Rechtsregel und der Unterschied zwischen Regel und Recht auch für das Naturrecht klargestellt, so können die Mißverständnisse um die "unverrückbaren" Grundsätze abgeklärt werden.

<sup>11</sup> Das Unrecht kann höchstens wieder gutgemacht werden, aber auf Grund einer neuen Rechtspflicht, die gerade mit der Begehung des Unrechts entsteht und ihrerseits wieder erfüllt oder nicht erfüllt werden kann.

<sup>12</sup> Mit dem Wort "Wissen" soll hier zum Ausdruck gebracht werden, daß dem Einzelnen die Rechtsfindung ohne Mithilfe Dritter möglich ist. Doch handelt es sich, wie aus den Ausführungen im Text und aus Anm. 13 hervorgeht, auch bei diesem Wissen um ein Erkennen: Was Recht ist, wird mit Hilfe einer bewußten oder unbewußten logischen Operation aus der Natur der Sache gefolgert.

<sup>13</sup> (1) Auch *Burckhardt* steht auf dem Standpunkt, daß sich die Verbindlichkeit des Rechts nicht aus etwas anderem ableiten lasse "als aus der unmittelbaren Einsicht, daß etwas gerecht ist" (*Organisation*, S. 243). Was er über das objektive, vom Staat gesetzte Recht aussagt, trifft in Wirklichkeit für das Recht schlechthin zu. Gegenüber seinen Ausführungen über das Rechtsgefühl und das Werturteil der praktischen Vernunft ist klarzustellen:

a) Jedes Werturteil ist zwar unmittelbar und daher in einem gewissen Sinne unbeweisbar. Aber es erhält seine die Vernunft befriedigende Überzeugungskraft aus einem objektiven, unabhängig vom Erkennenden bestehenden Sachverhalt, eben der "Natur der Sache".

b) Das Urteil darüber, was Recht ist, steht nicht nur dem Gesetzgeber zu, sondern auch jedem Einzelnen (für sein persönliches Verhalten); vgl. Anm. 45 Ziff. 4.

(2) "*Gesamtheit der Umstände*" und "*Natur der Sache*" sind zwei gleichbedeutende Ausdrücke. Von "Natur der Sache" sprechen wir mehr, um die typischen, immer wiederkehrenden Verumständungen zu bezeichnen (z. B. die Interessenlage der Parteien eines synallagmatischen Vertrages), von der "Gesamtheit der Umstände" dagegen eher, um auf die zu den typischen Verumständungen hinzutretenden oder sie modifizierenden Verhältnisse des Einzelfalles hinzuweisen (z. B. auf die verwandtschaftliche Beziehung der Parteien eines bestimmten Vertrages). Aber sowohl zur "Gesamtheit der Umstände" wie zur "Natur der Sache" gehören im Einzelfall *alle* Verumständungen, sowohl die

[10] 2. Die Mutter kann ihrer Erkenntnis folgen oder nicht folgen. *Ihr Wille ist frei*<sup>14</sup>. Darum sprechen wir überhaupt von Pflicht und nicht von blinder Notwendigkeit.

Wenn wir aber von Pflicht reden, so heißt dies, daß wir uns im Bereich des *Sittlichen* bewegen<sup>15</sup>.

3. Je nachdem die Mutter ihre Pflicht erfüllt oder nicht, geschieht dem Kinde Recht oder Unrecht. Das Kind erhält – oder erhält nicht –, was ihm nach den Umständen *gehört*. Deswegen, und allein deswegen, weil die sittliche Pflicht so auf einen Andern bezogen ist, daß ihre Erfüllung dem Andern geschuldet ist, sprechen wir von einer *Rechtspflicht*<sup>16</sup>.

typischen wie die atypischen.

Woher kommt es überhaupt, daß wir das Gleiche mit zwei ganz verschiedenen Ausdrücken bezeichnen? Die "Gesamtheit der Umstände" ist eine bestimmte, im Ablauf des Geschehens sich ergebende (für einen Augenblick oder für längere Zeit bestehende) *Konstellation einer Vielheit von Dingen*. Da sich nun im zufälligen Zustand jedes Dinges seine Natur äußert, hängt auch die "Gesamtheit der Umstände" von der Natur der an dieser Konstellation beteiligten Dinge ab. Der Ausdruck "Natur der Sache" weist also darauf hin, daß die Erkenntnis des Rechts "aus der Gesamtheit der Umstände" letzten Endes eine Erkenntnis aus den Dingnaturen und der sich aus diesen ergebenden Wertordnung der Dinge ist. Über den Begriff "Dingnatur" vgl. *Manser*, Abhandlungen, S. 13 und *Rommen*, S. 170 ff.; über die Verwendung des Ausdruckes "Natur der Sache" durch den Gesetzgeber vgl. *Gutzwiller*, Zur Lehre von der "Natur der Sache", in Festgabe der jur. Fakultät Freiburg für den Schw. Juristenverein, 1924, S. 284 Anm. 1.

(3) Der Ausdruck "*Rechtsgefühl*" bedeutet nicht etwa (wie *Burckhardt*, Organisation, S. 244 f. anzunehmen scheint), daß sich das Urteil des Rechtsgefühls objektiv nicht begründen lasse. Er weist vielmehr auf die *Art* der Rechtserkenntnis hin. Gefühlsmäßiges Erkennen ist auf allen Gebieten (z. B. auch in der Kunst) ein *unbewußtes* Erkennen. Das heißt: Das Urteil des "Gefühls" stellt sich unserem Bewußtsein spontan ein, ohne daß wir uns der einzelnen gedanklichen Folgerungen bewußt sind, die wir, veranlaßt durch die Wahrnehmung äußerer "Umstände", aus der Natur der Sache ziehen und die zu diesem Urteil führen. Die Aufgabe der Rechtswissenschaft besteht gerade darin, die dem Urteil des Rechtsgefühls zu Grunde liegenden Folgerungen in das Bewußtsein überzuführen und so das gefühlsmäßige Urteil vernunftmäßig zu begründen. In ähnlicher Weise ist es Aufgabe der Ästhetik, jene Gründe herauszufinden, auf die das Schönheitsgefühl sein spontanes Urteil stützt.

<sup>14</sup> Der Wille ist insofern *nicht* frei, als er mit Notwendigkeit auf das (subjektiv) Gute gerichtet ist. Der Mensch kann nur das wollen, was ihm im Augenblick des Wollens gut scheint. Beispiel: Von einer Mutter wird unter einer Drohung, die sich gegen ihr eigenes Leben richtet, verlangt, daß sie ihr Kind töte. Sie gibt dem Verlangen dann nach, wenn ihr "unter diesen Umständen" das eigene Leben als höheres Gut erscheint als das Leben des Kindes.

Die *Willensfreiheit* besteht darin, daß der Mensch etwas als gut erstreben kann, was objektiv nicht gut ist. Objektiv gut ist das, was der "Natur der Sache", den Dingnaturen (und der Wertordnung der Dinge) entspricht; vgl. Anm. 13 Ziff. 2.

Auf die beherrschende Bedeutung des schon von Aristoteles erkannten (Formal-)Prinzips "Das Gute ist zu tun, das Böse zu meiden", weist namentlich *Manser*, Naturrecht, hin. Vgl. auch Anm. 16 Ziff. 3.

<sup>15</sup> Denn die Sittlichkeit ist eben wesentlich normativ. Sie sagt, wie sich der Mensch verhalten *soll*.

<sup>16</sup> (1) Das Recht ist somit ein Teil der Sittlichkeit. Es unterscheidet sich von ihr durch seinen engeren Gegenstand. Es betrifft jenes Verhalten, das der Mensch dem Andern schuldet (und nicht bloß sich selbst wie z. B. die Selbsterhaltung).

(2) Das *subjektive Recht* ist ein Komplementär-Begriff der Rechtspflicht. *Die Pflicht ist das Primäre*. Nur wo eine Rechtspflicht besteht, gibt es ein subjektives Recht.

Darin, daß im täglichen Sprachgebrauch der Ausdruck (subjektives) "Recht" im Vergleich zum Ausdruck "Pflicht" dominiert, zeigt sich die unheilvolle Neigung von uns Menschen, mehr auf unsere Rechte (d. h. die Pflichten der Andern gegen uns) zu pochen statt auf unsere eigenen Pflichten gegenüber den Andern. Wenn jeder seine Rechtspflicht erfüllt, so kommt jeder zu seinem Recht. Allerdings kann die Geltendmachung eines Rechts (die Mahnung des Andern zu seiner Pflicht) wiederum sittliche Pflicht sein, sei es Pflicht gegen sich selbst (Gebot der Selbsterhaltung), sei es Rechtspflicht (der Vater ist seiner Familie gegenüber verpflichtet, seinen Lohnanspruch gegenüber dem Dienstherrn geltend zu machen).

(3) Aus dem sittlichen und primären Charakter der Rechtspflicht ergibt sich folgendes:

a) Wenn wir das *Recht der Persönlichkeit* in den Mittelpunkt stellen (siehe im Text S. 30 ff.), so handeln wir bereits unter dem Einfluß des "Denkens in Rechten". Das Recht der Persönlichkeit bildet nur den Komplementärbegriff zur *primären Grundpflicht aller Menschen*, die Menschenwürde aller Mitmenschen zu achten.

b) Da die *Urteilsunfähigen* gerade jene Menschen sind, denen die Fähigkeit abgeht, vernunftgemäß (= dem Gewissen gemäß = sittlich) zu handeln (Art. 16 ZGB), können sie keine Pflichten haben. Wenn wir ihnen dennoch Rechtspflichten zuschreiben, so ist dies nur eine zweckmäßige Kurzbezeichnung für einen komplizierteren Tatbestand, nämlich dafür, daß bestimmte urteilsfähige Personen unter Umständen verpflichtet sind, zu Lasten der Urteilsunfähigen zu handeln (z. B. aus dem Vermögen eines Urteilsunfähigen den von diesem verursachten Schaden zu ersetzen). Die Vertretungsbefugnis und die Vertretungspflicht dieser Personen geht ebenfalls aus den Umständen hervor, sei es

*Privatrecht*<sup>17</sup> ist somit das vernunftgemäße Verhalten, durch das ein Mensch einem Andern (als Einzelnem), das zukommen läßt, was ihm nach den Umständen gehört.

Aus dieser Umschreibung können wir bereits als Ergebnis festhalten, daß Staat und Privatrecht begrifflich nicht voneinander abhängen. Privatrecht geschieht, wird als Recht erkannt und verwirklicht, ohne daß der Staat notwendig etwas damit zu tun hat. Um nun aber das Verhältnis zwischen Staat und Privatrecht zu verstehen, müssen wir den Rechtsbegriff zunächst noch weiter

unmittelbar auf Grund einer natürlichen Beziehung (wie bei den Eltern), sei es auf Grund eines durch die Umstände sachlich gerechtfertigten staatlichen Befehls (wie bei den vormundschaftlichen Organen).

Die Pflicht zum Handeln zu Lasten von Urteilsunfähigen kann sich nur darum ergeben, weil den Urteilsunfähigen auch solche Rechte zustehen können, die nicht höchstpersönlich sind. Das heißt: Die urteilsfähigen Personen haben nicht nur die Menschenwürde der Urteilsunfähigen zu achten; sie sind unter Umständen (z. B. in Erbfällen) auch verpflichtet, einem Urteilsunfähigen den Besitz von Sachgütern zu übertragen und ihn darin zu belassen.

Die Rechtspflichten der Urteilsunfähigen sind somit keine wirklichen Pflichten. Wir gebrauchen diesen Begriff als Behelf der *Rechtstechnik*; wir fassen die Gesamtheit der Umstände so auf, als ob die Urteilsunfähigen selbst verpflichtet wären.

c) Noch weiter geht die rechtstechnische Konstruktion bei den *juristischen Personen*. Sie bezieht sich nicht nur auf die Rechtspflichten (juristische Personen haben kein Gewissen und können daher keine wirklichen Pflichten haben), sondern überhaupt auf die Personqualität. Die juristischen Personen sind in Wirklichkeit keine Personen. Deshalb bezeichnen wir sie eben als "juristische" und nicht als "natürliche" Personen. Wenn wir von juristischen Personen und von ihren Rechten und Pflichten reden, so sind dies wiederum höchst zweckmäßige Kurzbezeichnungen für die komplizierten Tatbestände, die sich aus dem Vorhandensein von Personenmehrheiten (Körperschaften) sowie daraus ergeben, daß die Widmung eines Vermögens zu einem besondern Zweck (Stiftung) sowohl für den Widmenden selbst wie für alle andern Rechtsgenossen besondere Pflichten entstehen läßt. Wirklich verpflichtet sind immer nur natürliche Personen, nämlich einerseits die Organe der Körperschaft oder der Stiftung (die aus den Umständen ihre Organstellung und damit ihr Recht und ihre Pflicht erkennen, sich zur Erreichung des Körperschafts- oder Stiftungszweckes gegenüber andern natürlichen Personen in bestimmter Weise zu verhalten), andererseits die Körperschaftsangehörigen und die übrigen Rechtsgenossen (die sich wegen des Bestandes einer Körperschaft oder der Widmung eines Zweckvermögens gegenüber andern natürlichen Personen in bestimmter Weise verhalten müssen). Das gesamte Rechtsleben spielt sich in Wirklichkeit nur unter natürlichen Personen ab. Wir gebrauchen somit auch den Begriff der juristischen Person nur als Mittel der Rechtstechnik. Die auf die Körperschaften und Zweckvermögen bezüglichen Sachverhalte werden so aufgefaßt, als ob die Körperschaften und Zweckvermögen wirkliche Personen mit wirklichen Rechten und Pflichten wären. Vgl. zum Ganzen: *Simonius*, Die juristische Person als Mitglied eines Verwaltungsrates, in: Beiträge zum Handelsrecht, Festgabe C. Wieland, Basel 1934, S. 367, insbesondere S. 376 ff.

So unzweifelhaft es ist, daß die Körperschaften keine Personen sind, so unzweifelhaft ist es andererseits, daß sie keine Fiktion, sondern eine *Realität* sind. Sie existieren, gehören also der Welt des Seienden an. Aber welcher Art ist ihr Sein? Es kann sich nur um die Teilnahme am Sein einzelner Menschen handeln. Der Einzelmensch ist eine Seinseinheit, und zwar eine solche, in der (im Gegensatz zu den körperlichen Dingen der Außenwelt) körperliches und geistiges Sein verbunden sind. Die einzelne Körperschaft ist keine Seinseinheit, sondern nimmt teil am geistigen Sein jener Menschen, die ihr angehören. Sie ist nichts anderes als das geistige Sein der Körperschaftsangehörigen, insofern dieses auf den Körperschaftszweck hingeordnet ist. Die Körperschaft besteht demnach in der geistigen Einstellung der Körperschaftsangehörigen auf den Körperschaftszweck. Dies trifft auch auf den Staat zu. Er ist die Gesamtheit der Staatsangehörigen in ihrer geistigen Hinordnung auf den Staatszweck, das Gemeinwohl, und zwar besteht diese Hinordnung darin, daß die Staatsangehörigen (aus den verschiedensten Beweggründen) in ihrem Verstand und in ihrem Willen darin übereinstimmen, was im Hinblick auf das Gemeinwohl geschehen *soll* (im normativen, nicht im postulierenden Sinne). Da aber das, was im Hinblick auf den Staatszweck geschehen soll, in den Befehlsregeln des objektiven (positiven) Rechts niedergelegt ist (vgl. Anm. 9), kann man den Staat bezeichnen als die Tatsache, daß die Befehle der positiven (geschriebenen oder ungeschriebenen) Rechtsordnung gleichzeitig von Vielen als verbindlich erachtet werden. Der Staat ist also nicht identisch mit der Idee der Rechtsordnung an sich, wohl aber identisch mit dem geistigen Sein aller ihm angehörenden Menschen, insofern dieses Sein in einer besonders gearteten Zustimmung zur positiven Rechtsordnung besteht. Diese übereinstimmende geistige Einstellung Vieler ist zwar kein reales Einzelwesen, wohl aber (wie gegenüber *Burckhardt*, Organisation, S. 126, festzuhalten ist) eine geistige Realität von ungeheurer Wucht, weil sie das Sein einer Vielzahl von Menschen erfaßt.

Die Regeln der positiven Rechtsordnung werden, wie alle Rechtsregeln, aus bestimmten äußern Umständen gewonnen, nämlich aus den dem Staatsvolk gemeinsamen Verhältnissen. Die *Rechtssoziologie* klärt ab, durch welche Verhältnisse die geltenden Regeln bedingt sind und welche Regeln aus vorhandenen oder zu erwartenden Verhältnissen wahrscheinlich gefolgert werden oder (rechtspolitisch) zu folgern sind.

Über die Verwendung des Wortes "Privatrecht" als Hauptwort vgl. Anm. 10.

abklären.

## IV

1. Wenn nur für den Einzelfall erkannt werden kann, was Recht ist, so gibt es so viele Rechtssätze, als es Einzelfälle gibt. Das ist an sich richtig. Aber hier setzt [11] nun sofort die abstrahierende Denkarbeit des Menschen ein, und mit ihr die *Rechtskultur*. Da alle Menschen die gleiche Vernunft haben, kann Jeder auch die Rechtspflicht eines Andern erkennen. Und er kann sich für jeden vorstellbaren Tatbestand denken, was Recht ist. Das so erkannte Recht gehört dann aber nicht dem Bereich des Geschehens an. Es ist abstraktes Recht, Rechtsregel, Recht im objektiven Sinne. Der denkende Mensch ordnet alle diese Tatbestände und Regeln. Mit Hilfe der Rechtsbegriffe verknüpft er sie zu einem System, auf dessen Stufen er zu den allgemeinsten Regeln emporschreitet, wie etwa zur Regel "Verträge sind zu halten", die den Begriff des Vertrages voraussetzt<sup>18</sup>.

Die Rechtskultur wird in der edelsten Form von der *Wissenschaft* gepflegt. Diese strebt nach dem aus der Natur der Sache hervorgehenden reinen Recht. Sie kann sich eine ganze natürliche Rechtsordnung ausdenken, die für alle Völker und Zeiten richtig ist.

Diese *allgemeine Richtigkeit der Naturrechtsregeln* ist näher zu umschreiben. Sie folgt aus der schon erwähnten Unveränderlichkeit der Vernunft. Wenn Aristoteles, Thomas von Aquin und Eugen Huber jemals dazu gekommen wären, den gleichen Einzelfall in allen seinen Umständen zu erfassen, so hätten sie dasselbe als Recht erkannt. Daß sie verschiedenen Zeiten, Völkern und Religionen angehörten, hätte an ihrem Erkenntnismittel nichts geändert.

Allgemein richtig heißt indessen nicht "für alle [12] Umstände richtig". Die Rechtswissenschaft der verschiedenen Zeiten und Völker kommt nur insoweit zu den gleichen Regeln, als sie sich überhaupt die genau gleichen Tatbestände vorstellt, seien es solche, die sich aus der gleichbleibenden Menschennatur ergeben, wie das Verhältnis von Mutter und Kind<sup>19</sup>, oder dann solche, die von so allgemeiner Art sind, daß es auf die Umstände von Ort und Zeit nicht ankommt; ob vor Jahrtausenden in Babylon eine Axt verkauft wurde oder heute in Freiburg ein elektrischer Apparat, in beiden Fällen trifft für den Verkäufer die Regel zu, daß die gelieferte Ware zum

<sup>18</sup> Die *Methode* der Rechtsarbeit besteht darin, daß zunächst aus der Fülle der Umstände des Einzelfalles jene festgehalten werden, die für die Rechtserkenntnis erheblich sind. Dies ist bereits eine wertende, vom Rechtsgefühl geleitete Tätigkeit. Die Tatbestände mit gleichartigen rechtserheblichen Umständen werden sodann zusammengestellt und mittelst einer einheitlichen Bezeichnung – dem Rechtsbegriff – zu einem einzigen, allgemeinen Tatbestand zusammengefaßt, auf den eine oder mehrere gemeinsame Regeln zutreffen. *Ein Rechtsbegriff ist somit die Kurzbezeichnung für einen Tatbestand*. Beispiel: Soweit im Verhältnis des Handwerkers zum Gesellen und im Verhältnis des Bauern zum Knecht gleichartige Umstände rechtserheblich sind, werden beide Verhältnisse durch den Begriff "Dienstverhältnis" zu einem allgemeineren Tatbestand verschmolzen, für den sich gemeinsame Regeln aufstellen lassen. Der Begriff "Dienstverhältnis" ist somit die Kurzbezeichnung für einen allgemeinen Tatbestand oder (was dasselbe ist) für die Tatsache, daß viele Einzeltatbestände unter einem bestimmten Gesichtspunkt miteinander übereinstimmen.

Zwischen Rechtsbegriff und Rechtsregel besteht eine Wechselwirkung. Der Begriff wird gewonnen (das heißt: der allgemeine Tatbestand wird geformt), damit eine allgemeine Regel aufgestellt werden kann. Ist aber die Regel einmal gewonnen, so kann aus ihr geschlossen werden, wie der Tatbestand, für den sie zutrifft, im einzelnen geartet ist (das heißt: welchen Inhalt der Begriff hat, welche Einzeltatbestände unter ihn fallen). Die Aufgabe der *Regelauslegung* besteht in der Beantwortung der Frage, ob ein wirklich eingetretener Tatbestand mit dem gedachten Tatbestand, dem Regelfall, übereinstimmt und ob demzufolge die Regel auf den wirklichen Tatbestand zutrifft.

<sup>19</sup> In der Gesetzestechnik werden Tatbestand (Begriff) und Regel gewöhnlich in einem *Rechtssatz* zusammengefaßt. An dieser Stelle soll nur gesagt werden, daß die Wissenschaft wegen der gleichbleibenden Menschennatur immer wieder zu den gleichen Regeln gelangt. Aber auch die unmittelbar aus der Menschennatur abgeleiteten Regeln, wie die Regel "die Mutter hat für das Kind zu sorgen", sind immer im Sinn der im Text folgenden Ausführungen auf die Umstände bezogen. Es gibt Umstände, unter denen die erwähnte Pflicht nicht besteht, so etwa im Falle der Mutter, die wegen schwerer Krankheit weder für das Kind selbst sorgen noch die Sorge durch Andere veranlassen kann.

vorausgesetzten Gebrauch taugen muß. Insoweit dagegen die Wissenschaft aus den besondern Verhältnissen eines Volkes oder einer Zeit Regeln ableitet, treffen die Regeln nur auf diese Verhältnisse zu. Das wird oft übersehen, weil die für die Rechtserkenntnis maßgebenden Verhältnisse, und zwar gerade die allgemeinsten, bei der Darstellung des Regelatbestandes vielfach nicht erwähnt werden. Wenn die Scholastiker die Zinsfrage besprachen, so setzten sie die damaligen wirtschaftlichen Verhältnisse als gegeben voraus. Müßte Thomas von Aquin heute die gleiche Frage beantworten, so würde er sie neu durchdenken, nicht weil das Rechtsgefühl ein anderes geworden ist, sondern weil sich die Verhältnisse geändert haben. Thomas selbst hat betont, daß in diesem Sinne bei der Ableitung von Regeln immer wieder auf die Veränderung der Verhältnisse Bedacht zu nehmen ist <sup>20</sup>.

Auch die Regeln des objektiven Naturrechts sind [13] somit nur richtig für die Umstände, für die sie gedacht wurden. Das gilt selbst für eine Grundregel wie "Pacta sunt servanda". Sie trifft unter den weitaus meisten Umständen zu, und unter diesen Umständen unbedingt, immer und überall. Aber sie trifft nicht unter allen Umständen zu. Es gibt Verhältnisse, unter denen gerade die Bindung an den Vertrag dem Rechtsgefühl widerspricht. Was für Umstände dies sind, hat die Wissenschaft wiederum durch Erdenken von Tatbeständen festzustellen <sup>21</sup>.

Allgemein richtig heißt sodann nicht allgemein verbindlich. *Eine Regel ist für sich genommen überhaupt nie verbindlich. Sie kann nur richtig sein.* Sie ist bloß ein Werkzeug der Denktechnik, das die Erkenntnis dessen erleichtert, was im Einzelfall verbindlich ist. Beim Einzelfall liegt also das Schwergewicht. Aus dem Einzelnen erkennen wir das Allgemeine, die Regel, um aus dem Allgemeinen das Einzelne zu erkennen.

Allein es gibt doch eine *verbindliche Naturrechtsordnung!* Gewiß! Aber sie offenbart sich eben nur in Einzelfällen, im Geschehen. Sie gleicht einem Kreis, dessen unendlich viele Punkte lauter Einzelfälle sind. Und das gedachte Regelsystem ist das Denkgerüst, das wir um diesen Kreis in tangentialen Vielecken anlegen, damit wir ihn überhaupt begreifen. Tangential darum, weil wir immer von einem Einzelfall, einem Kreispunkt aus, die Regel-Gerade ziehen. Außenherum legen wir die allgemeinsten Regeln, gegen die Kreislinie zu folgt das System der mehr kasuistischen Regeln in Hundert- [14] und Tausendecken. Immer, wenn wir einen Einzelfall begreifen wollen, so "turnen" wir uns von der allgemeinsten Regel aus – über die Gelenkstellen der Begriffe hinweg – auf immer wie kasuistischeren Regeln so nahe als möglich zur Kreislinie heran. Das letzte Stück müssen wir durch Abweichen von der Regel überspringen, es sei denn, es treffe gerade der Regelfall ein, das heißt jener in allen Umständen gleiche Tatbestand, von dem aus wir die Regel gewonnen haben.

So ist denn das Regelsystem des objektiven Rechts notwendig relativ, auf den Gegenstand der Erkenntnis bezogen. Dieser Gegenstand aber, die sich im Ablauf des Geschehens offenbarende sittliche Ordnung, ist von absoluter Gesetzmäßigkeit. Doch besteht die Gesetzmäßigkeit gerade darin, daß sie das Relative und das Absolute in höchster Harmonie verbindet. Die unendlich vielen Punkte der Kreislinie sind in vollendeter Gleichheit auf das absolut Eine, den Mittelpunkt, bezogen. Und umgekehrt ist das absolut Eine in unübertrefflicher "Regelmäßigkeit" in unendlich viel Einzelnes ausgestrahlt.

Die Rechtsarbeit wird nicht nur von der Wissenschaft geleistet, sondern von allen Menschen. Denn Jeder muß sich fragen, was dem Andern (und ihm selbst) gehört. Auch im täglichen Leben werden also Regeln ausgedacht und angewendet. Aber diese *Erfahrungsregeln* halten sich möglichst eng an die vorkommenden Fälle. Und da der Erfahrungsbereich eines Einzelnen oder eines Volkes begrenzt ist, sind sie nach [15] Zeit, Ort und Volk verschieden, wenn auch einander ähnlich. Vor dem reinen Rechtssystem der Wissenschaft haben aber die Erfahrungsregeln den Vorteil voraus, daß sie geübt werden. Aus der Übung bildet sich die *Rechtsanschauung* des Volkes, und die

<sup>20</sup> Vgl. *Rommen*, S. 226; zum Ganzen vgl. auch *Manser*, Abhandlungen, S. 30 f.

<sup>21</sup> Was namentlich im Schrifttum zur "Clausula rebus sic stantibus" getan wurde; vgl. *Deschenaux*, S. 511 a Anm. 1; vgl. ferner im Text S. 17 ff.

Rechtsanschauung beeinflußt wieder die Übung<sup>22</sup>.

2. Das Gewissen kann erkennen, was Recht ist. Allein es ist dem Irrtum ausgesetzt, wie die Vernunft im allgemeinen. Praktisch wird immer nur ein Annäherungswert des Rechts erkannt. Das System der Wissenschaft ist nicht nur vieleckig. An den vielen Ecken hängen auch die Bleigewichte der menschlichen Unvollkommenheit, welche die Regel-Geraden nach unten ziehen und gegenüber der reinen Ebene des Kreises verbiegen. Noch weit mehr trifft dies zu bei der Rechtsanschauung des Volkes. Sie befindet sich in ständiger *Spannung zum richtigen Recht*. In den Erfahrungsregeln ist das reine Recht vermengt mit den Schlakken der oft unbewußten Nützlichkeits- und Machterwägungen jener, die sie erdenken und anwenden<sup>23</sup>.

3. Die Menschen sind nicht darauf beschränkt, aus den Umständen zu erkennen, was Recht ist. Die an einem Sachverhalt *Betheiligten* können die Umstände nach ihrem Willen *gestalten* und somit erklären, was jedem von ihnen gehören, was unter ihnen Recht sein soll. Sie sind in dieser Hinsicht nur insoweit nicht frei, als sie wiederum aus den Umständen die Grenzen ihrer Verfügungsmacht

<sup>22</sup> (1) Die Erfahrungsregeln sind das "Erzeugnis des Volksgeistes" im Sinne der historischen Schule.

(2) Die Erfahrungsregeln zeichnen sich nicht nur dadurch aus, daß sie geübt werden, sondern auch dadurch, daß sie *bestimmt* sind. Während die Wissenschaft sagt: "Der Mieter muß innert angemessener Frist kündigen", sagt die Erfahrung etwa: "Der Mieter muß innert drei Monaten kündigen." Vgl. Anm. 23 Ziff. 3.

(3) In der Wirklichkeit sind Wissenschaft und Erfahrung nicht so scharf voneinander getrennt, wie dies im Text um der begrifflichen Klarheit willen dargestellt ist. Historisch ist die Wissenschaft von der Bearbeitung des durch die Erfahrung gelieferten Rechtsstoffes ausgegangen. Sie hat diesen geordnet und geklärt, indem sie die Ausdrücke zu Begriffen geschliffen und die Regeln in ein System gebracht hat.

(4) Die Erfahrungsregeln bilden einen Teil der Sitte, nämlich der Rechtssitte, gleich wie die Regeln des reinen Rechts einen Teil der Sittlichkeit bilden. Sitte verhält sich zu Sittlichkeit wie Rechtsanschauung zu reinem Recht, also wie das gemeinschaftlich für gut Gehaltene (und deshalb Geübte) zum objektiv Guten. Vgl. Anm. 14.

<sup>23</sup> (1) Je mehr Überlegung es braucht, um die sich aus der Natur der Sache ergebenden Schlüsse zu ziehen, umso größer ist die Gefahr des Irrtums. Vgl. *Manser*, Naturrecht, S. 122 f. und *Rommen*, S. 65 ff. und S. 229 ff. In seiner letzten Feinheit muß das Recht immer vom Rechtsgefühl der geschulten, gewissenhaften und zugleich wirklichkeitsnahen Menschen erfragt werden. Und selbst die "communis opinio doctorum" läuft immer Gefahr, sich von vorgefaßten Anschauungen leiten zu lassen.

(2) Wenn die Vernunft nicht erkennt, was sie nach ihrer Natur erkennen könnte, so ist dies ein *Fehler des Willens*, also *Schuld*, sei es persönliche Schuld des Erkennenden – weil er sich durch seine Leidenschaften, namentlich durch die Wurzel aller Leidenschaften, den Stolz, blenden läßt – sei es die Schuld seiner Vorfahren und Zeitgenossen, sei es die Erbschuld der Menschheit, deren Stammeltern vermessentlich vom "Baume der Erkenntnis" gegessen haben. Weil wir Menschen oft das Rechte *nicht erkennen wollen*, erkennen wir es nicht. Selbst die Wissenschaft ist geneigt, den persönlich unbequemen Erkenntnissen auszuweichen. "Dummheit und Stolz wachsen am selben Holz", sagt der Volksmund derb, aber treffend.

(3) Die in Anm. 22 Ziff. 2 erwähnte *Bestimmtheit* der Erfahrungsregeln hat ihren einen Grund darin, daß immer nur ein Annäherungswert des Rechts erkannt werden kann. Wenn ich schon nicht genau erkennen kann, ob im Einzelfall eine Kündigungsfrist von zwei oder vier Monaten angemessen ist, so halte ich mich für sämtliche Fälle der gleichen Art einfach an die eine Regel von drei Monaten. Sie paßt nicht immer ganz, aber doch immer nahezu. In der Rechtsübung wird also nicht nur für gleiche, sondern auch für gleichartige Tatbestände die gleiche (nicht nur gleichartige) Regel verwendet. Es wird ähnlich verfahren wie in der angewandten Naturwissenschaft, die z. B. mehrere nur wenig gekrümmte und unter sich ähnliche Kurven als Gerade behandelt.

Ein weiterer Grund für die Bestimmtheit der Erfahrungsregeln und eine weitere Grenze für ihre Differenziertheit ergibt sich aus dem Gebot der *Rechtssicherheit*, auf welches unter allen Umständen und je nach den Umständen Bedacht zu nehmen ist, zwar nicht von den Einzelnen, wohl aber vom Richter (und die Erfahrungsregeln werden ja meist im Zusammenhang mit der Rechtsprechung ausgebildet). Vgl. Anm. 43.

(4) Auch in zeitlicher Hinsicht begnügt sich die Rechtsübung mit einem Annäherungswert. Zur Gesamtheit der Umstände, aus der eine Regel gewonnen wird, gehören immer auch die grundlegenden gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse (vgl. im Text S. 12). Diese wandeln sich aber ständig, wenn auch nur langsam und oft unbemerkt. An sich sollten daher die Erfahrungsregeln fortwährend dieser Wandlung angepaßt werden. Praktisch wird aber eine Regel erst dann, wenn die Wandlung einen gewissen Grad erreicht hat, als nicht mehr "zeitgemäß" empfunden und darauf, oft unter stürmischen Begleiterscheinungen, geändert. Die Erfahrungsregeln entwickeln sich also ruckweise, von Stufe zu Stufe. Die Frage, wann die Änderung einer Regel zweckmäßig ist, muß selbst wieder auf Grund der Umstände entschieden werden. *Alles braucht seine Zeit*, auch die Entwicklung des positiven Rechts. Vgl. Anm. 45.

erkennen. So können sie nicht über etwas verfügen, über das nach der Natur der Sache nicht [16] verfügt werden kann, und sie können über alles nur soweit verfügen, als nicht auch Dritte an dem zu gestaltenden Sachverhalt beteiligt sind. Insofern ein Dritter beteiligt ist, bedarf es zur Gestaltung der Lebensverhältnisse auch seiner Zustimmung<sup>24</sup>.

Was Recht ist, ergibt sich somit aus *zwei Hauptarten von Tatbeständen*. Entweder aus Umständen, die ohne einen rechtsgestaltenden Willen eingetreten sind. Aus ihnen lassen sich die *einfachen Rechtsregeln* ableiten, so aus dem MutterKind Verhältnis die Unterhaltungspflicht der Mutter. Bei der zweiten Art von Tatbeständen ergibt sich das Recht aus dem, was die Beteiligten als ihren Willen erklärt haben; so muß der Verkäufer nur deshalb die verkaufte Sache zu Eigentum übertragen, weil er und der Käufer dies so verabredet haben<sup>25</sup>. Insofern also, als eine Gestaltung durch die Beteiligten möglich ist, läßt sich das, was Recht ist, nur aus der Ordnung erkennen, welche die Beteiligten getroffen haben. Ob der Verkäufer eine betriebsfertige Maschine zu liefern hat, hängt davon ab, ob die Maschine nach der Vertragsordnung für den Betrieb oder auf Abbruch verkauft wurde. Ob der Wechselinhaber wegen der Nichteinlösung des Akzeptes auf die Indossanten zurückgreifen kann, davon, was die Gesamtheit der am Wechselverkehr Beteiligten mit der Wechselordnung bezweckt. Ob ein Vereinsmitglied ausgeschlossen werden darf, davon, welches nach der Vereinsordnung der Vereinszweck ist<sup>26</sup>.

So bildet denn die Möglichkeit der Rechtsgestaltung [17] die Wurzel einer ganzen Reihe von beziehungsreichen Begriffen. Die Menschen bilden *Rechtsgemeinschaften*. Das heißt: Sie schaffen gemeinsam und zu einem bestimmten *Zweck* eine grundsätzlich für sie verbindliche *Ordnung*<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> Vgl. auch im Text S. 31 f.

Setzt man hier wie in den folgenden Ausführungen statt des Ausdrucks "Beteiligung" den Ausdruck "Interesse", so erkennt man, wie wichtig die "Interessenabwägung" für die Rechtserkenntnis ist. Über den Begriff "Interesse" vgl. Anm. 39.

<sup>25</sup> Die erwähnte grundlegende Unterscheidung ist namentlich auch dem gemeinrechtlichen Schrifttum geläufig als Einteilungsgrund für die Arten der Entstehung von subjektiven Rechten (vgl. z. B. *Dernburg*, Pandekten, 8. Aufl., 1911, Bd. I, S. 134 f.).

<sup>26</sup> Ist die Gestaltung bestimmter Verhältnisse durch die Beteiligten nicht nur möglich, sondern nach der Natur der Sache notwendig (Anm. 27 Ziff. 1), so muß man sich für die Rechtserkenntnis vorerst eine Ordnung denken, die vernünftigerweise unter der Gesamtheit der Beteiligten bestehen müßte. Ob z. B. für ein Grundstück eine Durchleitungspflicht besteht, kann – auch beim Fehlen einer positiven Ordnung – erst dann erkannt werden, wenn überlegt wird, welche Ordnung für eine größere Zahl benachbarter Grundstücke bestehen sollte.

<sup>27</sup> (1) Die *Rechtsgemeinschaften* können schon von Natur aus bestehen. Das heißt: Aus der Natur der Sache kann sich ergeben, daß die an bestimmten Lebensverhältnissen Beteiligten gemeinschaftlich einen Zweck erstreben müssen (Beispiel: Die Grundeigentümer haben gemeinsam die nachbarlichen Verhältnisse mit Bezug auf ihre Grundstücke zu ordnen). In diesen Fällen ist auch der Zweck und damit auch die zu treffende Ordnung schon mit der Natur der Sache gegeben (vgl. im Text S. 19). Weil sich also schon aus der Beteiligung an bestimmten Verhältnissen die Pflicht ergeben kann, sich an der Ordnung dieser Verhältnisse zu beteiligen, so ist es auch innerlich gerechtfertigt, Widerstrebende oder Gleichgültige zur Ordnung zu zwingen (z. B. im Fall des Art. 703 ZGB) oder die nur von einem Teil der Beteiligten geschaffene Ordnung für alle Beteiligten allgemein verbindlich zu erklären (Gesamtarbeitsverträge; vgl. im Text S. 29).

Die Rechtsgemeinschaften können aber auch *gewillkürt* sein, so beim Kauf, Dienstvertrag usw. Alsdann wird einer erst durch die Erklärung, einen Vertrag abzuschließen oder einem Verband beitreten zu wollen, "beteiligt". Aus den Umständen kann sich aber auch für eine Person die Pflicht zum Vertragsabschluß ergeben, sofern eine andere ihre Bereitschaft erklärt, Partner sein zu wollen. Hieher gehören die Fälle des *Kontrahierungszwanges*; vgl. auch Art. 839 Abs. 2 OR.

(2) Der *Zweck* ergibt sich ebenfalls entweder aus der Natur der Sache (Ziff. 1) oder aus der freien Wahl der Beteiligten (vgl. Anm. 31 Ziff. 4).

(3) Jede *Ordnung* besteht darin, daß die Beteiligten die ihnen zur Verfügung stehenden Mittel (persönliche Güter und Sachgüter) in den Dienst des Zweckes stellen, und zwar so, wie es der Zweck erfordert, also "zweckmäßig". "Ordo est apta dispositio mediorum ad finem" lautet die klassische scholastische Definition.

Wesentlich an jeder Ordnung ist, daß sie das Werk einer Gemeinschaft ist. An ihrem Anfang steht die übereinstimmende Willenserklärung (Art. 1 OR). *Einseitige Rechtsgeschäfte* kann es daher nicht geben. Denn einer rechtsgeschäftlichen Ordnung, an der nur eine einzige Person beteiligt wäre, würde gerade das Wesensmerkmal des Gemeinschaftlichen fehlen. Wohl aber kann eine Ordnung zum Inhalt haben, daß ein Beteiligter allein die Beziehungen unter allen Beteiligten soll gestalten, z. B. den Vertrag einseitig soll auflösen können. Auch bei

Auf diese Weise bestimmen sie, was jedem von ihnen gehören soll. Auch der unwichtigste Vertrag ist schon eine Ordnung, wenn auch nur eine vorübergehende, weil ihr Zweck, zum Beispiel die Übertragung von Eigentum, rasch erreicht ist, sodaß sich die lockere Gemeinschaft der Beteiligten bald wieder auflöst. Doch gibt es auch dauerhafte Vertragsordnungen, so bei den Gesellschaftsverträgen, wo die Gemeinschaft die Persönlichkeit der Beteiligten oft tief ergreift. Ein Zweck kann den Beteiligten so erstrebenswert sein, daß sie sich um seinetwillen zu einem Verband vereinigen, dessen Organisation auf diesen Zweck ausgerichtet ist. Die Verbandsordnung ergreift dann den Gemeinschaftsangehörigen – qualitativ gesprochen – viel stärker als die Vertragsordnung<sup>28</sup>. Der Einzelne kann zwar aus dem Verband ausscheiden. Solange er ihm aber angehört, hat er seinen Teil zur Erreichung des Verbandszweckes beizutragen, und zwar sind es die Verbandsorgane, die unabhängig von seinem Willen, wenn auch immer nur im Hinblick auf den Verbandszweck, diesen Teil bestimmen können. Bei jenem Verband, der den umfassendsten Zweck verfolgt, beim Staat, fällt das Vertragselement ganz weg. Seine Angehörigen sind ihm von Natur aus unterworfen<sup>29</sup>.

Die gewillkürten Ordnungen haben wir als **[18]** grundsätzlich verbindlich bezeichnet. Warum nur grundsätzlich? Alle Vertrags- und Verbandsordnungen sind wiederum Inbegriffe von Regeln, die von den Beteiligten für einen bloß gedachten Tatbestand aufgestellt wurden, sei es für einen einzelnen Tatbestand, wie beim einfachen Kaufvertrag, sei es für eine unbestimmte Anzahl von Tatbeständen, wie etwa bei Sukzessivlieferungsverträgen oder bei Verbandsstatuten. Nach der Meinung der Beteiligten sollen die Regeln angewendet werden, wenn der gedachte Tatbestand wirklich eintritt<sup>30</sup>. Allein auch hier ist zwischen Regel und Recht scharf zu unterscheiden. Was unter den Beteiligten Recht ist, ergibt sich auch bei den Vertrags- und Verbandsordnungen erst aus den wirklich eintretenden Umständen. Was unter *diesen* Umständen dem vorher erklärten Willen der Beteiligten entspricht, ihrem gemeinsamen Zweck gemäß ist, das ist Recht. Sofern der wirklich eintretende Tatbestand dem Regeltatbestand gar nicht entspricht, leuchtet dies ohne weiteres ein. Aber das Gesagte trifft auch zu, wenn der erwartete Tatbestand eintritt. Denn auch dann prüft das Rechtsgefühl, ob bei Anwendung der Regel der von den Beteiligten erklärte Zweck verwirklicht wird. Ist dies nicht der Fall, so erkennt es eine regelwidrige, aber zweckgemäße Lösung als Recht. Die Ordnungsregeln sind somit nur soweit anzuwenden, als sie sich nach den Umständen, die wirklich eintreten, als dem erklärten Zweck angemessen erweisen (was nicht zu verwechseln ist mit opportunistischer Zwecküberlegung, die **[19]** hinterher den erklärten Zweck verleugnet). Die

---

der *letztwilligen Verfügung* handelt es sich um die Ausübung eines solchen Gestaltungsrechts, nicht um ein einseitiges Rechtsgeschäft. Dem Erblasser steht die Befugnis, über seinen Nachlaß zu verfügen, nicht schon auf Grund seines Eigentums zu – denn dieses Recht geht mit seinem Tode unter –, sondern auf Grund einer gewillkürten Ordnung, nämlich der Erbordnung; vgl. im Text S. 19 f.

(4) Daß schon bei jedem obligatorischen Vertrag ein Gemeinschaftsverhältnis besteht, führt *Deschenaux*, S. 546 a ff. gestützt auf Stammler, E. Huber und Bürgi näher aus. Der Grundsatz von Treu und Glauben bildet die Grundnorm für dieses Verhältnis; vgl. Anm. 46.

<sup>28</sup> Ein Vertragszweck kann aber quantitativ so stark sein, daß er an Bedeutung die qualitativ stärkere Bindung eines Verbandszweckes übertrifft. Ein Dienstvertrag führt in der Regel zu einer stärkeren Bindung als die Mitgliedschaft bei einem nur locker organisierten Verein.

<sup>29</sup> Wie alle Verbandsorgane, so können auch die Organe des Staates unabhängig vom Willen der Staatsangehörigen, aber nur im Hinblick auf das Gemeinwohl, bestimmen, was der Einzelne für das Gemeinwohl zu leisten hat. Im demokratischen Staat nimmt aber ein großer Teil der Staatsangehörigen Organstellung ein.

Rousseau's Theorie vom Contrat social wird heute kaum mehr vertreten. Sie war zeitbedingt und hat in ihr Gegenteil umgeschlagen bzw. ihr zweites Gesicht gezeigt (vgl. im Text S. 34 und Anm. 54).

<sup>30</sup> Wenn sich aus der Natur der Sache nichts anderes ergibt, so kann eine gewillkürte Ordnung durch den übereinstimmenden Willen der Beteiligten vor der Anwendung wieder aufgehoben werden. Ist an einer Ordnung eine Vielzahl beteiligt, so ist ferner möglich, daß für den einzelnen Anwendungsfall von den nur an diesem Fall Beteiligten auf die Anwendung der Ordnung verzichtet wird. Denn die Ordnung ist nicht Selbstzweck. In solchen Fällen bleibt aber die Ordnung als solche bestehen; ja, ein Verzicht auf ihre Anwendung ist überhaupt nur soweit möglich, als dadurch die Ordnung als Ganzes nicht gestört wird, also die übrigen Gemeinschaftsangehörigen tatsächlich nicht beteiligt sind. Der einzelne Arbeiter kann auf die ihm nach dem Gesamtarbeitsvertrag zustehenden Ferien verzichten, sofern dadurch die gesamte Arbeitsordnung nicht gefährdet wird.

Bindung an die Vertrags- oder Verbandsgemeinschaft ist also nicht eine Bindung an die Regel – Regeln sind ja überhaupt nie verbindlich – sondern an den Vertrags- oder Verbandszweck. Somit sind die Ordnungsregeln im Grunde genommen nur insoweit von Bedeutung, als sie den Willen der Beteiligten verkörpern, also den erstrebten Zweck erkennen lassen. Kennt man aber einmal den Zweck, so kennt man auch die Ordnung und kann darnach die Regeln auslegen und ergänzen. *Jede Ordnung kann und muß aus ihrem Zweck heraus begriffen werden.* Wer den Willen kennt, der kennt auch den Weg. Und wie der Wille, so der Weg<sup>31</sup>.

## V

Auf der Ebene dieser *Ordnungsregeln* befindet sich nun der eine Punkt, auf dem sich Privatrecht und Staat treffen. Es gibt Rechtsgemeinschaften, die weder vertrags- noch verbandsmäßig organisiert sind, sei es zufällig nicht (wie die Gesamtheit der Kaufleute für die Wechselordnung), sei es, weil sich die Beteiligten gar nicht organisieren lassen (wie die Gesamtheit aller jener, die innerhalb eines Bevölkerungskreises bei Todesfällen für die Nachfolge in die Rechte des Verstorbenen in Betracht fallen)<sup>32</sup>. Und doch bedürfen alle Verhältnisse, an denen eine Mehrzahl

<sup>31</sup> Es sind somit folgende Fragen auseinanderzuhalten:

(1) Was für ein Zweck gemeinschaftlich erklärt wurde. Das ist die Frage nach den *essentialia negotii*, die anhand der Vertragsregeln, aber auch der weiteren Umstände zu entscheiden ist.

(2) Ob die Vertragsregeln dem erklärten Zweck entsprechen, ob sie also eine zweckgemäße Lösung ergeben für jenen Tatbestand, dessen Eintritt die Beteiligten vernünftigerweise erwarten mußten. Trifft dies nicht zu, so liegt der Fall des von Anfang an unvollkommenen (z. B. widerspruchsvollen oder unvollständigen) Vertrages vor. Der Richter muß dann die Vertragsordnung verbessern.

(3) Ob der wirklich eingetretene Tatbestand jenen Verhältnissen entspricht, mit deren Eintritt die Beteiligten beim Abschluß des Vertrages rechneten oder vernünftigerweise rechnen mußten. Diese Frage stellt sich besonders dann, wenn der wirklich eingetretene Tatbestand dem Buchstaben nach, nicht aber dem Sinne nach dem Tatbestand der Vertragsregeln entspricht. Der Vertragszweck ist dann in Wirklichkeit gar nicht mehr oder nur noch zum Teil erreichbar und es muß nach dem Grundsatz von Treu und Glauben jene Lösung gesucht werden, die "rebus sic stantibus" dem ursprünglichen Zweck am besten entspricht; vgl. *Deschenaux*, S. 544 a ff.

(4) Ob der erklärte Zweck objektiv zweckmäßig ist, also den wirklichen Interessen der Beteiligten beim Vertragsabschluß entsprach. Diese Frage hat der Richter grundsätzlich nicht zu prüfen. Die Beteiligten sind frei in der Beurteilung dessen, was ihnen nützlich ist (BGE 69 II 51). Sie können auch etwas Unzweckmäßiges vereinbaren. Darin besteht gerade die *Privatautonomie*. Indessen ist folgendes klarzustellen:

- a) Die *Privatautonomie* besteht in einer Weisung des Staates an den Richter, auch unzweckmäßige Verträge als verbindlich zu behandeln. Sie ist also nur eine *Freiheit vom richterlichen Eingriff*. Die Beteiligten selbst sind dagegen sittlich verpflichtet (gegenüber sich selbst oder Andern), nur das objektiv Zweckmäßige (= Vernünftige = Sittliche) zu erstreben.
- b) Die *Privatautonomie* ist *nicht unbeschränkt*. Wenn die Unzweckmäßigkeit (= Unvernunft = Sittenwidrigkeit) einen bestimmten Grad erreicht hat, so muß ihr auch der Richter Rechnung tragen (vgl. Art. 20 und 21 OR, Art. 27 ZGB sowie die zahlreichen Anwendungsfälle, wie z. B. Art. 100 Abs. 1 OR).
- c) Da jeder unzweckmäßige Vertrag an sich unsittlich ist, so bedarf der Grundsatz der *Privatautonomie* einer besondern *Rechtfertigung*. Diese ergibt sich zwanglos daraus, daß die richterliche Nachprüfung der Verträge auf ihre Zweckmäßigkeit in den meisten Fällen äußerst schwierig und also ihrerseits unzweckmäßig wäre. Der Richter kann hinterher die Interessenlage kaum besser beurteilen als es die (geschäftsgewandten) Beteiligten beim Abschluß des Vertrages selber getan haben. Die Überprüfung der Verträge auf ihre Zweckmäßigkeit hätte somit eine große Unsicherheit zur Folge. Hinter dem Gedanken der *Privatautonomie* steht daher jener der *Rechtssicherheit* (Anm. 43). Dies ist gegenüber *Burckhardt*, *Organisation*, S. 19 ff. festzuhalten. Die Ausführungen *Burckhardts* beruhen überdies auf der typisch rechtspositivistischen Voraussetzung, daß es Rechte und Pflichten der Privaten untereinander nur auf Grund der staatlichen Rechtsordnung geben könne.

<sup>32</sup> Der Eintritt in die Rechte eines Verstorbenen kann nur dann in einer das Rechtsgefühl befriedigenden Weise erfolgen, wenn bei allen Todesfällen, die sich innerhalb einer größeren Gemeinschaft ereignen, das Gleiche gilt. Deshalb sind an jedem Erbfall in einem weiten Sinne alle Angehörigen dieser Gemeinschaft beteiligt, und zwar sind diese Erbgemeinschaften in der neuern Rechtsentwicklung territorial gegliedert. Die Bevölkerung eines ganzen Gebietes bildet eine Erbgemeinschaft. Das Erbrecht und das mit ihm eng verwandte eheliche Güterrecht gehören zum Kern des positiven Privatrechts, das sich in den seit dem Mittelalter stärker hervortretenden Territorialverbänden gebildet hat.

von Menschen beteiligt ist, der Ordnung. Je dringender nun diese Ordnung [20] ist, je lebenswichtiger das Gebiet ist, das sie beschlägt, je grösser die Zahl der Beteiligten, je entfernter die Möglichkeit, daß sich die Beteiligten organisieren, umso eher verlangt es das Gemeinwohl, daß der Staat eingreift und diese Ordnung schafft. So haben wir heute eine vom Staate gegebene Güterrechtsordnung, eine Erbordnung, eine nachbarrechtliche Ordnung, eine Hypothekarordnung, eine Wechselordnung, deren Regeln in einem Gesetz enthalten sind. Aber wir erkennen nun auch, wie diese Privatrechtsgesetze dem Gemeinwohl dienen. Dieses verlangt nur, daß die Ordnungen bestehen<sup>33</sup>. Nur insofern wird der Staat tätig. Er stellt für die Beteiligten Regeln auf, also an ihrer Stelle und so, wie es ihren Verhältnissen und ihrem mutmaßlichen oder aus dem Herkommen feststellbaren Willen entspricht. Der Staat sorgt ferner dafür, daß die von ihm gegebenen Ordnungsregeln überhaupt angewendet werden können. Er richtet zum Beispiel, mit Hilfe öffentlich-rechtlicher Vorschriften, die Register ein und bestellt die hierfür nötigen Behörden. Dagegen fordert das Gemeinwohl nicht, daß sich der Inhalt der Ordnungen in jedem Fall verwirkliche. Die Privatrechtsordnungen enthalten nicht staatliche Gebote und Verbote. Der Erblasser ist nicht dem Staate verpflichtet, die Pflichtteile einzuhalten. Der Eigentümer handelt nicht einem staatlichen Befehl zuwider, wenn er einen Fahrnisgegenstand verpfändet, ohne ihn dem Pfandnehmer zu übergeben. Wäre es anders, so müßte der Staat die Privatrechtsordnungen durchsetzen. Er müßte zum Beispiel die [21] Eigentumsverhältnisse in allen Ehen feststellen und darüber wachen, daß die Ehemänner über das eingebrachte Gut ihrer Frauen nicht ohne deren Einwilligung verfügen. So handelt der Staat aber nicht. Er überläßt es den Beteiligten, die für sie gegebene Ordnung durchzusetzen. Allerdings enthalten die Privatrechtsgesetze auch Regeln, über deren Durchführung der Staat wacht, so die bereits erwähnten Vorschriften über die Einrichtung der Register sowie jene über das Vormundschafswesen. Aber gerade deswegen sind diese Rechtssätze nicht mehr privates, sondern öffentliches Recht, das bloß wegen seines sachlichen Zusammenhanges im Privatrechtsgesetz enthalten ist<sup>34</sup>.

<sup>33</sup> Hier wie im folgenden wird immer von einer Mehrzahl von Ordnungen gesprochen. Denn die einzelnen Gemeinschaften, für die der Staat handelt (z. B. jene der Nachbarn und jene der Kaufleute), sind voneinander verschieden. Es versteht sich aber von selbst, daß der Staat diese verschiedenen Ordnungen unter sich in Einklang bringt, und zwar inhaltlich, indem er widersprechende Regeln ausschließt, und sodann auch logisch, indem er die gleichen Begriffe verwendet und somit die Regeln aller Ordnungen in ein einheitliches System bringt. Zahlreiche Bestimmungen des ZGB dienen denn auch nur der Erklärung gemeinsamer Grundbegriffe, z.B. Art. 11 (Rechtsfähigkeit), Art. 23 ff. (Wohnsitz), Art. 641 (Eigentum).

<sup>34</sup> (1) Dem *öffentlichen Recht* gehören somit, außer dem materiellen Verfassungsrecht, jene Gesetze an, die zur Verwirklichung eines im Gemeinwohl liegenden Zweckes von Amtes wegen durchgesetzt werden. Insofern also *Burckhardt*, Organisation, S. 31 ff., das "im eigentlichen Sinne zwingende Recht" (S. 40) als öffentliches Recht bezeichnet, ist ihm zuzustimmen. Die Schwierigkeit besteht aber darin, die in diesem Sinne zwingenden Regeln festzustellen. *Burckhardt* führt z. B. dafür, daß die familienrechtlichen Bestimmungen zwingendes Recht sind, an, daß die Eltern bestraft werden, wenn sie ihrer Erziehungspflicht nicht nachkommen (S. 38). Hier ist zu unterscheiden: Der Staat schreitet nur ein, wenn den Kindern die Gefahr der Verwahrlosung droht (Art. 284 f. ZGB). Diese Kinderschutzbestimmungen sind in der Tat, wie die Vorschriften des Vormundschafrechts, öffentliches Recht, da sie von Amtes wegen durchgesetzt werden. Daraus folgt aber nicht, daß auch der Grundsatz des Art. 275 Abs. 2 ZGB von Amtes wegen durchgesetzt wird, wie *Burckhardt* annimmt. Denn nach dieser Bestimmung sind die Eltern nicht nur verpflichtet, ihre Kinder nicht verwahrlosen zu lassen, sondern sie den Verhältnissen entsprechend zu erziehen. Die Eltern können dieser Pflicht gut oder weniger gut nachleben. Die wenigsten Erziehungsfehler führen zu einem Einschreiten der Behörden; vgl. übrigens auch *Burckhardt*, Methode, S. 178 Anm. 13.

Über die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht vgl. indessen Anm. 59.

(2) Auch auf die Anwendung der vom Staat gegebenen Privatrechtsordnung kann im einzelnen Fall von den gerade an diesem Fall Beteiligten verzichtet werden, soweit dadurch die Ordnung in ihrer Gesamtheit nicht gestört wird (vgl. Anm. 30). Wenn im einzelnen Erbfall alle Beteiligten einverstanden sind, so kann einem Erben weniger zugeteilt werden, als ihm nach der gesetzlichen Pflichtteilsregel (der Erbordnung) zukommt; dies aber nur insofern, als dadurch die Erbengläubiger nicht benachteiligt werden, da eben auch diese im entfernten Sinne am Erbfall beteiligt sind (Art. 524 ZGB). Auf diese rechtserhebliche Beteiligung Dritter an einem Regeltatbestand wird im Bereich der Ordnungsregeln jeweilen mit dem Ausdruck "zwingend" hingewiesen. Jene Regeln sind zwingend, die mit Rücksicht auf die "Verkehrssicherheit" (= die entfernte Beteiligung Dritter) erlassen werden. Über die Hauptbedeutung des Ausdruckes "zwingend" siehe Anm. 48.

Die vom Staat gegebenen Privatrechtsordnungen unterscheiden sich somit von den gewillkürten Ordnungen nur durch die Art ihrer Entstehung, nicht durch ihre rechtliche Qualität<sup>35</sup>. Schon aus diesem Grunde bestehen auch für die staatlichen Ordnungen die allgemeinen Grenzen rechtsgeschäftlicher Gestaltung. Auch der Staat darf nur über etwas verfügen, über das überhaupt nach der Natur der Sache verfügt werden kann. Tut er dies nicht, so handelt auch er vernunft- und sittenwidrig. So ist es eine Vernunftwidrigkeit in optima forma, wenn er "jemand" als "niemand" behandelt, wie es frühere Privatrechtsordnungen mit den Sklaven getan haben<sup>36</sup>. Und ebenso vernunftwidrig wäre es, wenn der Staat das Eigentum nicht anerkennen und damit erklären würde, daß von Rechts wegen keine körperliche

Sache jemandem gehört. Andererseits kann [22] er nach der Natur der Sache nur ein beschränktes Eigentum zulassen. Denn auch die im Besitz der Einzelnen befindlichen Sachen gehören in einem gewissen Umfang allen an der Ordnung Beteiligten und nicht nur dem Besitzer. Dieser ist zwar weitaus am stärksten beteiligt, und die Beteiligung der Andern heißt nicht einfach Beteiligung des Staates. Alle sind auf ihre Weise an allen körperlichen Dingen beteiligt, die Verwandten, die Nachbarn, die Gläubiger, die Gemeinde- und Berufsgenossen, und schließlich auch der Staat. Das Maß und die Art der Beteiligung ergibt sich wiederum aus den Umständen des Einzelfalles<sup>37</sup>. Auch

---

(3) Wird eine Privatrechtsordnung überhaupt nicht oder in vielen Fällen nicht angewendet, so kann dies dem Staat allerdings nicht gleichgültig sein, da dann der Zweck seines Eingreifens nicht erreicht ist. Das Gemeinwohl fordert also, daß der Staat eine Privatrechtsordnung erläßt, die Aussicht darauf hat, angewendet zu werden.

35 Schon hier sei indessen festgestellt, daß diese Unterscheidung nur der Klarstellung der Begriffe dient. Was wir begrifflich trennen, liegt in der Wirklichkeit nahtlos nebeneinander; vgl. Anm. 59.

36 Indessen ist folgendes festzuhalten: Wenn die Sklaven im Altertum nicht als Personen betrachtet wurden, so schließt dies nicht aus, daß sie im tatsächlichen Rechtsgeschehen doch in weitem Umfang als Personen (= Menschen) behandelt wurden. Aristoteles spricht z. B. von der (Dienst-)Gemeinschaft, die den Herrn und den Sklaven verbindet; dies setzt die (materielle) Anerkennung des Sklaven als Person voraus (vgl. *Degroff* in Staatslexikon, Bd. I, S. 358). Andererseits ist nicht gesagt, daß im Altertum allen Menschen, die als Personen betrachtet wurden (z. B. den Frauen), jene Rechtsstellung eingeräumt wurde, die sich aus der Personqualität von Natur aus ergibt. Es ist somit zu unterscheiden, ob einer bestimmten Rechtsordnung ein Begriff bekannt war (was eine Frage der Rechtstechnik und der Begriffsgeschichte ist) und ob die Regeln, die wir heute mit diesem Begriff verbinden, der Sache nach geübt wurden (was für die Bewertung eines Rechtszustandes einzig ins Gewicht fällt). Aus dem Umstand, daß der Begriff der Persönlichkeitsrechte erst in der Neuzeit ausgebildet wurde, wird niemand folgern, daß die Menschenwürde in der Neuzeit mehr geachtet werde als früher. Wenn heute so viel von den Persönlichkeitsrechten die Rede ist, so ist dies zwar dem weitverbreiteten Willen zuzuschreiben, diese Rechte zu achten, aber auch dem weitverbreiteten Bewußtsein von der Gefährdung dieser Rechte; vgl. *Rohner*, S. 43, Anm. 1.

37 (1) Der Begriff "*Eigentum*" ist, wie alle Rechtsbegriffe (vgl. Anm. 18), eine Kurzbezeichnung für eine Menge gleichartiger Tatbestände, auf welche gemeinsame Regeln zutreffen. Die durch den Eigentumsbegriff zusammengefaßten Tatbestände beziehen sich auf die Herrschaftsverhältnisse über Sachen. Ihre Gleichartigkeit ist eine rein formale. Mit Eigentum bezeichnen wir den Sachverhalt, daß jemand innert den Schranken der Rechtsordnung beliebig über eine Sache verfügen kann (im Sinne von Art. 641 Abs. 1 und 2 ZGB). Diese Umschreibung wird in der Rechtssprache wie eine algebraische Formel verwendet. Welchen Inhalt der Eigentumsbegriff hat, wissen wir erst, wenn wir die Schranken der Rechtsordnung, also die Rechtsregeln über die Herrschaftsverhältnisse an Sachen kennen. Und diese Regeln müssen wieder, wie alle Regeln, aus einzelnen Tatbeständen abgeleitet werden. Der Eigentumsbegriff entbindet also nicht von der in jedem Einzelfall notwendigen Prüfung, wem eine Sache nach den Umständen gehört. Beispiele:

a) Der Garten, dessen Eigentümer A ist, gehört nicht nur dem A, sondern auch seinen Kindern, zu dem nach den Umständen angemessenen Gebrauch. Man kann zwar einwenden, A sei als Vater, nicht als Eigentümer verpflichtet, seine Kinder im Garten spielen zu lassen. Das ist ein richtiger, aber nur ein rechtstechnischer Einwand. Man verweist damit auf die Regel (des ungeschriebenen Rechts), daß mit dem Grundeigentum nicht die Pflicht verbunden ist, Kinder auf dem Grundstück spielen zu lassen. Aber diese an sich richtige Regel ist, wie jede Regel, nur unter bestimmten Umständen zutreffend. Wenn der Eigentümer zugleich Vater ist, so trifft die Regel eben mit bezug auf seine Kinder nicht zu. Nach den Verhältnissen des Einzelfalles entscheidet sich also, wem eine bestimmte Sache gehört und in welchem Umfang.

b) Im Falle des Notwegrechtes (Art. 694 ZGB) gehört ein Grundstück insoweit dem Nachbarn, als dieser zur Erreichung einer öffentlichen Straße darauf angewiesen ist. Auch hier kann man einwenden, es sei einer nicht als Eigentümer, sondern als Nachbar zur Einräumung des Notwegrechtes verpflichtet. Aber die rein formale Bedeutung des Eigentumsbegriffs ist hier deutlicher.

für die staatlichen Privatrechtsordnungen gilt ferner, daß sie nur aus ihrem Zweck heraus begriffen werden können. Ihre Regeln dienen als Anhaltspunkt für den erstrebten Zweck und sind nach dem einmal erkannten Zweck auszulegen und notfalls zu ergänzen<sup>38</sup>.

## VI

Staat und Privatrecht schneiden sich sodann in einem zweiten Punkt. Bis jetzt war die Grundfrage immer die, wie das Recht erkannt werden kann. Daher haben wir uns auf den Standpunkt dessen gestellt, der aus den Umständen seine Pflicht erkennt. Fassen wir nunmehr den Berechtigten ins Auge! Was geschieht, wenn der Verpflichtete ihm nicht gibt, was ihm gehört? Nur zweierlei ist denkbar. Entweder leidet der [23] Berechtigte Unrecht, gezwungen oder freiwillig, oder er sucht sich sein Recht zu holen. Meistens versuchen die Menschen, ihr Recht zu holen, sei es durch Gewalt, gegen den Willen des Verpflichteten, oder durch Einwirkung auf diesen Willen, also durch innere Machtmittel wie Drohungen, Versprechungen, Geld. Wären die Menschen in dieser Hinsicht völlig frei, so wäre der Kampf aller gegen alle die Folge<sup>39</sup>. Macht ginge vor Recht, die Schwachen

(2) Aus dem formalen Charakter des Eigentumsbegriffs folgt, daß seine Verwendung oder Nichtverwendung in einer bestimmten Rechtsordnung noch keinen Schluß darüber zuläßt, wie die Herrschaftsverhältnisse an Sachen inhaltlich gestaltet sind (vgl. Anm. 36). Es läßt sich eine Regelung denken, die sachlich mit der geltenden Privatrechtsordnung übereinstimmt, in der aber der Eigentumsbegriff nicht verwendet wird. Eine solche Regelung würde sich von der geltenden nur durch ihre rechtstechnische Schwerfälligkeit unterscheiden. Umgekehrt ist es möglich, daß der Eigentumsbegriff von der Rechtstechnik auch dann noch verwendet wird, wenn er inhaltlich ganz "ausgehöhlt" ist.

(3) Mit dem Eigentumsbegriff halten wir es indessen wie mit andern Rechtsbegriffen auch: Wir denken uns mit dem Tatbestand, der durch den Begriff bezeichnet wird, zugleich auch die auf diesen Tatbestand zutreffende Regel. Im täglichen Sprachgebrauch verstehen wir daher unter Eigentum all das, was die Regeln der Rechtsordnung über die Schranken und damit auch über den Inhalt des Eigentums aussagen. Wir verwenden also einen *materiellen Eigentumsbegriff*. Von ihm gehen wir aus, wenn wir fragen, ob der Staat das Eigentum beliebig beschränken dürfe. Bei dieser Frage ist auseinanderzuhalten:

a) Wie weit soll der Staat die Besitzverhältnisse selbst gestalten (durch Mittel des *öffentlichen Rechts*, vgl. im Text S. 28)? In dieser Beziehung ergibt sich für den Staat aus dem Grundsatz der Subsidiarität die Pflicht, nur dann einzugreifen, wenn es das Gemeinwohl erfordert, sei es das Interesse des Staates selbst, sei es das Interesse der Besitzlosen, der wirtschaftlich Schwachen (vgl. im Text S. 28 und Anm. 61 Ziff. 1). Der Inhalt dieser *"naturrechtlichen Eigentumsgarantie"* ist indessen wiederum nur auf Grund der Umstände des Einzelfalles bestimmbar, wobei zu den Umständen die gesamten Besitzverhältnisse eines Volkes gehören. Mit diesem Hinweis auf das Naturrecht läßt sich daher nicht dartun, daß einer das, was er besitzt (und einmal zu Recht erworben hat) von Staats wegen immer und unter allen Umständen besitzen dürfe. Aus der Natur der Dinge ergibt sich nur, daß der Staatsbesitz nicht schlechthin das Ideal sein kann und daß im Zweifel immer für den Besitz der Einzelnen und der dem Einzelnen nächststehenden Verbandspersonen zu entscheiden ist.

b) Als *Privatrechtsgesetzgeber* gestaltet der Staat die Besitzverhältnisse nicht selbst. Er bestimmt nur, wie es unter den Einzelnen mit bezug auf die Herrschaft über die Sachen zu halten ist, sofern die Tatbestände, die er in der Privatrechtsordnung vorsieht, sich verwirklichen. Dagegen ist es dem Staat als Privatrechtsgesetzgeber nicht darum zu tun, daß jeder Staatsangehörige etwas besitzt oder daß der Besitz gleichmäßig verteilt ist. Es liegt daher kein Grund vor, die Ordnungsregeln des Sachenrechts mit *Burckhardt*, Organisation, S. 42 ff., als öffentlich-rechtliche (von Amtes wegen durchzusetzende) zu bezeichnen (vgl. etwa den Fall des Art. 689 ZGB). Richtig ist nur, daß der Staat bestimmte Verletzungen dinglicher Rechte unter Strafe stellt; doch erläßt er hierfür eben besondere, öffentlich-rechtliche Vorschriften. Und ferner ist richtig, daß die Regeln des öffentlichen und des privaten Rechts eine Einheit darstellen und nur um der klareren Erkenntnis willen begrifflich auseinandergehalten werden; vgl. Anm. 59.

<sup>38</sup> Über die Schwierigkeit, den Zweck der Privatrechtsordnungen im allgemeinen und der einzelnen Rechtssätze zu ermitteln vgl. *Sieglwart*, S. 27 ff.

<sup>39</sup> Der Jurist macht immer wieder die Erfahrung, wie selbst rechtlich denkende Menschen das gesunde Urteil verlieren, wenn ihre eigenen Interessen auf dem Spiele stehen (vgl. Anm. 23, Ziff. 2). Noch mehr ist dies der Fall beim moralisch primitiven Menschen. Diesem scheint, gleich wie dem Kind im ersten Entwicklungsalter, einfach das "recht", was er für sich nützlich hält. Er denkt nur an sich selbst, nie an das Recht des Andern. Wer ihm gegenüber ein entgegenstehendes berechtigtes Interesse geltend macht, ist schon deshalb ein Feind. Auf dieser Primitivität beruht vielfach die Massenbeeinflussung. Die Masse ist ein Kind! Vgl. *Schindler* in *ZSR* Bd. 63, 1944, S. 371 a ff.

würden von den Mächtigen bedrückt. Ein solcher Zustand wäre dem Gemeinwohl höchst zuwider. Darum greift der Staat ein. Dem Gebrauch der innern Machtmittel kann er zwar nur schwer beikommen. Er stellt nur deren grösste Anwendungsformen unter Strafe<sup>40</sup>. Dagegen kann er sich die Anwendung der Gewalt vorbehalten. Er verbietet sie dem Einzelnen – abgesehen von den unbedeutenden Ausnahmen erlaubter Selbsthilfe – und zwar schlechthin, auch zur Durchsetzung von Rechten. Dies bedingt aber, daß der Staat dem Berechtigten seine eigene Gewalt zur Verfügung stellt, damit er zu seinem Rechte komme. Und dies setzt wieder voraus, daß immer dann, wenn es ein Beteiligter verlangt, *von Staats wegen erkannt werden muß, was Recht ist*. Durch drei Befehle des öffentlichen Rechts erreicht der Staat diesen im Gemeinwohl liegenden Zweck: Er setzt Richter ein mit der Amtspflicht, Recht zu erkennen. Jeder, der von einem zuständigen Richter belangt wird, hat sich einzulassen. Und die Erkenntnis des Richters ist durch den Staat vollstreckbar<sup>41</sup>.

---

Was aber dem von der Leidenschaft und den Trieben Irregeleiteten über sein Recht hinaus als recht erscheint, liegt in Wirklichkeit gar nicht in seinem Interesse. Das wirkliche Interesse geht nie weiter als das Recht. In der vernünftigen Selbstbeschränkung auf das, was recht ist, liegt daher die beste Interessenwahrung. Wer mit seiner Macht (Gewalt, Geld, Organisation usw.) widerrechtlich durchsetzt, was ihm nützlich scheint, handelt zwangsläufig gegen seine eigenen Interessen. Auf die Dauer rächt sich das rechtswidrige, nur auf Macht beruhende Handeln immer. "Lügen haben kurze Beine – Ehrlich währt am längsten." Darin liegt die eherne *Sanktion des Naturrechts*. Beispiele aus dem Völkerleben liegen auf der Hand. Es ist aber zu beachten:

(1) Die Sanktion erreicht auf Erden nicht immer die rechtsbrechenden Individuen. Sie trifft oft die *Gemeinschaften*, denen diese Personen angehören, ihre Familien und Völker. Recht und Unrecht wirken sich auf Generationen aus. Wir dürfen genießen, was unsere Vorfahren Gutes getan haben und müssen für ihre Fehler büßen. Und durch unser eigenes Verhalten bestimmen wir das Schicksal der Nachfahren schon zum großen Teil voraus.

(2) Die Sanktion ist dem Geschehen *immanent*. Sie hängt nicht von menschlichem Urteil ab. Wer als Werkzeug der immanenten Gerechtigkeit die Sanktion verhängt, begeht dadurch vielleicht selbst wieder ein Unrecht.

<sup>40</sup> (1) Der Gebrauch innerer Machtmittel ist zudem keineswegs immer sittenwidrig. Der Gläubiger, der dem böswillig nicht zahlenden Schuldner die Betreibung androht, wirkt rechtmäßig auf dessen Willen ein. Ob der Gebrauch innerer Machtmittel zulässig ist, hängt wiederum von den Umständen des Einzelfalles ab. Dies sagt auch das Bundesgericht, wenn es ausführt, in der Verfolgung eines erlaubten Zweckes mit erlaubten Mitteln liege dann eine Nötigung, wenn das Vorgehen "gegen die guten Sitten verstoße" (BGE 69 IV 172); denn ein Verstoß gegen die guten Sitten ist gerade dann anzunehmen, wenn in einem Einzelfall das Rechtsgefühl verletzt ist, ohne daß ein Verstoß gegen eine Regel des positiven Rechts vorliegt; vgl. Anm. 49 Ziff. 1.

(2) Der Gebrauch innerer Machtmittel kann auch in der Ausnützung einer Notlage beim Abschluß eines Vertrages bestehen. Indessen ist eine "Notlage", nämlich eine Bedarfslage, wohl beim Abschluß der meisten Verträge vorhanden, und zwar bei beiden Vertragsparteien. Gerade der vernünftige Kaufmann kauft nur ein, wenn er Bedarf hat; und bei der Vereinbarung des Preises spielt sowohl die Stärke des Warenbedarfs des Käufers als des Geldbedarfs des Verkäufers eine Rolle. Sittenwidrig ist die Ausnützung einer Bedarfslage dann, wenn sie ein gewisses Maß überschreitet. Es kommt darauf an, ob ein ehrlicher Mann unter den obwaltenden Umständen einen Vertrag solchen Inhalts geschlossen hätte. Die Übervorteilung im Sinne von Art. 21 OR verstößt gegen die Treupflicht, die unter den Kontrahenten schon bei den Vertragsverhandlungen besteht (vgl. Anm. 46).

(3) Der Machtwille der Menschen tritt sogar bei der Ausbildung der Rechtsregeln zu Tage. Die Erfahrungsregeln sind mit Interesse (= Macht-)Erwägungen durchsetzt (vgl. im Text S. 15). Insofern kann mit Nietzsche gesagt werden: "Der Wille, ein jeweiliges Machtverhältnis zu verewigen, ist Recht" (angeführt bei *Bürgi*, S. 22). Aber für sich genommen ist der Ausspruch falsch. Nicht nur, weil er sich auf das Recht schlechthin bezieht, statt bloß auf das positive Recht. Auch mit bezug auf dieses ist er höchst einseitig. Denn auch im positiven Recht kommt zu einem großen Teil der Wille zum reinen Recht zum Durchbruch. Der Fehler der Materialisten besteht somit nicht darin, auf den Kampf aller gegen alle hingewiesen zu haben, sondern darin, nur diesen Kampf gesehen zu haben, nicht aber das ihn begleitende Ringen der Vernunft, des Geistes, wider die letzten Endes im Körperlichen wurzelnden Machttriebe. Dieses Ringen um das reine Recht führt wohl immer wieder zu Mißerfolgen, aber auch immer zu Erfolgen. Soweit sich das reine Recht in den Erfahrungsregeln und in der Rechtsanwendung durchsetzt, besteht eben Rechtskultur.

<sup>41</sup> (1) Die Ausschaltung privater Gewaltanwendung ist nicht etwa der einzige Zweck des Staates. Der Staat ist nicht nur eine Einrichtung zur "Menschenbändigung", eine "Folge der Sünde" (vgl. über diesen mißverständlichen Ausdruck *Rommen*, S. 49). Er hat auch Eigenwert, indem er positive Zwecke zu erstreben hat, die der Einzelne nicht verwirklichen kann.

(2) Das heutige Vollstreckungsrecht enthält zum Teil auch Regeln materiell-rechtlichen Inhaltes, so wenn es die Grenzen der Pfändbarkeit umschreibt (Art. 92 SchKG); es sagt dann nämlich, wie weit die Haftung des schuldnerischen Vermögens reicht. Für diese Frage kommt es wiederum auf die gesamten Umstände des Einzelfalles an, unter

[24] Wie der Richter zu entscheiden hat, kann für uns nicht mehr zweifelhaft sein. Er hat nach seinem eigenen Gewissen zu erkennen, was unter den Streitenden Recht ist. Der Richter ist der Gewissenhafte schlechthin. Wir können uns einen Richter denken, der ohne die Kenntnis von Rechtsregeln richtig seines Amtes waltet<sup>42</sup>.

Allein weil die Rechtskenntnis schwierig ist, wird sich gerade der gewissenhafte Richter nach bewährten Regeln umsehen, die ihm das Urteil erleichtern. Zudem fordern Gründe des Gemeinwohls, nämlich die Rechtssicherheit und die Rechtsgleichheit, daß sich der Richter an Regeln hält und daß alle Richter dies in gleicher Weise tun<sup>43</sup>. Darum erläßt der Staat einen weitem Befehl und schreibt dem Richter vor, nach bewährter Lehre und Überlieferung zu urteilen. Ja, er geht bei uns und andern kontinentalen Staaten so weit, daß er die bewährte Lehre und Überlieferung selbst in einem Gesetz niederlegt und den Richter anweist, vorab nach den so festgehaltenen Regeln zu entscheiden<sup>44</sup>. *Im Privatrechtsgesetz verbindet der Staat somit die beiden Quellen der Rechtskultur, die Regeln der Wissenschaft und die Erfahrungsregeln der Volksanschauung.* Allerdings muß sich der Gesetzgeber vorab an die Erfahrungsregeln halten, weil nur diese Aussicht darauf haben, geübt zu werden. Aber als *Erzieher* des Volkes muß er die Erfahrungsregeln dem reinen Recht anzugleichen suchen<sup>45</sup>.

Umständen auch auf die Art der in Betreibung gesetzten Forderung, ja sogar auf die persönlichen Verhältnisse des Gläubigers (BGE 68 III 106). Es ist eine Frage der Zweckmäßigkeit, ob solche materiell-rechtliche Regeln in das Vollstreckungsgesetz oder, wie Art. 44 Abs. 2 OR, in das Privatrechtsgesetz aufzunehmen sind (vgl. *Ofinger*, S. 208, Anm. 39).

<sup>42</sup> Wer wie *Burckhardt* das objektive, vom Staat gesetzte Recht dem Recht schlechthin gleichsetzt, muß dies bestreiten. Für *Burckhardt* ist das richterliche Recht ein "logischer Widerspruch" (Organisation, S. 223 ff.). Das heißt aber nichts anderes, als daß er die Rechtswirklichkeit, vor allem frühere Rechtszustände und die anglo-amerikanische Rechtswirklichkeit, mit seinem Rechtsbegriffe nicht zu erklären vermag. Daraus ergibt sich, daß sein Rechtsbegriff nicht richtig sein kann. Denn wer einen Begriff so faßt, daß er das, was er damit begreifen will, nicht begreifen kann, verwendet einen unrichtigen Begriff. Ein logischer Widerspruch ist nie in der Wirklichkeit, sondern nur beim Erkennenden vorhanden; vgl. Anm. 44.

<sup>43</sup> Der Gedanke der *Rechtssicherheit* beruht auf der Erwägung, daß jede richterliche Entscheidung als solche (nicht die Streitsache an sich) alle Rechtsgenossen etwas angeht. Das Interesse der am Streit nicht beteiligten Rechtsgenossen ist auf eine möglichst starre Anwendung der allgemein bekannten Regeln gerichtet (sofern diese Regeln an sich der Rechtsüberzeugung entsprechen). Dieses Interesse steht in Widerstreit mit dem Interesse der am Streit Beteiligten, das einfach die Würdigung aller Umstände des Einzelfalles verlangt. Der Gedanke der Rechtssicherheit bildet das große Gegengewicht gegen die zu starke Differenzierung der richterlichen Entscheidungen und damit – mittelbar – gegen die Ausbildung allzu elastischer Rechtsregeln; vgl. hiezu *Stewart*, S. 37 ff. und Anm. 23 Ziff. 3 hievor.

Der Gedanke der Rechtssicherheit ist mit jenem der Verkehrssicherheit verwandt, nicht aber identisch; vgl. Anm. 34 Ziff. 2.

Der Gedanke der *Rechtsgleichheit* beruht auf der Grundvoraussetzung aller Erkenntnis, daß unter gleichen Umständen immer das Gleiche Recht sein muß. Wird unter gleichen Umständen nicht gleich entschieden, so muß ein Fehlurteil vorliegen, das dem Zweck der Rechtsprechung zuwiderläuft.

<sup>44</sup> Vgl. Art. 1 ZGB. Wenn weder das Gesetz noch das Gewohnheitsrecht eine Regel enthalten, so bedeutet dies einzig, daß dem Richter als Hilfsmittel der Rechtsfindung nur jene Regeln zur Verfügung stehen, die von der bewährten Lehre und der Überlieferung ausgebildet wurden, nicht aber, daß der Richter in diesem Falle positives Recht setzen muß (wie *Burckhardt*, Organisation, S. 223, annimmt). Die Konstruktion einer richterlichen Rechtssetzung ist nur dann nötig, wenn man die Rechtsfindung ohne Hilfe staatlicher Regeln für unmöglich hält und nur den vom Staate gesetzten Regeln Rechtsqualität zuerkennt (vgl. Anm. 10).

<sup>45</sup> Das Privatrechtsgesetz stimmt somit nicht immer mit dem reinen Recht überein. Wie läßt sich dies erklären und rechtfertigen?

Ein Gesetz erfüllt nur dann seinen Zweck, wenn es angewendet wird. Es hat aber nur dann Aussicht darauf, angewendet zu werden, wenn es von der Rechtsanschauung des Volkes nicht zu stark abweicht. Also handelt der Gesetzgeber zweckmäßig (= vernünftig = sittlich), wenn er das kleinere Übel wählt und ein Gesetz erläßt, das zwar dem reinen Recht (dem Naturrecht) widerspricht, aber dafür der vom reinen Recht noch mehr abweichenden Volksanschauung nahekommt. In diesem Sinne kann man von einer "geschichtlichen Relativität des positiven Rechts" sprechen; vgl. *Brunner*, S. 113 ff. Indessen ist folgendes festzuhalten:

(1) Das Problem stellt sich *nur für den Gesetzgeber*, also nur für den Staat, und zwar für den Privatrechtsgesetzgeber wie folgt: Der Staat muß den Richtern Weisungen erteilen, wie sie die Streitigkeiten unter den Einzelnen zu entscheiden haben. Widersprüchen diese Weisungen (das Privatrechtsgesetz) der Volksanschauung zu

stark, so würden sie nicht nur von den Richtern schlecht gehandhabt (da die Richter selbst die Volksanschauung teilen); sie würden auch das Rechtsgefühl der Streitenden nicht befriedigen; demzufolge wäre das Vertrauen in die Rechtsprechung nicht vorhanden und der im Gemeinwohl liegende Zweck der Rechtsprechung nicht verwirklicht. Daher muß der Staat im Privatrechtsgesetz der Volksanschauung Rechnung tragen.

Für den Einzelnen besteht eine ganz andere Sachlage. Die Frage, was er dem Andern schuldet, hat er letzten Endes einzig auf Grund seines eigenen Gewissens zu entscheiden und nicht darnach, wie der Richter den Fall (von sich aus oder auf Grund des Privatrechtsgesetzes) entscheiden würde. Allerdings kann sich der Einzelne bei der Gewissensfrage, was er dem Andern schuldet, meist bei der Lösung des positiven Rechts beruhigen. Und wenn dieses vom Naturrecht abweicht, so wird die persönliche Schuld des Einzelnen, der sich an das Gesetz hält, in vielen Fällen vermindert oder aufgehoben sein. Aber nicht immer! Mit der Feststellung, daß nach dem Gesetz die Ehescheidung möglich wäre (d. h. der Richter verpflichtet wäre, die Scheidung auszusprechen), ist für die Eheleute die Gewissensfrage nicht entschieden. Dies hat z. B. die Landsgemeinde von Obwalden im Jahre 1876 trefflich zum Ausdruck gebracht, als sie von Bundes wegen verpflichtet war, ein Ausführungsgesetz zum Bundesgesetz über Zivilstand und Ehe (durch das für Obwalden die Ehescheidung eingeführt wurde) zu erlassen. Sie stellte mit vollem Recht fest, daß durch ihr Gesetz an den Gewissenspflichten nichts geändert werde (Art. 15 des obwaldnerischen Gesetzes über die Ehescheidung vom 30. April 1876; Obw. Gesetzessammlung, Bd. 4, S. 151).

(2) Die *Spannung zwischen dem Erfahrungsrecht und dem Naturrecht ist in jedem Fall ein Übel*, auch dann, wenn der Gesetzgeber gezwungen ist, das Erfahrungsrecht zu übernehmen. Wenn der Gesetzgeber bei einem unkultivierten Völkerstamm die Polygamie als rechtmäßig anerkennen muß, so folgt daraus nicht (wie *Burckhardt*, *L'Etat et le droit*, S. 205 a ff. meint), daß die Monogamie nicht allgemein, für alle Völker und alle Zeiten, richtig ist und für jenes unkultivierte Volk nicht richtig wäre. Gerade deshalb, weil die Rechtsanschauung eines Volkes vom Naturrecht so weit entfernt ist, daß alle seine Angehörigen die Polygamie billigen und sich demgemäß verhalten, bezeichnen wir ein Volk als unkultiviert. Die für jeden Einzelnen aus der Natur der Sache sich ergebende Pflicht, sich nur mit einem einzigen Geschlechtspartner zu verbinden, ist der *allgemein gültige Maßstab*, mit dem wir jene Volkssitte werten. Wäre der Grundsatz der Monogamie nicht allgemein richtig, so könnten wir dieses Werturteil nicht fällen. Folgerichtiger als *Burckhardt* sind daher die Relativisten, die überhaupt die Berechtigung von Werturteilen bestreiten. Durch sie wird aber auch die Leugnung allgemein richtiger Grundsätze ad absurdum geführt. Nach dem totalen Relativismus müßten wir uns heute mit der Feststellung begnügen, daß es nun einmal in einem Volk als recht angesehen wurde, die Juden und die Angehörigen anderer Völker als minderwertig zu betrachten und sie massenweise zu vernichten. Glücklicherweise sind die Menschen sehr oft vernünftiger als ihre Theorien. Die Anhänger des Relativismus halten mit ihren Werturteilen über jene Greuel keineswegs zurück. *Der Mensch wertet eben immer. Es fragt sich nur, ob er falsch oder richtig wertet.* Und dies kann nur an Hand allgemein richtiger, wenn auch immer auf die Umstände bezogener Regeln beantwortet werden. Vgl. gegenüber *Burckhardt* auch *Piller*, *ZSR* Bd. 50, 1931, S. 309 a ff., sowie *Brunner*, S. 119 ff.

(3) Die Aufgabe des Gesetzgebers, *Erzieher* des Volkes zu sein, darf nicht gering eingeschätzt werden. Gesetze werden von jenen abgefaßt, welche die Besten des Volkes sein sollten. Diese haben die Pflicht, das Volk aufwärts zu führen. Der Relativismus führt zur müden Resignation der Intellektuellen und damit zu ihrer Abdankung zu Gunsten der moralisch Primitiven.

(4) Da das Privatrechtsgesetz keine Befehle an die Einzelnen enthält, stellt sich *die Frage, ob der Einzelne unter Berufung auf sein Gewissen dem Staatsgesetz widerstehen dürfe*, auf dem Gebiete des Privatrechts nicht. Allein diese Kardinalfrage kann bei einer Erörterung des Rechtsbegriffs nicht übergangen werden. Mit bezug auf sie weicht die protestantische Auffassung von der Naturrechtslehre ab. Die Reformatoren behaupten, daß das staatliche Gesetz den Einzelnen unter allen Umständen binde; vgl. *Brunner*, S. 322 Anm. 38. Wäre dies richtig, so wäre das staatliche Gesetz wenigstens im Falle seiner Nichtübereinstimmung mit dem Naturrecht um seiner selbst willen verbindlich. In der reformatorischen Auffassung ist der Rechtspositivismus bereits im Kern enthalten. Ihr gegenüber ist mit aller Schärfe klarzustellen: Der Einzelne ist berechtigt und verpflichtet, das Staatsgesetz nicht zu befolgen, wenn er nach gewissenhafter Prüfung aller Umstände zum Schlusse kommt, das Gesetz verlange von ihm etwas Unrechtes. *Brunner* hält diese Auffassung für gefährlich. Es ist ihm zuzugeben, daß nur der wahrhaft Gewissenhafte, nicht der leichthin zu Widerstand Geneigte, einer unbefangenen Prüfung des Gesetzes fähig ist. Daraus folgt aber bloß, daß das Recht zum Widerstand mit Vorsicht zu verkünden ist, nicht aber, daß der Grundsatz unrichtig ist. Wie sich die mittelalterliche Naturrechtslehre in dieser Hinsicht auswirkt, läßt sich am besten am Beispiel des *Thomas Morus* zeigen. Als *Morus* am 13. April 1534 das Thronfolgegesetz *Heinrichs VIII.* beschwören und damit wider sein Gewissen die Oberherrschaft des Königs über die geistliche Gewalt anerkennen sollte, antwortete er nach seinem eigenen Bericht, "daß es nicht meine Absicht sei, weder das Gesetz noch irgend jemanden, der es gemacht habe zu bemängeln, noch den Eid oder irgend jemanden, der diesen ablege, zu tadeln, noch das Gewissen irgend eines andern Menschen zu verdammen; was aber mich selber angehe, so mahne mich mein Gewissen in dieser Sache wahrlich so, daß ich, obgleich ich den Eid auf die Thronfolge nicht verweigern wolle, den mir vorgelegten Eid nicht schwören könne, ohne meine Seele der Gefahr der ewigen Verdammnis auszusetzen." *Morus* verband also die Berufung auf das eigene Gewissen mit der größten Zurückhaltung im Urteil über das, was sich Andern ziemt. Man könnte darin eine bloße Berechnung des gewandten

Soweit Privatrechtsgesetze bestehen, hat somit der Richter streng genommen nur noch Rechtsregeln anzuwenden. Der Staat hat an seiner Stelle das Recht [25] zwar nicht gesetzt, aber in Regeln vorerkannt. Allein ein so weiser Gesetzgeber wie Eugen Huber wußte wohl, wie es um die Verbindlichkeit von Regeln bestellt ist. Indem das Zivilgesetzbuch dem Richter vorschreibt, nach Recht und Billigkeit zu entscheiden, weist es ihn an, die Regeln immer mit Vernunft, also unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles anzuwenden. Und insoweit Ordnungsregeln in Frage stehen, weist es ihn darauf hin, daß diese Regeln für die Beteiligten selbst nur nach "Treu und Glauben" verbindlich sind, das heißt so, wie es der gemeinschaftlich erklärte Zweck ihrer Ordnung verlangt. Die Berufung auf den bloßen Regelbuchstaben, der Rechtsmißbrauch, darf nicht geschützt werden<sup>46</sup>.

Nur insofern muß der Richter dem Gemeinwohl ein Opfer bringen, als sein Gewissen dem Willen des Gesetzgebers nachgeht. Es kann der Fall eintreten, daß er gemäß einer Rechtsanschauung entscheiden muß, die er selbst nicht billigt, der aber der Gesetzgeber nachgegeben hat. In gleichem Maße aber, wie es der Gesetzgeber getan hat, darf und muß auch der Richter das Volk zum reinen Recht hin erziehen<sup>47</sup>.

So bilden denn unsere Privatrechtsgesetze ein System von Rechtsregeln, die dem Richter an die Hand gegeben sind, damit er im Einzelfall umso leichter erkenne, was unter den Einzelnen Recht ist<sup>48</sup>. Dagegen wenden sich diese Regeln nicht als staatliche Befehle an die Einzelnen. Die Kinder

Morus erblicken. Allein Morus wußte ja, daß schon dann alles (Irdische) verloren war, wenn er nur für sich selbst auf seinem Standpunkt beharrte. Für seine Treue zum eigenen Gewissen litt er denn auch den Tod. Das ist der Widerstand, den der Gewissenhafte der Staatsgewalt leistet! Die Gefährdung der öffentlichen Ordnung pflegt nicht von solcher Gewissenhaftigkeit zu kommen (der angeführte Ausspruch ist zitiert nach *Daniel Sargent*, Thomas More, Übersetzung von Egloff, 2. Aufl., Luzern 1941, S. 225).

Über die Freiheit des Gewissens gegenüber der Kirche vgl. die von *Egger*, Rechtsethik, S. 150, angeführte Äußerung von Lippert, die ganz der katholischen Glaubenslehre entspricht (vgl. *Adam*, Das Wesen des Katholizismus, 6. Aufl., Düsseldorf 1931, S. 241 ff.). Damit soll nicht gesagt werden, daß die Gewissensfreiheit nicht auch schon von Katholiken und kirchlichen Behörden mißachtet wurde; vgl. Anm. 62.

<sup>46</sup> Unter einer Entscheidung nach "Billigkeit" (Art. 4 ZGB) versteht das Gesetz die Rücksichtnahme auf die Umstände des Einzelfalles. Vgl. *Egger*, Komm. Note 12 zu Art. 4, und *Bürgi*, S. 54 ff.

Wie *Bürgi*, S. 98 ff. nachweist, soll durch den Grundsatz von Treu und Glauben eine "soziale Beziehung zwischen den Kontrahenten anerkannt werden" (S. 118); vgl. ferner im Text S. 25 sowie Anm. 27 Ziff. 4. Da der Grundsatz von Treu und Glauben die Bindung an den Vertragszweck fordert, beurteilt sich auch die "zweckwidrige Verwendung von Rechtsinstituten" von diesem Grundsatz und dem ihm komplementären Verbot des Rechtsmißbrauchs aus; vgl. *Sieglwart*, S. 27 ff.

Aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ergibt sich im Einzelfall auch die Lösung für den Haftungstatbestand des Art. 26 OR, wie überhaupt für alle Tatbestände der culpa in contrahendo, zu denen auch jene des Art. 21 OR gehören (Anm. 40 Ziff. 2). Bei den Vertragsverhandlungen sind nämlich die Beteiligten bereits zu einer Gemeinschaft verbunden, deren Zweck es gerade ist, abzuklären, ob der Abschluß eines Vertrages und welchen Vertrages zwischen ihnen möglich ist. Die Beteiligten dürfen nichts unternehmen, was diesem Ziel entgegensteht (z. B. die Unterhaltung eines Irrtums beim Partner; die oberflächliche, zu eigenem Irrtum führende Prüfung der Vertragsgrundlagen). Damit ist aber für das positive Recht nicht entschieden, ob bei culpa in contrahendo Vertragsrecht oder außervertragliches Recht anzuwenden sei, da das positive Vertragsrecht offensichtlich nicht in Hinblick auf die Vertragsabschlußgemeinschaft erlassen wurde (BGE 61 II 256 f. und 69 II 238).

<sup>47</sup> Weicht das Gesetz vom reinen Rechte ab, so ergibt sich für den Richter der folgende Sachverhalt:

Entweder ist das Gesetz als "minus malum" (Anm. 45) gleichwohl vernünftig. Dann ist der Richter im Gewissen verpflichtet es anzuwenden, obgleich er die Rechtsanschauung des Volkes nicht billigt.

Oder das Gesetz läßt sich auch nicht unter diesem Gesichtspunkt rechtfertigen. Dann darf der Richter die Amtspflicht der Gesetzesanwendung überhaupt nicht übernehmen.

In keinem Fall läßt es sich also rechtfertigen, daß der Richter wider das Gesetz entscheidet. Über die erzieherische Aufgabe des Richters vgl. Erläuterungen zum Vorentwurf des ZGB, 2. Aufl., S. 144: Der Richter hat Schutz und Hüter des sittlichen Bewußtseins zu sein. Vgl. ferner *Strebel*, Geschiedene Ehen, 2. Aufl., Luzern 1943, S. 104.

<sup>48</sup> Einer besondern Bemerkung bedarf in diesem Zusammenhang das *Vertragsrecht*. Es enthält Ordnungsregeln eigener Art, über die Verträge im allgemeinen und über die einzelnen Vertragsarten. Diese Regeln stellen in ihrer Gesamtheit nicht selbst eine wirkliche Ordnung dar, wie etwa das Hypothekarrecht oder das Wechselrecht. Sie enthalten vielmehr bloße *Muster* von gedachten Ordnungen, also Regeln, die gelten sollen für den Fall, daß überhaupt solche Vertragsordnungen verabredet werden. Nur in diesem Bereich hat die Unterscheidung von *nachgiebigem* und

sind den Eltern nicht von Staats wegen Gehorsam schuldig, sondern weil dies von Natur aus [26] ihre Pflicht, und zwar ihre Rechtspflicht ist. Art. 275, von dem wir ausgingen, enthält bloß die Anweisung an den Richter, diese Pflicht als gegeben anzunehmen. Schon vor dem 1. Januar 1912 waren die Schweizer Kinder den Eltern zu Gehorsam verpflichtet. Und schon vorher mußte ein gewissenhafter Richter im Streitfall diese Pflicht erkennen. Es hat sich an jenem Tage nichts geändert, es sei denn, daß das System des Privatrechtsgesetzes umfassender wurde und die erzieherische Absicht des Gesetzgebers zu Tage trat.

Wäre all das Gesagte unrichtig, enthielte das Privatrechtsgesetz Befehle an die Einzelnen, dann müßte der Staat diese Befehle durchsetzen. Allein für das gesamte Gebiet des Privatrechts gilt, was schon mit Bezug auf die staatlichen Privatrechtsordnungen ausgeführt wurde. Der Staat hat seinen Zweck erreicht, wenn der Richter angerufen werden kann und diesem das bestmögliche Hilfsmittel zur Verfügung steht, eben ein gutes Privatrechtsgesetz. Dagegen bekümmert sich der Staat grundsätzlich nicht um die Verwirklichung der Privatrechte. Sicher wird in tausend Fällen schuldhaft Schaden verursacht und nicht ersetzt. Der Staat führt keine Aufsicht darüber, ob Art. 41 OR "eingehalten" wird. Er will nicht die Lebensverhältnisse der Einzelnen gestalten, sondern Streitigkeiten schlichten. Das Umstrittene berührt ihn nicht. Soweit das Privatrecht reicht, verordnet der Staat nicht, was vorkommen soll. Er ordnet, wenn nötig, was vorkommt<sup>49</sup>.

Überlegen wir dies alles, so erkennen wir auch, wie [27] sich Recht und Zwang zueinander

---

*zwingendem* Recht ihren richtigen Sinn. Nachgiebig sind jene Regeln, die nur Muster sind und ohne weiteres außer Betracht fallen, wenn die Beteiligten etwas anderes verabreden. Zwingend sind jene Regeln, an die sich der Richter unter allen Umständen halten muß. Sie sind aber für die Beteiligten nicht in dem Sinne zwingend, daß sie staatliche Befehle darstellen, die vom Amte wegen durchgesetzt werden. Der Abschluß eines Dienstvertrages von 20jähriger Dauer ist nicht "verboten". Ein solcher Vertrag darf bloß vom Richter auf keinen Fall geschützt werden. Unter den Parteien kann er gleichwohl im Gewissen verbindlich sein. Allerdings kommt der Gesetzgeber nicht von ungefähr dazu, zwingende Regeln aufzustellen. Solche Regeln lassen gewöhnlich die Grenzen der Vertragsfreiheit erkennen, die von Natur aus bestehen und über die hinaus die Verträge sittenwidrig sind; vgl. auch Anm. 31 Ziff. 4.

Die Regeln über die Vereine, Stiftungen und Handelsgesellschaften haben eine doppelte Bedeutung. Sie sind einerseits Musterordnungen, die für eine beliebige Zahl tatsächlicher Ordnungen angewendet werden können. Zugleich stellen sie aber selbst eine wirkliche, im besprochenen Sinne zwingende Ordnung jener Verhältnisse dar, die sich mit dem Bestand solcher Verbandspersonen ergeben. Kraft dieser Ordnung ist z. B. geregelt, unter welchen Voraussetzungen eine Aktiengesellschaft ihr Kapital herabsetzen kann. Durch das Handelsregister wird ermöglicht, daß diese Ordnung verwirklicht werden kann (vgl. im Text S. 20).

<sup>49</sup> (1) Da widerrechtlich = unsittlich ist, muß man sich fragen, ob die in Art. 41 OR enthaltene Unterscheidung zwischen widerrechtlicher und sittenwidriger Schadenzufügung einen Sinn hat. Im Hinblick darauf, daß Abs. 2 nur eine Haftung für Absicht vorsieht, ließe sich die Ansicht vertreten, daß es sich bei Verstößen gegen die guten Sitten um Widerrechtlichkeiten leichtern Grades handle. Zutreffender dürfte aber die Erwägung sein, daß Abs. 2 nur ein Gegengewicht gegen eine zu enge, positivistische Auffassung von Abs. 1 darstellt. Doch hat Abs. 2 in dieser Funktion eine geringe Bedeutung, da nach der herrschenden Auffassung sogar Verstöße gegen bloß "allgemeine, ungeschriebene Normen der Rechtsordnung" bereits als widerrechtlich im Sinne von Abs. 1 gelten (vgl. *Oser/Schönenberger*, N. 13 zu Art. 41 und *Guhl*, Obligationenrecht, 3. Aufl., 1944, S. 130). Einen Verstoß gegen die guten Sitten wird man daher nur in solchen Fällen annehmen, in denen das Rechtsgefühl ein Unrecht feststellt, die aber so atypisch gelagert sind, daß nicht einmal von einem Verstoß gegen ungeschriebene Normen die Rede sein kann (Normen werden für typische Fälle ausgebildet; vgl. Anm. 40 und 61 Ziff. 4).

(2) Da die Privatrechtsgesetze sich an den Richter wenden, enthalten sie vorab Regeln über solche Tatbestände, die am meisten zu Streitigkeiten Anlaß geben. Erst bei Kodifikationen zeigt sich jeweils das Bedürfnis, diese Regeln durch allgemeinste Grundsätze (wie Art. 159 ff. ZGB) miteinander zu verbinden. Die oft geäußerte Ansicht, daß sich das Recht mehr mit dem äußern Verhalten, die Sittlichkeit dagegen mehr mit der innern Einstellung der Menschen befasse, dürfte darauf zurückzuführen sein, daß sich die Rechtsbeziehungen unter den Einzelnen umso besser zur richterlichen Beurteilung (und damit zur Regelbildung) eignen, je mehr sie sich im Bereich des sinnlich Wahrnehmbaren vergegenständlichen (z. B. in der Herrschaft über Sachen). Da aber das Recht einen Teil der Sittlichkeit bildet und da die Beziehungen der Menschen zueinander, auch wenn sie sich vergegenständlichen, immer geistiger Art sind, so ist auch das "äußere Verhalten" der Menschen sittlicher Natur und umgekehrt die seelische Einstellung zum Nebenmenschen eine Rechtsfrage. Dieser Gedanke ist auch im Grundsatz von Treu und Glauben enthalten. Wiederum ist es aber der Gedanke der Rechtssicherheit, der hier das Gegengewicht bildet und dem Richter eine allzu starke Rücksichtnahme auf die nur schwer feststellbare innere Einstellung der Rechtsgenossen verbietet.

verhalten. Die Gewalt ist dem Staate eigen, nicht dem Recht. Auf dem Gebiet des Privatrechts kann sich überhaupt nur die Frage stellen, inwieweit der Staat mit Gewalt verhindern will, daß unter den Einzelnen Unrecht geschieht, oder erzwingen will, daß Recht geschieht<sup>50</sup>.

## VII

Das Verhältnis von Privatrecht und Staat ist erst dann völlig abgeklärt, wenn wir beifügen, daß der Staat dadurch, daß er Privatrechtsgesetze erläßt, die Verhältnisse unter den Einzelnen immerhin mittelbar gestaltet. Wenn er zum Beispiel als Recht erklärt, daß der Werkeigentümer für Werkschaden kausal hafte, so hat dies zur Folge, daß in zahlreichen Fällen Werkschaden ersetzt wird, der sonst nicht ersetzt würde<sup>51</sup>. Viele Regeln werden wohl häufiger durch die Einzelnen, als durch den Richter angewendet. Wenn es dem Privatrechtsgesetz gelingt, Streitigkeiten zu vermeiden, so hat es seinen Zweck am vollkommensten erreicht.

Mit Hilfe der *mittelbaren Wirkungen der Privatrechtsgesetze* kann der Staat sogar selbständige Zwecke des Gemeinwohls verfolgen. Auf diese Weise ist er zum Beispiel den Übelständen im Bürgerschaftswesen zu Leibe gerückt. Er konnte dies deshalb tun, weil hier diese mittelbaren Wirkungen besonders stark sind. Denn kein Gläubiger kann es darauf ankommen lassen, im [28] Streitfall wegen eines regelwidrigen Vertrages sein Recht nicht durchsetzen zu können<sup>52</sup>.

Meist muß aber der Staat mit Mitteln des öffentlichen Rechts eingreifen, wenn er die Verhältnisse unter den Einzelnen aus Gründen des Gemeinwohls selbst gestalten will. Wenn es ihm z. B. darum zu tun ist, daß die Versicherungsverträge auch wirklich erfüllt werden, so muß er die Versicherer seiner Aufsicht unterwerfen. Ein Beispiel, wie unzulänglich die Mittel des Privatrechts zur Verwirklichung des Gemeinwohls sind, gibt Art. 335 des Obligationenrechts, der den Dienstherrn zur Zahlung des Lohnes während des Militärdienstes verpflichtet. Diese Bestimmung blieb für viele Dienstnehmer toter Buchstabe, weil die Dienstnehmer es nicht wagen konnten, ihr im Gesetz festgestelltes Recht durch Einklagung des Dienstherrn durchzusetzen. Der Staat hat daher schließlich mit öffentlichem Recht eingegriffen und durch die Lohnersatzordnung den Dienstherrn verpflichtet, dem Dienstnehmer zu geben, was ihm gehört<sup>53</sup>.

Aber wie rechtfertigt der Staat diesen und ähnliche Eingriffe in das Privatrecht? Es ist der gleiche Gesichtspunkt, der zur Einsetzung von Richtern und zum Erlaß des Vollstreckungsrechts geführt hat. *Das Recht des Schwachen ist das Anliegen des Staates*. Kann der Schwache sein Recht nicht

<sup>50</sup> Der Staat bedarf des Zwanges, um seine Befehle durchzusetzen. Er erzwingt immer nur eine konkrete Anordnung, mag diese auch auf einen Befehl zurückgehen, der in eine abstrakte Regel des objektiven Rechts gekleidet ist (vgl. auch *Burckhardt*, Organisation, S. 177).

Auseinanderzuhalten sind die Anwendung physischen Zwanges durch den Staat und die immanente Sanktion des Naturrechts (Anm. 39); vgl. *Stadler*, Recht und Macht, in "Schweizer Rundschau", 1945, S. 249 ff.

<sup>51</sup> Weil der Richter im Streitfall doch nach dem Gesetz entscheiden würde.

<sup>52</sup> Bezeichnend ist das Mittel, das der Staat zumeist gebraucht, wenn er auf die mittelbaren Wirkungen des Privatrechtsgesetzes abzielt. Er stellt Formvorschriften auf und erreicht damit, daß sich das Rechtsleben kanalisiert und vor rechtskundigen Personen durchfließt. Auf diese Weise wird meist eine regelgemäße Ordnung getroffen. In allen diesen Fällen besteht aber der Grundsatz weiter: Das Privatrechtsgesetz enthält nicht ein staatliches Gebot an die Einzelnen. Der Staat führt nicht etwa eine Aufsicht darüber, ob die "vorgeschriebene" Bürgerschaftsform eingehalten wird.

<sup>53</sup> Das Gesagte gilt auch dann, wenn es sich bei Art. 335 OR um eine "zwingende" Vorschrift handelt, was bestritten ist; vgl. *Oser/Schönenberger*, N. 27 zu Art. 335. Es kann aber bezweifelt werden, ob Art. 335 überhaupt sachlich richtig ist. Denn von einer sittlichen Pflicht des einzelnen Arbeitgebers, den Dienstnehmer während des Militärdienstes zu entlohnen, kann nur in einem beschränkten Umfang gesprochen werden. Es ist vielmehr Sache des Staates, dafür zu sorgen, daß die Dienstnehmer während des vom Staat verlangten Militärdienstes nicht in Not geraten. Zum mindesten hat der Staat anzuordnen, daß die Lohnzahlungen an die im Militärdienst befindlichen Arbeitnehmer alle Arbeitgeber gleichmäßig belasten. Die heute in Kraft befindliche Regelung stellt daher nicht nur einen Notbehelf, sondern eine Verbesserung dar. Eine ähnliche Notwendigkeit, soziale Aufwendungen unter den Arbeitgebern auszugleichen, ergibt sich mit Bezug auf die Familienlasten der Arbeitnehmer.

durchsetzen, obgleich er es verlangt, so ist der Richter da. Besteht seine Schwäche gerade darin, daß er sein Recht nicht verlangen darf, so verlangt es der Staat für ihn auf dem Wege des [29] öffentlichen Rechts. Wenn daher heute der Staat immer mehr in das Gebiet des Privatrechts eingreift, so darf dies nicht ohne weiteres als "Aushöhlung des Privatrechts" beklagt werden. Es sind ja Privatrechte, die auf diese Weise verwirklicht werden, und die sonst vielfach nicht verwirklicht würden<sup>54</sup>. Zu Bedenken gibt dagegen Anlaß, daß es der Staat ist, der Ordnung schafft, und nicht die Gemeinschaft der Beteiligten. *Denn die schöpferische Gestaltung der Lebensverhältnisse ist in erster Linie Sache der Beteiligten*<sup>55</sup>. Damit diese aber ihre gestaltenden Kräfte entfalten, muß bei ihnen das Gefühl für die Gemeinschaften wach sein, zu denen sie nach der Natur der Sache verbunden sind<sup>56</sup>. Aus einem solchen erst erwachenden Gemeinschaftsgefühl heraus sind die Gesamtarbeitsverträge entstanden. Wird dieses Gefühl einmal überall lebendig, so kann die heute starre Ordnung des Staates aufgelockert werden in Ordnungen, welche die Beteiligten geschaffen haben.

## VIII

Betrachten wir die Dinge so, dann rundet sich das Bild der Rechtswirklichkeit.

Soweit die Menschen ihre Verhältnisse frei gestalten können, lagert sich Ordnung über Ordnung, zu den verschiedensten Zwecken, in der mannigfachsten Gestaltung. Der Ablauf des Rechtsgeschehens ist ein unaufhörliches Gewoge von Gemeinschaften, die sich bilden [30] und wieder auflösen. Die umfassendste, dauerhafteste und einzig mit Gewalt ausgestattete Gemeinschaft ist der Staat<sup>57</sup>. Aber zwischen ihm und den andern menschlichen Ordnungen besteht kein notwendiger Gegensatz. Die Ordnungen durchdringen sich gegenseitig, ja sie stehen in voller Harmonie zueinander, sofern nur jede Gemeinschaft ihren aus den Umständen erkennbaren Zweck verfolgt, aber auch die Begrenzung dieses Zweckes anerkennt<sup>58</sup>.

<sup>54</sup> Vgl. *Oftinger*, Gesetzgeberische Eingriffe in das Zivilrecht, ZSR Bd. 57, 1938, S. 683 a und *Comment*, Les atteintes portés au droit civil par des mesures législatives exceptionnelles, ZSR Bd. 57, 1938, S. 469 a f.

Wenn sich diese Autoren für die Privatautonomie einsetzen, so wenden sie sich auch gar nicht gegen die aus sozialen Gründen berechtigten "Aushöhlungen" des Privatrechts, sondern gegen die Mißachtung der Persönlichkeit, die mit der Überschätzung des Staates Hand in Hand geht. Es darf aber nicht übersehen werden, daß sich die heutige Aufblähung des Staates zwangsläufig aus dem Individualismus ergeben mußte. Der entscheidende Schlag gegen die Persönlichkeitsrechte wurde geführt, als der Mensch "autonom" erklärt wurde und die menschliche "Freiheit" ihre Scheintriumphe feierte; vgl. im Text S. 33 f.

<sup>55</sup> Dieses für den gesellschaftlichen Aufbau grundlegende *Prinzip der Subsidiarität* ergibt sich unmittelbar daraus, daß alle menschlichen Ordnungen letzten Endes der menschlichen Persönlichkeit dienen (vgl. im Text S. 30). Alle Gemeinschaften haben den Zweck, die Tätigkeit der Einzelnen zu ergänzen. Die Gemeinschaften höherer Ordnung haben nur jene Tätigkeit zu übernehmen, für welche die dem Einzelnen nächststehenden Gemeinschaften (z. B. Familie, Gemeinde) nicht ausreichen. Und auch innerhalb jeder Gemeinschaft gilt wieder: So viel Bindung als nötig, so viel Freiheit (des Einzelnen) als möglich.

<sup>56</sup> Vgl. Anm. 27 Ziff. 1.

<sup>57</sup> (1) Daß der Staat allein mit Zwang ausgestattet ist, trifft nur für die gegenwärtige Phase der Menschheitsentwicklung zu. Die Geschichte zeigt, daß das Monopol der physischen Gewalt das Bestreben hat, zu Verbänden von immer höherer und umfassenderer Art emporzusteigen, von der Familie zur Sippschaft, von der Sippschaft zum Stammesstaat und Stadtstaat, vom Kleinstaat zum Nationalstaat und imperialistischen Großstaat. Der Übergang des Gewaltmonopols an eine umfassendere Völkerorganisation wird schon lange gefordert.

(2) An dieser Stelle kann nur angetönt werden, daß über den einzelnen Staaten die Gemeinschaft der Völker besteht, und zwar von Natur aus (Anm. 27). Auch im Bereich dieser Gemeinschaft geschieht Recht und Unrecht, gleichgültig, ob dies jemand feststellt und beurteilt, und auch insoweit, als die ordnungsbedürftigen Verhältnisse nicht positiv geregelt sind. Auf dem Gebiete des Völkerrechts muß eine Rechtsauffassung versagen, die nur dem vom Staat gesetzten objektiven Recht Rechtsqualität zuerkennt; vgl. *Burckhardt*, Organisation, S. 329 ff.

<sup>58</sup> So wie jeder Mensch geneigt ist, das zu erstreben, was ihm nützlich erscheint, und mehr als nützlich zu betrachten, als ihm in Wirklichkeit dient (vgl. Anm. 39), so hat auch jede Gemeinschaft den Drang, ihren eigenen Zweck auszudehnen. Für jede Gemeinschaft stellt die Erkenntnis des ihr nach den Verhältnissen angemessenen Zweckes und

Die *Harmonie der menschlichen Ordnungen* ist möglich, weil die Zwecke aller Ordnungen, auch des Staates, sich schließlich vereinigen in einem *gemeinsamen Zweck, dem Wohl der Menschen*<sup>59</sup>. Die Gemeinschaften sind um der menschlichen Persönlichkeit willen da. Alle Gemeinschaftskultur, angefangen von der Deckung des wirtschaftlichen Notbedarfes durch Verträge und Verbandsordnungen bis zu den idealen Bestrebungen künstlerischer und gemeinnütziger Vereine und Stiftungen und bis hinauf zu den großen Unternehmungen des Staates, hat letzten Endes nur dann und nur soweit einen Zweck, als sie der Entfaltung und Bereicherung der menschlichen Persönlichkeit nach ihrer geistigen und körperlichen Seite hin dient. Aber das ist nur die eine Hälfte der Wahrheit. Die Gemeinschaften leben von dem, was ihnen die Einzelnen geben. Sie wirken sich umso mehr zum Wohle der Menschen aus, je mehr die Menschen die Gemeinschaftszwecke verfolgen. Je besser die Menschen die Verträge halten, je edler die Zwecke sind, zu denen sie sich vereinen, je [31] uneigennütziger und freiwilliger die Gemeinschaftszwecke erstrebt werden, umso größer ist der Nutzen, den alle aus der Gemeinschaft ziehen. Indem die Menschen sich den richtig verstandenen Gemeinschaftszwecken schenken, beschenken sie sich selbst. "Echte Gemeinschaft ist erweiterte Persönlichkeit"<sup>60</sup>.

Aus dem gemeinsamen Endzweck aller menschlichen Ordnungen ergibt sich aber auch ihre *gemeinsame Grenze*. Die Menschen können ihre Verhältnisse soweit frei gestalten, als dies zur Entfaltung ihrer Persönlichkeit dient und die Nebenmenschen in der Entfaltung ihrer Persönlichkeit nicht hindert. Um ihrer Persönlichkeit willen haben die Menschen Verfügungsfreiheit und um der Persönlichkeit der Andern willen ist diese Freiheit beschränkt. Alle menschlichen Ordnungsregeln, auch jene des Staates, haben sich somit auszurichten nach dem unverrückbaren Doppelpfeiler der menschlichen Persönlichkeit und der mit ihr gleichbedeutenden grundsätzlichen Gleichheit aller Menschen. Was aber jeder Mensch um seiner Persönlichkeit willen besitzen darf und muß, was also jedem im wahren Sinne als das "Seine" gehört, das ergibt sich wiederum aus den Umständen des Einzelfalles. Und was unter bestimmten typischen, immer wieder vorkommenden Umständen um der Persönlichkeit willen Recht ist, das wurde von der Rechtskultur in jene Regeln gefaßt, die wir die einfachen genannt haben und die sich eben auf solche Umstände stützen, die vom

---

die Selbstbeschränkung auf diesen Zweck eine sittliche Hauptaufgabe dar.

59

(1) Wie also die Privatrechtsgesetze "irgendwie" dem Gemeinwohl dienen, so dienen umgekehrt auch die öffentlich-rechtlichen Gesetze "irgendwie", auf eine mittelbare Art, dem Wohl der Einzelnen. Die Begriffe "privatrechtlich" und "öffentlich-rechtlich" deuten nur eine verschiedene Mischung der mittelbaren und unmittelbaren Zwecksetzung an. Auch für die Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht gilt, daß das, was wir begrifflich trennen, in der Rechtswirklichkeit nahtlos nebeneinander liegt und ineinander übergeht (vgl. Anm. 35). Rein logisch kann man sowohl das gesamte gesetzte Privatrecht als öffentliches Recht wie das gesamte öffentliche Recht als erweitertes Privatrecht auffassen. Bezeichnet man nämlich jene Gesetzesregeln als öffentlich-rechtlich, die von Amtes wegen durchgesetzt werden (Anm. 34 Ziff. 1), so stellt man für die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht auf eine Eigenschaft ab, die allen Gesetzesregeln zukommt, nur nicht allen mit gleicher Intensität. Bei den Privatrechtsgesetzen ist diese Intensität sehr schwach, da sich der staatliche Regelbefehl nur an den Richter wendet und dieser ihn einzig dann ausführen muß, wenn er um einen Entscheid angegangen wird. Ist aber diese weitgehende Voraussetzung erfüllt, so wird immerhin ein staatlicher Befehl von Amtes wegen durchgesetzt. Bei den öffentlich-rechtlichen Gesetzen (Verhaltensregeln) ist der Befehl meist weit intensiver. Seine Verwirklichung ist vom Willen der Einzelnen unabhängiger. Doch gibt es innerhalb des öffentlichen Rechts in dieser Hinsicht zahlreiche Abstufungen.

(2) Die weitere Frage, ob eine bestimmte Gesetzesvorschrift dem öffentlichen oder privaten Recht angehört, kann nicht auf Grund der Begriffe "öffentlich-rechtlich" und "privatrechtlich" entschieden werden. Aus einem Begriff allein ergibt sich nie ein Rechtsschluß (*Burckhardt*, Methode, S. 282). Die Frage stellt sich auch nur dann, wenn in einem Gesetz die Ausdrücke "öffentlich-rechtlich" und "privatrechtlich" verwendet werden. Sie ist alsdann durch Auslegung dieser Gesetzesregel und nur für diese Regel zu entscheiden. So hat denn auch das Bundesgericht den Begriff "zivilrechtliche Streitigkeit" in Art. 48 a OG anders ausgelegt als den Begriff "Zivilrechtsstreitigkeit" in Art. 56 a OG (BGE 63 II 48 ff.).

60

Vgl. *Rohmer*, S. 42, sowie zum Ganzen *Egger*, Rechtsethik, insbesondere S. 130 ff.

Die Richtigkeit der dargestellten Grundsätze läßt sich an den alltäglichsten Dingen erproben. Die Geschäftsgrundsätze des "Dienstes am Kunden" und der "Wahrheit in der Reklame" beruhen auf der Erfahrung, daß derjenige, der sich gegenüber dem (zukünftigen) Vertragspartner loyal verhält, also die Vertragsgemeinschaft betont, auf die Dauer sich selbst am meisten nützt.

rechtsgestaltenden Willen unabhängig sind. Dazu gehören nicht nur die Regeln [32] über das Recht der Persönlichkeit, sondern auch jene über die grundlegenden familiären Beziehungen, über das außervertragliche Schadenersatzrecht, über die Beschränkung der Vertragsfreiheit und des Eigentums. In ihrer Gesamtheit bilden diese einfachen Regeln eine feste *natürliche Ordnung*, in welche die Menschen und die menschlichen Ordnungen um der Persönlichkeit willen eingespannt sind<sup>61</sup>.

61

(1) Die Verfügungsfreiheit besteht darin, daß Jeder seinen Besitz an geistigen und körperlichen Gütern (wie Intelligenz, Arbeitskraft, Ansehen, Geld, Sachgüter) gemeinschaftlich oder allein, durch Rechtsgeschäft (Beteiligung an menschlichen Ordnungen) oder durch Rechtsgenuß, unter dem Vorbehalt der Verfügungsbeschränkung nach seinem Gutdünken verwenden kann. Diese Beschränkung ist eine doppelte: Jeder muß seinen Besitz so verwenden, daß er dadurch den Nebenmenschen im Genuß des Seinen nicht stört. Und überdies muß Jeder seinen eigenen Besitz mit dem Andern teilen, soweit dieser zur Entfaltung seiner Persönlichkeit darauf angewiesen ist. So ist z. B. ein Vater seiner Familie gegenüber verpflichtet, seinen Körper nicht zu verstümmeln; denn die Familie ist auf seiner Hände Arbeit angewiesen; die Arbeitskraft des Vaters gehört auch ihr. Der Grundbesitzer muß dem Nachbarn den Notweg einräumen, sofern dieser zur Entfaltung seiner wirtschaftlichen Persönlichkeit darauf angewiesen ist; das Grundstück gehört insoweit auch dem Nachbarn.

Da jeder Mensch geneigt ist, seine eigene Verfügungsfreiheit zum Nachteil des Besitzes der Nebenmenschen zu mißbrauchen, und da in der Regel niemand geneigt ist, seinen Besitz mit Andern zu teilen, auch wenn diese darauf angewiesen sind, so läuft alle menschliche Ordnung darauf hinaus, die Freiheit des Einzelnen so zu beschneiden, daß die Freiheit und die Entfaltung aller Menschen möglich ist.

Zu beachten ist der Unterschied:

a) Was einer besitzt, das darf er auch dann besitzen, wenn er es nicht notwendig braucht, sofern es nur dem Nebenmenschen nicht unerlässlich ist.

b) Was einer nicht besitzt, darf er vom Besitzer nicht schon deshalb verlangen, weil er es selbst auch brauchen könnte, sondern nur dann, wenn es für ihn unerlässlich ist.

In dieser Unterscheidung kommt wieder das Subsidiaritätsprinzip (Anm. 55) zum Vorschein: So viel Freiheit als möglich und nur so viel Zwang (in der Änderung der Besitzverhältnisse) als notwendig. Indessen ist festzuhalten: Der dargestellte Grundsatz gibt bloß die *Rechtspflicht* wieder; der Pflicht des Besitzenden steht ein Recht des Nichtbesitzenden auf Gewährung des Notbedarfes gegenüber. Darüber hinaus ist aber der Besitzende sittlich verpflichtet (wenn auch nicht gegenüber den Mitmenschen), seinen Besitz vernünftig (= zweckmäßig) zu gebrauchen (vgl. Anm. 31 Ziff. 4). Er darf ihn weder verderben lassen noch zu unvernünftigen Zwecken verwenden. Je edler die Zwecke sind, zu denen die Besitzenden ihre Güter verwenden, umso weniger stoßend sind die Ungleichheiten im Besitz.

(2) In der Regel "*Jedem das Seine*" (= Jedem das ihm Gehörende; vgl. im Text S. 10) treffen sich der Rechtsbegriff und der Begriff der Persönlichkeit; vgl. hierüber *Cathrein*, S. 45 ff., insbesondere S. 50. Auch diese Regel ist aber, wie alle Regeln, nur ein Hilfsmittel, damit wir im Einzelfall besser erkennen, was Recht ist. Als allgemeinste Rechtsregel besagt "*Jedem das Seine*" alles und nichts. Alles, weil im Einzelfall die Frage, was Recht ist, nur dann zutreffend beantwortet ist, wenn Jeder das Seine (ihm Gehörende) erhält. Nichts, weil eben bei der Rechtsfindung in abstracto (Text S. 11) für die einzelnen Tatbestände erst noch die zutreffenden Regeln abgeleitet werden müssen, damit erkannt werden kann, was Jedem gehört.

Diese Sachlage ist es wohl, die *Burckhardt* zur Annahme führt, die Idee des Gerechten sei ohne Inhalt (siehe namentlich *L'Etat et le droit*, S. 197 a ff. und *Organisation*, S. 230 ff.). Indessen ist eine Regel, die für den Einzelfall unmittelbar nichts sagt, keineswegs inhaltslos. Denn wenn sich aus einer allgemeinen Regel besondere Regeln ableiten lassen, so sind darin die besondern Regeln eben schon unausgesprochen enthalten. Wenn *Burckhardt* durch "unbeweisbares Werturteil" feststellt, daß eine Einzelregel der Idee des Gerechten entspricht, so stellt er damit auch fest, daß diese Einzelregel (für die Umstände, für die sie aufgestellt ist) in der Idee des Gerechten (der allgemeinsten Regel) bereits enthalten ist. Also hat diese Idee ihren Inhalt. Wenn *Burckhardt* demgegenüber ausführt, die Idee des Gerechten gebe nur die "Richtung" an, so läuft dies nach dem Gesagten auf einen Wortstreit heraus. Die Worte "Inhalt" und "Richtung" sind bloß bildhafte Bezeichnungen für das, was mit der Regel "*Jedem das Seine*" (die mit dem Rechtsbegriff, der "Idee" des Rechts, identisch ist) ausgedrückt wird.

(3) Die aus der Regel "*Jedem das Seine*" abgeleiteten Einzelregeln führen zu scheinbar widerspruchsvollen Ergebnissen mit bezug auf das, was Achtung vor der Menschenwürde und die Gleichheit verlangen.

So steht es der Würde der Persönlichkeit nicht entgegen, ja diese Würde kann es geradezu erfordern, daß der Einzelne für die Gemeinschaft stirbt, nämlich dann, wenn (wie im Falle des gerechten Verteidigungskrieges) das Opfer seines Lebens für das Leben der staatlichen Gemeinschaft, also aller Andern, unerlässlich ist. Und zwar steht es den Organen des Staates zu, unabhängig vom Willen des Einzelnen dieses Opfer zu verlangen (vgl. Anm. 29). Wehe dem Einzelnen, wenn die als Organe handelnden Personen gewissenlos sind oder in blindem Kollektivegoismus den Zweck des Staates übersteigern!

Ferner widerspricht es unter Umständen der Gleichheit der Menschen nicht, daß einer den Andern tötet, so nicht im Falle der Notwehr, bei einem unmittelbaren, das Leben oder ein anderes hohes Rechtsgut bedrohenden Angriff. Die grundsätzliche Gleichheit wird damit nicht aufgehoben. Es zeigt sich nur, daß dieser Grundsatz, wie jede Regel, nicht für alle Umstände zu einer Lösung führt. Dem Notwehrtatbestand ist eben eigen, daß ein Rechtsgut (z. B. das Leben des Angegriffenen) untergehen muß. Wenn aber der Tod eines von zwei Beteiligten unvermeidlich ist, so kann sich nur noch fragen, welcher von ihnen sterben muß. Und diese Frage kann nur beantwortet werden auf Grund der Überlegung, welches von zwei (grundsätzlich gleichwertigen) Menschenleben nach den Umständen mehr wert ist. Die Antwort liegt auf der Hand: Jenes des Angegriffenen. Also darf dieser den Angreifer töten. Die richtige Lösung muß also auf Grund einer Bewertung gefunden werden, die den Wert der beteiligten Rechtsgüter nicht nur abstrakt, sondern im Hinblick auf die konkreten Umstände ermittelt.

(4) Die Regeln des *außervertraglichen Schadenersatzrechtes* lassen sich deshalb aus dem Recht der Persönlichkeit ableiten, weil die Grundfrage, ob ein Schaden "widerrechtlich" (= "unbefugterweise"; Art. 28 ZGB) zugefügt wurde, davon abhängt, ob der Geschädigte seine Verfügungsfreiheit (vgl. Ziff. 1 hievov) überschritten und die mit Rücksicht auf die Persönlichkeit der Andern bestehenden Schranken der Verfügungsfreiheit durchbrochen hat. Die Widerrechtlichkeit einer Schädigung besteht somit immer in der Verletzung eines subjektiven (unmittelbar oder mittelbar aus der Persönlichkeit abgeleiteten) Rechtes, zugleich aber in der Verletzung einer objektiven Rechtsregel, sei es einer Regel des positiven Rechts oder der "allgemeinen Rechtsordnung". Denn die Frage, ob im Einzelfall ein subjektives Recht besteht (d. h. welchen Inhalt das abstrakt formulierte subjektive Recht bzw. die ihm komplementäre Rechtspflicht im Einzelfall hat), fällt ja mit der Frage zusammen, welche objektive Regel für den im Einzelfall verwirklichten Tatbestand zutrifft. Daraus folgt, daß keine Schädigung gedacht werden kann, die nicht zugleich in der Verletzung eines subjektiven Rechts und einer objektiven Rechtsregel besteht. Diese Erkenntnis ist erst im neuern Schrifttum durchgedrungen (vgl. *Oftinger*, S. 97, insbesondere Anm. 16), während von Tuhr es noch für möglich hielt, daß die Widerrechtlichkeit eine bloß objektive sein könne (*von Tuhr/Siegwart*, S. 355). Beizufügen ist, daß eine Schädigung, die nicht widerrechtlich ist, überhaupt keine Schädigung im Rechtssinne, sondern eben eine "befugte Verletzung" ist.

Die Rechtsregeln, durch die für die einzelnen Tatbestände festgestellt wird, wie weit der Inhalt der Persönlichkeitsrechte reicht und wann somit eine widerrechtliche Schädigung vorliegt, beruhen auf einer Bewertung der im Einzelfall beteiligten Rechtsgüter (vgl. Anm. 13 Ziff. 2). Der Wert der Dinge aber bemißt sich darnach, ob ein Gut seiner Natur nach im nähern oder entfernteren Sinne der Persönlichkeit, dem Endzweck aller Dinge dient. So ist die der Persönlichkeit unmittelbarer dienende körperliche Integrität mehr wert als ein Sachgut (oder als das Interesse an der raschen Fortbewegung, vgl. *Oftinger*, S. XXIII, insbesondere Anm. 2), die Geschlechtsehre dagegen mehr wert als die körperliche Integrität. Und daher ist die wegen des Genusses eines Sachgutes verursachte Körperverletzung immer widerrechtlich (Verkehrsunfall!), nicht dagegen eine Körperverletzung, welche die Geschlechtsehre retten soll. Stehen zwei in abstracto gleichwertige Güter einander gegenüber, so ist (wie schon im Falle der Notwehr) ihr konkreter Wert festzustellen. Dies läßt sich besonders deutlich im Falle des Notstandes zeigen, so etwa für den Fall der zwei Schiffbrüchigen, die sich an die gleiche, für zwei Menschen zu schwache Planke klammern. Wertvoller ist in concreto jener Mensch, der überhaupt Aussicht hat gerettet zu werden. Bei gleicher Aussicht entscheiden weitere Umstände: Das Leben des Familienvaters ist wertvoller als jenes des Ledigen usw.

Besonders heikel ist die Bewertung der beteiligten Güter, wenn diese Güter und die ihnen entsprechenden Persönlichkeitsrechte in ihrem Umfang schwer abgrenzbar sind, wie das Recht auf Ehre und namentlich das Recht auf Betätigung im Wirtschaftsleben. In der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist aber sehr bald erkannt worden, daß in diesem letztgenannten Persönlichkeitsrecht der Grund für die Unerlaubtheit (= Widerrechtlichkeit) des Boykotts und des unlauteren Wettbewerbes liegt, daß aber diese Unerlaubtheit auch ihre Grenzen findet am Recht der Andern auf wirtschaftliche Betätigung (vgl. *Bolla*, La responsabilità del promotore del boicottaggio verso il boicottato nel diritto civile svizzero, ZSR Bd. 46, 1927, S. 219 ff., insbesondere S. 224 a ff.; BGE 32 II 360; 40 II 617). In der neuern Rechtsprechung wurde allerdings "die Frage der Zulässigkeit des Boykotts nicht so sehr unter dem Gesichtspunkt der Verletzung der wirtschaftlichen Persönlichkeit als vielmehr unter demjenigen des Verstoßes gegen die guten Sitten beurteilt" (BGE 62 II 106). Dies ist aber, wie sich aus den vorstehenden Ausführungen ergibt, der gleiche Gesichtspunkt, da eben im Einzelfall gerade das den guten Sitten widerspricht (= widerrechtlich ist), was die Persönlichkeit des Geschädigten beeinträchtigt, und umgekehrt die Persönlichkeit nur dann beeinträchtigt ist, wenn die Schädigung sittenwidrig (= widerrechtlich) ist (vgl. auch *Oser/Schönenberger*, N. 44-46 zu Art. 41). Weil die beteiligten Güter in den Fällen des Boykotts und des unlauteren Wettbewerbes sehr oft gleichwertig sind, läuft die Frage, ob Widerrechtlichkeit vorliege, meist auf die Bewertung der Güter in concreto hinaus, wobei nicht nur objektive Umstände (wie im Falle des Notstandes), sondern auch (wie im Falle der Notwehr) die Handlungen der Beteiligten ins Gewicht fallen (z. B. unwahre Behauptungen gegen den Boykottierten); über die Bedeutung des "Verstoßes gegen die guten Sitten" vgl. auch Anm. 49 Ziff. 1. Zum Ganzen vgl. *Guisan*, La Protection de la Personnalité et le Boycott Commercial, in: Beiträge zum Handelsrecht, Festgabe C. Wieland, Basel 1934, S. 149 ff.

Festzuhalten ist schließlich, daß die Widerrechtlichkeit an sich die Schadenersatzpflicht nicht notwendig begründet. Sie ist bloß die unumgängliche Voraussetzung jeder Ersatzpflicht. Ob Ersatz geleistet werden muß, kann noch von

Diese natürliche Ordnung können wir wiederum nur aus ihrem Zweck heraus begreifen. Wenn sie um der Persönlichkeit willen gegeben ist, so heißt dies, daß es sich bei ihr nicht mehr darum handelt, die Beziehungen unter den Menschen zu gestalten. Die Menschen selbst sollen durch sie gestaltet werden. Aber wie und wozu? Der Jurist muß sich auch diese Frage stellen, obwohl sie über den engern Bereich seiner Wissenschaft hinausführt. Der Zweck jeder Ordnung wird von einem Willen gegeben, der außerhalb der Ordnung steht, die dieser Wille schafft.

Darum weist der Zweck der natürlichen Ordnung auf einen übernatürlichen Willen hin, der alle Natur geschaffen hat. Und da jeder Wille darauf gerichtet ist, durch die Ordnung, die er schafft, seine Eigenart zu verkörpern, so ist der übernatürliche Wille darauf gerichtet, die Menschen nach seiner Eigenart zu gestalten. Gottes Ebenbild zu werden, das ist der *Zweck der menschlichen Persönlichkeit*. Und dieses Zweckes wegen ist die ganze natürliche Ordnung da.

Wie also alle menschlichen Ordnungen letzten Endes um der Menschen willen gegeben sind, so ist die [33] natürliche Ordnung, die alle menschlichen Ordnungen in sich schließt, letzten Endes um Gottes willen da. *Er* ist der Urgrund allen Geschehens, und daher der Angelpunkt allen Rechts. Jedem Menschen gehört das Seine. Ihm gehört alles. Und alles, was den Menschen gehört, gehört ihnen um Seinetwillen. Er bindet alles in Ordnungen. Und alles, was unter den Menschen verbindlich ist, ist um Seinetwillen verbindlich. Er ist an allem beteiligt, und darum ist zu allem seine Zustimmung notwendig. Notwendig in einem letzten Sinne. Kein Sperling fällt vom Dache, wenn Er nicht will.

Wenn wir Menschen dies nicht begreifen, dann können wir die Persönlichkeitsrechte nicht begreifen. *Wir können die Menschenrechte nicht "erklären", es sei denn durch Gott*<sup>62</sup>. Wenn unser Zweck nicht die Erfüllung seines Willens wäre, dann wären wir uns Selbstzweck. Selbstzweck sein heißt aber zwecklos sein. Von Zwecklosigkeit zu reden hat jedoch nur Sinn beim Unendlichen. *Er* gibt sich selbst den Sinn. Wenn wir endliche Menschen sagen, wir seien zwecklos, dann ist dies Unsinn; dann hätten auch alle Dinge, die ja auf uns bezogen sind, keinen Sinn; dann wäre die Zwecklosigkeit der Sinn allen Geschehens, und daß alles in nichts aufgehe der Sinn des Unsinn<sup>63</sup>.

Wenn wir Menschen den Zweck der Persönlichkeit nicht begreifen, dann finden wir auch nicht *das richtige Verhältnis zur Gemeinschaft*, vor allem zum Staat. Dann verstehen wir nicht, daß die Persönlichkeit umso reicher wird, je mehr sie sich in der Gemeinschaft entfaltet, [34] daß aber der Endzweck jeder Gemeinschaft wiederum der Mensch ist. Dann betrachten wir entweder die Gemeinschaften als zwecklos und meinen, daß ihnen nichts gehört, oder wir betrachten sie als Selbstzweck und meinen, daß ihnen alles gehört. Und da Zwecklosigkeit und Selbstzweck ein und dasselbe sind, so sind der Individualismus und der Kollektivismus nur die zwei ineinander fließenden Gesichter ein und derselben Geisteshaltung, welche die Persönlichkeit und ihren letzten Zweck verkennt. Diese Haltung vertauscht einerseits die wärmenden Herdfeuer der wahren Gemeinschaften gegen die kalte Einsamkeit des leeren Ich, und andererseits läßt sie die Ordnungen sich verhärten zu todbringenden Kampfgemeinschaften. Die Stärkste unter ihnen, der Staat, der Inhaber der Gewalt, erdrückt dann alle andern Gemeinschaften; und er zieht die ihrer Persönlichkeit

---

weitem Umständen, insbesondere vom Verschulden abhängen.

<sup>62</sup> Hier wie im folgenden ist vom menschlichen *Denken* die Rede, das den Dingen bis auf den letzten Grund nachgehen muß, soll es sie wirklich verstehen. Davon zu unterscheiden ist das *Verhalten* der Menschen. Die Menschenwürde kann auch von solchen Menschen geachtet werden, welche sie nicht auf ihren letzten Grund zurückführen. Und umgekehrt kann ein Mensch, der diesen Grund kennt, die Menschenwürde gleichwohl mißachten.

<sup>63</sup> Das ist gerade das Charakteristische des "Nihilismus", daß er die höchste Betriebsamkeit mit der höchsten Zwecklosigkeit verbindet (vgl. *Rauschning*, Die Revolution des Nihilismus, 1938, S. 84 ff.). Diese Geisteshaltung ist mit dem Nationalsozialismus keineswegs überwunden!

Wenn die Dinge zwecklos sind, so werden auch sie als Selbstzweck betrachtet. Schlagworte wie "L'art pour l'art", "Autonomie der Wissenschaften", "Eigengesetzlichkeit der Wirtschaft", "Diktatur des Proletariates" weisen darauf hin, wie sich auf den verschiedensten Gebieten "der Aufstand der Mittel gegen die Zwecke" (*Theodor Haecker*) vollzieht und der Teil (die Partei!) zum Ganzen, der Nahzweck zum letzten Zweck erhoben wird. Allerdings hat das Wort "Eigengesetzlichkeit" auch seinen vernünftigen Inhalt. Aber jede Autonomie hat nur dann ihren Sinn, wenn sie auf das Ganze, das Letzte, abgestimmt ist.

ledigen Massenmenschen an sich und spricht ihnen jeden Eigenwert ab. So entscheidet sich das Schicksal von uns Menschen daran, ob wir um unseres Endzweckes willen die Gemeinschaften anerkennen, aber auch daran, ob unsere Gemeinschaften den letzten Zweck der Persönlichkeit anerkennen. Wenn wir den Gemeinschaften nicht um Gottes willen unsern Teil opfern, und wenn wir Menschen nicht mehr in Gemeinschaft dem höchsten Gute opfern<sup>64</sup>, so werden wir alle von den Gemeinschaften gemeinschaftlich für nichts geopfert.

Dies alles können wir zwar nur denken. Es geschieht nicht. Das heißt: Es geschieht nie ganz, nur immer [35] insofern, als wir uns nicht an die natürliche Ordnung halten. Aber etwas Absolutes kann nicht geschehen. Nie herrscht auf Erden völlige Anarchie, so wenig als sich die Harmonie der Ordnungen jemals vollkommen verwirklichen kann. Der Mensch bleibt trotz allem in den naturgegebenen Bahnen. Selbst der Unvernünftige handelt noch ein wenig vernünftig. Selbst wer Unrecht tut, hat noch etwas Recht. Der Mensch ist immer Mensch, nicht Engel oder Teufel. Und solange er Mensch ist, solange ist er ein zu Gestaltender, solange steht er in dieser Zeit, im Geschehen, solange hat es für ihn immer noch einen Zweck, sich nach dem letzten Zweck zu richten. Und dies gibt ihm immer wieder Anlaß, fortzuschreiten und jedem Fatalismus zu widersagen.

Auch für die Zwecke, die wir in Gemeinschaft erstreben müssen, bildet der letzte Zweck die Triebfeder für allen *Fortschritt*. Das Gewissen, das diesen letzten Zweck zu erkennen vermag, gibt uns den durchdringenden Blick für das, was geschieht und geschehen soll. Es zeigt uns die Spannungen, die sich gleich Wehen des Werdens zu neuem Geschehen lösen müssen. Es lehrt uns, welche Zwecke zu erstreben sind, welche Ordnungen wir bedürfen, welche Regeln den Umständen entsprechen. Es läßt uns aber auch den Wert oder Unwert der von der Wissenschaft und der Erfahrung erdachten Regeln erkennen. Muß es uns nicht nachdenklich stimmen, daß im Laufe der Jahrhunderte Millionen von Menschen "rechtmäßig" Sklaven waren und daß auch heute viele Verhältnisse nicht durch eine den [36] Umständen entsprechende Ordnung gemeistert sind? Das menschliche Erfahrungsrecht hinkt dem Geschehen nach. Das heißt aber, daß so und so viel Unrecht geschieht, ohne daß wir es bemerken oder bemerken wollen. All dies Unrecht lastet auf uns als gemeinsame Verantwortung, nebst unserer persönlichen Unvollkommenheit. Es ist der höchste Zweck der Rechtswissenschaft, in der Gemeinschaft jedes Volkes und der ganzen Menschheit an der Erkenntnis des Rechts mitzuarbeiten, damit in der Welt mehr Recht und weniger Unrecht geschieht.

Die Erfahrungen unserer Zeit lehren uns aber auch mit nicht zu überbietender Eindringlichkeit, daß die Wissenschaft allein nicht zu diesem Ziele zu führen vermag. Mit ihrer Erkenntnis muß sich der Wille zum Recht verbinden, der nichts anderes ist als die Unterordnung des eigenen Willens unter einen höchsten Willen. Unser Handeln muß gründen auf der Erkenntnis und der Bitte: "Dein Wille ist Recht. Dein Wille geschehe!" Dann geschieht Recht.

---

<sup>64</sup> Es war natürliche Erkenntnis aller altheidnischen Völker, daß das, was sie als höchstes Gut betrachteten, von der Gemeinschaft wirklich oder symbolisch der Gottheit geopfert werden müsse.

In der (übernatürlichen) Gemeinschaft der Kirche wird gemeinschaftlich das geopfert, was (gemäß übernatürlicher Erkenntnis) das wirklich höchste Gut ist: Gott selbst.

Allen neuheidnischen Völkern ist eigen, daß sie das gemeinschaftliche Opfer an die Gottheit nicht kennen.