

GRUNDFRAGEN DER PRIVATRECHTS-ENTWICKLUNG

Prof. Dr. iur. Peter Jäggi
Universität Freiburg Schweiz

Publiziert in: Regards sur le droit suisse. Aujourd'hui et demain – Das schweizerische Recht. Besinnung und Ausblick. Festschrift herausgegeben vom Schweizerischen Juristenverein zur Schweizerischen Landesausstellung Lausanne 1964, Basel 1964, S. 153-179. 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. 56 ff.

Von der Wirklichkeit des Rechts

[153] "Présenter le pays dans sa réalité." So umschreibt die französische Fassung der Gründungsurkunde den ersten Zweck der Landesausstellung.

Die *Wirklichkeit* ist also darzustellen. Auch vom Juristen. Aber mit dem Blick auf das Ganze. Das einzelne Rechtsgebiet soll demnach in seiner Verflechtung mit der Gesamtheit des Rechts erscheinen, diese wieder in ihrem Zusammenhang mit der Fülle des Wirklichen, des Erforschten und des Unerforschten. Daher sei es dem Vertreter eines Fachgebietes, des Privatrechtes, gestattet, zunächst in das Allgemeine auszubrechen und "ganz vorne" zu beginnen:

1. Wer von Wirklichkeit spricht, nimmt an, daß es Wirkliches gibt. Das ist die *Grundvoraussetzung*. Sie entspricht der *philosophie naturelle* des gemeinen Menschenverstandes: Die Welt um uns und in uns ist objektiv, dem erkennenden Subjekt vorgegeben, somit verschieden von den (richtigen oder falschen) Vorstellungen darüber, was wirklich ist. Das Weltbild ist nicht die Welt. Aber auch es gehört, als geistiger Sachverhalt, auf seine Weise zur Wirklichkeit; und es bestimmt das bewußte menschliche Verhalten: Der Mensch handelt nach seinem Weltbild, jedoch gerade (und nur) deswegen, weil er es für objektiv richtig hält.

Alles Wirkliche ist *Stoff* oder *Geist*. Das Stoffliche drängt sich den Sinnen auf. Darum droht es ständig, das Weltbild der Menschen ausschließlich zu bestimmen und das Geistige daraus zu verdrängen. Aber in der Gegenwart schwächt sich der Unterschied zwischen den beiden Seinsarten erkenntnismäßig ab. Denn die Körperwelt ist in ihrem "Innern", in das die Forschung immer mehr eindringt, den Sinnen ebenfalls nicht zugänglich. Nur Modellvorstellungen vermögen den Aufbau der Atome zu veranschaulichen. Daher wächst die Einsicht, daß das *Geistige* deswegen, weil es übersinnlich ist, nicht etwa unwirklich, also nur eingebildet ist, sondern umgekehrt eine *Wirklichkeit von ungleich größerer Daseinskraft* darstellt.

Die Welt des Geistes ist gegliedert. Jeder einzelne Mensch ist eine Einheit geistigen Seins, eine *Person*. Diese Einheiten sind aber nicht einförmig, sondern vielgestaltig. Jeder Mensch ist ein wahrer *Mikrokosmos*, der, obwohl sich seiner bewußt, nicht einmal von sich selbst voll erkannt wird, geschweige denn von seiner Umwelt. Der Jurist erfährt dies täglich: Wer etwa als Richter

über das Verschulden eines Mitmenschen zu urteilen hat, kommt sich vor wie ein Kartograph des 16. Jahrhunderts, der auf Grund weniger Entdeckerberichte die Erdoberfläche aufzuzeichnen hat.

Als Geistwesen stehen die Menschen unter sich in vielfacher *Gemeinschaft*. Eine unübersehbare Fülle von *Beziehungen* verbindet sie. Diese [154] zwischenmenschlichen (sozialen, gesellschaftlichen) Beziehungen bilden einen weitem Bereich der geistigen Wirklichkeit, der nicht minder objektiv und geheimnisvoll, aber auch nicht minder erforschbar ist als die Seele des einzelnen Menschen. In seiner Gesamtheit stellt diese gesellschaftliche Wirklichkeit einen riesigen *Makrokosmos* dar, die *Menschheit*. Eine Modellvorstellung dieses Kosmos würde freilich zeigen, daß er als Ganzes noch mehr Plan als Wirklichkeit ist. Denn die Menschheit beginnt erst zusammenzuwachsen. Noch sind die einzelnen *Staaten* die weitaus kräftigsten Gefüge menschlicher Beziehungen. Sie sind zugleich Vorläufer und Zwischenglieder des im Bau begriffenen Gesamtgefüges der Menschheit. Aber die Einheit des Menschengeschlechts zeigt sich schon jetzt auf andere, gewissermaßen privatrechtliche Weise: Die unzähligen Gemeinschaften, die unter den Einzelnen entstehen und vergehen, zu den verschiedensten Zwecken und in verschiedenster Gestalt, sind unter gleichen Bedingungen überall und jederzeit von gleicher Art: So die festgefügte Gemeinschaft der Ehe, aber auch die flüchtigeren Beziehungen des Alltags, etwa der Vertrag, welcher Käufer und Verkäufer zu einer Austauschgemeinschaft verbindet, oder die unfreiwillig sich bildende Gemeinschaft zwischen Schädiger und Geschädigtem. *In jeder Einzelbeziehung erscheint das Allgemein-Menschliche*, "im Einzelnen liegt von vornherein die Gesamtheit mitgegeben" (*Guardini*).

2. Das *Recht* gehört zur Welt der zwischenmenschlichen Beziehungen. Aber wie? Inwiefern ist es wirklich? Diese Grundfrage wird merkwürdigerweise selten gestellt. Um sie beantworten zu können, muß der Jurist die Welt des Gesellschaftlichen, in der er sich ständig bewegt, in ihrer *Wirklichkeit voll anerkennen*, als etwas Objektives, nicht bloß Vorgestelltes. Folglich geht es bei der Antwort auf unsere Frage nicht um die Auswahl unter Rechtstheorien, die je nach der "Weltanschauung" so oder anders getroffen werden könnte, sondern um das Erfassen von Sachverhalten, die, wie die Tatsachen der Körperwelt, für jedermann die gleichen sind. Auch für jede Wissenschaft! Die Jurisprudenz darf daher ihren Rechtsbegriff nicht aus sich selbst heraus begründen. Sie hat ihn auf eine Gesamterkenntnis der gesellschaftlichen Wirklichkeit zu stützen, zu der auch andere Sozialwissenschaften beitragen; (und der Rechtsunterricht hätte daher mit der Beschreibung dieser Wirklichkeit zu beginnen, also mit der Gesellschaftslehre, die im Bereich des Privatrechts zur Tatbestandkunde wird).

Anerkennung der gesellschaftlichen Wirklichkeit fordert Verständnis für deren *Eigenart*. Drei Merkmale kennzeichnen sie: Die menschlichen Gemeinschaften ruhen ausschließlich im geistigen Sein der an ihnen beteiligten Menschen; sie schweben nicht über den Menschen als selbständige "juristische Personen". Andererseits schöpfen sie dieses Sein nie aus: Jeder Mensch hat seine gemeinschaftsfreie Sphäre. Schließlich sind sie nicht einfach dasselbe wie die Summe der an ihnen beteiligten Personen, sondern eine Wirklichkeit eigener [155] Art, eben Beziehungen, ähnlich wie die Anziehungskräfte, mit denen Körpermassen aufeinanderwirken, etwas von diesen Massen Verschiedenes sind.

Sodann ist die gesellschaftliche Wirklichkeit in ihrer *Vielfalt* zu sehen. Insbesondere darf die Gesamtheit aller Beziehungen nicht einfach mit dem einen Beziehungsgefüge "Staat" gleichgesetzt werden. Zwar ist der Staat eine Gemeinschaft von besonderer Qualität: Er umfaßt alle Menschen eines Gebietes, und der ihm eigene Ordnungszweck erstreckt sich auf alle Beziehungen unter seinen Angehörigen. Aber deswegen gehen diese Beziehungen nicht im Gefüge des Staates auf. Denn auch die staatliche Gemeinschaft erfaßt die Menschen nicht in ihrer Totalität, folglich auch nicht in der Totalität ihrer Beziehungen. Daher gibt es eine Menge von Gemeinschaften – Familie, Verbände, Vertragsverhältnisse –, die selbständig neben dem Staat bestehen und seiner Ordnung nur unter dem zwar bedeutsamen, aber doch beschränkten Gesichtspunkt des öffentlichen Wohls bedürfen.

Die volle Anerkennung der gesellschaftlichen Wirklichkeit, ihrer Eigenart und Vielfalt, führt den

Juristen, der die Wirklichkeit seines "Stoffes", des Rechtes, erfassen will, zur *fundamentalen Unterscheidung zwischen Normen und Recht*.

Normen sind an sich nur mögliche Inhalte von Gedanken und Aussagen über gesellschaftliche Beziehungen. Zur gesellschaftlichen Wirklichkeit gehören sie einzig durch das Medium anderer Tatsachen. Eine erste Art solcher Tatsachen ist der Erlaß von Normen durch den Staat. Durch ihn werden Norminhalte zum Inhalt von Aussagen eines geschichtlichen Gesetzgebers. Dadurch treten sie in die gesellschaftliche Wirklichkeit ein. Ihr Erlaß ist ein Vorgang im Beziehungsgefüge "Staat", setzt also dessen Dasein voraus, und liegt auf der gleichen Wirklichkeitsebene wie die staatlichen Einzelanordnungen (Urteile, Verfügungen). Eine zweite Gruppe von Tatsachen bilden die (Rechts-)Überzeugungen einer Vielzahl von Menschen. Ihr Bestand und Inhalt kommt zum Ausdruck in privaten Rechtsregeln aller Art (wissenschaftlichen Ansichten, Rechtssprüchwörtern), aber auch in der Billigung oder Ablehnung der vom Staat erlassenen Normen. Aus diesen Überzeugungen, nicht unmittelbar aus dem Erlaß von Normen, erwachsen allgemein übliche Verhaltensweisen, die bewirken, daß sich die Welt der Beziehungen so und nicht anders gestaltet. Der Jurist kann nie genug davor gewarnt werden, die Norminhalte an sich oder ihren Erlaß durch einen Gesetzgeber mit diesen Beziehungen zu verwechseln. So ist z. B. die Verfassung, verstanden als Inbegriff erlassener Normen, nicht dasselbe wie die Verfassung als gesellschaftlicher Zustand, in dem sich ein Gemeinwesen befindet; der Bestand von Eheschließungsnormen etwas anderes als etwa die Übung der Brautpaare, sich beim Zivilstandsbeamten zur Trauung einzufinden; der im Gesetz umschriebene Organisationsplan einer Aktiengesellschaft zu unterscheiden von der tatsächlichen Bedeutung, die den Organen in einer einzelnen Gesellschaft zukommt.

Das *Recht* wird mit keinem der drei denkbaren Normbegriffe – Norm als [156] möglicher Gedankeninhalt, als Inhalt eines Gesetzes oder als Inhalt einer (verbreiteten und befolgten) Rechtsüberzeugung – erfaßt. Nicht in den Normen liegt das Recht, sondern unmittelbar in deren Gegenstand, in den gesellschaftlichen Beziehungen selber. An deren Wirklichkeit nimmt es teil. Wer diese Wirklichkeit voll anerkennt und sie als Grundstoff aller Normierung von der Normierung selber unterscheidet, erkennt auch, inwiefern das Recht eine objektive Gegebenheit ist: *Jede zwischenmenschliche Beziehung ist als solche "recht" oder "unrecht"*, je nachdem sie in ihrer konkreten Gestalt den Erfordernissen der Gerechtigkeit entspricht oder widerspricht. *Recht und Unrecht sind demnach Eigenschaften der menschlichen Beziehungen*. Sie stellen deren sozialen Wert oder Unwert dar. Zugleich bilden sie das Element, das die zwischenmenschlichen Verhältnisse erregt, ähnlich wie die Elektrizität zwischen den Körpern Spannungen begründet. Die Welt der Beziehungen ist geladen mit Spannungen des Rechts und des Unrechts, die sich fortwährend zum Guten oder Bösen entladen.

Der Eigenschafts-Charakter des Rechts tritt in der *Umgangssprache*, diesem unverfälschten Ausdruck des geistigen Gemeinbesitzes der Menschheit, klar hervor, allen Schulbegriffen zum Trotz. In der stets und allgemein wiederkehrenden Aussage, daß etwas "recht" oder "unrecht" ist, wird "Recht" als etwas Objektives, einem menschlichen Verhältnis Innewohnendes verstanden, ganz gleich wie etwa in der Aussage, eine Uhr sei golden, die Eigenschaft "golden" als objektiv vorhanden, nicht bloß als vorgestellt aufgefaßt wird. Dieser Sprachgebrauch ist so elementar, daß sich ihm auch Gesetz und Rechtsprechung nicht entziehen können. So drückt das Gesetz mit der häufigen Wendung "wenn die Umstände es rechtfertigen" (z. B. OR Art. 147) aus, daß sich das "Rechtfertigende" aus den Umständen selber ergibt und nicht erst vom Gesetz in diese hineingetragen wird.

Freilich gesellt sich zur Objektivität des Rechts die zweite Grundtatsache, daß jede Aussage über "Recht" und "Unrecht" ein Werturteil erfordert, und daß Werturteile verschiedener Menschen über den gleichen Sachverhalt häufig nicht miteinander übereinstimmen. Aber das belegt nur, daß das Recht eine *schwer meßbare Eigenschaft* ist, nicht dagegen, daß es nicht objektiv ist, so wenig etwa der Umstand, daß seinerzeit verschiedene Theorien über die Elektrizität vertreten wurden, etwas daran ändert, daß es seit jeher Elektrizität im Sinne der schließlich als richtig erkannten Theorie gegeben hat. Der Mensch, der das Recht sucht, tappt im Halbdunkel des nur unzulänglich

Erforschten. Immer wieder wird er gewahrt, daß sein Rechtsbild die Wirklichkeit nur höchst unvollkommen erfaßt. Der Vergleich mit der elektrischen Spannung läßt sich hier weiterführen: Wie eine bestimmte Spannung durch die positive oder negative Ladung unzähliger Einzelteilchen zustandekommt, so sind die menschlichen Beziehungen nicht schlechthin "recht" oder "unrecht" – wie es vereinfachende Wert- und Vorurteile gerne haben möchten –, sondern mit vielen Rechts- und Unrechtselementen geladen. Schon die einzelne Beziehung (etwa [157] zwischen Darleiher und Borger) stellt, für sich allein gesehen, ein *Gemenge von Recht und Unrecht* dar, und erst recht erweist sie sich dann als ein solches Gemenge, wenn sie als Teil eines gesellschaftlichen Gesamtzustandes betrachtet wird.

Das Wesen des Rechts als einer Eigenschaft ist am Anfang des *Corpus Iuris Civilis* klar herausgestellt: *Iuris prudentia est iusti atque iniusti scientia*. Die neuzeitliche Jurisprudenz – obwohl gewandter in der Begriffsbildung als die römische – kennt demgegenüber in der Theorie (keineswegs aber im praktischen Handeln der Juristen) einzig die Idee des Gerechten, nicht auch Recht und Unrecht als objektive Zustände der gesellschaftlichen Wirklichkeit. Als ihren Stoff betrachtet sie daher nicht das "iustum atque iniustum", sondern einzig die Rechtsnorm. In dieser Sicht wird das Recht im objektiven Sinn kurzerhand zur Norm. Das schadet dann nichts, wenn man lediglich der Einfachheit halber nicht jedesmal zwischen der Aussage (Norm) und ihrem Gegenstand (der Eigenschaft einer Beziehung) unterscheidet. Aber die Theorie nimmt die *Gleichsetzung von Recht und Norm* ernst. Darin liegt eine fundamentale *Verkennung der Wirklichkeit*. Ihr naturwissenschaftliches Gegenstück würde bedeuten, daß eine elektrische Spannung verwechselt wird mit der Formel zu ihrer Berechnung, oder mit der Anordnung, daß eine bestimmte Spannung hergestellt werden soll, oder mit der Überzeugung, daß eine bestimmte Spannung für einen bestimmten Zweck angemessen sei. Das Objekt "Recht" ist dem erkennenden Subjekt geopfert, die Wirklichkeit verwechselt mit dem Mittel, sie zu erkennen und zu gestalten.

Zu diesem Grundirrtum traten weitere Zerrbilder des Wirklichen, die allerdings auf Widerspruch stießen und zu den bekannten Kontroversen führten: Die Theorie hat die Normen mit der gesellschaftlichen Wirklichkeit gleichgesetzt – wofür der Streit um das "Wesen" der juristischen Person die Belege liefert –, und sie hat die gesamte gesellschaftliche Wirklichkeit dem Staate gleichgestellt. So ergab sich als "terrible simplification" die extreme Gleichung "*Recht - Norm - Staat*", die zwar nur vereinzelt gelehrt wurde, aber trotz vieler Gegenströmungen doch die Hauptrichtung bezeichnet, in der sich die Rechtslehre in den letzten zwei Jahrhunderten bewegte.

3. Das *Privatrecht* im heutigen Sinn ist auf dieser zeitbedingten Denkgrundlage entstanden. Allerdings mehr seine äußere Gestalt, weit weniger sein Inhalt, für den der Grundstock im überlieferten Stoff längst vorhanden war. Aber gerade in der äußern Gestaltung liegen die großen privatrechtlichen Leistungen der letzten zwei Jahrhunderte: *Gesetze* haben das sogenannte Gewohnheitsrecht verdrängt. Sie wurden in *Kodifikationen* gefaßt. Mehrere Länder, so auch die Schweiz, haben die Kodifikationen der Gliedstaaten durch ein einziges Gesetzbuch ersetzt und damit die *Rechtseinheit* hergestellt. Diese Errungenschaften wären ohne den stimulierenden Glauben an die rechtliche Allmacht [158] des staatlichen Gesetzgebers und an die alles erhellende Kraft der menschlichen Vernunft kaum zustande gekommen. Man denkt an Columbus, der nach Indien fahren wollte und Amerika entdeckt hat: Auch ein unzulängliches Weltbild lockt und befähigt zu großen Taten.

Heute wird das Weltbild des 18. und 19. Jahrhunderts in der freien Welt von seinen Übertreibungen gereinigt, in den totalitären Staaten ab absurdum geführt. Daher geht die *Grundfrage* der Privatrechtsentwicklung dahin, ob die bisherigen formalen Leitideen – Gesetz, Kodifikation, Rechtseinheit – diese Entwicklung weiterhin bestimmen können.

Vom privatrechtlichen Gesetz

4. Das Gesetz – verstanden als allgemeiner, nicht auf einen Einzelfall bezogener staatlicher Erlaß – ist von der zeitgenössischen Zivilistik von allen vermeintlichen Wesensmerkmalen befreit worden, die ihm die überschwängliche Aufklärung und der verkrampte Positivismus zugeschrieben hatten. Heute ist anerkannt: Das Gesetz ist nicht ohne weiteres "Recht", also keine mit innerer Notwendigkeit richtige Aussage darüber, was "Recht" ist; dazu bedarf es noch des "Gerechtigkeitsgehaltes" (wobei allerdings zur Begründung oft nur das zwar zutreffende, aber nicht ausreichende Argument verwendet wird, daß ein Gesetz "ohne Gerechtigkeitsgehalt" auf die Dauer der allgemeinen Rechtsüberzeugung widerspräche und daher nicht durchsetzbar wäre). Sodann kann der Gesetzgeber nicht nach Belieben Begriffe bilden und juristische Konstruktionen aufzwingen. Er untersteht, so gut wie der einzelne Mensch, den allgemeinen Anforderungen, nach denen sich das Denken und Mitteilen zu vollziehen hat; und die Konstruktionen sind durch die "sachlogischen Strukturen" vorgegeben. Ferner bietet das Gesetz keine im Einzelfall gebrauchsfertige Lösung, noch überhaupt eine Lösung für jeden Fall. Seine Anwendung erschöpft sich nie in einer rein logischen Subsumtion. Alles von Menschen Gesprochene und Geschriebene bedarf der Auslegung und Ergänzung – die Rechtslehre hat die Methoden der Gesetzesauslegung und der Lückenausfüllung unablässig verfeinert –, und sowohl Tatbestand als anzuwendende Gesetzesnorm müssen vom Anwendenden gewertet werden.

Diese Erkenntnisse dürften fortan zum gesicherten Bestand der Rechtslehre gehören. Unter ihrem Einfluß steht das "Richterrecht" zur Zeit hoch im Kurs. Das Schlagwort "*Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat*" geht um. Hier zeigt sich jedoch eine Grenze: Es ist verfehlt, den Richter gegen den Gesetzgeber auszuspielen. Beide dienen dem gleichen Ziel, der Rechtserkenntnis, jeder auf seine Weise. Was man als Wohltaten des Richterrechts preist – an sich zu Recht –, wirkt sich nur dann voll aus, wenn sich zunächst die Wohltaten des Gesetzesstaates auswirken. Den Positivismus überwinden heißt nicht, das positive [159] Recht abwerten, sondern richtig bewerten, also den *dauerhaften Wert des Gesetzes* klarzustellen.

Dieser Dauerwert beruht auf einer Grundtatsache: Die einzige *Denkform*, in der sich die *bewußte Rechtserkenntnis* vollzieht, ist die *Regel*, also die abstrakte, nicht auf einen konkreten Fall beschränkte Aussage. Jedes Werturteil wird durch eine Regel begründet, die den Einzelfall ins Allgemeine erhebt. Das wird auch in Art. 1 Abs. 2 ZGB vorausgesetzt. Ohne Regel könnte der eine Gesetzeslücke ausfüllende Richter keine begründete Entscheidung treffen. Während somit das Recht, als Eigenschaft des Einzelfalles, immer einmalig ist, wird die bewußte Rechtserkenntnis mit logischer Notwendigkeit in einer abstrakten Regel ausgedrückt. In solchen Regeln denken aber, außer dem Richter, auch die am Rechtsverkehr Beteiligten und die Wissenschaft. Für den Staat fragt es sich daher – nach dem Grundsatz der Subsidiarität allen staatlichen Handelns –, ob diese richterliche und private Regelbildung für sich allein genügt.

Das ist zu verneinen. Zwar sind Rechtsprechung, Wissenschaft und Rechtsverkehr heute zu hochwertiger Regelbildung fähiger denn je. Das zeigen die Entscheidungssammlungen, die Lehrbücher, die allgemeinen Geschäftsbedingungen und unzählige Vertragswerke. Aber einzig Regeln, die der Gesetzgeber erläßt, haben zum vorneherein Aussicht darauf, allgemein beachtet zu werden. Insbesondere bedarf es der Autorität des Staates, um alle Richter an die gleichen Regeln zu binden. Diese *allgemeine Beachtung von Regeln* ist nun aber von unschätzbarem gesellschaftlichem Wert. Das Wort "*Rechtssicherheit*" drückt ihn nicht voll aus. Denn er besteht nicht einzig darin, daß der Inhalt eines richterlichen Urteils zum voraus ermittelt oder doch eingegrenzt werden kann, sondern vorab darin, daß unter den Rechtsgenossen eine gemeinsame Begriffssprache verwendet und somit überhaupt eine wahre Verständigung möglich ist. Freilich ist die Rechtssicherheit nur ein formales Gut. Wichtiger ist die inhaltliche Richtigkeit der Rechtsregeln, ihr Gerechtigkeitsgehalt. Gewiß kann es auch ungerechte Gesetze geben, so gut wie Fehlurteile. Aber unter der Voraussetzung, daß

die Gesetzgebung gewissenhaft vorbereitet wird und daß sich in ihr die *communis opinio* der Besten niederschlägt, sind die Fehlerquellen geringer als dann, wenn der einzelne Richter, bei gleicher Gewissenhaftigkeit, nur auf sich selbst gestellt ist.

Man wende nicht ein, daß keine Regel des Gesetzes zum voraus klar sei und daß die (in jedem Fall notwendige) Auslegung des Gesetzes bewußt oder unbewußt doch von der Rechtsüberzeugung des Richters gelenkt werde. Das trifft gewiß zu, berechtigt aber nicht zum Schluß, die Vorteile des Gesetzes seien nur eingebildet. Denn jede Regel hat doch ihren klaren Kern, dem auch eine noch so persönlich gefärbte Auslegung nichts anzuhaben vermag. Wenn das Gesetz z. B. den Nachkommen einen Pflichtteil von drei Vierteln des Erbanteils einräumt, so hat der Richter einen ungleich kleinern Spielraum als dann, [160] wenn er nach seinem Ermessen über Bestand und Umfang von Pflichtteilsansprüchen zu urteilen hätte.

Die Frage ist somit nicht die, ob der Erlaß von Privatrechtsgesetzen von Vorteil ist, sondern umgekehrt, *inwieweit es sich rechtfertigen läßt, den Richter innerhalb des Gesetzes nach seinem persönlichen Ermessen urteilen zu lassen*. Hier ist zu unterscheiden:

Was den Richter in dauerhafter Weise über eine bloße "Subsumtionsmaschine" heraushebt, ist (einzig) die Tatsache, daß jede Rechtsregel notwendigerweise abstrakt ist, also nie alle Umstände des Einzelfalles aufzählt. Daher ist die Subsumtion sogar bei Anwendung eines idealen – nämlich vollständigen und gerechten – Gesetzes immer auch eine wertende Tätigkeit, welche die Rechtsüberzeugung des Richters in Anspruch nimmt. Indem der Richter die Rechtsüberzeugung des Gesetzgebers ins Konkrete umsetzt und damit in die gesellschaftliche Wirklichkeit überführt, erbringt er eine persönliche schöpferische Leistung. Die *gute Rechtsfindung* ist daher mit Notwendigkeit *zweiphasig, ein Teamwork von Gesetzgeber und Richter*.

Dagegen läßt sich jede *weitere Ausübung des richterlichen Ermessens* – sei sie im Gesetz vorgesehen oder nicht – nur als *Notbehelf* rechtfertigen. Sie muß hingenommen werden, weil das *Gesetz*, als Menschenwerk, unvermeidlicherweise *Mängel* aufweist: Unklarheiten des Ausdrucks, Lücken in der Umschreibung von Tatbeständen und Rechtsfolgen, sachliche Fehlentscheide.

Der Notbehelf-Charakter des richterlichen Ermessens zeigt sich dann am wenigsten, wenn eine Einzelfrage zu entscheiden ist, die zwar im Gesetz nicht oder nur unklar geregelt ist, aber selten zu Prozessen Anlaß gibt, wie etwa die Frage, ob der Mäkler den Mäklerlohn auch bei Selbsteintritt beanspruchen darf (BGE 83 II 149 f.). Sogar in solchen Fällen gelingt es der Rechtsprechung aber nicht immer, Mängel des Gesetzes zu beheben, so z. B. nicht bei der Auslegung des Begriffes der nicht individualisierten Inhaberpapiere (ZGB Art. 201 Abs. 3; BGE 85 II 303 f.).

Schon deutlicher wird das Gesagte bei Rechtsfragen, die *häufig* zu entscheiden sind, wie etwa die Frage nach der Bedeutung von Formmängeln bei formbedürftigen Verträgen. Die gesetzliche Regelung, welche keine Heilung von Formmängeln vorsieht, befriedigt nicht. Formmängel sollten durch freiwillige Erfüllung geheilt werden. Das folgt aus der Rechtsprechung zu Art. 2 ZGB über die rechtsmißbräuchliche Anrufung von Formmängeln (*Merz*, N. 509 zu Art. 2). Aber diese Rechtsprechung ist ein Notbehelf. Sie gewährt nicht genügend Rechtssicherheit, zumal sie nicht einmal ganz folgerichtig ist (BGE 87 II 33 f.). Nur eine Verbesserung des Gesetzes könnte vollwirksam helfen.

Erst recht tritt der Notbehelf-Charakter dann zu Tage, wenn die Rechtsprechung dazu gezwungen ist, ein ganzes *Rechtsinstitut* zu schaffen, wie etwa das Recht des Kindes zur Anfechtung seiner Ehelichkeit (BGE 88 II 477). [161] Denn alsdann steht eine ganze "Traube" zusammenhängender Tatbestände in Frage. Um diese einheitlich zu ordnen, bedarf es einer Gruppe von Regeln (z. B. über die Voraussetzungen und die Befristung des Klagerechtes), die über den zu beurteilenden Fall hinausgehen. Die Rechtsprechung vermag eine solche umfassende Regelung nur mit größter Mühe hervorzubringen, da sie ihrem Wesen nach auf Einzelfälle bezogen ist. Wenn ein Gericht trotzdem, in Ergänzung des Gesetzes, ein Regelsystem entwickelt (wie in BGE 68 II 120 ff.), zeigt sich daher bald, daß ihm die Eignung als Gesetzgeber abgeht.

Notbehelf-Charakter hat aber das "Richterrecht" nicht nur dann, wenn es dazu dient, Mängel des

Gesetzes zu beheben, sondern auch im Bereich der *"bewußten Gesetzeslücken"*, also der Ermessensnormen, durch die der Gesetzgeber mit Absicht auf den Erlass eigener Regeln verzichtet. In Frage steht dann eine allgemein-menschliche "Not": Die Ermessensnormen beruhen auf der Einsicht, daß die menschliche Fähigkeit, Urteile vernunftmäßig zu begründen und in Regeln zu fassen, höchst beschränkt ist. Viele Tatbestände entziehen sich – wenigstens zur Zeit und wohl bis in eine ferne Zukunft – einer genauen Analyse und damit einer erschöpfenden Regelbildung. Beispielsweise bleibt der Entscheid darüber, ob im Einzelfall eine Genugtuungssumme von 8000 oder 10 000 Franken angemessen ist, auch bei sorgfältigster Würdigung des Tatbestandes letzten Endes Sache des bloßen (Rechts-)Gefühls. Das ist eine Unvollkommenheit. Denn dem Menschen ziemt das bewußte Handeln. Das Licht seiner Vernunft sollte alles erhellen und stetsfort Unbewußtes in Bewußtes, Gefühle in Gedanken umwandeln. Die Erkenntnis, daß dieses Ideal längst nicht erreicht ist, darf nicht dazu verleiten, es zu verleugnen.

Am Notbehelf-Charakter der Ermessensentscheide ändert der Umstand nichts, daß gerade Entscheide dieser Art zu den *Glanzleistungen der Rechtsprechung* zählen und den edelsten Richterpersönlichkeiten Gelegenheit bieten, ihre Kunst zu entfalten. Denn eben deshalb, weil der Mensch hier an seine Grenzen stößt und seine Not eingestehen muß, bedarf es des Einsatzes der Besten. Nur diese vermögen das Behelfsmittel des gefühlsmäßigen Entscheides so zu handhaben, daß einigermäßen befriedigende Ergebnisse zustandekommen und nicht Willkür oder Stümperei Platz greifen. Die Überzeugungskraft einer verstandesmäßigen Begründung wird alsdann ersetzt durch das Vertrauen auf die rechtliche Gesinnung und auf die Erfahrung des Urteilenden. Ein Vergleich mag das verdeutlichen: Wenn im Flugverkehr die technischen Mittel der Blindlandung versagen, gelingt es höchstens einem erfahrenen Piloten, durch Nebelbänke hindurch auf der rechten Piste zu landen. Auf seine Intuition, aber auch auf sein Verantwortungsbewußtsein und auf seine Entschlußkraft kommt dann alles an. Aber wer wird bestreiten, daß solche Glanzleistungen nur Notbehelfe sind? Niemand wird deswegen die technischen Mittel als überflüssig erachten, am wenigsten der Pilot selber, auf dem der ganze Druck der Ungewißheit gelastet hat. Ebenso wenig darf die – relative – Bewährung [162] richterlicher Ermessensentscheide einen Grund dafür bilden, auf das technische Mittel der Gesetzgebung dann zu verzichten, wenn die Bildung zuverlässiger Regeln möglich und, wegen der Häufigkeit der Streitfälle, notwendig ist. Am wenigsten wird der gewissenhafte Richter einen wahren Fortschritt der Gesetzgebung bedauern. Denn er leidet ja am meisten unter Urteilen, die er nur noch gefühlsmäßig zu begründen vermag oder gar nur mit der Erwägung, daß irgendein Entscheid getroffen, irgendeine Summe zugesprochen werden muß. Die Rechtsprechung strebt denn auch ständig darnach, innerhalb der ihr vom Gesetzgeber mit Absicht eingeräumten Ermessensbereiche Regeln herauszuarbeiten, die im Nebel des Ungewissen als Haltepunkte für intuitive Entscheidungen dienen können. Ein klassisches Beispiel hierfür liefert die Regel, die sich im Rahmen von Art. 156 ZGB herauskristallisiert hat: daß die elterliche Gewalt über Kinder geschiedener Eltern "wenn immer möglich" der Mutter zuzuweisen ist (BGE 85 II 231). Ob es angeht, eine Mißachtung dieser Regel sogar als "Verletzung des Bundesrechts" im Sinne von Art. 43 OG aufzufassen und so den vom Gesetzgeber gewollten Ermessensraum einzuengen, ist allerdings zweifelhaft. Aber auch diese rechtliche Qualifizierung einer ursprünglich reinen Erfahrungsregel ist jedenfalls bezeichnend für das *Bestreben der Rechtsprechung, die Befugnis zu nicht regelgebundener Entscheidung selber nach Möglichkeit aufzuheben*. Nichts könnte besser die Tatsache belegen, daß die Ermessensfreiheit des Richters nur ein Notbehelf der Rechtsfindung ist.

Daher ist es dem Gesetzgeber auch nicht zu verargen, wenn er zuweilen starre Regeln aufstellt und durch sie das richterliche Ermessen überhaupt ausschließt, wie z. B. durch die bruchteilsmäßige Festsetzung der Erbanteile, womit er jede Rücksicht auf besondere Umstände verunmöglicht. Denn darin liegt das Eingeständnis, daß eine dem Einzelfall voll gerecht werdende Lösung (z. B. eine gerechte Verteilung der Erbschaft) doch kaum möglich ist. Starre Regeln gründen also auf einer Selbstbescheidung, die der Gesetzgeber nicht nur sich, sondern auch dem Richter auferlegt. Sie haben wenigstens den Vorteil einer klaren, wenn auch schematischen Entscheidung.

5. Aus alledem folgt, daß die *Fortgestaltung des Privatrechtes auch in Zukunft auf dem Wege der Gesetzgebung erstrebt werden muß*. Die Anerkennung des selbständigen Wertes, welcher der Rechtsprechung neben dem Gesetz zukommt, darf nicht dazu verleiten, die Gesetzgebung nach und nach durch das "Richterrecht" überwuchern zu lassen. Folglich muß auch die eher ungünstige Stimmung, die zur Zeit unter den Juristen gegenüber der "*Gesetzesfabrikation*" herrscht, überwunden werden. Sie ist nur Stimmung und beruht nicht auf dauerhaften Ursachen.

Nicht zu hören ist jedenfalls der Einwand, der Gegenwart gehe der *Beruf zur Gesetzgebung* ab. Denn er stützt sich nicht auf Tatsachen, sondern auf eine [163] kulturpessimistische Würdigung von Tatsachen. Einzelne gesetzgeberische Fehlleistungen, wie die mißglückte "Änderung" von Art. 620 ZGB (BGE 80 II 211), berechtigen nicht zu einem grundsätzlichen Mißtrauen. Denn auch die Rechtsprechung geht mitunter fehl (Beispiel: Die jetzt aufgegebene Praxis zu Art. 100 KUVG, BGE 85 II 256), und andererseits liegen Gegenbeweise vor: Das neue Gesetz über das Stockwerkeigentum – die bedeutendste Erweiterung des ZGB seit seinem Erlaß – dürfte an Qualität dem Werke *Eugen Hubers* nicht nachstehen.

Aber auch die Klagen über das Ausmaß der Gesetzgebung, über die "*Gesetzesinflation*" – die sich zwar zumeist gegen das Anschwellen öffentlich-rechtlicher Erlasse richten –, bilden keinen Grund, die Privatrechtsgesetzgebung nicht fortzubilden. Wer den heutigen Gesamtumfang dieser Gesetzgebung mit dem (trotz kleinerem Stoffgebiet) viel größeren Umfang des Corpus Iuris vergleicht, wird diese Klagen ohnehin nicht zu ernst nehmen. Auch ein ausführliches Gesetz zeichnet sich gegenüber andern "Rechtsquellen" (Niederschriften von Gewohnheitsrecht, Urteilssammlungen) durch Kürze und Übersichtlichkeit aus. Wenn z. B. das Gesetz heute den Tatbestand des unlauteren Wettbewerbs in zehn Sätzen umschreibt (Art. 1 UWG) statt wie früher in einem einzigen (Art. 48 OR), so hat diese "Inflation" den Rechtsstoff nur scheinbar erweitert, in Wirklichkeit zusammengedrängt. Denn die neuen Rechtssätze geben in knapper und genauer Fassung wieder, was vorher in verschiedenen Urteilen ausgesprochen war und bei Anwendung des Art. 48 OR zu Rate gezogen werden mußte.

Entscheidend ist aber, daß jene Klagen an der Hauptsache vorbeigehen. Die Zunahme der privatrechtlichen Bestimmungen hat sachliche Gründe: Das Ungenügen früherer summarischer Regelungen (so im Falle des Bürgschaftsrechtes) und die ungemein rasche Verdichtung der gesellschaftlichen Beziehungen, welche die letzten Jahrzehnte kennzeichnet (z. B. die Ausbreitung des Versicherungswesens und der Abzahlungsgeschäfte, die Zunahme der Verkehrsunfälle). Daher ist viel eher die *Gegenfrage* am Platze, *ob der Gesetzgeber mit der Entwicklung der Verhältnisse Schritt gehalten hat*. Sie führt zur Feststellung, daß die Gesetzgebung stellenweise nicht mehr *à jour* ist. Beispiel: Das ungemein wichtige Haftpflichtrecht sollte aufgefrischt werden. So gibt der an sich nützliche, aber zu knappe und nicht auf Art. 72 VVG abgestimmte Art. 51 OR zu peinlichen Unsicherheiten über die Rückgriffsordnung Anlaß, etwa was das Verhältnis des Versicherers zu dem wegen Vertragsverletzung Haftbaren anbelangt (BGE 80 II 254). Ferner wäre es Sache des Gesetzgebers oder einer von ihm zu ermächtigenden vollziehenden Behörde, für die Unterlagen zur Berechnung des Schadens infolge dauernder Arbeitsunfähigkeit zu sorgen und den bei Barwertberechnungen anzuwendenden Kapitalisationssatz zu bestimmen. Wenn das Bundesgericht über diese beiden Punkte Gutachten einholte [164] (BGE 72 II 134; 86 II 10) und verordnungsmäßige Entscheide fällte, so läßt sich das wiederum nur als Notbehelf rechtfertigen.

Soll sich aber der Gesetzgeber nicht auf das *Grundsätzliche* beschränken und sich *nicht mit Einzelheiten* befassen? Auch das darf nicht bedenkenlos bejaht werden. Sobald sich nämlich Einzelfragen häufig stellen, genügen allgemeine Regeln nicht. Im Widerwillen gegen neue Einzelregeln dürfte ein falscher Konservatismus mitspielen: So wird die sehr in Einzelheiten gehende, aber eingelebte, zum Teil sogar etwas überlebte Ordnung des Wechsels hingenommen (z. B. Art. 1042 OR), dagegen die neue Regelung über den Abzahlungsvertrag, der doch ebenso häufig vorkommt wie der Wechsel, trotz der geringeren Zahl von Artikeln als zu eingehend empfunden. Ob ein Gesetz mehr oder weniger ausführlich gehalten ist, fällt für seine Beurteilung nicht stark ins Gewicht. Maßgebend ist, daß sein Inhalt sachlich richtig, seine Fassung möglichst klar und, trotz

Ausführlichkeit, übersichtlich ist.

Am verständlichsten erscheinen die Bedenken gegen die Gesetzesinflation dann, wenn sie sich gegen *häufige Änderungen* des gleichen Gesetzes, gegen das ständige "Herumflicken" wenden. Gesetze sollen dauerhaft sein! Aber diese Forderung ist nur in dem Sinne berechtigt, daß ein Gesetz kein Pfluswerk sein darf, das wegen seiner ursprünglichen Mängel bald wieder geändert werden muß. Keineswegs ist die rasche, aber sorgfältige Änderung eines vielleicht nicht lange in Kraft stehenden Gesetzes an sich ein Übel. Gewiß: Jede Gesetzesänderung erfordert Arbeitsaufwand und Umstellungen. Diese Nachteile üben mit Recht eine "Stauwirkung" zugunsten geltender Gesetze aus. Aber sie dürfen kein Hindernis sein, ernsthafte Mängel eines Gesetzes, die sich in der Praxis zeigen, so bald als möglich zu beseitigen. Das Ideal ist nicht das starre, sondern das auf der Höhe der Zeit gehaltene Gesetz. Je rascher sich die Verhältnisse ändern, je mehr sind Gesetzesänderungen unvermeidlich. Ist der Gesetzgeber nicht elastisch genug, so geht das auf Kosten der Gerechtigkeit. Beispiel: Nach Art. 153 ZGB kann die durch den Scheidungsrichter zugesprochene Bedürftigkeitsrente später nur herabgesetzt, nicht dagegen erhöht werden. Das Bundesgericht hat diese (in einer Zeit stabilen Geldwertes) erlassene Vorschrift dahin ausgelegt, daß auch die Steigung der Lebenshaltungskosten nicht zu einer Erhöhung der Rente berechtige, selbst dann nicht, wenn sich das Nominaleinkommen des Pflichtigen entsprechend erhöht hat (BGE 77 II 27 f.), ja daß es sogar unzulässig sei, im Scheidungsurteil zum voraus die Anpassung der Rente an die veränderten Lebenshaltungskosten vorzuschreiben (BGE 79 II 136). Diese Rechtsprechung hätte den Gesetzgeber veranlassen sollen, den zu eng gewordenen Art. 153 Abs. 2 abzuändern. Da dies nicht geschehen ist, sind die schuldlos Geschiedenen fast die einzigen Rechtsgenossen, denen ein angemessener Teuerungsausgleich verunmöglicht wird.

Erwägungen dieser Art bestätigen das vorhin Gesagte: Es besteht kein Anlaß, die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Privatrechtes abzubremesen oder [165] gar als überholt zu betrachten. Die Bedenken gegen die Gesetzgebung wirken sich nur dann fruchtbar aus, wenn sie ausmünden in Vorschläge, wie die Gesetzgebung ihre unausweichlichen *Zukunftsaufgaben noch besser als bisher bewältigen* kann. So stellt sich auch bezüglich der Privatrechtsgesetzgebung die heute öffentlich diskutierte Frage, ob nicht das *vorparlamentarische Gesetzgebungsverfahren* ausgebaut und zu einer ordentlichen Einrichtung umgestaltet werden sollte; denn das Privatrecht ist ein Fachgebiet, das der Gesetzgeber nicht ohne Sachverständige ordnen kann. Sodann fällt der *Rechtswissenschaft* auch in Zukunft die entfernte Vorbereitung der Privatrechtsgesetzgebung zu. An ihr ist es, neuartige Lebensverhältnisse unter rechtlichen Gesichtspunkten zu durchleuchten und die gewonnenen Erkenntnisse in Begriffe und Regeln zu fassen, die der Gesetzgeber verwenden kann. Hierbei wird sich die Rechtswissenschaft noch mehr als bisher auf *verwandte Wissenschaften* stützen müssen. Zu diesen gehört auch die Logik, von der einzelne Zweige im Zusammenhang mit der Elektronik eine vor kurzem ungeahnte Bedeutung erlangt haben. Könnten die Fortschritte dieser Wissenschaft nicht auch für das folgerichtige Fassen und Ordnen von Rechtsregeln auswertbar sein? Die Frage darf jedenfalls so lange nicht rundweg verneint werden, als sie nicht von Kennern beider Gebiete geprüft wurde. Vor allem aber ist es Sache der Rechtswissenschaft, dafür zu sorgen, daß sich die privatrechtliche Gesetzgebung auf Grund einer *Gesamtkonzeption* und in *einheitlichem Rahmen* entwickelt. Ihr Ideal muß die Kodifikation sein.

Von der Privatrechts-Kodifikation

6. Kodifikation ist "die ein ganzes Rechtsgebiet umfassende, möglichst vollständige, gedanklich und technisch einheitliche Regelung in einem Gesetzbuch" (*Liver*). Die Grundfrage, die hier eigentlich zu prüfen wäre – ob die Kodifikation auch in Zukunft als Leitidee dienen kann –, ist eben bejaht worden, am Schluß des Abschnittes über die Gesetzgebung. In der Tat: Wenn feststeht, daß das Privatrecht durch Gesetze weiter entwickelt werden muß, so ist auch klar, daß die privatrechtliche Gesetzgebung einheitlich und umfassend zu sein hat. Es bleibt aber die Frage, was

dieses Ideal bedeutet, inwiefern es verwirklicht ist und in Zukunft verwirklicht werden kann.

7. Die *Einheit* ist zunächst eine *äußere*, formelle, (gesetzgebungs-)technische. Das Wort "Gesetzbuch" deutet sie an: Nach der ursprünglichen, strengen Ansicht des Kodifikationszeitalters ist das "Gesetzbuch" ein Inbegriff von (Rechts-) Sätzen, im grammatikalischen Sinn des Wortes, die zusammen ein einziges Gesetz bilden, also gleichzeitig erlassen werden. Die Rechtssätze sind geordnet aneinandergereiht und numeriert. Die Ordnung ist eine sachliche, auf den Inhalt bezogene: Sätze verwandten Inhaltes sind gruppiert in Abschnitte, diese [166] wieder in (Haupt-)Teile. Überschriften und (Rand-)Titel zeigen zugleich den Inhalt und die Gliederung an.

Dieses Ideal ist im geltenden schweizerischen Privatrecht nicht voll verwirklicht.

Einmal gibt es neben dem (Zivil-)Gesetzbuch zahlreiche *Sondergesetze*. Aus zwei Gründen: Zunächst wegen der Schwierigkeit, das private vom öffentlichen Recht zu trennen; um des sachlichen Zusammenhanges willen sind privat- und öffentlich-rechtliche Bestimmungen über den gleichen Gegenstand häufig im gleichen Gesetz vereinigt worden (z. B. im Straßenverkehrsgesetz). Der andere Grund liegt in einer Unklarheit des ursprünglichen Ideals. Mit dem "Code simple et complet" war nicht nur Einheit erstrebt, sondern auch Einfachheit, und einfach sollte das Gesetzbuch sein, damit es *volkstümlich* war. Daher hat der schweizerische Gesetzgeber unübersichtliche und (scheinbar) nicht das ganze Volk berührende Gebiete (wie das Recht des geistigen Eigentums und das Versicherungsvertragsrecht) gesondert geregelt. Damit hat er die Vollständigkeit der Kodifikation ihrer Einfachheit geopfert. Das war verfehlt. Denn was er mit der Volkstümlichkeit im Grunde genommen bezweckte – die "Aufklärung" des Volkes durch ein gemeinverständliches "Volksbuch", das jeden Bürger über seine Rechte und Pflichten gegenüber den Mitmenschen belehrt –, läßt sich durch ein Gesetzbuch ohnehin nur in höchst unvollkommener Weise erreichen. Schon wegen des Inhaltes: Ein Privatrechtsgesetzbuch dient, wie noch zu zeigen ist, vorab dazu, dem Richter die Entscheidung von Streitfällen zu erleichtern. Darum behandelt es z. B. den außerordentlichen Sachverhalt der zerrütteten Ehe eingehender als die ordentlichen Wirkungen der Ehe. Demgegenüber müßte ein Volksbuch umgekehrt das Schwergewicht auf das Ordentliche legen, ähnlich wie ein Volksgesundheitsbuch zur Hauptsache vom gesunden Körper und seiner Pflege zu handeln hätte und kein bloßes "Medizinbuch" sein dürfte. Der Schöpfer der ersten Kodifikation, *Svarez*, hat denn auch neben dem (allerdings höchst umfangreichen) preußischen Landrecht ein kurzes, für das Volk bestimmte Rechtsbuch verfaßt, den "Unterricht über die Gesetze"; es war "der erste und einzige Versuch, ein wirkliches Volksgesetzbuch zu schaffen" (*Erik Wolf*). Sodann eignet sich eine Privatrechtskodifikation auch deshalb nicht als Volksbuch, weil sie dem Volk gar nicht gehörig zur Kenntnis gelangt. Sie wird, wie jedes Gesetz, nur einmal, beim Erlaß, amtlich bekanntgemacht. In der Schweiz dürfte daher ein beträchtlicher Teil unserer Rechts- und Zeitgenossen das Zivilgesetzbuch gar nie gelesen haben. Angenommen, es sei Sache des Staates, die (erwachsenen) Bürger in regelmäßigen Zeitabständen und in geeigneter Weise über ihre gegenseitigen Rechte und Pflichten zu unterrichten, so muß in einem Jahr der Landesausstellung festgehalten werden, daß der Staat diese Aufgabe überhaupt nie richtig angepackt hat.

Auch das Zivilgesetzbuch selber weicht vom Kodifikationsideal ab, [167] nämlich insofern, als es, mit Einschluß des Obligationenrechtes, kein einziges Gesetz bildet, sondern ein ganzes *Bündel von Gesetzen*, die zu verschiedenen Zeiten erlassen wurden, in Ergänzung und Abänderung der zwei ursprünglichen Hauptgesetze (OR von 1881, ZGB von 1907). Die äußere Einheit beruht einzig darauf, daß alle Rechtssätze – ohne Rücksicht auf die Zeit ihres Erlasses – in eine umfassende Gliederung eingeordnet und fortlaufend numeriert sind. Diese Zählung ließ sich an mehreren Stellen nur noch in der Weise fortführen, daß eingeschobene neue Artikel mit der gleichen Ziffer versehen und durch Buchstaben gekennzeichnet wurden. Diese an sich nebensächliche Erscheinung weist auf zwei Geburtsfehler des Kodifikationsgedankens hin: Wer fortlaufend numeriert, läßt *keinen Platz für spätere Änderungen* offen. Die Kodifikatoren hielten eben ihr Werk für (grundsätzlich) unantastbar, ähnlich wie die ersten Verfassungen für unantastbar gehalten wurden. Wer sodann Sätze aneinanderreihet, wenn auch geordnet nach Inhalt, behandelt alle als gleichwertig.

Rechtssätze sind aber nur insofern gleichwertig, als sie alle Gesetzescharakter haben. Diese *formale Gleichheit* genügt jedoch hier ebensowenig als auf andern Gebieten, da sie das ganz verschiedene Gewicht der Rechtssätze nicht berücksichtigt, also zwischen Grundsätzen und Nebensätzen nicht unterscheidet. Ein Gesetzbuch, das z. B. den fundamentalen Art. 41 Abs. 1 OR nicht gegenüber dem nebensächlichen Art. 57 OR auszeichnet, mutet an wie eine Landkarte, welche die Berge nur mit dem Namen angibt, sie aber nicht graphisch hervorhebt. Außerdem ist die Aneinanderreihung von Sätzen auf Grund einer einzigen Gliederung zwangsläufig linear, also *eindimensional*. Sie läßt die übrigen Einteilungsgründe, nach denen sich die Rechtssätze gliedern lassen und die auf weitem, querlaufenden Zusammenhängen beruhen, nicht erkennen.

Aus diesen Feststellungen folgen *zwei gesetzgeberische Zukunftsaufgaben*: Einerseits ist mit der Zeit das gesamte, heute zum Teil in Sondergesetzen zerstreute Privatrecht in die Kodifikation einzubauen. Andererseits ist auf lange Sicht eine gelockerte Kodifikation zu erstreben, die sich zu einem "Gesetzbuch" ähnlich verhält wie eine neuzeitlich angelegte Kartothek zu einem altmodischen Geschäftsbuch. Die einzelnen Teile und Abschnitte müssen äußerlich so gestaltet sein (z. B. durch Anwendung der Dezimalklassifikation), daß sie "Luft" haben und ohne Schwierigkeiten Änderungen und Ergänzungen aufnehmen können. Innerhalb jedes Abschnittes wäre sodann auch äußerlich zwischen Grundsätzen und Folgesätzen zu unterscheiden (was möglicherweise wiederum durch die Dezimalklassifikation erreichbar wäre). Dabei würde es sich wohl zeigen, daß die Grundsätze höchst selten, die Folgesätze weit häufiger geändert oder ergänzt werden müssen. Das Ideal der Unabänderlichkeit würde dadurch verfeinert: *Stabilität im Wesentlichen, Elastizität in den Einzelheiten*. Schließlich hätte der Gesetzgeber nicht nur eine einzige Gliederung zur Verfügung zu stellen, sondern deren mehrere, damit die Kodifikation mehrdimensional wird und die verschiedensten Verflechtungen der Rechtssätze hervortreten. So könnte sich [168] z.B. eine erste Einteilung auf die einzelnen subjektiven Rechte stützen, eine zweite auf Sachgebiete (wie Wasser-, Grundstück- und Unternehmensrecht). Ein und dieselbe Regel könnte alsdann an zwei oder mehreren Stellen der Kodifikation erscheinen, z. B. der heutige Art. 699 ZGB wie bisher im Grundeigentumsrecht, zugleich aber auch in einem auf der zweiten Gliederung beruhenden Abschnitt "Landwirtschafts- und Forstrecht", zusammen mit zahlreichen andern Bestimmungen wie Art. 620 ZGB und Art. 281^{bis} OR. Eine solche Kodifikation wird allerdings komplizierter aussehen als ein heute übliches Gesetzbuch. Aber das Komplizierte wird dadurch verwendbar, daß es durch eine entsprechend vollkommeneren Technik erschlossen wird. Gerade das ist der Zweck der Technik; und eben deswegen sollten die Juristen sich darüber Rechenschaft geben, ob die neuen Erkenntnisse der Logik nicht dazu dienen könnten, die Gesetzgebungstechnik zu verfeinern, vielleicht um ein Vielfaches.

8. Weit wichtiger ist die *innere Einheit*. Der Gesetzgeber erreicht sie dadurch, daß er alle Bestimmungen in ein umfassendes System aufeinander bezogener Begriffe einordnet und sie inhaltlich aufeinander abstimmt. In dieser Hinsicht hält die schweizerische Privatrechts-Gesetzgebung einen *hohen Stand* ein. Die innere Einheit umfaßt auch die Sondergesetze. Sie ist die Frucht der jahrhundertelangen Bearbeitung des privatrechtlichen Stoffes durch die Wissenschaft. Diese Grundlage dürfte sich auch in Zukunft als dauerhaft erweisen. Denn das Begriffssystem der Zivilistik stellt, wenigstens bis zu einem gewissen Grade, auf unveränderliche Gegebenheiten des menschlichen Zusammenlebens ab. Insofern ist es allgemeingültig und zeitlos. Trotzdem ist das Regelgebäude der Privatrechtsgesetzgebung weit davon entfernt, einen harmonischen Bau darzustellen.

Einzelne Mängel rühren mehr von *Zufälligkeiten der Gesetzgebung* her. So sind die Einzelvorschriften nicht immer genügend auf die allgemeinen Bestimmungen bezogen. Beispiele: Die Regeln über den Verzug bei einzelnen zweiseitigen Verträgen (wie OR Art. 215, 255, 265, 366) lassen den Zusammenhang mit der allgemeinen Ordnung der Art. 107 ff. kaum erkennen. Ferner gibt es "Risse" zwischen Sondergesetzen unter sich und zwischen Sondergesetzen und kodifiziertem Recht. Auch in diesem Zusammenhang ist wiederum das Haftpflichtrecht zu erwähnen. Es ist arg zersplittert. Eine Gesamtregelung, die den heutigen Abschnitt des OR über die

unerlaubten Handlungen verbessert und erweitert, wird einmal kommen müssen. Als Beleg seien die verschiedenen Bestimmungen über die Genugtuung angeführt. Sie sind zugleich verwirrend und lückenhaft. Es geht auch nicht an, die innere Einheit durch einen "billigen" Verweis zu erstreben, wie das in Art. 62 Abs. 1 SVG geschehen ist (entgegen dem Entwurf, Art. 58).

Tiefer greifen die *Systemmängel*, die auf die *Wissenschaft* zurückgehen und daher vom Gesetzgeber erst dann überwunden werden können, wenn die [169] Wissenschaft zu größerer Klarheit gelangt ist. Beispiele: Seitdem sich der Begriff der "positiven Vertragsverletzung" in Lehre und Rechtsprechung durchgesetzt hat, erschwert eine vom Gesetz nicht geforderte, im EHG sogar ausgeschlossene Parallelität von außervertraglichen und vertraglichen Schadenersatzansprüchen in vielen Fällen die einfache Erfassung der Rechtslage. Noch bedeutendere "Umbauten" des Systems sind mit der Zeit bezüglich der juristischen Personen zu erwarten. Denn einerseits ist der (von den Römern bezeichnenderweise nicht verwendete) Ausdruck "juristische Person" zeitbedingt. Nimmt man ihn ernst, so stellt er geradezu einen terminologischen Anschlag auf die Menschenwürde dar, da er den Anschein erweckt, die Personqualität, die einzig den Menschen zukommt, lasse sich auch auf das Gebilde des menschlichen Zusammenlebens übertragen. Damit verwischt das Gesetz den wesenhaften Unterschied zwischen Einzelmensch und Gemeinschaft und leistet so, wenn auch nur terminologisch, totalitären Ansichten Vorschub. Andererseits sind die Gebilde des menschlichen Zusammenlebens, die das Gesetz anerkennt (als "juristische Personen"), zu wenig zahlreich. So fehlen Regeln über die Organisationsform des (Berufs- und Wirtschafts-)Verbandes, welcher, anders als eine gewöhnliche Körperschaft, (Gesamtarbeits- und Kartell-)Verträge abschließt, die seine Mitglieder unmittelbar berechtigen oder verpflichten sollen, und welcher zudem eine erhöhte Gewalt über seine Mitglieder beansprucht, so die Befugnis, Rechte der Mitglieder vor Gericht wahrzunehmen (BGE 73 II 67 f.; 86 II 21 f.; 88 II 209). Neben den Körperschaften kennt das Gesetz einzig die Stiftung als verselbständigte (Privat-)Verwaltung von Sach- und Dienstleistungen, weshalb Gebilde wie die Personalfürsorgeeinrichtungen in die unpassende Form der Stiftung gezwängt werden müssen, ganz zu schweigen vom Unkraut der Einmanngesellschaften, durch welche die Rechtsform der Aktiengesellschaft dazu verwendet wird, das vom Gesetz nicht berücksichtigte Bedürfnis nach Einmannvermögen ohne persönliche Haftung zu befriedigen.

9. Am schwierigsten ist die Frage zu beantworten, wann eine Privatrechtskodifikation *umfassend* ist. Welches ist das "ganze Rechtsgebiet", das in der Kodifikation einheitlich geregelt werden soll?

Für die Schöpfer der ersten Kodifikationen war der Stoff durch die wissenschaftliche Überlieferung abgegrenzt. Diese stützte sich auf die ungefähre Umschreibung des *ius civile* durch die Römer: *ius, quod ad singulorum utilitatem pertinet*.

Seit dem 19. Jahrhundert hat die überlieferte Stoffmasse drei Hauptveränderungen erfahren: Sie hat das Zivilprozeßrecht abgestoßen und ist so zum materiellen Privatrecht zusammengeschrumpft (zu welchem aber noch Savigny auch das "Actionenrecht" gezählt hat). Sodann haben sich zahlreiche Regeln über neuartige Lebensverhältnisse, namentlich handelsrechtliche, angereichert. Schließlich hat die ständige Ausdehnung der staatlichen Verwaltung zu [170] "gesetzgeberischen Eingriffen in das Zivilrecht" geführt; sie ließen die Furcht vor einer "Aushöhlung" des Privatrechts aufkommen.

Geschichtlich Überliefertes bedarf der innern Rechtfertigung, wenn es fortbestehen soll. Gibt es einen *dauerhaften Grund* dafür, daß der Stoff, der herkömmlich zum *Privatrecht* gerechnet wird, *als Sondergebiet* innerhalb der staatlichen Gesetzgebung *ausgeschieden bleibt* und sich so als Gegenstand einer in sich geschlossenen Kodifikation eignet?

Die Antwort auf diese weitere Grundfrage hat sich auf die Einsicht in die gesellschaftliche Wirklichkeit zu stützen. Ausgangspunkt ist die eingangs erwähnte Tatsache, daß sich diese Wirklichkeit nicht im staatlichen Organismus erschöpft. Neben diesem gibt es die Welt der Einzelbeziehungen, die vom Staat verschiedenen Gemeinschaften aller Art: Vertragsverhältnisse, Verbände, Familien. In diesem grundsätzlich staatsfreien Bereich walten Autoritäten, die ihre Befugnisse nicht vom Staat ableiten – so die Eltern –, bilden sich Rechtsregeln, die nicht vom Staat gesetzt sind, geschieht Recht und Unrecht unabhängig davon, ob der Staat zum Rechten sieht oder

sich darüber ausspricht, was Recht ist.

Aber das öffentliche Wohl fordert den Eingriff des Staates auch in die Beziehungen unter den Einzelnen. Jedoch auf ganz verschiedene Weise: Der ursprünglichsten Aufgabe des Staates, dem *Friedenszweck*, dient die Gerichtsgewalt, auch die zivile: Indem sie die Rechtsgenossen zwingt, sich auf gerichtliche Klagen einzulassen und sich der Rechtserkenntnis des Richters zu fügen, verhindert sie, daß Streitigkeiten unter Privaten die öffentliche Ordnung stören. Insofern hat der Staat nur den Streit im Auge, nicht das Umstrittene. Solange eine Beziehung unter Einzelnen nicht vor den Richter gebracht wird, kümmert sie ihn nicht. Als Gerichtsherr sorgt der Staat nicht von Amtes wegen dafür, daß unter Einzelnen Recht geschieht, z. B. daß jeder schuldhaft Schädigende Ersatz leistet oder daß alle Eheleute nach ihrem Güterstand leben. Den gleichen beschränkten (Nah-) Zweck haben daher auch die Regeln, in denen sich der Staat darüber ausspricht – unmittelbar oder durch Verweis auf Gewohnheiten, Urteilssammlungen, Lehrmeinungen –, was unter Einzelnen Recht ist. Diese Regeln sollen die Rechtserkenntnis der Richter erleichtern. Ihre Adressaten sind daher (einzig) die Richter, nicht die Einzelnen. Sie begründen nicht Verhaltenspflichten der Einzelnen gegenüber dem Staat, sondern stellen nur fest, was für Pflichten die Einzelnen auch ohne Zutun des Staates gegeneinander haben. Diese *Entscheidregeln bilden*, geschichtlich und systematisch gesehen, *das eigentliche Privatrecht*, das somit nichts anderes ist als ein Teil der staatlichen "*Gerichtsordnung*" (so lautete in der "vor-ideologischen" Zeit die übliche Bezeichnung der Stadt- und Landrechte).

Aber neben dem Friedenszweck veranlaßt auch der *Fürsorgezweck* den Staat, sich mit den Beziehungen unter den Einzelnen zu befassen. Am nächsten liegt ihm die *mittelbare* Fürsorge: Der Staat hilft den Einzelnen bei der eigenen [171] Gestaltung ihrer Rechtsbeziehungen. Diesem Zweck dienen – sekundär – schon die Entscheidregeln. Indem der Staat diese Regeln bekanntgibt, trägt er dazu bei – wenn auch mit ganz verschiedener Wirkkraft –, daß die Einzelnen ihre Beziehungen gesetzesgemäß gestalten. So haben z. B. die Regeln über die einzelnen Gesellschaftsarten auch noch die Bedeutung von Muster-Organisationsplänen, die bewirken, daß die gesellschaftlichen Zusammenschlüsse bestimmte Formen annehmen (oder daß man sich zum Schein dieser Formen bedient, wie im Falle der Strohmanngesellschaft). Eine weitere, höchst wichtige Sekundärwirkung der Entscheidregeln besteht darin, daß sie dauerhafte gesellschaftliche Zustände und Übungen (wie z. B. die Besitzverhältnisse und die Erbsitten) festhalten und so konsolidieren. Aber es wäre verfehlt, daraus zu schließen, das Privatrecht habe diese Zustände geschaffen oder gewährleiste ihren Fortbestand; vielmehr setzt es sie voraus, und es wird einfach gegenstandslos, wenn sie sich ändern. Der mittelbaren Fürsorge dienen aber häufig nicht so sehr die gesetzlichen Regeln, als vielmehr die (Verwaltungs-)Behörden, die der Staat eigens mit deren Anwendung betraut, und die Werke, die von diesen Behörden geschaffen werden. So die Zivilstands- und die Grundbuchbehörden und die von ihnen geführten Register.

Noch weiter geht die *unmittelbare Fürsorge* des Staates. Durch sie greift der Staat mit Hilfe von Behörden von sich aus in Beziehungen unter Einzelnen ein und gestaltet sie von Amtes wegen so, wie es ihm gerecht erscheint. Beispiele: Vormundschaftsbehörden wahren die Rechte der außerehelichen Kinder; Fabrikinspektoren sorgen dafür, daß die Arbeitgeber ihre Betriebsschutzpflicht gegenüber den Arbeitern erfüllen; die Motorfahrzeugkontrolle wacht (im Interesse zukünftiger Geschädigter) darüber, daß alle Halter haftpflchtig versichert sind. An dieses unmittelbare Fürsorgerecht schließen endlich Normen an, die aus Gründen der *allgemeinen Wohlfahrt*, nicht so sehr zum Wohle Einzelner, in die Beziehungen unter Privaten eingreifen: Etwa die Normen, welche privaten Transportanstalten die Pflicht (gegenüber dem Staat) auferlegen, jedermann zu befördern; oder welche Eigentümern verbieten, Grundstücke ohne staatliche Bewilligung an "Personen im Ausland" zu veräußern. Alle diese Regeln sind nicht Entscheidregeln zuhanden der Zivilrichter, sondern umschreiben Aufgaben von Verwaltungsbehörden. Sie gehören, systematisch gesehen, dem Verwaltungsrecht und damit dem öffentlichen Recht an.

Demnach bieten sich für die Abgrenzung des in eine Privatrechtskodifikation einzubeziehenden Stoffes *zwei extreme Möglichkeiten* an:

Entweder beschränkt sich die Kodifikation auf *Entscheidungsregeln zuhanden der Zivilrichter*. Dann reißt sie aber Zusammengehöriges auseinander, z. B. das materielle und das formelle Grundbuchrecht. Ganze Normengruppen, die heute zur Kodifikation gehören, müßten dann ausscheiden, so das gesamte Registerführungs- und das Vormundschaftsrecht, die eben Verwaltungsrecht sind.

Oder die Kodifikation nimmt überhaupt *alle Regeln auf, welche Beziehungen [172] unter Einzelnen zum Gegenstand haben*, mögen sie einzig deren Beurteilung (im Falle von Zivilprozessen) oder unmittelbar auch deren Gestaltung (durch eine Verwaltungsbehörde) bezwecken. Das hätte den Vorteil, daß Zusammenhängendes auch zusammenhängend dargestellt werden könnte. Neben dem reinen Privatrecht würden dann auch die "Eingriffe in das Zivilrecht" erscheinen (recte: die gesetzlich angeordneten Eingriffe von Verwaltungsbehörden in private Beziehungen). Die Einheit aller staatlichen Gesetzgebung wäre besser sichtbar, und es käme nicht mehr zu "Spaltungen" in der Gesetzgebung, wie etwa heute zwischen dem privaten und dem öffentlichen Mietrecht, welches letzteres es gestattet, "eine nach Obligationenrecht gültige Kündigung" als "unzulässig" zu erklären. Indessen enthielte eine so umfassende Kodifikation Regeln, die auf die gesellschaftlichen Verhältnisse ganz verschieden einwirken. Denn eine Einzelbeziehung (z. B. das Dienstverhältnis) ist offenbar in ganz verschiedenem Sinne "geregelt", je nachdem die Regel (z. B. daß der Arbeitgeber zu Betriebsschutzmaßnahmen verpflichtet ist) nur eine Anweisung an den Zivilrichter darstellt oder von einer Verwaltungsbehörde von Amtes wegen durchgesetzt werden muß. Im ersten Fall wird die Regel, mangels Klage, vielleicht überhaupt nie angewendet und bleibt toter Buchstabe, wenigstens dann, wenn ihr auch keine Sekundärwirkung zukommt; im zweiten Fall werden durch sie praktisch alle Einzelbeziehungen einer bestimmten Art gestaltet. Um diesen fundamentalen Unterschied hervortreten zu lassen, müßte die Kodifikation auch von den Voraussetzungen und den Wirkungen der behördlichen Regelanwendung handeln, also auch die vielen organisatorischen, Verfahrens- und Straf-Normen enthalten, die sich heute in den Gesetzen verwaltungsrechtlichen Inhaltes finden. Kurzum: Eine Kodifikation der zweiten Art würde so viele Staatstätigkeiten beschlagen, daß sie trotz der Einheit ihres Gegenstandes – Beziehungen unter Einzelnen – gegenüber andern Rechtsgebieten kaum mehr abgrenzbar wäre.

Keine der beiden extremen Möglichkeiten kann als Richtlinie dienen. Aber das Ideal liegt doch näher bei der ersten: Die deutlichste Grenze läßt sich dann ziehen, wenn die *Privatrechtskodifikation nicht alle Regeln über Beziehungen unter Einzelnen* umfaßt, sondern *nur diejenigen, die dazu bestimmt sind*, entweder *von den Zivilgerichten* (in Zweiparteien-Prozessen) *angewendet zu werden* oder dann von solchen Verwaltungsbehörden, deren Aufgabe darin besteht, durch mittelbare Fürsorge die Rechtsverhältnisse unter den Einzelnen zu klären, wie das namentlich für die Register-, Urkunds- und Erbschaftsbehörden zutrifft. Diese prozeßvermeidende Tätigkeit kann als Hilfsfunktion der Zivilgerichtsbarkeit und als *nichtstreitige Gerichtsbarkeit* angesprochen werden.

Bei solcher Stoffumschreibung bleibt das Privatrecht eine *Gerichtsordnung*. Der dauerhafte, die Kodifikation rechtfertigende Grund liegt dann im Bestand von Zivilgerichten und von ähnlichen Staatsorganen, während Regeln, die zwar auch die Beziehungen unter Einzelnen betreffen, aber dazu bestimmt sind, [173] durch andere Behörden angewendet zu werden (von Amtes wegen und zur Erfüllung einer besonderen Staatsaufgabe), nicht einzubeziehen sind.

Diese Abgrenzung des Kodifikationsstoffes hat den *äußern Vorteil*, daß sie im großen und ganzen den gleichen Stoff umschreibt, der herkömmlich zum (kodifizierten und sondergesetzlichen) Privatrecht gerechnet wird. (Einzig die Zuweisung des Vormundschaftsrechtes zum Privatrecht bleibt fragwürdig; sie ist nur geschichtlich zu erklären und hat die unliebsame Folge, daß die Normen, welche die persönliche Fürsorge für Hilfsbedürftige regeln, heute verschiedenen Rechtsgebieten zugerechnet werden; so steht z. B. das Pflegekinder- und Anstaltsversorgungsrecht fast beziehungslos neben dem Vormundschaftsrecht.) Die Abgrenzung bietet aber auch *zwei sachliche Vorteile*: Einmal beruht sie auf einer richtigen Einsicht in die gesellschaftliche Wirklichkeit. Sie gründet auf der Unterscheidung zwischen dem Staat und der Welt der

Einzelbeziehungen. Sie setzt den Bestand von Staatsorganen mit bestimmtem Aufgabenkreis voraus, womit sie die Grundtatsache anerkennt, daß materielle Gesetzesbestimmungen immer eine funktionelle Bedeutung haben: Der Staat schafft durch sie nicht Recht, sondern weist seine Behörden an, wie das Recht verwirklicht werden soll. Indem sodann der Sinn der Privatrechtsgesetze darin erblickt wird, den Zivilgerichten Entscheidungsregeln zur Verfügung zu stellen, wird die im Grunde genommen ungeheuerliche, weil totalitäre Annahme vermieden, die Privatrechtskodifikation sei eine umfassende "Lebensordnung", sie bestehe aus Befehlen des Staates an die Rechtsgenossen darüber, wie sie sich im Verkehr untereinander zu verhalten haben, und Freiheit in der Gestaltung von Einzelbeziehungen gebe es von Rechts wegen nur insoweit, als die staatliche Rechtsordnung sie einräume.

10. Wird der Gegenstand der Privatrechtskodifikation dergestalt nicht einfach nach dem Inhalt, sondern auch nach der Funktion der gesetzlichen Bestimmungen abgegrenzt, so ergeben sich zwei *Folgerungen*:

Einerseits zeigt sich die *enge Verflechtung der Privatrechtsgesetze mit dem funktionsverwandten Zivilprozeßrecht*. Die vorhin erwähnte Absonderung des materiellen Privatrechts vom Prozeßrecht – die sich übrigens bei weitem nicht vollständig erreichen ließ – dürfte in Zukunft von einer Gegenbewegung abgelöst werden. Das heißt freilich nicht, daß die Überreste des römischen Aktionensystems (wie die Erbschaftsklage und die Trennung der Klagen aus dem dinglichen oder persönlichen Recht von den Besitzesklagen) weiterhin zu konservieren sind, wohl aber, daß das materielle Privatrecht nur dann sinnvoll ist, wenn es nicht nur Entscheidungsregeln enthält, sondern zugleich bestimmt, unter welchen Voraussetzungen der Richter angerufen werden kann und welche Wirkungen dessen Urteil für die Beteiligten hat. Folglich genügt es z. B. nicht, wenn das Privatrecht die Lieferungspflicht des Verkäufers festhält; es muß zugleich bestimmen, unter welchen Voraussetzungen der Käufer auf Erfüllung klagen und wie er, [174] bei Gutheißung der Klage, die Erfüllung erzwingen kann. Besonders bedeutsam ist diese Forderung im Abstammungsrecht, wo ganz und gar die Frage im Vordergrund steht, von wem, zu welcher Zeit, unter welchen Voraussetzungen und mit welcher Beweisführung die richterliche Feststellung der (ehelichen oder außerehelichen) Abstammung zu erreichen ist.

Da in der Schweiz die Zuständigkeit zum Erlaß von Privatrecht und von Prozeßrecht aufgeteilt ist, muß die Illusion eines rein materiellen, von der gerichtlichen Anwendung lösbaren Privatrechtes dadurch überwunden werden, daß die Zuständigkeit zur Privatrechtsgesetzgebung weit verstanden wird. In dieser Richtung verläuft denn auch die neuere Rechtsprechung. Es wurde z. B. entschieden, daß die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Feststellungsklage zulässig ist, dem materiellen Recht angehöre (BGE 77 II 344). Weitere Entscheide dieser Art sind fällig. So läßt sich z. B. die Frage, was für Entscheide der Richter durch einstweilige Verfügung treffen kann, vom materiellen Recht nicht trennen. Auch sie sollte allgemein (nicht nur in Sonderfällen, wie im Falle von Art. 145 ZGB) dem materiellen Recht zugerechnet und von diesem erschöpfend geregelt werden (vgl. zur Problematik BGE 87 I 479).

Andererseits muß das *Gebot der innern Einheit* nicht nur für die Privatrechtskodifikation gelten, sondern *für die gesamte staatliche Gesetzgebung*. Insofern Regeln des Privatrechts und solche des öffentlichen Rechts den gleichen Gegenstand haben, müssen sie mit den gleichen Begriffen arbeiten und auf den gleichen Grundwerten und Gerechtigkeitsurteilen beruhen. Einzig ihre Funktion darf verschieden sein, nicht ihre Aussage darüber, was unter den Einzelnen Recht ist. Wenn der Gesetzgeber z. B. zuhanden der Zivilrichter die Entscheidungsregel aufstellt, daß ein Dienstnehmer unter bestimmten Voraussetzungen Anspruch auf drei Wochen Ferien habe und auch für diese Zeit einen Lohnanspruch erhalte, so muß er, falls er später eine Verwaltungsbehörde damit beauftragt, darüber zu wachen, daß alle Arbeitgeber bezahlte Ferien gewähren, dieser öffentlich-rechtlichen Regel den inhaltlich gleichen Ferienanspruch zu Grunde legen; sonst würde er sich selber widersprechen.

Das Gebot der innern Einheit gilt auch im *Verhältnis zwischen dem Bundesgesetzgeber und den kantonalen Gesetzgebern*. Seine Einhaltung wird um so schwieriger, je mehr die verwaltende

Tätigkeit der Kantone dazu drängt, in die Beziehungen unter den Einzelnen einzugreifen. Die Schwierigkeit wird noch dadurch erhöht, daß die vorhin erwähnte Sekundärwirkung des Privatrechts je nach Sachgebiet eine sehr ungleiche ist. Unter gewissen günstigen Voraussetzungen (wie sie z. B. im Bürgschaftsrecht bestehen) genügen zwingende Entscheidungsregeln, um den Rechtsverkehr wirksam zu beeinflussen. Alsdann erreicht ein Privatrechtsgesetz den gleichen Zweck wie ein Gesetz, mit dessen Anwendung eine besondere Verwaltungsbehörde beauftragt wird.

Aus diesen Schwierigkeiten folgt aber keineswegs, daß die Befugnis der Kantone zum Erlaß öffentlich-rechtlicher Vorschriften für alle jene Arten von [175] Einzelbeziehungen ausgeschlossen ist, über die der Bund als Privatrechtsgesetzgeber Normen erlassen hat (wie z. B. für das Dienstverhältnis oder für den Verkehr mit Grundstücken). Ebenso wenig folgt daraus, daß dem Bund auf den von ihm privatrechtlich geregelten Lebensbereichen ohne weiteres auch die Befugnis zum Erlaß von öffentlichem Recht zustehe, z. B. die Befugnis, den Verkehr mit Grundstücken aus Gründen der allgemeinen Wohlfahrt zu beschränken und diese Beschränkung durch Verwaltungsbehörden überwachen zu lassen. Hiefür bedürfte es einer besondern Grundlage in der Bundesverfassung. Mit Recht hat daher das Bundesgericht mehrfach zugunsten der kantonalen Gesetzgebungshoheit entschieden und es abgelehnt, die Gesetzgebungshoheit des Bundes auf "kaltem Wege", über die Befugnis zum Erlaß von Privatrechtsgesetzen, auszudehnen (BGE 87 I 186). Die innere Einheit von Bundesprivatrecht und von kantonalem öffentlichem Recht muß auf andere Weise hergestellt werden, wohl am besten durch Heranziehung bewährter Richtlinien über das Verhältnis von Rechtssätzen: Insoweit Rechtssätze, die jeder Gesetzgeber an sich im Rahmen seiner Zuständigkeit erlassen hat, miteinander nicht im Einklang stehen, geht die Sonderregel der allgemeinen vor, bei gleicher Allgemeinheit die jüngere der älteren. Der Vorrang des Bundesrechts ist nur sinnvoll für Regeln von gleicher Funktion, also namentlich im Verhältnis zwischen öffentlichem Bundesrecht und öffentlichem kantonalem Recht (Beispiel: BGE 88 I 168).

11. Das Vordringen des öffentlichen Rechts in Bereiche, die zur Zeit der Kodifizierung ausschließlich privatrechtlich geregelt waren – "geregelt" im dargestellten mittelbaren Sinn, der keinen sichern Schluß auf die tatsächliche Gestaltung der betreffenden gesellschaftlichen Verhältnisse zuläßt –, verändert das Gesamtbild der staatlichen Gesetzgebung über die Beziehungen unter den Einzelnen. Neben der Privatrechtskodifikation gibt es nunmehr ein *öffentliches* (und selber kodifiziertes) *Parallel-Recht*, wie das öffentliche Arbeits-, Miet- und Pachtrecht, und zwar voraussichtlich auf die Dauer, obwohl es zumeist aus krisenhaften Zuständen hervorgegangen ist und daher wohl allzulange als vorübergehende Erscheinung angesehen wurde. Damit verliert die Privatrechtskodifikation auch rein äußerlich den Schein einer umfassenden Ordnung der Beziehungen unter den Einzelnen. Ihr Wesen als Gerichtsordnung tritt deutlicher hervor. Zugleich zeigt es sich, daß die Zivilgerichtsbarkeit relativ an Bedeutung verliert: Insoweit sich Streitigkeiten unter Privaten dadurch aus der Welt schaffen lassen, daß Verwaltungsbehörden von Amtes wegen eingreifen, wenn vielleicht auch nur auf Anzeige hin, so besteht kein Anlaß, den Zivilrichter anzurufen. Das wirkt auf das materielle Privatrecht zurück. Seine Normen werden nicht mehr angewendet, wenigstens nicht unmittelbar, und die Regelbildung durch die Rechtsprechung stirbt ab. Das trifft z. B. für Teile des privaten Mietrechts bereits zu.

[176] Diese "Aushöhlung" des Privatrechts darf aber nicht *a priori* beklagt werden. Denn die Privatrechtsgesetzgebung ist nicht Selbstzweck, und die Konservierung der Kodifikation in ihrer geschichtlich gewordenen, dem Juristen vertrauten, aber doch zeitbedingten Gestalt ist kein rechtspolitisches Ideal. Falls sich in einem Lebensbereich zeigt, daß sich die Einzelnen durch gerichtliche Klagen nicht ihr Recht verschaffen können – weil etwa das Prozedieren zu kostspielig, zu langsam oder mit gesellschaftlichen Nachteilen verbunden ist –, so dient es der Gerechtigkeit, wenn der Staat von Amtes wegen dafür sorgt, daß z. B. bezahlte Ferien gewährt, keine übersetzten Pachtzinse verabredet oder übermäßige Immissionen vermieden werden. Allerdings schränkt jeder staatliche Eingriff die Freiheit der Einzelnen ein. Aber Freiheit darf es nicht auf Kosten der Gerechtigkeit geben. Wer darum verlangt, daß sich der Staat um der Freiheit willen darauf

beschränke, Privatrechtsgesetze zu erlassen, sieht einseitig nur das Verhältnis der Einzelnen zum Staat, statt auch das Verhältnis der Einzelnen untereinander. Staatseingriffe sind nur dann überflüssig, wenn sich die Einzelnen aus eigenem Antrieb gegenseitig gerecht verhalten. Darin liegt der wirksamste Schutz der Freiheit.

Von der Rechtseinheit

12. "Ein Volk, ein Recht." Mit dieser Losung wurde 1874 und 1898 die Bundesverfassung revidiert und die Gesetzgebungshoheit des Bundes erweitert. Unter dem "Recht" war, neben dem Strafrecht, vor allem das Privatrecht verstanden. Das entsprach dem Zug der Zeit. Wie steht es heute mit dem Gedanken der Rechtseinheit?

13. *Landesintern* ist die Einheit des materiellen Privatrechts längst verwirklicht. Sie hat sich bewährt. Niemand stellt sie in Frage. Andererseits stört sich niemand an den wenigen Reservaten, die der Bundesgesetzgeber dem kantonalen Privatrecht vorbehalten hat. Die Forderung nach Rechtseinheit kann daher nur noch im öffentlichen Recht Nahrung finden, hier aber in Gebieten, die dem Privatrecht zunächst liegen, vor allem im Zivilprozeßrecht.

Ist das mit der Rechtseinheit erstrebte Ziel erreicht worden? Diese Frage darf bejaht werden, zumal für eine einheitliche Rechtsprechung gesorgt ist, unmittelbar durch das Bundesgericht, mittelbar durch die im großen und ganzen einheitliche Lehre. Spürbare Verschiedenheiten zeigen sich wohl einzig im Beurkundungs- und Registerwesen. Das eidgenössische Grundbuch ist noch lange nicht überall eingeführt. Frühere Gepflogenheiten von Registerbehörden und Urkundspersonen wirken nach. Sie zeigen sich z. B. in der von Kanton zu Kanton verschiedenen Verwendung der Grundpfandarten (Grundpfandverschreibung und Schuldbrief). Neue, örtlich gebundene Verschiedenheiten bilden sich zuweilen aus, wie etwa bei der Gestaltung der Eheverträge [177] oder durch die Ausgabe von Inhaberobligationen mit Grundpfandverschreibung. Aber das Gesamtbild der Rechtseinheit wird dadurch nicht merklich getrübt.

14. Mit der Genugtuung über das landesintern Erreichte verbindet sich die weitere Frage, ob es Zukunftsaufgabe der Schweizer Juristen ist, den Elan der Väter auf das *überstaatliche Gebiet* zu übertragen und die Einheit des Privatrechts nunmehr in einem weiteren Rahmen zu erstreben: in Europa, ja in der Welt.

Auf diese letzte Grundfrage kann hier nur kurz geantwortet werden, durch Darlegung des Allerwesentlichsten:

Das Recht, verstanden als Eigenschaft zwischenmenschlicher Beziehungen, ist unter gleichen Umständen allen Menschen gleich. Folglich ist ein *vollkommener Zustand* der Privatrechtsgesetzgebung erst dann erreicht, wenn *für die Menschen der ganzen Welt das gleiche* (und inhaltlich richtige) *Gesetz* gilt. Es gibt keinen innern, allgemeingültigen Grund dafür, daß ein Richter in Lausanne etwa die Gewährleistungspflicht eines Verkäufers anders zu beurteilen hat als ein Richter in Evian, Kapstadt oder Kalkutta.

Wohl aber bestehen gewichtige *sekundäre*, nämlich zeit- und volksbedingte Gründe dafür, daß ein Staat wie die Schweiz die Gesetzgebungshoheit auf dem Gebiet des Privatrechts weiterhin ausübt.

Der erste Grund ist *organisatorischer* Natur. Es gibt über der Schweiz (noch) keinen Bundesstaat, wie er im 19. Jahrhundert über den Kantonen entstanden ist, folglich auch keinen Gesetzgeber, der den Erlaß von Privatrecht an die Hand nehmen könnte. Möglich ist zur Zeit einzig der Weg des Staatsvertrages, der zwar, wie die Erfahrung mit dem Wechsel- und Checkrecht zeigt, zur Bildung einheitlichen Rechts führen kann, aber doch keinen umfassenden Erfolg verspricht.

Der zweite Grund liegt *im politischen Denken*. In zweierlei Hinsicht: Einheitliches Privatrecht hat, als Entscheidungsordnung für die Zivilgerichte, insoweit gar keinen Sinn, als es Staaten gibt, in denen die Gerichte nicht unabhängig sind, sondern bewußt in den Dienst einer herrschenden Gruppe

gestellt werden. Auch in dieser Hinsicht zeigt sich wieder, daß Normen die mit ihnen erstrebte Wirkung nur dann erreichen, wenn bestimmte gesellschaftliche Zustände (hier: eine bestimmte Einstellung der Richter) vorliegen. Sodann bedarf es zur Schaffung von einheitlichem Recht einer geistigen Antriebskraft, die nur aus dem politischen Denken entstehen kann. Im 19. Jahrhundert war für das erwachende Nationalgefühl der Eidgenossen, wenigstens der führenden Schicht, der Gedanke unerträglich, daß Gerichtsurteile über die gleichen Rechtsfragen von Kanton zu Kanton verschieden lauten konnten. In der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts entsteht in den freien Völkern Europas allmählich eine Art von politischem Denken, das man als europäisches Nationalgefühl bezeichnen darf. Daher werden die Verschiedenheiten von Land zu Land eher als Nachteil [178] empfunden. Aber es sind nicht so sehr rechtliche Unterschiede, die bemerkt werden und ins Gewicht fallen. Der Ruf "Einiges Europa, einheitliches Recht" würde wohl den meisten Zeitgenossen zu blaß, formalistisch und theoretisch vorkommen. Der Durchschnittseuropäer vergleicht Preise und Löhne, private und öffentliche Sozialleistungen. Daß in Lausanne und Evian nicht dieselben Ehescheidungsgründe und nicht die gleichen Regeln über den Grundstückverkehr gelten, dürfte dagegen höchstens einige Fachleute innerlich beschäftigen. Die Einstellung zum Staate hat sich gewandelt, das politische Denken ist versachlicht. Im Zeitalter des Wohlfahrtsstaates wird wohl die Entwicklung zur übernationalen Rechtseinheit zuerst auf einzelnen Gebieten des öffentlichen Rechtes einsetzen, während im Bereich des Privatrechtes ein Streben nach Einheit nur dort zu erwarten ist, wo besondere Umstände das Nebeneinanderbestehen verschiedener Landesrechte als unerfreuliche "Zersplitterung" erscheinen lassen, wie im Gesellschafts- oder Versicherungsvertragsrecht. Damit ist zugleich gesagt, daß in absehbarer Zeit nur Teilgebiete des Privatrechtes für eine Vereinheitlichung reif werden. An eine übernationale, auch nur wenige Länder umfassende Kodifikation des gesamten Privatrechtes ist überhaupt noch nicht zu denken.

Schließlich steht die überstaatliche Vereinheitlichung in einem ganz andern *Verhältnis zur Rechtswissenschaft* als seinerzeit die Vereinheitlichung der kantonalen Rechte durch den Bund. Alle kantonalen Rechte ruhten auf der gleichen wissenschaftlichen Grundlage. Die Unterschiede zwischen Juristen- und Volksrecht, zwischen romanistischen und deutschrechtlichen Elementen ließen sich überbrücken, wenn es hierfür auch der Kunst eines *Eugen Huber* bedurfte. Demgegenüber kann sich die überstaatliche Vereinheitlichung des Privatrechtes nicht auf eine eigentlich übernationale, europäische oder gar überkontinentale (wenigstens noch den anglo-amerikanischen Rechtskreis einbeziehende) Privatrechtswissenschaft stützen. Die Zivilistik bearbeitet durchwegs in erster Linie das Gesetzbuch ihres Landes. Das Zeitalter der Kodifikation hat die frühere Einheit der auf dem römischen Recht gegründeten Wissenschaft gesprengt. Zwar enthalten die privatrechtlichen Werke der einzelnen Länder viel Gemeinsames – wie könnte es bei gleichen Tatbeständen anders sein? –, aber sie erwecken einen ähnlichen Eindruck wie die Automobile verschiedener Marken: Alle dienen dem gleichen Zweck und sind nach den gleichen Grundprinzipien gebaut. Aber im einzelnen weisen sie trotzdem zahllose Verschiedenheiten auf, und ihre Bestandteile sind nicht auswechselbar.

Folglich muß die übernationale Rechtseinheit zuerst durch die Wissenschaft vorbereitet werden, und zwar nicht einzig durch die Rechtsvergleichung, so wertvoll diese auch ist, sondern durch die *Herausarbeitung allgemeiner Lehren*, durch unvoreingenommene, vom gesetzten Recht unabhängige Erfassung und Beurteilung von Tatbeständen. *Die Normen trennen, das Bemühen um Tatbestände verbindet* und ermöglicht gleiche Erkenntnisse.

[179] Somit wäre es falsch zu erwarten, daß das, was sich im 19. Jahrhundert im nationalen Rahmen zugetragen hat, sich in naher Zukunft und in ähnlicher Weise auf internationaler Ebene wiederholen werde. Das überstaatliche Privatrecht, gar das Welt-Privatrecht, liegt noch in allerfernster Zukunft. Diese Feststellung bietet keinen Grund zur Resignation, sondern bestätigt nur, von einem Fachgebiet her, eine allgemeine Einsicht: Daß die Menschheit noch einen langen Weg vor sich hat, vom Erforschten zum Unerforschten, vom Unvollkommenen zum Vollkommenen. Es genügt, wenn unserer Generation der nächste Schritt zu diesem Ziel gelingt.

Hinweis auf das Schrifttum

Wegen der Fülle des Schrifttums und des Charakters einer Festgabe wurde auf den üblichen Anmerkungsapparat verzichtet. Doch sei auf einige Veröffentlichungen hingewiesen, denen sich der Verfasser besonders verpflichtet fühlt und die dem Leser einen vertieften Einblick in den Stand der Privatrechts-Wissenschaft und in die Grundfragen der Privatrechtsentwicklung vermitteln:

Hundert Jahre schweizerisches Recht. Jubiläumsgabe der Zeitschrift für schweizerisches Recht (ZSR), NF Bd. 71 (1952) Erster Halbband, mit Aufsätzen von Germann (Zur Überwindung des Positivismus im schweizerischen Recht); Simonius (Über Bedeutung, Herkunft und Wandlung der Grundsätze des Privatrechts).

Darbellay Jean, L'objectivité du droit, Mélanges Jean Dabin, Bruxelles/Paris 1963, S. 59 ff.

Esser Josef, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechtes, Tübingen 1956.

Larenz Karl, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin 1960.

Liver Peter/Merz Hans, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, Entstehung und Bewährung, ZSR NF Bd. 81 (1962) S. 8 ff.

Marcic René, Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat, Wien 1957.

Meier-Hayoz Arthur, Privatrechtswissenschaft und Rechtsfortbildung, ZSR NF 78 (1959) S. 89 ff.

Roschacher Eugen, Das Recht und die "Rechtssätze", Diss. Freiburg (Schweiz), 1963.

Savatier René, Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui, Drei Bände. Paris 1948/1959.

Zihlmann Rudolf, Vom Kosmos des Staates, Zürich 1962.