

POSITIVES UND NATÜRLICHES PRIVATRECHT

Prof. Dr. iur. Peter Jäggi
Universität Freiburg Schweiz

Publiziert in: IUS ET LEX, Festgabe zum 70. Geburtstag von Max Gutzwiller, Basel 1959, S. 639-651. 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. 43 ff.

[936] Die zur Zeit in Deutschland geführte Diskussion über die sogenannten faktischen Vertragsverhältnisse ¹ hat die nie ausgetragenen Kontroversen über die Hauptfragen der Vertragslehre neu entfacht ². So wird wiederum – wie schon oft – die folgende Alternative gestellt: Bewirkt eine Willenserklärung die dem erklärten Willen entsprechende Rechtsfolge deswegen, weil der Erklärende diese Folge gewollt hat, oder deswegen, weil das Gesetz sie für den Tatbestand der Erklärung vorschreibt ³? Bei solcher Unsicherheit in den Grundlagen empfiehlt es sich, auf *Fr. C. von Savigny* zurückzugreifen, von dem die neuzeitliche zivilistische Dogmatik ihren Ausgang genommen hat. Wir folgen damit der Spur des mit dieser Festgabe Geehrten, der in seinem Erstlingswerk den Einfluß des großen Romanisten auf die Nachwelt für ein Teilgebiet untersucht hat ⁴. Freilich finden wir bei *Savigny* keine Antwort auf das, was uns heute bewegt. Wohl aber zeigt die Beschäftigung mit ihm folgendes: Die Grundauffassung, auf der die Begriffssprache der Dogmatik immer noch beruht, erscheint bei *Savigny* gewissermaßen "im frischen Zustand", als [640] unmittelbarer Ausfluß der damaligen rechtswissenschaftlichen und geistesgeschichtlichen Zeitlage. Sie erweist sich damit als zeitbedingt, keineswegs als stoffbedingt, so daß sie heute neu überprüft werden muß. Diese Grundauffassung muß man sich zunächst vergegenwärtigen, soll die dogmatische Diskussion sich nicht einfach im Kreise bewegen.

I

Savigny ist als Haupt der Historischen Schule mit einer ganz bestimmten Betrachtungsweise an den Stoff herantreten. Freilich war er kein Extremist, der die Fülle des Stoffes in ein allzu einfaches Denkschema preßte. Wer sich den Reichtum seiner Gedanken vor Augen hält, wird ihn nicht

¹ *Haupt*, Über faktische Vertragsverhältnisse, Leipzig (Festschrift Siber) 1941; *Betti*, Über sogenannte faktische Vertragsverhältnisse, Festschrift für Heinrich Lehmann, Berlin 1956 I. Bd. S. 252 ff.; *Simitis*, Die faktischen Vertragsverhältnisse als Ausdruck der gewandelten sozialen Funktion der Rechtsinstitute des Privatrechtes, Frankfurt a. M. 1957; *Esser*, Gedanken zur Dogmatik der "faktischen Schuldverhältnisse", Archiv für die civilistische Praxis, Tübingen, 157. Bd. (1958), S. 86 ff.

² Vgl. *Esser* a.a.O., S. 86 und 98 f.

³ Vgl. Bericht über die Tagung der Zivilrechtslehrer in Bad Mergentheim am 9. und 10. Oktober 1957, von *Habscheid* (Archiv für die civilistische Praxis, 157. Bd., 1958, S. 100 ff.), Votum von *Ballerstedt* (S. 105).

⁴ *Gutzwiller*, Der Einfluß Savignys auf die Entwicklung des Internationalprivatrechts, Freiburg/Schw. 1923.

leichthin der Einseitigkeit bezichtigen⁵. Im vorliegenden Zusammenhang kommt es aber nicht auf den Gesamtinhalt seines Werkes an, sondern auf die Angelpunkte, auf die sich seine Darstellung stützt. Hält man sich an diese, so zeigt sich eine ausgeprägte Grundauffassung, die drei Kennzeichen aufweist:

1. *Savigny* hat, gleich wie die Anhänger der rationalistischen Naturrechtslehre, ein "System" aufgebaut, und zwar so, daß er dessen Gliederung mit allgemeinen Erwägungen begründete, nicht etwa mit einer Legalordnung⁶. In dieses vorpositive und insofern "natürliche" System ordnete er dann aber, in bewußter Abweichung von der Naturrechtslehre, einzig den überlieferten positiven Rechtsstoff ein, dieses Gemenge von Römischen Recht, Partikularrecht und "wissenschaftlichem" Recht. Die "Aufstellung eines über allen positiven Rechten schwebenden Normalrechts" lehnte er ab⁷. Zwar anerkannte er "das Gemeinsame der menschlichen Natur" und deren "sittliche Bestimmung". Aber darin erblickte er nur das "allgemeine Element" in der Bildung des (positiven) "Volksrechtes", also nur eine rechtsbildende Kraft, womit er das natürliche Recht als rechtliche Kategorie von seinem System ausschloß⁸. Mit dem Begriff der "Natur" arbeitete *Savigny* einzig im Zusammenhang mit den "Rechtsinstituten", dieser rechtlichen Kategorie höherer Ordnung, in deren "Anschauung" die Regeln des (positiven) Rechtes "ihre tiefere Grundlage" haben. Die "gründliche Einsicht" in die einzelnen Rechtsinstitute [641] und deren "eigentümliche Natur" erscheint ihm als Hauptaufgabe der systematischen Darstellung⁹.

Indem *Savigny* dergestalt einzig das geschichtlich gewordene Recht als Gegenstand der Dogmatik anerkannte, engte er zugleich den Rechtsbegriff auf das positive Recht ein, und zwar auf das positive Recht des Staates. So kann man bei ihm den heute totalitär anmutenden Satz lesen: "... alles Recht erhält ... seine Realität und Vollendung erst im Staate, als positives Recht dieses Staates"¹⁰.

2. Gegen diesen gedanklichen Totalitarismus finden wir ein nur scheinbares Gegengewicht im Umstand, daß *Savigny* sein System von der menschlichen Person und damit vom subjektiven Recht her aufbaut. Den personalistischen Gedanken, daß alles Recht "um der sittlichen, jedem einzelnen Menschen inwohnenden Freiheit" vorhanden ist¹¹, übersteigert er nämlich zum Individualismus, trotz seiner organischen Auffassung vom Staate¹². Denn an der entscheidenden Stelle, bei der Begründung des subjektiven Rechtes, geht *Savigny* nicht von der sittlichen Würde des Menschen aus, sondern von der natürlichen Macht, die dem Einzelnen zusteht, sowie vom Willen des Einzelnen. Das subjektive Recht ist daher bei ihm ein "Gebiet", worin der Wille des Einzelnen "herrscht, und mit unserer Einstimmung herrscht"¹³. Die Würde des Menschen ist somit ebenfalls keine rechtliche Kategorie, so wenig als das "Gemeinsame der menschlichen Natur", sondern bildet nur die "Grundlage von Rechtsregeln"¹⁴. Folglich gibt es kein "Urrecht der Persönlichkeit"¹⁵. Auch die angeborenen Rechte sind "erworben", somit vom positiven Recht abhängig¹⁶. Demgemäß sind auch die "Rechtsverhältnisse", von denen die subjektiven Rechte nur eine "besondere Seite"

⁵ Gegen jede Einseitigkeit in der Beurteilung v. Savignys wendet sich die immer noch beachtenswerte Schrift von *Manigk*, *Savigny und der Modernismus im Recht*, Berlin 1914.

⁶ *V. Savigny*, *System des heutigen Römischen Rechts*, Berlin 1840 ff.; I. Bd. S. 330 ff., 386 ff. und 393 ff.

⁷ *System*, I, 52. Über Savignys Verhältnis zur Naturrechtslehre vgl. *Coing*, *Savignys rechtspolitische und methodische Anschauung in ihrer Bedeutung für die gegenwärtige deutsche Rechtswissenschaft*, ZBJV 1955 Bd. 91, S. 329 ff., ferner *Thieme*, *Das Naturrecht und die europäische Privatrechtsgeschichte*, Basel 1947, S. 46 f., mit weitem Literaturangaben.

⁸ *System* I, 50 ff.

⁹ *System* I, XLII, 9 und 393.

¹⁰ *System* I, 380.

¹¹ *System* II, 2.

¹² *System* I, 28 ff. und 332 f.

¹³ *System* I, 7.

¹⁴ *System* I, 407 f.

¹⁵ *System* I, 335 f.

¹⁶ *System* III, 1 f.

darstellen¹⁷, "nicht schon in der menschlichen Natur als solcher gegründet, sondern als ihr von außenher kommende Zusätze zu betrachten"¹⁸. Die Beziehung "zwischen Person und Person", dieser Urstoff aller juristischen Betrachtung, ist bei *Savigny*, für sich genommen, eine "bloße Tatsache", die erst durch die (positive) [642] "Rechtsregel" bestimmt und somit von außenher "zur Rechtsform erhoben" wird¹⁹.

Demnach sind bei *Savigny*, dem politisch Ultra-Konservativen, aber trotzdem seiner Zeit Verhafteten, gleichzeitig die gedanklichen Grundlagen sowohl des Totalitarismus als des Individualismus vorhanden, und zwar keineswegs als Gegensätze, sondern als zwei Seiten ein und derselben Grundhaltung, die das "Gemeinsame der menschlichen Natur" und die "sittliche Würde des Menschen" außerhalb den Bereich des Rechtlichen verweist und daher das objektive Recht nur als positives (staatliches) Recht, das subjektive Recht nur als gebändigte tatsächliche (Willens-)Macht des Einzelnen begreift.

3. Indem *Savigny* den positiven Privatrechtsstoff für den Aufbau seines natürlichen Systems verwendete (hievon Ziff. 1), hat er diesen in einem wichtigen Punkte dem "System" geopfert. Während nämlich das Römische Privatrecht aus der Gerichtsbarkeit herausgewachsen war – mit Einschluß des Juristenrechts – und daher in Gestalt eines Systems von Klagen überliefert worden ist, hat *Savigny* – hierin mehr "philosophisch" als historisch denkend – zwischen subjektivem Recht und Klagerecht scharf unterschieden. Zwar erblickt er im Klagerecht kein selbständiges Recht, sondern ein subjektives Recht im Zustand der Verletzung²⁰. Aber das richterliche Urteil über den Bestand und den Inhalt eines subjektiven Rechtes schöpft nach seiner Ansicht dessen "Wesen" nicht aus, sondern wird nur "durch das zufällige Bedürfnis hervorgerufen", das sich bei Bestreitung eines Rechtes einstellt²¹. Gestützt auf diese Ansicht hat *Savigny*, dogmatisch gesehen, zwei unbestreitbare Fortschritte erzielt: Er hat das materielle Recht klar vom Prozeßrecht getrennt; und er hat es ermöglicht, daß die Jurisprudenz mit der Zeit die Zufälligkeiten des römischen Aktionensystems überwinden konnte. Mit der erwähnten Ansicht hat aber *Savigny* überdies das materielle Recht aus seinem Zusammenhang mit der Gerichtsbarkeit gelöst. Die positive Rechtsordnung besteht nach seiner Ansicht unabhängig von den Gerichten. Die Gerichtsbarkeit ist nicht Ursache der positiven Rechtsordnung, sondern ein "Rechtsinstitut", das einzig wegen der Möglichkeit der Rechtsverletzung nötig ist²².

[643] Der dargelegten Grundauffassung ist auch die neuzeitliche Dogmatik verhaftet, obwohl, wie noch festzuhalten sein wird (hienach S. 644 f.), die neuere dogmatische Entwicklung gerade darauf hinausläuft, die Einseitigkeiten zu überwinden, zu denen das auf *Savigny* gestützte systematische Denken Anlaß gegeben hat²³. Auch heute noch bildet Gegenstand der dogmatischen Betrachtung nicht in erster Linie das vor dem Richter streitige Rechtsverhältnis, sondern das objektive Recht. Von diesem wird angenommen, daß es die nicht streitigen Rechtsverhältnisse in gleicher Weise "regelt" wie die streitigen, und daß es daher das Leben des Einzelnen "in der Totalität seiner Privatexistenz erfaßt"²⁴. Dabei wird als objektives Recht nur das positive staatliche Recht verstanden. Hinter der Rechtsordnung steht der planende Gesetzgeber, der *Savignys* unbewußt waltenden "Volksgeist" abgelöst hat. So wird namentlich der Vertrag in erster Linie als

¹⁷ System I, 7.

¹⁸ System III, 1.

¹⁹ System I, 333.

²⁰ System V, 1 ff.

²¹ System I, 7.

²² System V, 1. *Savignys* Forderung nach organischer Weiterentwicklung des Rechts durch die (wissenschaftlich gebildeten) Juristen und nach einem "wissenschaftlichen Charakter des Rechts" (vgl. *Coing* a.a.O. 334 ff.) scheint mir die Trennung zwischen dem in das "System" eingeordneten (objektiven) Recht und der Rechtsprechung eher zu verschärfen als abzuschwächen.

²³ Über den Einfluß *Savignys* auf die Entfaltung der Begriffsjurisprudenz vgl. *Wilhelm*, Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert, Frankfurt a. M. 1958.

²⁴ *Boehmer*, Einführung in das Bürgerliche Recht, Tübingen 1954, S. 26.

Rechtsinstitut und damit als Ergebnis einer Planung begriffen, als soziales "Gestaltungsmittel"²⁵. Dementsprechend wird eine Fortbildung der Vertragslehre unter dem Gesichtspunkt des "Sozialrechts" angestrebt²⁶, und die Verbindlichkeit des einzelnen Vertrages wird aus einem "Spruch der Rechtsordnung" hergeleitet²⁷. Zuweilen scheint diese Betrachtungsweise allerdings in ihr Gegenteil umzuschlagen, indem das vertraglich Vereinbarte geradezu als objektives Recht, als Rechtsquelle, bezeichnet und dem Einzelnen die Macht zuerkannt wird, durch seinen Willen eine (positive) Rechtswirkung herbeizuführen, ja (objektives) Recht zu setzen²⁸. Auf diesem scheinbaren Gegensatz beruht die eingangs erwähnte Alternative. Doch die so verstandene "Privatautonomie" ist auf jeden Fall nur eine verliehene²⁹. Der freiheitliche, das heißt Privatautonomie gewährende Staat ist somit nichts anderes als ein (der Idee nach) totalitärer Staat mit negativen Vorzeichen, der sich vom alles ordnenden Totalstaat nicht rechtlich unterscheidet, sondern nur durch seine freiwillige Selbstbeschränkung, die durch außerrechtliche Prinzipien bedingt ist. Zu diesen gehört vor allem die Anerkennung der menschlichen Persönlichkeit. Damit ist aber zugleich gesagt, daß der Eigenwert der menschlichen Person im dogmatischen Denken immer noch [644] als etwas Außerrechtliches erscheint und keinen rechtlichen Standort hat. Wenn seine Anerkennung durch die Rechtsordnung (lies: Staat) als unverzichtbares Ideal der Gerechtigkeit gefordert wird³⁰, so handelt es sich hierbei nur um eine (in den westlichen Ländern glücklicherweise verwirklichte) rechtspolitische Forderung an den Staat, er möge seine positive Rechtsordnung in bestimmter Weise gestalten, nicht dagegen um die Feststellung, daß dem Menschen von Natur aus nicht nur Eigenwert, sondern ein Eigenrecht zukommt, das der Anerkennung durch den Staat nicht bedarf (um Recht zu sein) und das auch vom Staat als ein nicht von ihm stammendes Recht zu achten ist.

II

Die kritische Prüfung der dargelegten Grundauffassung kann für den Dogmatiker nicht zu einer rechtsphilosophischen Auseinandersetzung führen. Auch *Savigny* hat ja seine Ansichten nicht rechtsphilosophisch begründet. Es muß sein Bewenden haben bei der Frage, ob diese Auffassung für die Zwecke der Dogmatik brauchbar ist, ob sie also dem Objekte gemäß ist, das heißt eine umfassende und zutreffende Anschauung des Privatrechtsstoffes ermöglicht. Das ist zu verneinen. Wer den Privatrechtsstoff im Lichte der dargelegten Auffassung betrachtet, sieht ihn wie in einem Hohlspiegel: Einzelnes erscheint sehr scharf, ja vergrößert. Anderes, ebenso Wichtiges, ist dagegen an den Rand gedrängt und verzerrt. Das wird klar, wenn man sich die Gegenströmungen vergegenwärtigt, die seit *Savigny* aufgetreten sind: die soziologische Schule, die Lehre vom richtigen Recht, die Freirechtsschule, die Interessenjurisprudenz, die unausrottbare Übung von Wissenschaft und Rechtsprechung, ihre Entscheidungen häufig und gerade in den wichtigsten Punkten mit der "Natur der Sache" oder mit dem "Rechtsbewußtsein" zu begründen, schließlich die andauernde Beschäftigung der privatrechtlichen Wissenschaft mit dem "Richterrecht" und dem Verhältnis von Richter und Gesetz³¹. Alle diese Gegenströmungen zwingen zur Annahme, daß es Teile der Rechtswirklichkeit gibt, die bei *Savigny* und dem von ihm überlieferten System zu kurz

²⁵ Vgl. etwa *Raiser*, Vertragsfreiheit heute, Juristenzeitung, Tübingen 1958, S. 1 ff.

²⁶ So *Lehmann* an der Tagung der deutschen Zivilrechtslehrer (hievon Anm. 3), Archiv für die civilistische Praxis, 157. Bd. (1958) S. 104 und 107.

²⁷ *Oser/Schönenberger*, Kommentar zum Obligationenrecht, 2. Aufl. Zürich 1929, S. 23 (N. 33 der Vorbem. zu Art. 1-40).

²⁸ Vgl. etwa *Manigk*, Das rechtswirksame Verhalten, Berlin 1939, S. 84 ff.

²⁹ *Oftinger*, Die Vertragsfreiheit, in: Die Freiheit des Bürgers im schweizerischen Recht, Zürich 1948, S. 322.

³⁰ Statt vieler: *Reinhardt*, Die Vereinigung subjektiver und objektiver Gestaltungskräfte im Verträge, in: Festschrift Schmidt-Rimpler, Karlsruhe 1957, S. 130.

³¹ Hiezu *Meier-Hayoz*, Der Richter als Gesetzgeber, Zürich 1951, ferner *Esser*, zitiert Anm. 33, und *Germann*, Zur Überwindung des Positivismus im schweizerischen Recht, ZSR 71 N.F. (1952), S. 99 ff.

kommen, nämlich: den soziologischen Unterbau des positiven Rechts, die typische und die konkrete Interessenlage, überhaupt das Tatsächliche an sich, das selbständiger Gegenstand rechtswissenschaftlicher Betrachtung sein kann ³²; sodann [645] die dem positiven Recht zu Grunde liegenden, ihm vorgegebenen "Werte" und allgemeinen Rechtsgrundsätze, auf die sich die Entscheidungen des Gesetzgebers und der Rechtsprechung immer wieder stützen; schließlich den notwendigen Zusammenhang zwischen positivem Privatrecht und richterlicher Tätigkeit, welche letztere sich nicht in einer Tatbestandesaufnahme und logischen Subsumtion erschöpft, sondern das "Recht" überhaupt erst konkretisiert und zugleich schöpferisch fortbildet. Das Gedankengut dieser Gegenströmungen drängt sich mit solcher Überzeugungskraft auf und hat sich im rechtswissenschaftlichen Denken dermaßen eingebürgert – abgesehen von den anfänglichen Übertreibungen, namentlich der Freirechtsschule –, daß die Zeit gekommen sein dürfte, die Begriffssprache der Dogmatik, die noch auf der erwähnten zeitbedingten Grundauffassung beruht, den Fortschritten des Rechtsdenkens anzupassen und sie auf eine widerspruchsfreie Gesamtkonzeption abzustützen. Man muß sich nämlich bewußt sein, daß das gegenwärtige Rechtsdenken an innern Widersprüchen leidet, wenn es sich der alten Begriffssprache bedient. So ist es ein Widerspruch, sich immer wieder auf vorpositive Werte und allgemeine Rechtsgrundsätze zu berufen – wie namentlich auf den Eigenwert der Persönlichkeit –, aber diese Kategorie des Vorpositiven dennoch aus dem Bereich des Rechtlichen auszuschließen. Widersprüchlich ist es ferner, die Fortbildung des positiven Privatrechtes durch die Rechtsprechung hervorzuheben, gleichwohl aber bei der Umschreibung des Begriffes des positiven Privatrechts dessen wesentliche Beziehung zur Rechtsprechung nicht zu berücksichtigen. Wenn schließlich die im Sprachgebrauch schillernde "Natur der Sache" als selbständiges heuristisches Prinzip aufgefaßt werden darf – wie das *Gutzwiller* in einem immer wieder beachteten Aufsatz dargelegt hat ³³ –, so ist diese Auffassung nur dann widerspruchsfrei, wenn der Jurist in der "Natur" das finden (*heurein*) kann, was er sucht, eben das Recht.

Wer sich anschickt, ein neues, umfassenderes System aufzubauen, muß davon ausgehen, daß ein System nicht Selbstzweck sein darf. Es ist nur Mittel, um den (vom System wohl zu unterscheidenden) Stoff zu erfassen und zu erschließen. Dieser Stoff setzt sich aus zwei irreduktiblen, aber aufeinander bezogenen Komponenten zusammen: dem positiven Recht und dem natürlichen Recht. Jeder Versuch, das eine Element im andern aufgehen zu lassen, ist zum vorneherein verfehlt. Das wird man, rückblickend, sowohl gegenüber der [646] Naturrechtslehre als gegenüber der Historischen Schule festhalten dürfen. Das logisch Primäre ist das natürliche Privatrecht. Es ist ausschließlich im Einzelfall zu suchen. Denn die soziale Wirklichkeit besteht nicht aus abstrakten Tatbeständen, sondern aus einer Fülle einzelner Lebensvorgänge, von denen jeder seine Individualität hat, gleich wie es den Menschen *in abstracto* nicht gibt, sondern nur den einzelnen Menschen in seiner unvertauschbaren Einmaligkeit. Mit Bezug auf den Einzelfall darf nun der Dogmatiker von einer Einsicht ausgehen, die sich aus der täglichen Lebenserfahrung für jedermann mit Evidenz ergibt und daher auch mit dem allgemeinen Sprachgebrauch übereinstimmt: Die Menschen sind willens und grundsätzlich fähig, jede Einzelbeziehung zwischen Menschen unter dem Gesichtspunkt des "Gerechten" zu betrachten und gestützt auf die Eigenart dieser Beziehung, deren "Natur" also, ein Urteil darüber zu gewinnen, was unter den an der Beziehung Beteiligten "recht" ist. Das "Rechte" erweist sich dem Urteilenden als eine objektive Eigenschaft sozialer (unsichtbarer) Sachverhalte, gleich wie das "Schöne", unter anderem Gesichtspunkt, als immanente Eigenschaft sinnlich wahrnehmbarer Sachverhalte erscheint. Somit sind die Einzelbeziehungen von Natur aus "rechtlich bestimmt"; sie werden dies nicht erst durch

³² *Jäggi*, Die Zusicherung von Eigenschaften der Kaufsache, in: Festgabe Guhl, Bern 1950, S. 68 ff. [siehe in diesem Band S. 187 ff.].

³³ *Gutzwiller*, Zur Lehre von der "Natur der Sache", in: Festgabe der juristischen Fakultät der Universität Freiburg (Schweiz) zur 59. Jahresversammlung des Schweiz. Juristenvereins, Freiburg/Schw. 1924, S. 282 ff.; dazu *Esser*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, Tübingen 1956, S. 56 (Anm. 180), und S. 103 f.; vgl. ferner *Liver*, Der Begriff der Rechtsquelle, in: Rechtsquellenprobleme im schweizerischen Recht, ZBJV 1955 Bd. 91^{bis}, insbesondere S. 26 ff.

Anwendung einer von außenher kommenden Regel, nicht einmal eines allgemeinen (vorpositiven) Rechtsgrundsatzes, geschweige denn einer Regel des positiven Rechtes. Solche Grundsätze und Regeln sind nur (allerdings wichtige) Hilfsmittel für die Erkenntnis dessen, was im Einzelfall "recht" ist. Wenn beispielsweise A dem B versprochen hat, eine bestimmte Maschine gegen bestimmtes Entgelt zu liefern, so ist es "recht" (unter Vorbehalt bestimmter Umstände), daß er dieses Versprechen hält. Seine Rechtspflicht, die Maschine zu liefern, folgt – als Rechtspflicht – aus der Eigenart des Tatbestandes. Für deren rechtlichen Charakter kommt es nicht darauf an, ob der Staat den Kaufvertrag *in abstracto* "geregelt" hat, desgleichen nicht darauf, ob der Staat jemals den Entschluß gefaßt hat, er wolle den Einzelnen gestatten, die Verhältnisse unter sich durch den Abschluß von Kaufverträgen grundsätzlich frei zu gestalten. Demzufolge ist auch das Subjekt einer Rechtspflicht von Natur aus Rechtssubjekt. Die Rechtsfähigkeit wird ihm nicht vom Staate verliehen.

Anders als das natürliche ist das positive Privatrecht wesentlich auf den Staat bezogen. Aber nicht auf den alles ordnenden Staat, sondern auf den Staat als Träger der Gerichtsbarkeit. Gäbe es diese nicht, so gäbe es (geschichtlich gesehen) auch kein positives Privatrecht, und ein solches wäre (systematisch gesehen) auch gar nicht notwendig. Ja selbst die Gerichtsbarkeit ist nicht notwendigerweise auf das Dasein von positivem Privatrecht angewiesen. Man kann sich einen Richter denken, der die ihm vorgelegten Streitfälle nach [647] natürlichem Recht entscheidet, durch ein aus seinem Gewissen gewonnenes Urteil darüber, was im Einzelfall recht ist³⁴. Ebenso sicher ist aber, daß die staatlichen Zivilgerichte ihre Aufgabe weit besser erfüllen können, wenn der Staat ihnen abstrakte Regeln – eben positives Privatrecht – zur Hand gibt, an die sie sich im Einzelfall halten können und müssen. Der Erlaß solcher Entscheidegebote zuhanden der Richter (oder die Bindung der Richter an Regeln, die sich in Rechtsprechung und Lehre gebildet haben) drängt sich vor allem deshalb auf, weil die Erkenntnis des natürlichen Rechtes für den Einzelnen häufig schwierig ist und durch eine gesamthafte Betrachtung, die sich auf eine reiche Erfahrung stützt, ungemein erleichtert wird, dann aber auch wegen des Bedürfnisses nach Rechtssicherheit, das heißt nach autoritativer Feststellung dessen, was in einem Staat als (natürliches) Recht gilt. Doch ist das positive Privatrecht, wie aus dem eben Gesagten hervorgeht, zunächst nichts anderes als eine abstrakt gefaßte und für die Richter verbindliche Aussage des Gesetzgebers darüber, was natürliches Recht ist. Der Richter hat somit das natürliche Recht im positiven Recht zu suchen, wobei freilich wegen der "Natur der Sache", nämlich wegen des abstrakten Charakters des positiven Rechtes, der Vorbehalt anzubringen ist, daß dem Richter ein selbständiges Urteil darüber zukommt, ob das positive Recht, das die Tatbestände nur abstrakt und daher zwangsläufig unvollständig umschreibt, den besonderen Umständen des Einzelfalles gerecht wird. Folglich stellt sich dem Richter stets die doppelte Frage nach dem Inhalt des staatlichen Rechts und nach dem, was natürlicherweise Recht ist. Für den Gesetzgeber treten aber bei der Ausgestaltung des positiven Privatrechtes noch wichtige sekundäre Erwägungen hinzu. Deren erste ergibt sich aus dem Zweck der Gerichtsbarkeit. Diese dient nicht nur dazu, das Recht zu finden, sondern überdies dazu, dem Sieger im Prozeß zu seinem gerichtlich festgestellten Recht zu verhelfen. Daher fragt es sich für den Gesetzgeber nicht einzig, was Recht ist, sondern außerdem, in welchem Umfang er einem Berechtigten seine Zwangsgewalt zur Verfügung stellen will, beispielsweise ob das natürliche Recht auf Erfüllung eines Verkäufer-Versprechens mit Staatshilfe verwirklicht werden soll oder ob statt dessen nur ein Anspruch auf eine gleichwertige Geldleistung vollstreckbar sein soll. Weiter ist es dem Staate in einem gewissen Umfang möglich, durch Entscheidegebote an die Richter (und durch deren Veröffentlichung in einem Gesetz) bestimmte Arten von Einzelbeziehungen in ihrer Gesamtheit (nicht nur für den Streitfall) mittelbar in bestimmter Weise zu gestalten, z. B. den Abschluß von Bürgschaftsverträgen durch Erlaß einer qualifizierten Formvorschrift zu erschweren. [648] Insoweit der Staat diese (im tatsächlichen Sinne beschränkte) Möglichkeit ausnützt, verfolgt er Staatszwecke, die nicht mehr mit dem Zweck der Gerichtsbarkeit – Streitfälle friedlich,

³⁴ Hierüber ausführlicher *Jäggi*, Privatrecht und Staat, Freiburg/Schw. 1946, insbesondere S. 22 ff. [siehe in diesem Band S. 23 ff.].

sachgemäß und autoritativ zu entscheiden – zusammenhängen. In diesem (sachlich nicht abgrenzbaren) Umfang ist das Privatrecht Bestandteil der öffentlich-rechtlichen Ordnung. Wegen der sekundären Zwecke des positiven Privatrechtes kann es vorkommen, daß etwas, was im natürlichen Sinne Recht ist, vom positiven Recht nicht als Recht anerkannt wird, ohne daß deswegen ein Widerspruch zwischen natürlichem und positivem Recht vorliegt. Beim letztern sind einfach noch weitere Zweckgedanken wirksam, die bei einer von gesetzgeberischen Erwägungen freien Beurteilung des Einzelfalles außer Betracht fallen. Doch liegt das Schwergewicht des positiven Privatrechtes, wenigstens im Bereich des Vertragsrechtes, eindeutig auf der (abstrakten) Entscheidung der Frage, was natürlicherweise Recht ist. Insoweit ist das positive Privatrecht Ausdruck der *naturalis ratio*.

Aus dem Gesagten folgt zugleich, daß es sinnlos ist, die Begriffe positives und natürliches Privatrecht *a priori* gegeneinander auszuspielen. Beide bilden notwendige Elemente zur Erfassung der gesamten Rechtswirklichkeit. Das natürliche Recht ist allerdings das eigentliche Recht. Es ist wesenhaft konkret, nur für einen Einzelfall erkennbar, daher nie in Regeln abschließend faßbar³⁵, sondern den Tatbeständen immanent, und zwar allen, nicht nur den streitigen, somit in seiner Eigenschaft als "Recht" vom Staate unabhängig. Das positive Privatrecht ist dagegen nicht eigentliches Recht, wohl aber das vornehmste und von der Autorität des Staates getragene Hilfsmittel zur Feststellung dessen, was im natürlichen Sinne "Recht" ist; es ist notwendigerweise in abstrakte Regeln gefaßt und auf die Gerichtsbarkeit bezogen, daher primär einzig an den Richter gerichtet und nur in Streitfällen unmittelbar anwendbar, sekundär immerhin von Bedeutung für alle Rechtsgenossen und eingebettet in die öffentliche Ordnung des Staates, mit der es eine Einheit bildet. Natürliches und positives Privatrecht sind mehrfach aufeinander bezogen: Einerseits hängt das Urteil darüber, was natürlicherweise Recht ist, auch vom Inhalt des positiven Rechtes – sowohl des öffentlichen als des privaten – ab, da jede Einzelbeziehung im Lichte der gesamten Umstände beurteilt werden muß, wozu namentlich auch die positiven Ordnungen zu rechnen sind; in diesem Sinne gehört das positive Recht zu den "Realien" des natürlichen Rechtes. Andererseits kann sich das positive Recht nicht selber genügen. Zwar hat es in mehrfacher Hinsicht Eigenwert: Es erleichtert die Ausübung der Gerichtsbarkeit und dient zugleich dazu, die in einzelnen Urteilen erkannten und die im [649] Staatsvolk lebendigen Rechtsgedanken autoritativ und allgemein auszudrücken. Sodann bildet auch das logische Gefüge der "Rechtsinstitute", durch das die einzelnen Regeln eines höher entwickelten, positiven Rechtes miteinander verbunden werden, eine schöpferische Leistung; daher hat es, innert gewisser Grenzen, durchaus einen Sinn, die "Natur der Rechtsinstitute" darzustellen und auf diese Weise nach höheren Einsichten zu streben, gleich wie *Savigny*. Aber das positive Recht weist mit Notwendigkeit über sich selbst hinaus: Auf die Einzelfälle, deren Beurteilung durch den Richter es zu dienen hat, und auf das natürliche Recht, dessen abstrakter Ausdruck es ist und von dem her sein Inhalt sachlich gerechtfertigt wird.

III

Wenn die Dogmatik das natürliche Recht als selbständige Kategorie in ihr Begriffssystem einbezieht, so ist es ihr möglich, die sie beschäftigenden Fragen klarer zu stellen. Denn alsdann sind ihre zwei Hauptaufgaben deutlich ausgeschieden: Einerseits hat die Dogmatik den Inhalt des positiven Rechtes zusammenhängend darzustellen und ihn in ein logisch widerspruchsfreies Begriffssystem einzuordnen. Andererseits hat sie durch Analyse von (vorgekommenen oder gedachten) Einzelfällen immer wieder die rechtliche Grundfrage zu stellen, was in einem Einzelfall natürlicherweise Recht ist; je nach dem Ergebnis trägt sie zur Festigung oder Fortbildung des positiven Rechtes bei.

³⁵ *Marti* (Naturrecht und Verfassungsrecht, in: Rechtsquellenprobleme im schweiz. Recht, ZBJV 1955 Bd. 91^{bis}) spricht (S. 82) von "Situationsgebundenheit" des Naturrechtes.

Unterscheidet man diese zwei Fragestellungen – läßt man insbesondere die Frage nach dem natürlichen Recht nicht in der positiv-rechtlichen Fragestellung aufgehen –, so erweist sich die eingangs erwähnte Alternative, die sich in der Kontroverse über die Grundfragen der Vertragslehre herausgeschält hat, als falsch gestellt. Die Frage nach dem Grund der (grundsätzlichen) Rechtswirksamkeit übereinstimmender Willenserklärungen (Verträge) bezieht sich zunächst einzig auf das natürliche Recht. Verträge sind daher zum vorneherein nicht deswegen verbindlich, weil das Gesetz ihnen diese Rechtsfolge beilegt, sondern weil dies von Natur aus so Recht ist. Das Gesetz hält nur die natürliche Verbindlichkeit zuhanden des Richters fest. Andererseits beruht diese Verbindlichkeit nicht auf dem Willen der Parteien. Zwar rechtfertigt es sich gerade deshalb, dem Austausch übereinstimmender Willenserklärungen (grundsätzlich) eine dem erklärten Willen entsprechende Rechtsfolge beizulegen, weil die Parteien diesen Willen erklärt haben; der Parteiwille ist also, vom natürlichen Recht aus gesehen, Rechtsgrund der Rechtsfolge. Aber diese Folge wird dem Vertrag beigelegt auf Grund eines Urteils, das sich auf die Eigenart übereinstimmender Willenserklärungen stützt, nicht [650] auf den Parteiwillen. Die dem Individualismus entspringende Ansicht, der Parteiwille müsse das Wollen der Rechtsfolge in sich schließen, also "auf die Entstehung oder Auflösung eines Rechtsverhältnisses unmittelbar gerichtet"³⁶ sein, läßt sich auch bei Beurteilung der Tatbestände vom Standpunkt des natürlichen Rechtes aus nicht halten³⁷. – Sekundär kann die Wirksamkeit eines Vertrages immerhin vom positiven Recht abhängen, dann nämlich, wenn das positive Recht aus besonderen Gründen (hievon S. 647 f.) Verträgen, die von Natur aus wirksam sind, den Rechtsschutz versagt, so z. B. solchen, welche gegen die öffentliche Ordnung verstoßen.

Was sodann die "faktischen Vertragsverhältnisse" anbetrifft, so gilt es zunächst ebenfalls, die Frage richtig zu stellen. Auszuschließen ist vorweg die Frage, ob es solche Verhältnisse "gibt", da bei einer solchen Frage ungewiß ist, was für eine Art von Sein gemeint ist. Vielmehr ist wie folgt zu überlegen:

Positivrechtlich kann nur gefragt werden, ob gewisse Fälle von sozialen Kontakten, die zu Leistungen, insbesondere zum Austausch von Leistungen Anlaß geben (wie z. B. die Benützung eines öffentlichen Verkehrsmittels), unter den positivrechtlichen Normtatbestand "Vertrag" subsumiert werden können, obwohl die Willenseinigung, auf welcher diese Kontakte regelmäßig beruhen, den Beteiligten kaum bewußt ist, ja mitunter (wenn es sich z. B. um Urteilsunfähige handelt) geradezu fingiert werden muß.

Aber auch die so gestellte Frage läßt sich nicht beantworten. Denn der Normtatbestand "Vertrag" ist nur ein Hilfsmittel, der es erlaubt, einzelne zusammengehörige Rechtssätze des positiven Rechtes in einer einheitlichen Begriffssprache auszudrücken. Jeder dieser Rechtssätze (z. B. über den Anspruch auf Erfüllung, den Anspruch auf Schadenersatz bei verschuldeter Nichterfüllung, die Gewährleistungspflicht oder die Lösungsmöglichkeit) beruht auf selbständigen Zwecküberlegungen, die sich ihrerseits auf die Besonderheit des Tatbestandes (z. B. auf die Art des Vertrages) und auf die hierfür gestellte Rechtsfrage (z. B. ob Erfüllung gefordert werden kann) stützen. Es wäre reine Begriffsjurisprudenz, wollte man bestimmte, generell als "faktische Vertragsverhältnisse" umschriebene Tatbestände hinsichtlich aller Rechtsfragen dem [651] Vertragsrecht unterstellen, etwa mit dem Argument der "Vertragsähnlichkeit". Es gibt daher nichts anderes, als aus dem positivrechtlichen System, das diese Tatbestände nicht kennt, auszurechnen und sich einer auf das natürliche Recht bezogenen Fragestellung zuzuwenden. Unter diesem Gesichtspunkt kommt es vorerst nicht darauf an, ob ein Vertrag oder ein vertragsähnliches

³⁶ Savigny, System III, 98 f.

³⁷ Vgl. hiezu namentlich Gysin, Zur Theorie des Rechtsgeschäftes, ZBJV 1929 Bd. 65, S. 97 ff.; Gysin hält (S. 113 ff.) mit Schloßmann und Lenel fest, daß die Rechtsfolgewillentheorie den elementaren Tatsachen des wirtschaftlichen Verkehrs widerspricht; bei der Hauptmasse der Rechtsgeschäfte gebe es keinen juristischen Rechtsfolgewillen; wohl aber seien diese Geschäfte beherrscht vom Gedanken, daß sich an bestimmte Tatbestände gerechterweise die "entsprechenden" Verpflichtungen knüpfen ("naturrechtliche Rechtsfolgevorstellung"). In seinen weitern Ausführungen sieht dann aber Gysin den objektiven Grund der Zuordnung einer Rechtsfolge nicht in der Natur der Sache, sondern in der "Gesellschaft" (S. 123 ff.).

Verhältnis vorliegt, sondern darauf, was in jedem Einzelfall als Recht erscheint³⁸. Das bedeutet: Zunächst sind die einzelnen Tatbestände auseinanderzuhalten, und hernach ist erst noch für jeden von ihnen zu unterscheiden, was für eine einzelne Rechtsfrage sich stellt, z. B. ob eine bestimmte Leistung geschuldet oder eine Schadenersatzpflicht entstanden ist. Das ist ja schließlich die Grundsituation, die sich dem Richter darbietet. Denn dem Richter werden nur Einzelfragen unterbreitet. Für ihn ist daher die Frage, ob ein Vertrag oder ein vertragsähnliches Verhältnis vorliegt, zum vorneherein nur eine Hilfsfrage zur Entscheidung eines Rechtsbegehrens. Kann er ein Rechtsbegehren ohne Beantwortung dieser Hilfsfrage entscheiden, so braucht er auf sie gar nicht einzugehen. So hat beispielsweise die Frage nach einem "Erklärungsinhalt" (und damit nach einem Vertrag) bei den zur Diskussion gestellten Tatbeständen nur dann einen Sinn, "wenn es sich lohnt", diese Frage zu stellen³⁹; und das ist dann der Fall, wenn die Antwort auf die Frage, was natürlicherweise Recht ist, nach den Umständen davon abhängt, ob eine bestimmte Erklärung abgegeben wurde. Trifft das nicht zu – rechtfertigt es sich beispielsweise, eine eingeklagte Leistung schon deshalb zuzusprechen, weil der Beklagte eine gleichwertige Gegenleistung erhalten hat –, so erübrigt sich die Frage, ob der Beklagte eine Leistung (der streitigen Art) überdies noch versprochen habe und (auch) aus diesem (rechtsgeschäftlichen) Grunde verpflichtet sei, sie zu erbringen.

Erst wenn auf diese Weise zahlreiche Einzeltatbestände untersucht und miteinander verglichen worden sind, kann die Dogmatik die Ergebnisse in ein "System" bringen und dieses mit der positivrechtlichen, auf dem Vertragsbegriff aufgebauten System in Beziehung setzen. So scheint mir das Beispiel der "faktischen Vertragsverhältnisse" besonders deutlich zu zeigen, daß kein "System" – weder ein positivrechtliches noch ein naturrechtliches – Selbstzweck ist. Obwohl die Dogmatik mit abstrakten Regeln und Begriffen arbeitet und daher systematisch denkt, muß sie sich stets des Vorranges des Einzelfalles bewußt sein und immer wieder auf die rechtliche Grundfrage zurückgreifen, was im Einzelfall nach der Natur der Sache Recht ist.

³⁸ Auch *Betti* (zitiert hievior Anm. 1) wendet die Methode der differenzierten Fragestellung an (S. 266 ff.).

³⁹ *Esser* (zitiert hievior Anm. 1), S. 91 f.